



“ L'AUTRE REVISION CONSTITUTIONNELLE (SECONDE PARTIE) – PLAIDOYER CONTRE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE SPECIALISEE EN CONTENTIEUX DES ETRANGERS

Par Serge SLAMA :: Maître de conférences en droit public Université Evry-Val-d'Essonne – CREDOF – Université Paris X-Nanterre

Mardi 22 janvier 2008

Dans sa conférence de presse du 9 janvier 2008, le président de la République a confirmé qu'il avait demandé au ministre de l'Immigration, Brice Hortefeux, « *d'avancer sur deux points extrêmement importants à (ses) yeux* » :

- d'une part « *d'aller jusqu'au bout d'une politique fondée sur des quotas* » (voir la première partie du billet sur le venin de la sélection ethnique dans le corps de la Constitution) ;
- d'autre part, « *de supprimer cette bizarrerie française, que, s'agissant du droit des étrangers, il y a deux ordres de juridiction, un public, un judiciaire – excusez du peu, avec des jurisprudences contradictoires* ».

Il ne s'est, toutefois, pas prononcé sur l'ordre de juridiction qui aurait sa préférence mais fixe comme ultimatum au Constituant d'en choisir un. Car, pour unifier le contentieux des étrangers, ou plus précisément pour réunifier le contentieux de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière – puisque c'est en réalité de cela dont il est

question – il apparaît nécessaire de réviser la Constitution et ce, quel que soit l'ordre au profit duquel l'unification se réalise.

On observera que cette réflexion n'entre visiblement pas dans la mission confiée par le Président de la République à Simone Veil visant à compléter le préambule de la Constitution afin de garantir l'égalité de « *l'homme et de la femme* », d'assurer « *le respect de la diversité, et ses moyens* », de rendre possible « *de véritables politiques d'intégration* » ou encore de « *répondre au défi de la bioéthique* ».

Serait donc installée une autre commission de réflexion associant « *non seulement les représentants des deux grands ordres de juridiction de notre pays, mais aussi des spécialistes du droit constitutionnel et des experts des questions d'immigration en France et en Europe* » (discours de Brice Hortefeux du 18 septembre 2007).

Le 20 janvier 2008, le ministre de l'Immigration a annoncé que cette commission destinée à réfléchir sur « *le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration* » sera présidée par Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel.

Mise en place fin janvier, la commission devra terminer ses travaux fin avril et remettre son rapport en mai. Elle comptera notamment parmi ses membres Jean-Jacques Hyst, sénateur UMP, président de la commission des lois, Kofi Yamgnane, ancien secrétaire d'Etat à l'Intégration socialiste et Hervé Le Bras, démographe.

La commission devrait entendre les responsables de tous bords, les associations et des personnalités étrangères.

Les syndicats de magistrats administratifs ou judiciaires ont quant à eux été informés qu'ils allaient être consultés sur cette question « *courant 2008* ». Ce projet rencontre d'ailleurs une assez vive opposition de la part de ces syndicats ou des organisations de défense des droits de l'homme (v. l'interview au Parisien de Stéphane Maugendre, avocat et vice-président du Gisti, et le communiqué du MRAP) .

Néanmoins, compte tenu de la détermination du président de la République, l'avènement de cette nouvelle juridiction semble inéluctable.

Il est donc intéressant de revenir sur les raisons de cette révision constitutionnelle, qui risque d'écorner, au détriment des étrangers, « *l'habeas corpus à la française* » que constitue l'article 66 de la Constitution.

Pour mettre en œuvre l'injonction présidentielle de créer une juridiction spécialisée dans le contentieux des étrangers, unifiant le contentieux administratif et judiciaire, la révision constitutionnelle est donc nécessaire (A). Elle n'en est pas moins problématique (B).

A. UNE REVISION DE LA CONSTITUTION NECESSAIRE

Pour surmonter le dualisme juridictionnel garanti par la Constitution, une révision de la Constitution s'impose (1°).

Elle serait aussi nécessaire, si l'on suit le raisonnement du président de la République et du ministre de l'Immigration, pour résoudre l'actuelle complexité du droit des étrangers et, *in fine*, canaliser l'augmentation exponentielle du contentieux de l'éloignement (2°).

1°) UNE REVISION POUR SURMONTER LE DUALISME JURIDICTIONNEL GARANTI PAR LA CONSTITUTION

Des générations d'étudiants ont appris que l'article 66 de la Constitution a été conçu comme un *habeas corpus* « à la française » par Marcel Waline au sein du Comité consultatif constitutionnel en 1958. Il pose notamment le principe en vertu duquel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. À l'inverse, en application du principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) révélé dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 Conseil de la concurrence, le législateur ne peut confier le contentieux administratif de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière au juge judiciaire, comme c'était le cas jusqu'à la loi « Pasqua » du 9 septembre 1986.

a) la compétence naturelle du juge judiciaire pour le contentieux de la privation de la liberté :

C'est sur le fondement de l'article 66 de la Constitution que le Conseil constitutionnel a censuré en 1980 les dispositions de l'article 6 de la loi « Bonnet » légalisant les centres de rétention administrative. Ce texte de loi ne prévoyait l'intervention du juge judiciaire que pour prolonger, au-delà de sept jours, ce « *régime de détention auquel l'étranger est soumis* ». Pour le Conseil, un tel délai porte atteinte au principe en vertu duquel « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* » (Décision n° 79-109 DC du 9 Janvier 1980).

Cette position de principe n'a depuis jamais changé, même si l'exigence en termes de délai a pu varier.

Ainsi s'agissant de la décision « *zone de transit* », le Conseil constitutionnel a estimé que « *le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* ». Il est donc nécessaire que l'autorité judiciaire intervienne dans les « *meilleurs délais* »^[1] (Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992. V. aussi, dans le même sens la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 62).

Cette jurisprudence est également celle adoptée par la Cour de cassation (Cass. Civ. 2e, 28 juin 1995, *Bechta*).

Il en résulte que pour confisquer au juge judiciaire ce contentieux du maintien en rétention administrative ou en zone d'attente afin de créer un bloc de compétence administratif, il faut nécessairement modifier la Constitution.

Et cette révision devra, au détriment des étrangers, déroger à l'article 66 de la Constitution.

b) Domaine réservé au juge administratif :

À l'inverse, le contentieux des mesures administratives relatives à l'entrée, le séjour ou l'éloignement des étrangers ne peut être confié qu'au juge administratif, en application du principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel « *relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif (...)* ».

Rappelons qu'en 1989, le Parlement avait créé un recours suspensif contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) devant le juge judiciaire. Le Conseil constitutionnel avait alors rappelé que s'il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé « *lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire* ». (con. 20). En revanche, s'agissant du contentieux de l'éloignement administratif des étrangers « *les litiges liés à ces situations ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence* » et donc que « *le contrôle de la légalité de semblables mesures ressortit à la compétence du juge administratif* ».

En effet, le contentieux de l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers constitue l'archétype de la décision régaliennne qui nécessite « *l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par un de ses agents de prérogatives de puissance publique* » (Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, cons. 23 à 31).

Dès lors, si le législateur voulait créer un bloc de compétence, sans modification préalable de la Constitution, il devrait revenir à la solution retenue entre 1981 et 1986, c'est-à-dire confier le prononcé de l'ensemble des mesures d'éloignement aux tribunaux judiciaires.

Compte tenu de la massification des mesures d'éloignement en droit des étrangers (150 000 mesures administratives d'éloignement

prononcées en 2007) et de la traditionnelle défiance de l'Exécutif à l'égard des juridictions judiciaires, il est improbable qu'on assiste à pareil retour en arrière.

Le PFRLR fait donc obstacle à ce que l'unification du contentieux se fasse au profit du juge judiciaire, en l'absence de modification de la Constitution. En conséquence de quoi, la loi du 10 janvier 1990 était venue attribuer la compétence en cette matière au tribunal administratif en créant le juge de la reconduite à la frontière.

On connaît la suite. En une dizaine d'année, ce contentieux a transfiguré les juridictions administratives, en le convertissant à l'urgence, aux permanences et au juge unique. Il constitue aussi, et surtout, le tonneau des Danaïdes de cette juridiction.

2°) LE REMEDE SARKOZIEN POUR DEFAIRE LE NŒUD GORDIEN DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

À en croire les initiateurs de la réforme, l'unification du contentieux des étrangers serait source de simplification et d'économies d'échelles. Elle participerait à renforcer l'efficacité du dispositif.

L'étranger placé en rétention administrative ou en zone d'attente n'aurait plus à s'adresser – ou à être adressé – à deux juges (juge administratif de la reconduite et JLD) et à être transporté dans deux tribunaux différents parfois distants d'une centaine de kilomètres.

Plus largement compte tenu de l'engorgement des juridictions administratives on peut difficilement faire « *l'économie d'une réflexion sur le contrôle juridictionnel de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers* », comme le souligne Brice Hortefeux dans son discours du 18 septembre 2007.

Le credo est le même pour le président de la République dans sa conférence de presse du 9 janvier : « *Moi, je ne sais pas si ça doit être l'administrative ou la judiciaire. Ce que je sais, c'est qu'il faut arrêter qu'il y en ait deux* » ! En outre, selon Nicolas Sarkozy : « *Dans tous les pays, les grandes démocraties, il y en a une* ».

Ca serait comme cela qu' « *on résout les problèmes* », estime le président de la République.

Ecartons tout de suite l'argument comparatiste : il est faux d'affirmer que dans les grandes démocraties le contentieux des étrangers est unifié. Pour ne prendre qu'un exemple : en Allemagne, on retrouve le même type de dualité juridictionnelle. Ce système est pourtant loué pour son efficacité (v. l'étude du J-C. Privesse).

Ecartons également l'argument de la contradiction des jurisprudences : les juridictions ne se prononcent pas sur les mêmes décisions^[2] (maintien en rétention ou en zone d'attente pour le juge judiciaire ; légalité du refus de séjour ou de la mesure d'éloignement pour le juge administratif). Certes, on peut citer la contrariété entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat concernant l'interpellation des irréguliers en préfecture au regard de l'article 5§1 CEDH (pratique déloyale). Mais comme l'a montré notre collègue Olivier Lecucq dans une note à l'AJDA cette contrariété n'est qu'apparente : le Conseil d'Etat se prononçait d'une manière générale sur la légalité d'une circulaire organisant ces interpellations alors que la Cour de cassation sur un cas particulier (Cass, civ, 1ère, n°05-10 880, 6 février 2007 et CE 7 février 2007, n°292 607, LDH et a.).

Mais la question centrale - à ce stade du raisonnement - est de savoir si une unification du contentieux permettrait de trancher le nœud gordien pesant sur la juridiction administrative tout en permettant une protection équivalente des droits fondamentaux.

a) La situation de la juridiction administrative :

Elle est connue. Depuis la mise en place du juge de la reconduite à la frontière au sein des tribunaux administratifs et avec l'augmentation croissante des mesures d'éloignement prononcées par les préfectures depuis lors, le contentieux des étrangers a connu une croissance exponentielle (v. notre papier). Il suffit de consulter les rapports d'activité du Conseil d'Etat des dix dernières années pour constater que cela revient comme une litanie : la forte progression du contentieux devant les juridictions administratives est principalement due à la progression, encore plus forte, du contentieux des étrangers. Et lorsqu'il y a une procédure de régularisation « *exceptionnelle* » laissant sur le carreau une grande partie des demandeurs (50% en 1997-98, 66% en 2006), les entrées explosent et les tribunaux accumulent des stocks (v. par exemple, en 1999, les 20 000 dossiers d'étrangers en souffrance liés à la régularisation de 1997-1998 ou les

difficultés actuelles des tribunaux administratifs en partie dues aux déboutés de la circulaire de juin 2006).

Selon les données du SJA (disponibles ici), le contentieux des étrangers représente aujourd'hui plus du quart des requêtes enregistrées par les tribunaux administratifs (43.684 requêtes sur un total de 166.706 en 2006). Son rythme de croissance est très supérieur au rythme moyen, pourtant déjà très élevé (+ 9,14% contre +6,59% en 2006).

Au premier semestre 2007, avec l'entrée en vigueur de la réforme des « OQTF », un nouveau palier est franchi : + 10,29% pour le contentieux des étrangers contre + 6,14%, pour le reste du contentieux. Ce contentieux est particulièrement concentré sur certains tribunaux administratifs, notamment en région parisienne.

Dans ces tribunaux administratifs, les dossiers d'étrangers représentent parfois plus de 80% des entrées. Afin de tenir le délai de 3 mois de jugement des OQTF, certaines formations de jugement ne jugeraient pratiquement plus que ces dossiers (v. le billet d'Eolas, la machine folle, à partir d'un article du Monde de septembre 2007). La situation serait particulièrement critique au TA de Cergy-Pontoise^[3], alors même qu'il a été délesté depuis l'été 2007 du contentieux de l'asile à la frontière (au profit du TA de Paris) et ce avant même l'entrée en vigueur des nouveaux recours contre les Refus d'Admission sur le Territoire Au Titre de l'Asile (les « RATATA » dans le jargon associatif) issu de la loi « Hortefeux » du 20 novembre 2007.

La Cour d'appel de Versailles, qui commence seulement à se pencher sur les jugements rendus sur les OQTF, ne saurait tarder à connaître des difficultés.

Dans un entretien à l'AJDA du 5 novembre 2007, Bernard Even disait que, depuis les TA, « *nous avons l'impression d'un taux de recours extrêmement élevé, qui pourrait atteindre les 100 %* » et que « *cette situation est très préoccupante, la justice administrative n'ayant pas normalement vocation à statuer sur l'ensemble des décisions administratives relevant d'une politique publique* » (v. aussi). Et ce alors même que le taux d'exécution des quelques 29 000 OQTF prononcées en 8 mois est de... 2,4%.

On ne peut dès lors que partager le constat de l'ancien président du SJA lorsqu'il estime que : « *La loi du 24 juillet 2006 relative à*

l'immigration est un échec en matière de contentieux ». Le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, ne dit autre chose lorsqu'il constate que l'entrée en vigueur de cette réforme « *loin de conduire à une réduction de ce contentieux (par fusion de celui des refus de séjour avec celui des reconduites à la frontière), se traduit par de nouvelles et vives hausses inéluctablement accentuées par la plus grande effectivité de la politique de contrôle des flux migratoires. L'instauration prochaine, à la suite de l'arrêt Gebremedhin c/France du 26 avril 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme, d'un recours suspensif contre les refus d'asile à la frontière va encore aggraver la situation* » (projet pour le Conseil d'Etat et la juridiction administrative, 13 septembre 2007).

En résumé, les juges administratifs ont la sensation de devoir vider, dans une mer houleuse, une barque percée avec une petite cuillère.

Le plus regrettable est que ce fiasco était prévisible. Sans vouloir jouer les Cassandre, il suffit de (re)lire la conclusion de notre papier, publié avant même l'entrée en vigueur de la réforme, dans lequel nous battions en brèche, au moyen de quelques règles de trois, « *l'idée que cette nouvelle procédure d'éloignement parviendra à faire diminuer le contentieux administratif des étrangers* ».

Ceux qui assistaient au colloque de St Denis du 17 novembre 2006 se souviendront aussi que les 3 universitaires (moi-même, Olivier Lecucq et Vincent Tchen) qui participaient ce jour-là à une table ronde présidée par l'un des initiateurs de cette réforme avaient exprimé leur scepticisme. Par quel miracle la transformation des APRF « *postaux* » en OQTF allait permettre d'améliorer le taux d'exécution de ces mesures alors que le mode de notification est le même ?

Dans le rapport annuel au Parlement, le Comité interministériel de contrôle de l'immigration en convient : au premier semestre 2007, « *seulement 232 décisions d'OQTF ont été mises à exécution (sur 22 914). Le taux d'exécution d'office est donc de 1,01 %, comparable au taux d'exécution des APRF notifiés par voie postale prononcés et exécutés sous l'empire de la précédente législation* » (4^{ème} rapport au Parlement sur les orientations de la politique de l'immigration, déc. 2007, p. 151).

Autrement dit depuis un an les magistrats administratifs sont mobilisés pour juger, dans les plus brefs délais possibles, ces mesures, suivant

des procédures et une organisation exorbitantes alors même que la réforme n'est pas parvenue en 6 mois à faire bouger d'un *iota* le taux d'exécution... Quelle efficacité des politiques publiques et quel aveuglement de ceux qui ont conçu et piloté une telle réforme !

Si on voulait avoir mauvais esprit, on suggérerait au cabinet Mars & Co pour évaluer la « performance » de la politique d'immigration^[4] de substituer à « *l'indicateur 4.2 sur le nombre de mesures de reconduite à la frontière* ») – qui ne correspond en réalité pas à grand-chose – un indicateur sur le taux d'exécution de ces mesures ou sur leur efficacité contentieuse. Un tel indicateur aurait, selon toute vraisemblance, pour effet de diminuer substantiellement ces mesures qui, pour une large partie d'entre elles, ne peuvent être exécutées.

Si, par exemple, un APRF ne pouvait être édicté que si la préfecture dispose d'une place en centre de rétention, du laissez-passer consulaire et qu'il n'existe pas d'autres obstacles à l'éloignement, cela engendrerait une baisse conséquente du nombre de mesures prononcées et, par suite, du contentieux sur des mesures inexécutables.

Dans ce contexte, on comprend le désenchantement des magistrats administratifs qui ont l'impression de brasser du vent lorsqu'ils rendent des jugements sur des mesures d'éloignement.

Ce phénomène est d'autant plus inquiétant que la focalisation sur les dossiers d'étrangers engendre un phénomène d'éviction des autres contentieux, au détriment des justiciables. Cette évolution, comme le souligne le SJA, « *n'est pas viable à moyen terme* ». Le Vice-président du Conseil d'Etat souligne lui-même que « *cette situation est une source de profonds dysfonctionnements (retards aggravés dans le jugement des autres contentieux administratifs...) et de démotivation des magistrats administratifs. L'attractivité de leur carrière risque aussi d'être compromise par le traitement quasi-exclusif de contentieux massifs, éprouvants et très stéréotypés* » (préc.).

Et pourtant les juges administratifs sont très loin de juger l'ensemble des OQTF (probablement 46 000 en 2007 compte tenu de moyenne de 4 000 par mois, sauf en janvier 2007) ou même des reconduites à la frontière (environ 50 000 prononcées en 2007 pour environ 14 000 exécutées)^[5].

Ainsi, même si les tribunaux administratifs jugeaient 50 000 requêtes d'étrangers en 2007, cela ne représenterait que la moitié de ces mesures.

Et encore, c'est sans compter le nombre réel de mesures d'éloignement du territoire français prononcées chaque année par l'administration. Ainsi, en 2006, on comptabilise 64 609 APRF en Métropole ; 23 890 APRF d'outre-mer ; 34 127 refoulements à la frontière (non admission sur le territoire et réadmissions simplifiées) ; 11 348 réadmissions ; 1 419 retours volontaires ou humanitaires et 292 arrêtés d'expulsion ainsi que 4 697 interdictions du territoire français prononcées par les juridictions pénales, soit 140 382 mesures prononcées.

Or, à peine la moitié sont exécutées (23 890 APRF Outre-mer ; 19 000 réacheminements ; 16 616 APRF métropole ; 12 892 réadmissions simplifiées ; 3 681 réadmissions ; 1419 retours volontaires ou humanitaires ; 223 arrêtés d'expulsion et 1892 ITF).

Dans l'ensemble le taux de recours reste faible, compte tenu du fait qu'il n'existe pas de recours suspensif pour les mesures d'éloignement outre-mer ou pour les réadmissions, les expulsions ou les réacheminements (hormis pour les 2 984 demandeurs d'asile à la frontière depuis novembre 2007).

b) la situation moins connue des juridictions judiciaires :

En 2006 32 817 étrangers ont été placés en rétention (contre 29 257 en 2005). La durée moyenne de rétention est de 9,94 jours. Cela signifie que la majeure partie de ces étrangers sont déférés au moins une fois devant le juge des libertés et de la détention au cours de leur rétention.

S'agissant des zones d'attente, 14 427 personnes y ont été placées en 2006. Or, 17,83% (soit 2 572) des personnes sont encore présentes après 96 heures, c'est-à-dire après le premier passage devant le JLD et 3,43% (494) après 12 jours, c'est-à-dire le second passage.

Dans une annexe au projet de loi de finances pour 2007, on trouve une indication de cette activité : « *les affaires relatives à l'activité du juge de la liberté et de la détention en matière de rétention administrative des étrangers sont comptabilisées depuis 2004 ; leur nombre s'est*

accru de façon importante pour atteindre 17 551 affaires en 2005 » (v. sur le site de l'Assemblée nationale).

Ces chiffres donnent une idée du contentieux du maintien devant le JLD (le « 35 bis » ou « 35 quater » selon le jargon utilisé) qui sera transféré à la future juridiction spécialisée en contentieux des étrangers : environ 20 000 décisions par an^[6].

On remarquera néanmoins que l'activité des tribunaux des étrangers est bien plus importante en droit des étrangers : les tribunaux correctionnels et les cours d'assises ont prononcé 4 697 ITF en 2006 (contre 5 278 en 2005) et les services de police ont ouvert 90 032 procédures en infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour des étrangers (contre 82 814 en 2005).

Au demeurant, comme pour la substitution des OQTF aux APRF postaux, rien ne garantit que le transfert du contentieux du maintien en rétention ou en zone d'attente à une juridiction spécialisée ferait mécaniquement baisser le contentieux des étrangers d'autant de mesures. En effet, si l'on maintient un niveau de protection équivalent, la nouvelle juridiction administrative spécialisée devra pouvoir être saisie, par un recours suspensif, de la légalité de l'ensemble des mesures d'éloignement (soit un potentiel de 100 000 APRF+OQTF+RATATA déférables). Et, en cas de placement en rétention ou en zone d'attente (45 000 à 50 000 mesures), elle devra l'être automatiquement dans un « *délai raisonnable* » (48 ou 96h puis tous les 8 ou 15 jours).

Or ces étrangers qui sont déférés au JLD après 48 ou 96h pour être maintenus en rétention ou en zone d'attente n'ont pas nécessairement saisi le juge administratif de la légalité de la mesure d'éloignement. Mais si avec la réforme, le même juge exerce les deux fonctions et que tous les maintenus y ont automatiquement accès, on assistera à une automatisation du contrôle de ces mesures. Pour le coup, on pourrait atteindre un taux de recours proche de 100% !

Une juridiction a-t-elle vocation à contrôler l'ensemble des mesures prononcées par une administration?

On peut dès lors se demander si le remède préconisé par Nicolas Sarkozy n'est pas pire que le mal.

B – UNE REVISION PROBLEMATIQUE

Si dans le passé, les deux ordres de juridiction ont pu souhaiter conserver ou obtenir le contentieux des étrangers, de nos jours il constitue davantage une « *patate chaude* ».

Et si le président de la République comme le ministre de l'Immigration ont laissé l'alternative ouverte : « *Eh bien, choisissez celui que vous voulez, mais choisissez-en un !* » (Nicolas Sarkozy), on devine sans peine les arrières pensées.

C'est un secret de Polichinelle : l'unification se fera au bénéfice (ou au détriment?) de l'ordre juridictionnel administratif par la création d'une juridiction administrative spécialisée en contentieux des étrangers.

Qui pourrait imaginer sérieusement que le président de la République confierait une question aussi sensible à l'aléa des décisions de magistrats judiciaires ? Ceux-là même qu'il qualifie de « *petits poids* » !

Cette décision de créer une telle juridiction administrative spécialisée pose des difficultés aussi bien sur le plan des principes (1°) que sur celui des moyens (2°).

1°) SUR LE PLAN DES PRINCIPES.

a) Une atteinte à la séparation des autorités :

Sans marquer de défiance à l'égard de la capacité du juge administratif à protéger efficacement les libertés fondamentales, le projet présidentiel porterait atteinte au noyau dur de la compétence judiciaire en matière de protection de la liberté individuelle.

Le juge administratif n'est certes pas novice en matière de libertés. On connaît les grandes jurisprudences protectrices des droits et libertés du citoyen et la jurisprudence développée dans le cadre du référé-liberté depuis 2001.

Néanmoins, il n'a pas le statut lui donnant autorité naturelle sur la police judiciaire. On voit mal le juge administratif contrôler une telle procédure, sans remettre en cause l'essence même de la séparation des autorités.

Or, une telle atteinte au principe de séparation, même organisée par la Constitution, est difficilement supportable. « *Toute société dans laquelle (...) la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* », comme le mentionne l'article 16 de la DDHC.

Le contentieux de la privation de la liberté est très spécifique. Le juge des libertés et la détention et la procédure judiciaire sont donc les plus appropriés pour garantir la protection de la liberté individuelle, sous contrôle de la Cour d'appel et de la Cour de cassation. Ainsi, on a pu constater lorsqu'est intervenue la condamnation de la France dans l'affaire Gebremedhin (CEDH 26 avril 2007) combien était nécessaire l'intervention d'un juge judiciaire qui, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, a pu pallier aux carences du juge administratif des référés dans la protection des demandeurs d'asile à la frontière (v. <http://www.anafe.org/asile.php>).

Comment des juges rompus au contentieux administratif pourraient-ils subitement endosser les habits de juge judiciaire ?

Du point de vue de la protection des droits fondamentaux des étrangers, il serait donc inquiétant de « sortir » le contentieux des étrangers de la juridiction administrative générale pour le confier à une juridiction spécialisée.

On peut aussi craindre, qu'à terme, la création d'une telle juridiction conduise à la suppression de la Cour nationale du droit d'asile – qui est actuellement la plus importante des juridictions administratives spécialisées. La même logique conduira en effet à unifier le contentieux de l'asile, du séjour et de l'éloignement afin d'éviter les contradictions (rejet de l'asile mais annulation de la mesure d'éloignement) et pour faire des économies d'échelle.

Parmi les indicateurs permettant d'évaluer la « performance » de la politique de l'immigration, on trouve d'ailleurs deux indicateurs portant sur l'examen des demandes d'asile....

Certes, il serait heureux que la CNDA constitue le modèle sur lequel sera constituée la juridiction administrative spécialisée: présidée par un magistrat administratif ou judiciaire avec un représentant de l'administration et une personne issue de la société civile.

Mais on peut craindre que la juridiction administrative spécialisée que mettre en oeuvre le ministre de l'Immigration ressemblera davantage à un tribunal correctionnel jugeant en comparution immédiate.

Au demeurant, une telle unification n'est acceptable que si elle se fait à garanties procédurales constantes pour l'étranger en refus de séjour ou en instance d'éloignement : collégialité et commissaire du gouvernement (pour les refus), recours suspensif (pour les éloignements), passage automatique devant un juge « *dans les plus brefs délais* » (en cas de placement en rétention), possibilité de bénéficier d'un avocat de permanence ou commis d'office, d'un interprète, possibilité de libération en cas de vice dans la procédure de privation de liberté (Bechta), possibilité d'annulation de la procédure d'éloignement et du refus par voie d'exception, injonction, possibilité d'appel et de cassation, etc., etc. Il faudrait également apporter des garanties équivalentes aux magistrats appelés à siéger au sein de cette juridiction, notamment en terme d'indépendance, d'inamovibilité ou d'évolution carrière.

Or la principale préoccupation du ministre de l'Immigration lorsqu'il dénonce « *la complexité de l'organisation actuelle* » est qu'elle constitue « *un obstacle à la mise en œuvre des mesures d'éloignement des étrangers en situation illégale* ».

Il songe, selon toute vraisemblance, à cet extrait du rapport annuel au parlement mentionnant que... 39% des échecs des mesures d'éloignement en 2006 sont dus à des annulations de procédure par la justice judiciaire ou administrative ? (4^{ème} rapport sur les orientations de la politique d'immigration, préc., p.154). En 2005, 23,3% des échecs à l'éloignement étaient liés à une décision du JLD (v. ici)^[7].

On comprend dès lors que supprimer l'intervention du JLD de la procédure d'éloignement c'est enlever une épine du pied du ministère de l'Immigration représentant le quart des causes d'échec...

b) Un vif débat au sein de la juridiction administrative :

L'annonce de l'unification du contentieux des étrangers, qui a coïncidé avec les rumeurs sur la création de la juridiction administrative spécialisée, a provoqué un vif débat au sein de la juridiction administrative.

Le Syndicat de la juridiction administrative, lors de son Congrès extraordinaire du 15 décembre 2007, s'est très majoritairement opposé à une telle perspective en adoptant 3 résolutions en ce sens s'opposant aussi bien au – peu probable – « *au transfert du contentieux des étrangers à la justice judiciaire* », au contentieux de la rétention à la juridiction administrative ou encore au « *transferts de certains contentieux (des étrangers notamment) à de nouvelles juridictions administratives spécialisées qui seraient créées à cette occasion* » (v. le site du SJA)[8].

Il faut néanmoins bien avouer que, dans les couloirs des tribunaux administratifs, on entendrait un tout autre son de cloche. Bien des magistrats, personnels de greffe et assistants de justice percevraient comme un soulagement s'ils retrouvaient leurs tribunaux administratifs d'avant 1991 – sans les permanences de reconduite, les audiences OQTF envahissant la quasi-totalité des rôles, les interprètes, les menottes, les escortes policières et « *toute la misère du monde* ».

Mais c'est oublier qu'il est peu probable que les pouvoirs publics déchargent des tribunaux administratifs du quart de leur activité sans transférer, dans le même temps, la même proportion de magistrats et de personnel vers cette nouvelle juridiction ou ce nouvel ordre de juridiction.

2°) SUR LE PLAN DES MOYENS. UNE PARALYSIE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE.

Il est probable également que la juridiction administrative spécialisée absorbera pendant un certain nombre d'années l'ensemble des nouveaux moyens et personnels affectés à la juridiction administrative.

La majeure partie des nouveaux magistrats administratifs y seront certainement affectés. Et comme il est prévisible que les candidats issus du concours de l'ENA ne se bousculeront pas pour ces postes, ou pour y faire carrière, ce sont très majoritairement les magistrats issus du concours exceptionnels qui y prendront attache. Certains tribunaux,

comme le TA de Cergy-Pontoise, dont l'essentiel de l'activité est constituée de contentieux des étrangers pourrait même voir ses effectifs diminuer très sensiblement.

Et c'est sans compter la montée en charge progressive entre fin 2008 et 2012 du contentieux du droit au logement opposable - nouveau tonneau des Danaïdes de la juridiction administrative.

En outre le maillage territorial des tribunaux administratifs est loin de correspondre, même après la réforme Dati, au maillage de celui des tribunaux judiciaires et des JLD assurant les permanences de rétention (le « 35 bis »).

Combien faudrait-il créer de juridiction pour assurer un maillage suffisant ? Un par centre de rétention ?

A défaut, puisque l'argument avancé est de diminuer les déplacements d'étrangers et les frais d'escorte, on peut craindre qu'on assistera à la multiplication des vidéo-audiences comme pour le TA de Mamoudzou (Mayotte) ou comme cela est prévu pour la zone d'attente de Roissy.

Il serait illusoire de croire que l'unification du contentieux des étrangers serait la recette miracle pour juguler la croissance du contentieux des étrangers ou même pour renforcer substantiellement l'efficacité du dispositif d'éloignement des étrangers.

Il serait préférable de ré-instaurer, en matière de décisions de séjour, des procédures contradictoires préalables : présentation d'observations orales ou écrites avant le refus, système de médiation, commissions de séjour - même si cette dernière solution ne ferait que déplacer le problème en amont.

Il faudrait, aussi et surtout, redonner un intérêt au recours administratif préalable (recours gracieux ou hiérarchique) en lui restituant son caractère suspensif (supprimé par le décret du 23 décembre 2006 à l'article R.775-2 CJA).

À quoi bon l'avoir supprimé pour rendre intangible le délai de recours d'un mois alors même que le taux d'exécution est aussi faible et, sauf à interpeller les personnes chez elles, n'est pas près d'augmenter substantiellement ?

La solution la plus immédiate serait aussi – pour desserrer l'étau pesant sur les magistrats administratifs – de supprimer le délai de 3 mois pour juger des RTS + OQTF (qui d'ailleurs n'est assorti d'aucune sanction).

Mais tous ces aménagements ne seront que des pis-aller.

Quels que soient les dispositifs mis en place, le contentieux des étrangers ne commencera réellement à décroître que le jour où une autre politique de l'immigration sera menée. Elle devrait tendre à la mise en place de procédures plus simples et avec des conditions d'attribution des titres de séjour moins sujettes à interprétation (« *intégration républicaine dans la société française* », « *degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République* » ou encore respect des « *principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil* »). Ces procédures doivent reposer sur des notions objectives et permettant à un étranger, dès lors qu'il est dans une situation précisément définie par les textes, de savoir s'il a droit à, ou non, à un visa, au regroupement familial ou à un titre de séjour.

Elle ne doit – et ne peut – reposer sur une logique de quotas. Or ce qui est flagrant dans le discours du président de la République c'est que l'exigence des quotas et l'exigence de l'efficacité de la justice sont mélangées^[9].

Cette politique doit, enfin et surtout, être davantage respectueuse des droits fondamentaux des étrangers.

A défaut, la création d'une juridiction administrative spécialisée dans le contentieux des étrangers ne sera qu'un leurre. Une couche supplémentaire apportée à la trentaine d'autres strates de législations sur les étrangers depuis 1980.

Quelle juridiction peut valablement s'adapter à un CESEDA dont la partie législative a d'ores et déjà été modifiée à 11 reprises^[10] depuis son entrée en vigueur le 1er mars 2005 ?

Aucune juridiction – aussi spécialisée soit-elle – ne pourra jamais « *digérer* » un droit aussi instable et complexe et – surtout – aussi répressif.

NOTES

[1] On se demande d'ailleurs comment il sera possible, en France, d'appliquer le délai de 18 mois prévu par le projet de directive « *retour forcé* » actuellement soumis au Parlement européen sans fouler au pied ces principes constitutionnels).

[2] Cela n'empêche pourtant pas le membre du Conseil d'Etat, Laurent Wauquiez, Porte parole du Gouvernement, de déclarer à l'issue du conseil des ministres du 29 août 2007, que : « *Aujourd'hui deux juridictions sont compétentes, le juge administratif et le juge judiciaire. Où est-ce que l'on va, quand on a d'une part un juge administratif qui dit qu'on peut expulser et d'autre part un juge des libertés qui dit finalement qu'il faut relâcher ?* ».

[3] Comme l'a souligné le vice-président Sauvé, « *toutes les juridictions administratives franciliennes -cours et tribunaux- traitent majoritairement du contentieux des étrangers et ce seul contentieux suffirait à lui seul à mobiliser en totalité la capacité de jugement de certaines d'entre elles (Cergy-Pontoise)* » (projet pour le Conseil d'Etat et la juridiction administrative, 13 septembre 2007).

[4] V. le site gouvernemental sur la performance publique.

[5] Selon le rapport du Cici (p.151) au premier semestre 2007, 24 760 APRF ont été édictés soit une baisse seulement de 28,85% alors même que les APRF « postaux » ont été supprimés et remplacés par 22 914 OQTF. Compte tenu de la campagne présidentielle et de l'intégration de la Roumanie et de la Bulgarie dans l'Union européenne, le taux d'exécution a baissé de 19,30% au premier semestre 2007 (6 176 contre 7 653 au premier semestre 2006).

[6] V. le site du ministère du budget.

[7] On remarquera que cet indicateur 8.3, qui figurait dans l'évaluation de la politique d'immigration dans la loi de finances 2007 (v. sur le site du ministère du budget) ne figure plus dans celle pour 2008.

[8] L'USMA ne semble pas avoir arrêté une position (en tout cas elle ne figure pas sur son site). Mais on remarquera qu'il s'était opposé à la

réforme des ordonnances de tri notamment en contestant devant le Conseil d'Etat le décret du 23 décembre 2006.

^[9] Nicolas Sarkozy estime qu'il est nécessaire « *qu'il y ait une jurisprudence sur le droit des étrangers, respectueuse des Droits de l'homme, mais qui permette quand même d'avoir une politique de l'immigration, fondée sur des quotas, négociée avec les pays de départ, fondée sur une grande ambition de co-développement, et une juridiction qui s'occupe du droit des étrangers* ».

^[10] Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 ; ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 ; ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 ; loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme ; loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 ; loi du 14 novembre 2006 ; loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 ; loi n° 2007-210 du 19 février 2007 ; loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 ; loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 ; loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007.

”