

LA DIALECTIQUE DE L'EXCEPTION ET DE L'URGENCE:  
CHASSES CROISES ADMINISTRATIFS ET JUDICIAIRES  
DANS LE PROCESSUS DE «CRIMMIGRATION»

EXCEPTIONAL AND EMERGENCY DIALECTICS: ADMINIS-  
TRATIVE AND JUDICIAL SITUATIONS INVOLVED IN THE  
PROCESS OF "CRIMIGRATION"

Laure ORTIZ\*

RÉSUMÉ: Le processus de criminalisation des migrations est principalement saisi sous le prisme d'une mobilisation croissante du droit pénal et notamment d'un droit pénal d'exception. La thèse soutenue dans cette communication est que ce processus s'appuie, en France, sur une dialectique de l'exception et de l'urgence dont le droit administratif est le moteur et qui loin de se réduire à l'articulation logique prévention / répression, en dissout leurs frontières. Cette dialectique a un double effet.

MOTS CLÉS: migration; dérogation; exception; urgence; dualisme juridictionnel; Etat de droit.

ABSTRACT: The process of criminalisation of migration is mainly caught up in a growing mobilization of criminal law, including an exceptional criminal law. The thesis supported in this communication is that this process is based in France on a dialectic of the exception and the urgency of which the administrative law is the driving force and which far from being reduced to the logical articulation prevention / repression, dissolves their borders. This dialectic has a double effect.

KEYWORDS: migration; derogation; exception; emergency; Jurisdictional dualism; The rule of law.

---

\* Professeure Agrégée de Droit Public, à Sciences Po Toulouse, Chercheure au Laboratoire des Sciences Sociales du Politique (LaSSP). Contacto: <laure.ortiz@ut-capitole.fr>. Fecha de recepción: 8 de abril de 2017. Fecha de aprobación: 27 de agosto de 2017.

Le processus de criminalisation des migrations ou de «*crimmigration*», selon le néologisme créé par Juliet Stumpf, pour désigner «*the convergence of immigration and criminal law*»,<sup>1</sup> est principalement saisi, en France, sous le prisme du droit pénal<sup>2</sup> et plus précisément de sa dérive vers un droit pénal d'exception, accélérée depuis la communautarisation des politiques migratoires.<sup>3</sup> La problématique ainsi posée repose largement sur l'idée, rarement interrogée, que «*le droit appliqué aux non-nationaux constitue par essence un droit de nature administrative*». <sup>4</sup> Or, en France, la criminalisation des migrations tient autant à la prolifération des dispositifs administratifs répressifs ou para-répressifs

<sup>1</sup> STUMPF, Juliet, "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power", *American University Law Review*, 56, núm. 2, décembre 2006, pp. 367-419.

<sup>2</sup> L'usage croissant du droit pénal dans la régulation des migrations a suscité un certain nombre de colloques, numéros de revues, comme les dossiers des numéros 11/2011 («Évolutions récentes du droit des étrangers») et 1/2016 («L'étranger et le droit pénal») de la Revue AJ pénal (Dalloz) ou thèses de droit privé [CHASSANG, Céline, *L'étranger et le droit pénal: étude sur la pertinence de la pénalisation*, Paris 10, 2013, Nantes, 2014; AMSHERE, Karema, *Le migrant clandestin : entre répression et protection*, La Rochelle, 2011]. Mais aucune des grandes revues françaises de droit public (RFDA, AJDA, RDP) n'a consacré un numéro au droit des étrangers. Les analyses critiques les plus approfondies émanent de professionnels du droit et militants de la cause des migrants; notamment: GISTI - Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Immigration un régime pénal d'exception*, juin 2012.

<sup>3</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *La criminalisation des migrants en situation irrégulière: un crime sans victime*. Rapport STROE, Ionu-Marian, Parlement-Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, 2015. AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, 2014. CONSEIL DE L'EUROPE, *La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ?*. Rapport de HAMMARBERG, Thomas, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Strasbourg, 4 février 2010.

<sup>4</sup> LECUCQ, Olivier, «Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face», *AJDA* 2012, p. 1210.

qu'à la pénalisation elle-même et elle prospère davantage par la captation administrative des institutions pénales que par la confusion entre *criminal law* et *administrative law*. Cependant, penser l'articulation dialectique du pénal et de l'administratif ne va pas de soi: la dénonciation de *l'instrumentalisation du droit pénal* par l'administration bute sur le postulat théorique, pour le moins discutable, de l'autonomie du droit pénal<sup>5</sup> tandis que la dénonciation d'une dérive punitive du droit administratif se heurte à l'objection de la neutralité politique de la régulation administrative dont le seul objet serait d'assurer, en application de la loi, le refoulement ou l'éloignement des étrangers entrés ou séjournant irrégulièrement sur le territoire ou devenus indésirables pour des motifs d'ordre public. Pour aussi «pénalisants»,<sup>6</sup> «stigmatisants»<sup>7</sup> et dissuasifs que soient leurs méthodes, objets ou effets, le droit pénal et le droit administratif appliqués aux étrangers semblent poursuivre deux voies autonomes.

*Ma thèse* est que le processus de crimmigration s'appuie sur une dialectique de l'exception et de l'urgence dont le droit administratif est le moteur et qui a pour effet de dénier aux étrangers tout statut juridique réel. Au plan du contentieux, cette dialectique a pour effet de diffuser le modèle administratif de la justice de l'urgence à l'intérieur des deux ordres de juridiction. Axé, de fait ou de droit, sur l'appréciation des conditions de légalité et de célérité de l'action administrative plutôt que sur la prise en considération des droits individuels, ce modèle consolide l'exorbitance des pouvoirs conférés aux autorités administratives. Particulièrement instable, le droit des étrangers a connu une nouvelle réforme en mars 2016 qui transfère au Juge des Libertés et de la Détention (JLD), la pleine connaissance de la rétention administrative. Si la

---

<sup>5</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, «Introduction», *Revue de Science Criminelle*, no. 1, 2000, p. 1. ROYANT, Sandrine, *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse Montpellier, 2002, sous la direction de Christine Lazerges.

<sup>6</sup> HENRIOT, Patrick, Secrétaire Général du Syndicat de la Magistrature, «Les formes multiples de l'enfermement, une nouvelle forme de «punitivité», in *GISTI, op.cit.*, pp. 60-71.

<sup>7</sup> LOCHAK, Danièle, «Pénalisation», *AJ Pénal*, janvier 2016, p. 10.

réforme dément les prévisions des experts relatives à la probable déjudiciarisation du contentieux, elle ne change rien au déficit de garantie des droits et à la dynamique d'inféodation de la justice aux intérêts de l'action administrative qui en résulte.<sup>8</sup>

## I. SPÉCIFICITÉ ET EXCEPTIONNALITÉ DANS LE DROIT DES ÉTRANGERS

Le droit administratif et le droit pénal des étrangers développent l'un et l'autre le paradigme de l'exception, mais celle-ci n'a, dans les deux branches du droit, ni les mêmes fondements ni les mêmes effets. Construits sur des bases relativement autonomes et offrant un arsenal répressif largement concurrent, les deux droits sont néanmoins dans un rapport dialectique qui loin de se réduire à l'articulation logique des missions de prévention et de répression, en dissout les frontières.

### A) L'EXTRANÉITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF, UN PRINCIPE DE SPÉCIFICITÉ

Dans sa décision no. 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'Immigration*, le Conseil Constitutionnel a précisé que «*les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux*». Tout ce qui les concerne est donc (ou peut être) d'emblée

---

<sup>8</sup> Précisons que pour conduire cette démonstration nous nous en tiendrons à la France métropolitaine et aux mesures d'éloignement [les Obligations de Quitter le Territoire Français (OQTF) et les expulsions], d'enferment (la rétention administrative) et d'assignation à résidence ainsi qu'aux interdictions de territoire (interdiction de retour, interdiction de circuler ou interdiction judiciaire du territoire) lorsqu'elles visent des étrangers non ressortissants d'un Etat de l'Union Européenne (UE) ou de l'Espace Schengen ou de la Confédération helvétique. Nous laisserons de côté la question des réfugiés et demandeurs d'asile.

*dérogatoire* au droit commun. Leur situation spécifique justifie un traitement différencié conforme au principe d'égalité. L'extranéité est le dénominateur commun de l'ensemble qu'ils forment et les sépare des nationaux soumis au droit commun. L'extranéité est aussi une extériorité par rapport au territoire et à l'ordre sociopolitique avec lequel ce territoire s'identifie. En un mot la spécificité justifie l'altérité et garantit *l'autonomie* du droit des étrangers.

Symptomatiquement, l'étranger ne relève pas du code civil, sauf à acquérir la nationalité française ou épouser un national français. Son statut administratif est codifié dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), créé par l'Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004. Dans ses *Dispositions générales relatives aux étrangers*, le CESEDA ne reconnaît qu'un seul droit (le droit au séjour), réservé aux ressortissants des Etats de l'Union Européenne et de l'espace Schengen (Titre II). Le Titre III relatif aux étrangers des Etats tiers est vierge. Les droits fondamentaux des étrangers résidant régulièrement sur le territoire de la République sont essentiellement d'origine préto-rienne.<sup>9</sup>

Le droit (administratif) des étrangers n'est donc pas construit en référence à l'exception, à l'urgence ou à l'ordre public. Il est *constitutivement* bâti sur l'apartheid de la *dérogation*. La spécificité fonde la dérogation; la dérogation en est la modalité. En effet, selon une distinction largement admise par la doctrine administrative, la *dérogation* révoque la validité d'une règle générale par une règle spéciale, tandis que *l'exception* exclut partiellement l'application de la règle générale en vertu de cette même règle gé-

---

<sup>9</sup> La rétention des étrangers dans des centres de rétention administrative a longtemps existé sur la base d'un simple décret, avant d'être censurée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH 6 novembre 1980, *Guzzardi c/ Italie*.) Les zones de transit relevaient exclusivement du pouvoir administratif avant leur censure par le Conseil constitutionnel (décision no. 92-307 DC du 25 févr. 1992, *AJDA*, 1993, p. 105, chron. J.-F. Flauss; *RFDA* 1992. 185, note B. Genevois *Rec.* p. 48).

nérale.<sup>10</sup> La dérogation fait exception à la règle; l'exception déroge *dans* la règle. La spécificité a pour signification que *tout étranger* (qu'il soit en situation régulière ou pas, ressortissant d'un des Etats de l'UE, de l'espace EEE ou Schengen ou originaire d'un Etat tiers, qu'il bénéficie du statut de réfugié ou en soit débouté) est dans un statut essentiellement, *consubstantiellement, dérogatoire*. La réserve des droits fondamentaux n'y change rien.

#### B) L'EXCEPTION ET L'URGENCE, RESSORTS DE LA NÉGATION STATUTAIRE

Cependant, le concept de spécificité crée l'illusion d'une unité de régime entre les étrangers, alors qu'en réalité il n'en est rien. Il n'existe pas un «*droit commun de l'étranger*». La caractéristique première du droit des étrangers est sa *fragmentation* en une kyrielle de situations différenciées selon une multiplicité de critères, à la discrétion des autorités administratives, qui tiennent les uns à des considérations relatives à la personne (âge, date de naissance, statut marital, parental, nationalité, apatridie, raisons de sa présence sur le sol français, durée de son séjour, environnement, liens affectifs, maîtrise de la langue, gages d'intégration, comportement, fréquentation, antécédents...), les autres tiennent au pays d'origine ou au pays d'entrée dans l'espace Schengen, sans oublier les politiques sélectives de tri des migrants. Il en résulte une diversité extrême des régimes administratifs et contentieux applicables aux étrangers. Ceux-ci, dans certains de leurs aspects, peuvent emprunter au droit commun des nationaux mais en aucune manière ils ne lui sont comparables.

Mieux vaut dire qu'il n'y a pas de «statut»: pas plus de statut spécifique que de statut dérogatoire. En effet, le soi-disant statut

---

<sup>10</sup> DIEBOLT, C.: «L'usage des exceptions en procédure pénale», Réseau Européen Droit & Société/European Network on Law and Society, *Recherches, synthèses, analyses et questions actuelles*. Spécial Droit pénal et sociologie pénale (octobre 1995).

des étrangers est éclaté en une multitude de microrégimes, définis en fonction de critères variables et volatiles, construits dans le bricolage de l'actualité et la dispersion des sources. Les notions d'exception, d'urgence et de menace à l'ordre public opèrent à l'intérieur de ces microrégimes pour pulvériser le semblant d'unité qui les lie. Vu la marge d'appréciation importante dont dispose l'administration, de fait sinon de droit, on peut dire que tout étranger se trouve dans une situation juridique instable et précaire - une instabilité et précarité d'intensité variable. Dans ce contexte, l'effet dialectique de l'exception et de l'urgence, au sein de ce statut dérogatoire, est, en réalité, de dénier aux étrangers un statut, c'est-à-dire un régime de droit unifié et stable.

### C) LA DÉROGATION ADMINISTRATIVE MOTEUR DE L'EXCEPTION PÉNALE

Le droit pénal, quant à lui, est longtemps resté solidement ancré sur le principe de la loi commune. C'est sous l'effet propulsif du droit administratif qu'il a fini par sécréter en son sein un droit pénal ayant les étrangers pour cible. Le droit pénal, en effet, repose, classiquement, sur une logique de droit commun et tout ce qui déroge ne peut l'être qu'à titre exceptionnel. Néanmoins, au fur et à mesure que la régulation administrative des migrations s'est appuyée sur la sanction pénale de ses dispositifs, s'est développé un droit pénal spécifique prenant lui aussi pour critère l'extranéité. Désormais, le droit pénal compte des infractions visant spécifiquement l'étranger [telles le délit d'entrée et de séjour irrégulier (Article L621-2 CP); délit d'entrave à l'exécution d'une mesure d'éloignement (Article L624-1 CP); délit de soustraction aux obligations d'assignation à résidence ou de surveillance électronique (Article L624-4 CP), etc...] ou ciblant *«toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation, ou le séjour irréguliers, d'un étranger»* en France

ou dans un des Etats de l'espace Schengen<sup>11</sup> [délits de reconnaissance d'enfant de complaisance ou de *mariage contracté à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française*<sup>12</sup>] mêlant délits de solidarité et délits d'exploitation des migrations. Ces infractions spécifiques sont punies de peines d'emprisonnement et d'amendes assorties, à titre complémentaire, de sanctions spécifiques [interdiction judiciaire de territoire; confiscation de biens; interdictions professionnelles], d'une sévérité parfois outrancière. En revanche, les symptômes de la mise en place d'un régime procédural d'exception semblent s'effacer. Sont moins en cause, ici, les possibilités d'aménagement de peines pour les détenus étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement (un temps exclues par la Cour de Cassation et rétablies par le code de procédure pénale) que le statut du *juge des libertés et de la détention* (JLD), la nature de ses fonctions, les modalités de sa saisine, ses procédures, ses pouvoirs et ses pratiques. Ce juge compétent pour statuer sur les mesures de contraintes à l'égard des étrangers en situation irrégulière ou devenus indésirables (maintien en zone d'attente, rétention, assignation à résidence) est un magistrat du siège du tribunal de grande instance, créé par la loi du 15 juin 2000, sans statut propre et dont les pouvoirs n'ont cessé de croître à l'intersection du droit civil et du droit pénal. La loi organique no. 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats en fait désormais un magistrat spécialisé nommé par décret du Président de la République pris sur proposition du garde des Sceaux, après avis conforme de la formation du siège du Conseil Supérieur de la Magistrature. Le flou des attributions fonctionnelles du JLD ne sont pour autant réglées. Un avocat résume bien les ambiguïtés de l'institution des JLD: «*Sa création a en effet permis de renforcer les pouvoirs du parquet au détriment [de ce] du juge d'instruction qui dérange, tout en évitant que le ministère public soit taxé d'être un hoplite de l'exécutif, puisque ses décisions les plus attentatoires*

---

<sup>11</sup> Article L622-1 CP.

<sup>12</sup> Article L623-1 CP.

*sont contrôlées par un juge du siège, pris en la personne du juge des libertés et de la détention*». <sup>13</sup>

La dialectique du pénal et de l'administratif va bien au-delà de l'articulation logique entre répression/prévention. Au contraire, d'une part elle en dissout les frontières et montre que la dénaturation du droit pénal n'est que le corollaire d'une dénaturation de l'ordre administratif.

#### D) LA CONFUSION DES POUVOIRS DANS LE CHAMP RÉPRESSIF

La caractéristique la plus frappante du droit des étrangers est la multiplication des dispositifs administratifs ou judiciaires cumulatifs, concurrents ou interchangeable à tous les niveaux.

Le premier niveau est celui des contrôles d'identité et de titres de séjour. La théorie générale des pouvoirs de police distingue, d'un côté, les contrôles ordonnés par l'autorité judiciaire dont le but est de rechercher les auteurs d'un délit ou d'un crime ou d'empêcher la commission imminente d'une infraction et, de l'autre côté, les contrôles effectués dans le cadre de la police administrative pour prévenir une atteinte à l'ordre public. Or l'article 78-2 du code de procédure pénale autorise la police judiciaire, sur réquisitions écrites du procureur de la République, à contrôler l'identité de toute personne, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat, *«pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens»*. L'article précise si ce contrôle révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République, cela ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. En dehors de tout contrôle d'identité, l'article L611-1 du CESEDA prescrit aux personnes de nationalité étrangère *d'être en mesure de*

---

<sup>13</sup> DAUD, Emmanuel, «Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ?», *Dalloz Actualité du Quotidien*, 28 novembre 2016. On line: <<http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/juge-des-libertes-et-de-detention-avatar-ou-resurrection#.WDxLmNy9rIs>>.

*présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des forces de police.* Les opérations de contrôle organisées dans les zones frontalières, ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières, sur la base des accords de Schengen (articles L 611-8 du CESEDA et 78-2 du code de procédure pénal, peuvent être décidées indifféremment par le préfet ou le procureur de la république ou conjointement. Ces dispositions favorisent l'assimilation de la migration à la criminalité transfrontalière et brouille la distinction entre autorités administrative et judiciaire. Elles ont libéré les officiers de police judiciaire de l'obligation d'apporter la preuve d'éléments objectifs justifiant que telle personne ait fait l'objet du contrôle.

Dans les faits, cela a conduit à la multiplication des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires, pourtant jugés incompatibles avec le respect de la liberté individuelle par le Conseil Constitutionnel [décision no. 93-323 DC du 5 août 1993 relative à la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité]. La Cour de Cassation continue à exiger *que l'interpellation soit justifiée par «des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger»*<sup>14</sup> (la présentation d'un passeport suffit)<sup>15</sup> et l'existence *d'éléments objectifs de nature à faire apparaître une menace pour l'ordre public.*<sup>16</sup> Beaucoup moins regardant, le Conseil d'Etat juge que ces contrôles *«limités dans l'espace et dans le temps ne portent à la liberté d'aller et venir que des atteintes justifiées par l'intérêt public, nécessaires et proportionnées au regard des objectifs*

---

<sup>14</sup> COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle 25 avril 1985, Bogdan et Vuckovic, Bull. crim. no. 159, p.406, conclusions de M. l'avocat général Dontenville, *Dalloz* 20 juin 1985, no, 24, p. 329.

<sup>15</sup> COUR DE CASSATION, chambre civile 1, 7 octobre 2015, no. de pourvoi: 14-20459, Préfet de la Guadeloupe.

<sup>16</sup> COUR DE CASSATION, Chambre Civile 28 juin 1995, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, Bull. no. 221, p. 127, J.C.P.1995.II.22504, conclusions J. Sainte-Rose; 18 mars 1998, M. Zhou c/ préfet de Police de Paris, Bull. no. 94, p. 57. COUR DE CASSATION, chambre civile 2, 28 juin 1995, no. de pourvoi: 94-50002.

*de maintien de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales (la criminalité transfrontalière).*<sup>17</sup> La loi no. 2012-1560 du 31 décembre 2012 a introduit une retenue pour vérification du titre de séjour des étrangers placée sous le contrôle du procureur de la République et dont le contentieux relève du JLD. Les services de police administrative et les unités de gendarmerie, de leur côté, ont accès aux fichiers automatisés des empreintes digitales et données personnelles et peuvent les alimenter.

Le deuxième niveau est celui l'interdiction de territoire qui peut être administrative ou judiciaire. Elle est administrative et non contradictoire quand elle est décidée par le ministre de l'intérieur (étranger en situation régulière en cas de menace grave pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales de la France), soit par le préfet (étranger en situation irrégulière sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF)). L'une et l'autre emportent signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen. L'interdiction du territoire français (ITF) peut être aussi judiciaire soit au titre de peine principale ou de peine complémentaire de la répression de certains crimes ou délits.

Le troisième niveau est celui des mesures de sûreté. En tant que procédure administrative, l'assignation à résidence est un dispositif qui concerne (hors *l'état d'urgence*) exclusivement les étrangers, soit parce qu'ils sont en situation irrégulière et sous le coup d'une mesure d'obligation de quitter le territoire, soit parce qu'ils sont en situation régulière mais sont devenus indésirables pour des raisons d'ordre public. L'assignation à résidence est aussi une mesure que peut prendre le JLD dans le contentieux des étrangers. Quant à l'assignation à résidence, en droit pénal, elle est une alternative à la détention provisoire et bénéficie dans mêmes garanties procédurales que cette dernière. En droit des étrangers, le prononcé de l'assignation à résidence n'est soumis à aucune procédure

---

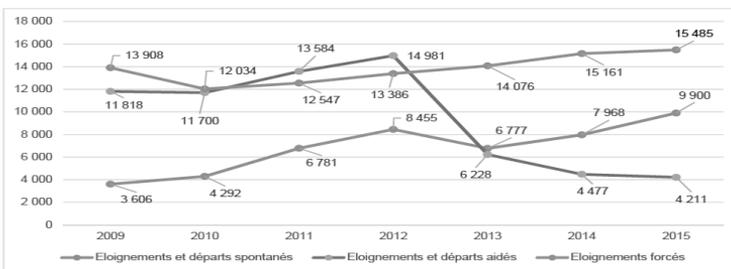
<sup>17</sup> CONSEIL D'ÉTAT, 13 juin 2016, M. B...D...et M. E...A. no. 372721, publié au Lebon.

contradictoire, le «droit à être entendu» étant présumé avoir été satisfait au stade du refus du titre de séjour.

Toutes les autres mesures restrictives de liberté, en dehors de l'assignation à résidence (maintien en zone d'attente) ou privatives de liberté (rétention administrative) sont des mesures administratives. Selon le motif de l'irrégularité du séjour ou l'existence et le degré de la menace à l'ordre public les obligations de quitter le territoire, expulsions et mesures de rétention administrative peuvent ou non viser les «étrangers privilégiés» (à savoir les ressortissants des Etats de l'Union Européenne, de l'espace Schengen ou de la Suisse) et les étrangers dits «protégés» en raison de la durée de leur résidence sur le territoire national et de leur situation matrimoniale ou familiale.

#### E) UN AFFAIBLISSEMENT DU DROIT PÉNAL

La critique récurrente dans le débat académique quant à l'instrumentalisation administrative du droit pénal s'appuie notamment sur l'ineffectivité de la plupart des sanctions pénales frappant spécifiquement les étrangers. La gamme des mesures administratives, au contraire, est largement utilisée. Au total, le Ministère de l'Intérieur comptabilisait 29 596 mesures en 2015.



Source : MI – DCPAF

Cette différence d'effectivité s'explique: même dans le cas d'infractions pénales, l'autorité administrative peut toujours court-circuiter le judiciaire en procédant d'office à la reconduite à la frontière. La «pénalisation» vise moins la sanction que la stigmatisation; l'ineffectivité de la sanction est la conséquence du choix prioritaire de la répression administrative. L'interchangeabilité ne joue donc vraiment qu'au sein des dispositifs administratifs en fonction des critères de l'ordre public et de l'urgence laissés à l'appréciation des autorités administratives.<sup>18</sup> L'exception pénale n'a pas plus à voir avec l'objectif de la répression que l'urgence administrative n'a à voir avec celui de la prévention.

Le dévoiement des droits pénal et administratif n'est pas parallèle mais réciproque. La dialectique de l'exception et de l'urgence a pour effet, au plan substantiel, de croiser leurs objectifs respectifs; de créer des motifs d'intervention interchangeables; d'user de mesures de sûreté bidimensionnelles interconnectées. Elle a pour effet, au plan institutionnel, d'accroître de manière démesurée les pouvoirs de police administrative préventifs/répressifs, à la discrétion de l'autorité administrative ou en connivence avec le Parquet.

## II. JUSTICE ET EXTRANÉITÉ

Contre tous les pronostics de dé-judiciarisation du contentieux des étrangers basés sur les politiques italiennes menées par Mat-

---

<sup>18</sup> Symptomatiquement, les dernières statistiques disponibles de l'activité judiciaire en matière de droit des étrangers remontent à 2007 Enquête statistique sur les décisions prononcées du 1er au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente [Source: Syndicat Juridiction Administrative, avril 2008]. En revanche, celles relatives au contentieux administratif sont régulièrement mises à jour. Ils représenteraient, aujourd'hui, un tiers de l'activité des juridictions administratives (CNDA-Cour Nationale du Droit d'Asile non incluse) Les étrangers constituent, aujourd'hui, le principal contentieux de masse porté devant les juridictions administratives (1/3 des affaires de la juridiction administrative en métropole; 80% des contestations concernent des mesures d'éloignement).

teo Renzi depuis 2014, la loi française n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers confie au JLD le contrôle de la légalité de la décision de placement en rétention administrative des étrangers et inverse l'ordre d'intervention des juridictions judiciaire et administrative en la matière. La re-judiciarisation, loin de corriger le déficit de garanties juridictionnelles des maigres droits reconnus aux étrangers, n'en révèle que mieux l'essence problématique du dualisme des ordres de juridictions.

#### A) EXTRANÉITÉ, FACTEUR D'INSTABILITÉ DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

Instable dans son organisation et incertaine dans ses fondements théoriques, la répartition du contentieux des étrangers entre les deux ordres de juridictions résulte de la lente atrophie de la notion de *liberté individuelle* (sous la protection théorique du juge judiciaire). Celle-ci s'est trouvée progressivement réduite au *droit à la sûreté*. Le recul de la compétence judiciaire résulte aussi de la distinction, tout aussi discutable, entre les mesures dites *privatives* de liberté (compétence judiciaire) et les mesures *restrictives* de liberté (qui peuvent ressortir au juge administratif).

De tout temps, l'Etat en France s'est reconnu des pouvoirs de haute police lui permettant de refuser l'entrée et le séjour à un étranger (réserve faite de l'asile, qui fut reconnu comme un droit subjectif par le préambule de la Constitution de 1946, mais qui ne l'est plus depuis son l'européanisation). Ces mêmes pouvoirs lui permettent de mettre fin au séjour régulier d'un étranger pour des raisons d'ordre public. Afin de préparer matériellement le départ de l'étranger indésirable, l'Etat s'est autorisé à le retenir ou le détenir, quelques jours, en zone d'attente, en centre de rétention ou à l'assigner à résidence dans des lieux déterminés par l'administration. Le caractère régalien de la prérogative est si fortement ancré que le Conseil d'État et la Cour de cassation

ont longtemps admis qu'un étranger sous le coup d'une expulsion pouvait être retenu sur «ordre provisoire du gouvernement».<sup>19</sup> Ce caractère régalien continue à se traduire, de façon contestable,<sup>20</sup> dans la jurisprudence de la CEDH relative au champ d'application de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (droit au procès équitable).<sup>21</sup> Cependant, les engagements internationaux et les mobilisations sociales ont conduit à réformer à plusieurs reprises le contentieux de la rétention administrative des étrangers. L'idée générale reste la même : concilier l'efficacité et la célérité administrative dans l'éloignement de l'étranger avec la protection des droits de ce dernier. Côté efficacité et célérité: la rétention administrative se réalise sans contrôle juridictionnel a priori. Côté protection de l'étranger: un droit au recours contre la mesure de placement en rétention. Le contentieux de la légalité de ce placement relevait jusqu'à la loi de 2016 de la compétence du juge administratif. Néanmoins, pour satisfaire au principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle,<sup>22</sup> le placement devait faire l'objet d'une information

<sup>19</sup> TRASSOUDAIN, Serge, L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente, Bulletin d'Information de la Cour de Cassation, Hors série, 2003 : « *Le fondement juridique de la rétention ou détention [des étrangers] 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». 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».*

<sup>20</sup> Intervention de Maître Flor TERCERO, Présidente de l'ADDE-Avocats pour la Défense du Droit des Etrangers, lors du colloque «Regards sur le droit au procès équitable» le 18 novembre 2010 à l'Université Toulouse 1. On Line: <<https://blogavocat.fr>>.

<sup>21</sup> Cour EDH, G.C. 5 octobre 2000, Maaouia c. France, Req. no. 39652/98: «*les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 § 1*».

<sup>22</sup> L'article 136 du Code de procédure pénale «*Dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité*

immédiate du procureur de la République (autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution) d'une part et de l'intervention du juge judiciaire (le JLD) dans un délai passé de 48 h à 5 jours d'autre part. Mais, c'est sur la demande de l'autorité administrative, que le JLD était saisi et pour se prononcer sur les suites à donner: le maintien en rétention, la remise en liberté ou, à titre exceptionnel, l'assignation à résidence. Le JLD, donc, se limitait à vérifier la légalité de la procédure d'interpellation, à apprécier la nécessité du maintien en rétention compte tenu des garanties de représentation offertes par l'étranger et de la diligence de l'administration. Le JLD n'avait aucune compétence pour se prononcer sur la légalité de la mesure elle-même, n l'a dit.

Pendant, la directive européenne dite directive «retour»<sup>23</sup> prône la graduation des mesures de contraintes qui ne permettait plus de recourir prioritairement et systématiquement à la rétention. Aussi, la loi no. 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France fait-elle désormais de l'assignation à résidence la mesure que l'autorité administrative doit envisager en priorité (Article L 561-2 du CESEDA)<sup>24</sup> dans les cas dans lesquels elle pouvait précédemment recourir à la rétention (L551-1). Mais, l'inversion des dispositifs n'aura certainement qu'une faible portée

---

*administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents».*

<sup>23</sup> DIRECTIVE 2008/115/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

<sup>24</sup> CAA Paris, 30 oct. 2014, no. 13PA04009, M. A. B.: «Conformément aux objectifs de l'article 17 de la directive du 16 décembre 2008, le recours au placement en rétention ne doit constituer qu'une mesure d'exception réservée au cas où l'étranger ne disposerait pas, à la date à laquelle l'autorité préfectorale prend les mesures nécessaires à la préparation de l'éloignement, d'un lieu de résidence stable»). Pour cette raison, les motifs de placement en rétention ou d'assignation à résidence sont désormais énumérés à l'article L. 561-2 du code, l'article L. 551-1 se bornant à indiquer que la rétention est réservée à «l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque » de fuite.

pratique: l'autorité pourra toujours user de la rétention dès lors que l'étranger ne présente pas, selon elle, «*de garanties de représentation suffisantes*» (le risque de fuite)<sup>25</sup>. De même, un étranger peut être retenu s'il a manqué à ses obligations lorsqu'il était assigné à résidence et il pourra être assigné à résidence lorsque sa rétention administrative prend fin (C. étrangers, art. L. 561-2 et L. 554-3). Le contrôle du juge continue à s'exercer *a posteriori*. On peut donc douter d'un contrôle authentique de cette «graduation» des contraintes.

La nouveauté de la loi est, donc, d'unifier le contentieux de la rétention sous l'égide du JLD; unification que justifierait l'article 66 de la Constitution selon F. Julien-Lafferrière, la rétention étant privative de liberté (mais alors on comprend mal pourquoi il a fallu tant de temps pour le comprendre); unification que justifierait «l'intérêt d'une bonne administration de la justice» selon le conseil constitutionnel,<sup>26</sup> alors même que celui-ci ne s'est pas prononcé sur cet aspect de la réforme;<sup>27</sup> unification enfin impliquée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Bien en deçà de la durée maximum de 18 mois prévue par la directive retour. En réalité, « cette loi offre à l'administration le maximum de facilités pour jouer sur des mesures similaires en pouvoir de contrainte » soulignait Patrick Henriot, secrétaire général du Syndicat de la magistrature, dans sa communication au colloque *Droit des étrangers: éclairages sur la réforme de la loi du 7 mars 2016*, organisé par l'ADDE, l'ADE et le SAF, 24 juin 2016, Sciences Po Toulouse.

<sup>26</sup> Cons. const., déc. 23 janv. 1987, no. 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence qui prescrit «d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé».

<sup>27</sup> Cons. const., déc. 3 mars 2016, no. 2016-728 DC. Vincent Tchen, *Actualité du droit des étrangers. Panorama des textes essentiels et des grands arrêts* (entrée en France; séjour des étrangers; départ forcé; asile politique). *Panorama de la réforme du 7 mars 2016*. Code Lexis-Nexis 2016, C. étrangers, Livres 1 à 8, Annexes 1 et 6. 12 mars 2016.

<sup>28</sup> CEDH 12 juill. 2016, req. no. 56324/13 AFFAIRE A.M. c. France.

## B) L'EXTRANÉITÉ, CASSE-TÊTE DANS LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

En réalité, le contentieux des mesures de contraintes frappant les étrangers reste écartelé entre les deux ordres de juridiction, ce qui ne va pas sans difficulté.

a. Au niveau du contentieux de la rétention: si la décision de placement ne peut plus être contestée *que* devant le JLD,<sup>29</sup> le juge administratif demeure compétent pour statuer sur la légalité de la mesure en vue de l'exécution de laquelle la rétention est décidée, à savoir l'Obligation de Quitter le Territoire Français (l'OQTF) ou l'arrêté d'expulsion ainsi que les décisions qui l'accompagnent le cas échéant [décision mentionnant le pays de destination; interdiction de retour sur le territoire français; interdiction de circulation sur le territoire français]. Le juge administratif demeure aussi compétent en ce qui concerne les conditions matérielles de la rétention.<sup>30</sup> Il reviendra désormais au JLD d'apprécier les raisons «objectives» qui fondent sa nécessité et la proportionnalité de la mesure notamment au regard du droit de l'intéressé de mener une vie personnelle et familiale normale. Comme précédemment, le JLD, saisi au terme des 48 heures qui suivent le placement, pourra prolonger la rétention, à la demande de l'administration, une première fois jusqu'à 28 jours, et sur nouvelle saisine une deuxième fois pour une durée de 15 jours au maximum. La durée totale de la rétention de 45 jours peut être étendue dans les affaires liées au terrorisme (6 mois au maximum). Le JLD

<sup>29</sup> Lorsque celui-ci est également saisi par l'administration aux fins de prolongation de la rétention: l'article L 512-1 III du CESEDA y voit «deux procédures» distinctes par une ordonnance unique: Qu'en sera-t-il des contestations dissociées dans le temps de la demande de prolongation?

<sup>30</sup> Tribunal des Conflits, arrêt Dulangui, 24 avril 1994, Recueil Lebon: «les conditions matérielles d'exécution de la rétention ressortissent en l'absence de voie de fait, à la seule compétence de la juridiction administrative». Sont concernées les conditions d'hébergement, de salubrité et d'hygiène et liberté de communication avec extérieur et famille.

continuera à statuer, comme précédemment, dans les 24h, après avoir auditionné l'étranger, en présence de son conseil et le représentant de l'administration (un retraité des services de police assume cette fonction standardisée au tribunal de Toulouse). Il pourra prolonger la rétention ou assigner à résidence ou mettre fin à la rétention. Ces décisions sont toujours susceptibles d'appel, sur l'initiative de l'intéressé, du procureur de la république ou du préfet, devant le juge unique de l'appel (le président de la cour d'appel ou son délégué) qui statue dans les 48h.

b. Au niveau du contentieux de l'assignation à résidence : l'appréciation de la légalité de la décision du préfet d'assigner à résidence continue, en revanche, à relever de la compétence du juge administratif.<sup>31</sup> Mais le JLD est seul compétent pour autoriser les mesures de contraintes susceptibles d'être mises en œuvre au cours de l'assignation à résidence (appréhension à domicile aux fins de visite consulaire ou d'exécution de la mesure d'éloignement). On le voit la loi de 2016 ne simplifie pas le droit.

### C) LE DUALISME JURIDICTIONNEL, FACTEUR D'AFFAIBLISSEMENT DU DROIT DES ÉTRANGERS

Le dualisme juridictionnel complexifie la défense des étrangers tout en amputant nécessairement les pouvoirs des juges, JLD ou juge administratif pour deux raisons.

Le premier problème porte sur le caractère suspensif, de plein droit, des recours devant le JLD. Rappelons les principes: La CEDH, dans l'arrêt *Čonka c/ Belgique* du 5-02-2002, a considéré que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 de la convention suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contrai-

---

<sup>31</sup> Le juge administratif, seul compétent pour connaître de la légalité de la décision administrative d'assignation à résidence, l'est aussi bien sûr pour toutes les autres mesures (OQTF et décisions accessoires ou connexes).

res à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles.<sup>32</sup> La CEDH refuse «*d'affirmer quelle voie de recours interne serait plus opportune qu'une autre, ni, a fortiori, de porter une appréciation sur la répartition des compétences opérée par les autorités internes entre les juges judiciaires et administratifs*». Nonobstant, elle a jugé que la procédure de référé-liberté, dans la procédure dite «d'asile à la frontière» n'était pas une voie de droit utile dans la mesure où le recours n'a pas d'effet suspensif *de plein droit*.<sup>33</sup> Le Conseil d'Etat français a posé le principe du droit au caractère suspensif des recours non seulement dans le contentieux de l'asile,<sup>34</sup> mais aussi dans ceux basés sur l'article L 512-1 du CESEDA (mesures d'éloignement, autre qu'un arrêté d'expulsion, avec placement en rétention ou assignation à résidence).<sup>35</sup>

<sup>32</sup> CEDH, *Čonka c. Belgique* - 51564/99. Arrêt 5.2.2002 [Section III]: *En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention.*

<sup>33</sup> CEDH, 26-07-2007, *Affaire M. Asebeha Gebremedhin* [Gaberamadhien] c. France, no. 25389/05. Le problème en l'occurrence concerne les demandeurs d'asile interceptés à la frontière et maintenu en zone d'attente («procédure de l'asile à la frontière») et dont l'administration juge la demande d'asile «manifestement infondée», car elle rejette la demande d'accès au territoire de l'intéressé lequel est d'office «réacheminable» sans avoir eu la possibilité de saisir l'OFPRA de sa demande d'asile. Saisi en référé d'un refus d'entrée opposé à un demandeur d'asile à la frontière au motif que la demande est «manifestement infondée», le juge des référés (référé-liberté ou référé-suspension) a la compétence d'apprécier ce motif et peut notamment enjoindre l'administration d'admettre le requérant sur le territoire. La Cour en déduit en l'espèce que, n'ayant pas eu accès en «zone d'attente» à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un «recours effectif» pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec cette disposition» (§ 66 et 67).

<sup>34</sup> Sous réserve des demandes abusives ou dilatoires: CE, ass. 13 décembre 1991, M.N.

<sup>35</sup> CE, Sect, 30 dec 2013, *Bashardost*, no. 367533: 3. Considérant, d'une part, que l'introduction d'un recours sur le fondement du III de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile a par elle-même pour effet de suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement en vue de laquelle le placement de l'étranger en rétention administrative ou son assignation

La question qui se pose ici est donc de savoir si le recours contre une mesure de rétention administrative va suspendre l'expulsion de l'étranger.

Un des arguments de l'unification du contentieux de la rétention était précisément la volonté du législateur de prévenir le risque que l'étranger soit reconduit à la frontière avant même que le juge concerné ait pu statuer.<sup>36</sup> Le nouvel article L512-3 CESEDA prévoit bien que «*L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office... avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi*». Mais il concerne l'OQTF et le JLD n'est pas le juge de l'OQTF. Selon l'article cité, il ne sera pas possible de reconduire à la frontière ou d'expulser un étranger qui a saisi le juge administratif avant que ce dernier n'ait statué. Or,

---

à résidence a été décidé; que, saisi au plus tard dans les quarante-huit heures suivant la notification de la décision de placement en rétention administrative ou d'assignation à résidence, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue se prononce dans des conditions d'urgence, et au plus tard en soixante-douze heures; que, statuant dans ce cadre, il dispose d'un pouvoir d'annulation non seulement de la mesure d'éloignement mais également de la mesure de rétention ou d'assignation à résidence; qu'il peut également connaître de conclusions à fin d'injonction présentées au titre des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative; qu'en cas d'annulation de la mesure d'éloignement ou de la mesure de surveillance, l'étranger est immédiatement remis en liberté et se voit délivrer une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait statué sur son cas ; qu'il résulte des pouvoirs ainsi confiés au juge par les dispositions du III de l'article L. 512-1, des délais qui lui sont impartis pour se prononcer et des conditions de son intervention que la procédure spéciale prévue par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile présente des garanties au moins équivalentes à celles des procédures régies par le livre V du code de justice administrative;

<sup>36</sup> De 1998 à 2011, le contentieux de la rétention se faisait devant les deux juridictions: le JLD était saisi après 48h pour autoriser la prolongation et le juge administratif pour se prononcer sur la légalité de la décision de placement en rétention. La loi no. 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité avait déjà précédemment inversé l'ordre des saisines: le juge administratif devait être saisi dans un délai de 48h et le JLD au bout de 5 jours. Résultat: une part non négligeable d'étrangers ont été éloignés avant même que le JLD ait pu examiner les conditions de leur interpellation.

en vertu de la théorie de l'autonomie des procédures, dont le juge administratif fait abondamment usage, la rétention n'est pas un élément de la procédure d'OQTF, même si la réciproque est vraie en l'occurrence. L'étranger aura beau saisir le JLD, d'un recours contre sa mise en rétention, l'OQTF ou l'arrêté d'expulsion validés en urgence par le juge administratif, pourra déjà avoir été exécuté et l'étranger concerné reconduit à la frontière avant que le JLD n'ait statué. Dans l'affaire AM c/ France (CE 4 mars 2013), la haute juridiction a rejoint le raisonnement du Tribunal Administratif de Pau qui avait jugé que *«pour regrettable que soit l'exécution par le préfet de la mesure de reconduite préalablement au jugement de la légalité de l'arrêté de placement en rétention, en tout état de cause cette circonstance n'entache pas d'illégalité la décision attaquée de rétention, en l'absence de texte législatif ou réglementaire prévoyant le caractère suspensif de ce recours»* (TA de Pau, 11 octobre 2011). Le Conseil d'Etat a annulé un arrêt contraire de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux<sup>37</sup> et estime que les stipulations de la convention n'impliquent pas le caractère suspensif du recours contre la décision de placement en rétention.<sup>38</sup>

Le second problème porte sur l'étendue des pouvoirs qu'exercera le JLD dans le contentieux de la rétention. Le dualisme juridictionnel l'empêchait jusqu'à présent de jouir d'une compétence de pleine juridiction. Qu'en sera-t-il davantage à l'avenir? La

---

<sup>37</sup> CAA Bordeaux, 20 mars 2012: *«dès lors, en ne prévoyant pas, en dehors du cas visé à l'article L. 512-3 du CESEDA dans lequel le placement en rétention est contesté devant le juge en même temps que l'OQTF, que le recours devant le juge contre une mesure de placement en rétention administrative suspend l'exécution de la mesure d'éloignement tant que le juge n'a pas statué, ledit code, dans sa rédaction issue de la loi no 2011-672 du 16 juin 2011, est incompatible avec ces stipulations»*.

<sup>38</sup> CE 4 mars 2013: *«considérant que les stipulations de l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH, qui garantissent le droit d'une personne privée de liberté de former un recours devant un tribunal qui statue rapidement sur la légalité de la détention, n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire à reconnaître un caractère suspensif aux recours susceptibles d'être exercés contre les mesures de placement en rétention administrative prises pour assurer l'exécution des décisions, distinctes, qui ont ordonné l'éloignement des étrangers placés en rétention»*.

question est essentielle car c'est bien dans l'étendue des pouvoirs des juges et leur usage effectif que se joue le caractère fictif ou réel, opportun ou inopportun du dualisme juridictionnel. Pour être plus précise, le JLD pourra-t-il enfin mettre au centre du débat judiciaire les droits subjectifs de la personne ou continuera-t-il à se contenter du procès fait à un acte administratif? C'est à cette aune que l'on peut juger de la «rejudiciarisation» ou pas du contentieux des étrangers ou, au contraire, la diffusion d'un seul et même modèle de justice: le modèle de la justice administrative de l'urgence. Dans l'appréciation de ses pouvoirs, le JLD s'affranchira-t-il de la catégorisation par laquelle le juge administratif borne les siens?<sup>39</sup> Le juge administratif exerce un contrôle normal en matière de violation des règles de séjour, restreint lorsqu'il s'agit de menace d'ordre public (expulsion) et un contrôle de proportionnalité exclusivement lorsque l'étranger peut se prévaloir de l'article 8 de la CEDH<sup>40</sup> (droit de vivre une vie familiale normale). La jurisprudence du Tribunal des Conflits (arbitre des règles de répartition des compétences contentieuses entre les deux ordres de juridictions) et celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne militent pour une conception extensive des pouvoirs du juge judiciaire. Le Tribunal des conflits dans l'arrêt du 9 février 2015 (no. C3986) a jugé «*qu'il appartient au juge judiciaire de mettre fin à tout moment à la rétention administrative, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient*». La CJUE abonde dans le même sens: «*une autorité*

<sup>39</sup> (contrôle de légalité ou d'opportunité; contpôle externe et interne; contrôle d'office, extra/ultra/ infra petita; recours de l'excès de pouvoir ou de plein contentieux; contrôle «normal» ou restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits)

<sup>40</sup> En raison de cet objet, le juge administratif exerce un contrôle restreint sur les motifs d'un arrêté d'expulsion (CE, 3 février 1975, Ministre de l'intérieur c/ X, no. 94108, au recueil). Dans la même perspective, le juge administratif exerce un contrôle restreint sur les décisions par lesquelles l'administration refuse d'abroger un arrêté d'expulsion (CE, 16 mars 1984, Ministre d'État, ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ X, no. 48570, au recueil). La seule exception à cette règle vise les ressortissants de l'Union européenne, dont l'expulsion fait l'objet d'un contrôle entier par le juge administratif (CE, 19 novembre 1990, X, no. 94235, aux tables).

*judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une prolongation de la rétention est justifiée, (...) ce qui nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce. Lorsque la rétention initialement ordonnée ne se justifie plus ..., l'autorité judiciaire compétente doit être en mesure de substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative ou, le cas échéant, à celle de l'autorité judiciaire ayant ordonné la rétention initiale et de statuer sur la possibilité d'ordonner une mesure de substitution ou la remise en liberté du ressortissant concerné» (CJUE, 5 juin 2014, «Mahdi», no. C-146/14 PPU).*

Une fois de plus, l'évaluation de la portée des garanties juridictionnelles, dans le droit des étrangers (et sans doute ailleurs) ne peut se faire sans considérer l'articulation des contentieux entre les deux ordres de juridictions. Les vices du dualisme juridictionnel sont patents en ce qui concerne le contrôle des conditions dans lesquelles l'étranger a été interpellé en vue de sa reconduite à la frontière, sa rétention ou son assignation. Dans l'AFFAIRE A.M. c. FRANCE (Requête no. 56324/13), la CEDH a estimé que le juge administratif ne pouvant contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger, un tel contrôle était trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4 de la convention dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f.

### III. UNE JUSTICE DISSYMMÉTRIQUE, AU SERVICE DE L'ADMINISTRATION

Au regard du thème de la crimmigration entendue comme l'absorption croissante de la régulation administrative des migrations dans la loi pénale, le cas français illustre paradoxalement l'inverse: le risque d'administrativisation du juge judiciaire et le coût parfois de la dépénalisation pour les droits des étrangers. Le retour dans le giron administratif peut aggraver le déficit de garantie des droits comme le montre l'exemple de la rétention avec

reconduite à la frontière (RAF). Introduite par la loi du 19 octobre 1981 sous la forme d'une sanction pénale, la RAF était jusqu'en 1986 de la compétence du tribunal correctionnel. Tant que le Tribunal correctionnel était compétent, l'irrégularité du contrôle d'identité faisait obstacle à la reconduite à la frontière (deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 15 avril 1985 (*Procureur général de Paris c/ Bogdan*, et *Procureur général de Versailles c/ Vuckovic*, D. 1985, J., p. 329, concl. de l'avocat général Dontenwille). Une incertitude planait sur la question de savoir si l'autorité judiciaire était toujours compétente pour apprécier la régularité du contrôle d'identité lorsque celui-ci avait eu lieu dans le cadre d'une opération de police administrative ou si le juge pénal devait procéder à un renvoi préjudiciel à la juridiction administrative. Finalement la Cour de Cassation opta dans le sens d'une pleine compétence de l'autorité judiciaire que l'opération de police soit administrative ou judiciaire. La RAF est devenue, par la suite, une mesure administrative de la compétence du préfet avec les lois du 9 septembre 1986 et du 2 août 1989. Dès la première affaire, le Conseil d'Etat suivit les conclusions du commissaire de gouvernement (le rapporteur), Ronny Abraham, la mettant en garde contre les risques d'asphyxie prochaine de la juridiction par le contentieux des étrangers et écarta toute possibilité de mettre en cause les conditions de l'interpellation, sur le terrain de l'excès de pouvoir ou du recours de plein contentieux, considérant «*l'absence de lien de causalité direct entre le contrôle irrégulier dont il a fait l'objet et son éloignement du territoire*».<sup>41</sup>

De même, un bilan de la jurisprudence sur le principe du contradictoire ou du droit à être entendu montrerait la même économie de justice. Alors que le juge fait volontiers usage, on l'a dit, de la théorie de l'autonomie des procédures pour refuser de surseoir à statuer, il se montre réticent à en faire autant en ce qui concerne le droit à être entendu. Ainsi, considère-t-il que si l'étranger a déjà été entendu dans le cadre de la procédure de refus de titre, il n'a plus à l'être dans le cadre de la décision d'éloignement, alors même

---

<sup>41</sup> Conseil d'Etat, M. Sioui 23/02/1990.

que les refus de séjour n'impliquent pas nécessairement obligation de quitter le territoire.<sup>42</sup> La CJUE va dans le même sens.<sup>43</sup>

On pourrait déduire de tout ce qui précède que la défense du droit des étrangers est bien mieux assurée par le JLD et que les étrangers ont tout à gagner de la réforme contentieuse introduite par la loi de 2016. Or, l'observation des pratiques judiciaires montre que l'affaire est beaucoup plus complexe. Interpellés par divers conflits opposants des avocats spécialisés dans la défense des droits des étrangers et le JLD du Tribunal de Grande instance de Toulouse (dans le ressort duquel se trouvent un centre de rétention important et une préfecture qui passe pour être particulièrement active dans la politique anti-migratoire), nous avons conduit une observation des pratiques, entre 2012 et 2014, avec un groupe d'étudiant.es volontaires de Sciences Po Toulouse, des avocats membres de l'ADDE – Avocats pour la Défense des droits des Etrangers et de l'ADE – Avocats pour la défense des Etrangers ainsi que des militants de la Ligue des Droits de l'Homme et de la CIMADE (ONG assurant une veille juridiques auprès des étrangers retenus dans le Centre de Cornebarrieu). Notre projet d'observation systématique des audiences devant les JLD de Toulouse, a souvent été mis en échec par les conditions de mise en oeuvre des recours: une justice expéditive, rendue sans robe, ni protocole, dans le bureau du juge et non dans une salle d'audience clairement identifiable; un bureau difficile d'accès et trop étroit pour recevoir plus de cinq ou six personnes; des débats stéréo-

<sup>42</sup> COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 5ème chambre - formation à 3, 23/04/2013, 13LY00336; CE, M. A... B. 4 juin 2014, req. no. 370515).

<sup>43</sup> Marie-Laure Basilien-Gainche et Tania Racho, «Quand le souci d'efficacité de l'éloignement l'emporte sur l'application effective des droits fondamentaux», *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 novembre 2014, consulté le 06 août 2016: <<http://revdh.revues.org/957>>; DOI: 10.4000/revdh.957 . Naïké Lepoutre, «Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure d'éloignement, un droit fondamental réduit à portion congrue», *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 janvier 2015, consulté le 07 août 2016: <<http://revdh.revues.org/1042>>; DOI: 10.4000/revdh.1042.

typés, des audiences à la chaîne, réglées en moins de 5 à 6 minutes; des avocats commis d'office n'ayant généralement que peu d'éléments pour construire une défense efficace; tandis que, du côté des retenus, prévalent une incompréhension totale de la nature du débat juridique et un profond sentiment d'injustice; parfois une indifférence à l'égard d'une décision à laquelle ils contreviendront à la première occasion. De plus, il n'est pas facile de distinguer ce qui relève de causes structurelles et ce qui relève de la personnalité de tel ou tel juge. L'étude, par conséquent, n'a pas été publiée, mais nos observations rejoignent celles effectuées par la CIMADE à Lyon.<sup>44</sup> Comment les JLD pourraient-ils juger autrement? Le JLD n'a strictement aucun moyen d'instruction. Son statut *«explique que le JLD ne gère pas un cabinet avec des dossiers mais qu'il intervienne sur des affaires qui lui sont envoyées ponctuellement. Aussi n'a-t-il guère de temps pour en prendre connaissance d'autant plus que, sauf à Paris, il cumule généralement cette fonction avec une autre qui est pour lui principale»*.<sup>45</sup> Quoiqu'il en soit, devant cette justice -là, l'essentiel du débat n'aura pas lieu à savoir, pour l'étranger, pouvoir expliquer les raisons de rester en France. Ce n'est pas la fonction du JLD. Le paradoxe auquel nous nous sommes heurtés est que bien des avocats nous disaient préférer plaider devant les juges administratifs, mieux armés pour apprécier les défaillances de l'action administrative que le JLD et *«parce que, devant eux, on peut enfin parler de droit»*.

---

<sup>44</sup> «Le décalage entre les préoccupations des retenus, qui tournent autour de la possibilité de rester en France ou au moins de circuler à peu près librement, et l'objet du débat juridique qui ne porte que sur la légalité des décisions souhaitées par les instances préfectorales. Pour participer aux débats, il leur faut avoir assimilé que ceux-ci portent sur les actions des services administratifs et non sur leurs droits de séjour». Voir la publication CIMADE de l'observation lyonnaise: <[http://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2013/06/Rapport\\_juges\\_des\\_libertes\\_2\\_annees.pdf](http://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2013/06/Rapport_juges_des_libertes_2_annees.pdf)>.

<sup>45</sup> REBUT, Didier, préc.cit. Cependant notre observation a aussi pu révéler des comportements d'une sévérité et d'un manque de courtoisie et de respect des retenus injustifiables.

Cela souligne une fois de plus la nécessité de croiser les approches théoriques avec les études empiriques et l'expérience des acteurs de terrain, professionnels et militants du droit.

#### IV. LA DIFFUSION DU MODÈLE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE DE L'URGENCE

L'évaluation de l'impact du dualisme juridictionnel sur le niveau de garantie des droits ne peut faire abstraction des conditions pratiques dans laquelle la justice est rendue dans l'un et l'autre des ordres de juridictions. Déjà largement bridés par une interprétation compréhensive des besoins de l'action administrative en matière de régulation des migrations et de sauvegarde de l'ordre public, les magistrats sont pris dans une organisation juridictionnelle centrée sur ses objectifs de performance et de maîtrise d'un contentieux de masse potentiellement asphyxiant.

Le sentiment d'injustice des retenus se double du sentiment d'impuissance exprimé par des juges judiciaires et administratifs, qui se qualifient eux-mêmes de «juges alibis» d'une «légalité de façade». L'article d'Anne Dulmet, Rapporteuse au tribunal administratif de Strasbourg<sup>46</sup> offre, à cet égard, une critique particulièrement éloquente et virulente de l'état de la justice des étrangers devant le juge administratif. Elle y dénonce sans ambages un droit d'une complexité hallucinante et une fonction d'une profonde inutilité. Inutilité liée à la non-exécution des décisions administratives dont les juges administratifs sont saisis: *«l'étranger reste sur le territoire français, sa situation est périodiquement soumise à l'administration qui prend une nouvelle décision, elle-même déférée devant le juge administratif... Le mouvement semble sans fin, et la procédure juridictionnelle sans effet pratique notoire la plupart du*

---

<sup>46</sup> DULMET, Anne, Rapporteuse au tribunal administratif de Strasbourg, L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution? Réflexions d'une magistrate désarmée, AJDA 2016, p.894.

*temps*» et qui transforme le droit des étrangers en un droit «désarmé et cosmétique». Mais inutilité surtout devant la mission de justice qui leur est confiée dans la mesure où la situation réelle des personnes y est perdue de vue. Son réquisitoire débouche sur des préconisations d'ordre technique qui pourtant ne convainquent pas. La magistrate plaide pour la substitution du recours de plein contentieux (RPC) au recours pour excès de pouvoir (REP) dans le contentieux administratif des mesures d'éloignement: «*On voit ici la différence de prisme, par rapport au recours pour excès de pouvoir : en renonçant à l'approche purement legaliste de l'excès de pouvoir, le juge se recentre nécessairement et presque mécaniquement sur la question centrale du droit à séjourner, ou à ne pas être éloigné. La réalité des situations humaines revient au coeur du débat juridique, et concentre l'attention des parties*». Mais la solution s'avère vite sans issue: de quels moyens matériels disposerait le juge de plein contentieux, dans un contentieux de masse, pour mener la procédure inquisitoriale qui lui permettrait de substituer son appréciation à celle de l'administration ? La remarque vaut aussi pour le JLD dans le contentieux de la rétention. L'irréalisme de la proposition, compte tenu de l'état de la justice française, débouche alors sur la solution du pire: l'idée de limiter de manière drastique les droits de recours sur le modèle britannique (un seul recours autorisé) et l'abandon de la collégialité (déjà fortement entamée par l'absence de rapporteur et l'institution du juge unique). N'est-ce pas foncer sur la pente vers laquelle tend déjà le contentieux des étrangers? Quant au vœu de la spécialisation d'un juge administratif sur le contentieux des étrangers, il ne semble guère faire l'unanimité parmi les magistrats, ni parmi les avocats qui, au cours de notre enquête, confiaient trouver une meilleure qualité d'écoute chez les magistrats administratifs sans doute parce qu'ils ne sont pas assignés exclusivement à cet ingrat contentieux. Du côté des juges judiciaires la même inquiétude d'une instrumentalisation de la justice au service des intérêts de l'administration est manifestée.

Si des tentatives de résistances sont lisibles, donc, chez les juges, la politique jurisprudentielle des cours suprêmes est largement défavorable au contrôle réel de l'action administrative. La loi y est pour quelque chose, mais n'explique pas complètement le manque d'audace des juges, voire le traitement discriminatoire des étrangers qui ressort de leur interprétation. Claire Saas souligne, entre autres: la marge d'appréciation étendue laissée à l'Administration concernant les éléments constitutifs de l'infraction; la conception restrictive des clauses générales d'irresponsabilité comme de *l'état de nécessité* (délit de solidarité: exonération si danger pour la vie et l'intégrité de l'étranger et absence de contrepartie) ou de *l'état de contrainte* (impossibilité de quitter le territoire n'y est pas assimilée; victimes de la traite). La rivalité entre une juridiction administrative qui n'en finit pas de vouloir donner les preuves de son office de garant des libertés et une juridiction judiciaire qui doit se montrer compréhensive à l'égard des politiques publiques pour éviter que le contentieux ne lui échappe, explique les concessions sporadiques mais largement insuffisantes aux garanties des droits des étrangers.

Ce qui domine les politiques jurisprudentielles est l'obsession des enjeux de gestion administrative interne de la juridiction, davantage encore que les enjeux de leur positionnement respectif au sein de l'institution de justice.

## V. CONCLUSION

Le risque -largement réalisé- est donc que les juges administratifs et juges se transforment en juges de l'urgence administrative, requis dans le cadre de procédures dérogatoires qui n'ont pas pour objectif de garantir les libertés mais d'accompagner la célérité de l'action administrative. Ainsi, à l'abri du dualisme, se diffuse un seul et même modèle administratif de l'urgence. Le droit des étrangers est le témoin du détournement de la justice pour

les citoyens/étrangers en une justice-pour-l'administration sans véritables contrepouvoirs supranationaux (la CJUE et la CEDH) ou internes (le Défenseur des droits). Il transforme l'appareil juridictionnel en un opérateur de la politique de crimmigration et la justice en un simulacre. En cela, les deux ordres de juridictions convergent toujours plus dans l'herméneutique de la règle et aussi malheureusement dans l'éthos de nombreux magistrats.

Le risque le plus grave sans doute est que l'état du droit des étrangers soit moins une dénaturation de l'Etat de droit que le révélateur des fictions sur lesquelles il est bâti.

