

Des règles spéciales pour un contentieux à part ou comment se débarrasser des principes pour créer un droit d'exception

Ollivier Joulin

Vice-président du Syndicat de la magistrature

Les combats menés par le Gisti ont débouché sur des « victoires » judiciaires. Les juridictions, judiciaires ou administratives, ont ainsi pu donner (parfois) raison à la cause des étrangers en dessinant les contours plus précis du droit qui leur était applicable et des principes qui restaient opposables à la mise en œuvre d'une politique qui leur est devenue assez franchement hostile.

Les associations et syndicats qui soutiennent la cause des étrangers ne paraissent cependant pas avoir gagné de « victoires » décisives dans l'opinion publique. Les dernières campagnes électorales ont, au contraire, montré que le discours hostile aux étrangers structurait encore le débat politique et que le contexte économique favorisait l'émergence de thèses qui n'étaient autrefois soutenues que par l'extrême droite.

Les textes concernant le statut juridique des étrangers se sont multipliés dans un sens encore plus défavorable aux étrangers jusqu'à se heurter aux principes mêmes de notre République, tels qu'ils sont édictés par notre Constitution.

Dans ce combat par le droit, la Constitution, les normes supérieures constituaient en quelque sorte le rempart ultime, infranchissable. Mais dans le cadre d'une politique voulue « sans tabous », si le rempart résiste il faut se poser la question sinon de sa destruction, au moins de son retrait.

C'est dans ces termes qu'il faut analyser la question qui a été soumise à la commission Mazeaud « chargée d'une réflexion sur l'adaptation du cadre constitutionnel à la transformation de la politique d'immigration voulue par le Président de la République : d'une part, en proposant un cadre juridique permettant de mettre en

place un dispositif de quotas, d'autre part, en recherchant une simplification du régime de répartition du contentieux des étrangers¹ ». Il s'agit bien de revenir sur les principes fondateurs de notre République et de remettre en cause non seulement le cadre juridique, mais surtout les décisions de justice que ce cadre produit.

Le droit des étrangers, enjeu politique largement exploité par l'extrême droite, est récupéré par une assise politique plus large qui peut, dans ses excès, servir de terreau à un racisme latent. Dans ces conditions, le fait que la Constitution de la V^e République, inspirée par le traumatisme du second conflit mondial, soit un obstacle à une transformation de la politique d'immigration est finalement assez rassurant.

La législation de 1945, elle-même très directement inspirée par la volonté de rompre avec un État xénophobe et qui a fait l'objet de nombreuses modifications, aurait ainsi résisté grâce à la Constitution de 1958 (et à d'autres normes). Nous ne pouvons que nous en satisfaire.

La question posée revenait à se demander s'il était nécessaire de revenir sur les principes de séparation des pouvoirs, de non-discrimination, d'égalité, de liberté du mariage, de droit à une vie privée et familiale, et même sur la liberté du commerce et de l'industrie²... pour satisfaire une volonté de transformation de la politique d'immigration.

Par ailleurs, il ne s'agissait plus de modifier quelques dispositions constitutionnelles, mais de remettre en cause un ensemble de normes et de principes nationaux ou internationaux.

I. L'ATTEINTE PORTÉE AU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas affirmé dans la Constitution, il résulte d'une longue tradition française (édit de Saint-Germain de 1641, loi des 16 et 24 août 1790, décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980). Ce principe est même, selon Montesquieu, *fondateur* de la démocratie.

Si l'autorité judiciaire s'est vue conférer, par l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'appréciation de l'opportunité et de la régularité des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent être prises par l'autorité administrative pour assurer le départ

1. On trouve le rapport Mazeaud en ligne à l'adresse suivante : [http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf].

2. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie – qui résulte du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 mais aussi des art. 39, 40, 43 et 50 du traité instituant la Communauté européenne et des art. 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – est pourtant mis en avant pour justifier une politique de libre circulation des marchandises : comment justifier que les travailleurs ne puissent circuler aussi facilement que les marchandises ? Pourquoi faire preuve, en matière d'immigration, d'interventionnisme fort alors qu'en matière de circulation des capitaux on préconise le laisser-faire, laisser-passé ?

de l'étranger ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire français, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, elle se considère incompétente pour se prononcer sur la régularité des mesures administratives sauf en cas de voie de fait³. Les juges judiciaires ne revendiquent pas une extension de leur champ de compétence au contrôle des actes administratifs, sauf en ce qui concerne le traditionnel contrôle opéré en matière pénale. En revanche, le contentieux de l'excès de pouvoir apparaît comme central dans la mission du juge administratif et conforme à la conception française de la séparation des pouvoirs issue de la loi des 16-24 août 1790. Le président de la commission instituée par le président de la République n'hésitait pas, du reste à faire connaître son avis en faveur du respect de ce principe dans un article publié dans *Le Monde*⁴.

Le principe posé par l'article 66 de la Constitution, selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle, est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs et a conduit le Conseil constitutionnel à rejeter un projet visant à unifier les contentieux des étrangers pour les confier à un seul ordre de juridiction⁵. C'est aussi en vertu de ce principe que la Cour de cassation a rendu en 1995 trois arrêts au visa de l'article 66 de la Constitution et de l'article 134 du Code de procédure pénale pour juger que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents en cas d'atteinte à la liberté individuelle⁶ : ce contentieux n'est pas détachable du contentieux judiciaire.

En effet, à moins de supprimer les mesures attentatoires aux libertés individuelles et en particulier les mesures de rétention administrative ou de maintien en zone d'attente, la compétence judiciaire s'impose. Elle s'impose d'autant plus que l'interpellation d'un étranger se fait dans le cadre d'un dispositif de vérifications d'identité dont le contrôle est nécessairement confié à l'autorité judiciaire⁷. Les analyses statistiques font apparaître que 94 % des étrangers placés en rétention administrative l'ont été directement à la suite d'un contrôle d'identité⁸.

Bien évidemment il ne peut être souscrit à la proposition faite par la commission Mazeaud d'insérer dans la partie législative du CESEDA une disposition invitant le juge à ne pas considérer toute irrégularité comme portant atteinte aux droits de l'étranger et à distinguer les règles présentant un caractère substantiel et

3. Civ. 1^{re}, 29 nov. 1989, *Bull. civ. I*, n° 370, p. 248, *M. Poca de Agua c. Commissaire de la République du Val-de-Marne*.

4. P. Mazeaud, « Menace sur la justice administrative », *Le Monde* 19 mai 2008.

5. Cons. const. 28 juill. 1989, n° 86-261 DC.

6. Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Behta, Mpinga et Massamba*, *Bull. civ. II*, n° 221, p. 127, *Préfet de la Haute-Garonne c. M. Behta et Gisti*; Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Mme Mpinga Mesu c. Préfet du Calvados*, *Bull. civ. II*, n° 212, p. 122; Civ. 2^e, 28 juin 1995, *M. Massamba c. Préfet de Police de Paris*, *Bull. civ. II*, n° 211, p. 122; *JCP* 1995. II. 22504, concl. J. Sainte-Rose; *D.* 1996. Somm. 102, obs. F. Julien-Laferrère, *Rev. crit. DIP* 1996. 299.

7. Cons. const. 5 août 1993, n° 93-323 DC, *Rec. Cons. const.* 213.

8. Ministère de la Justice, direction des affaires civiles et du sceau, cellule études et recherches, « Le contentieux judiciaire des étrangers – enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} mai 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 », janv. 2008.

celles dont la méconnaissance ne conduit pas à elle seule à la remise en liberté. Outre l'absence de portée d'une telle invitation, son caractère hypocrite doit être souligné.

L'autorité judiciaire doit en effet conserver sa place : « La jurisprudence tend, sans méconnaître les impératifs et les difficultés de la lutte contre l'immigration clandestine et dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs, à permettre au juge de l'ordre judiciaire de s'assurer que toutes les garanties reconnues aux étrangers par les conventions internationales, la Constitution, les lois et les règlements sont effectivement respectées. Ce domaine particulier d'intervention du juge judiciaire ne peut que contribuer à asseoir encore davantage son autorité, en orientant son action non vers la seule répression, mais vers la protection des libertés individuelles dont il est constitutionnellement le gardien, libertés qui sont spécialement menacées par ces types de procédure dont l'impératif légitime de rapidité et d'efficacité ne doit cependant pas aboutir à des décisions expéditives ou inacceptables comme contraires aux droits de l'homme⁹. »

II. UNE ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION

Le principe de non-discrimination s'oppose enfin à la recherche d'une voie médiane, c'est-à-dire à la création d'une juridiction mixte ou d'un nouvel ordre de juridiction, à ce titre nous ne pouvons que rejoindre l'analyse de la doctrine : « Si la loi décide de confier le contentieux des étrangers à un ordre spécifique de juridiction, elle le fera en raison de la qualité du requérant et en rupture de l'égalité devant la loi. Ensuite, il faudrait prévoir son domaine d'intervention au niveau constitutionnel afin de garantir que ce nouvel ordre de juridiction puisse intervenir dans le domaine de la liberté individuelle des étrangers. Ce serait introduire, au niveau constitutionnel, une discrimination en fonction de la nationalité. En outre, cette position serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et à nombre d'engagements internationaux de la France¹⁰. » Ces éléments ont conduit la commission Mazeaud à considérer qu'il n'existe pas de solutions acceptables aboutissant à une unification des contentieux en matière de droit des étrangers.

D'autres arguments pouvaient être développés à l'appui de cette idée.

D'abord, le dualisme judiciaire administratif est le système le plus développé en Europe et peut être considéré comme un standard européen. C'est le système qui prévaut en Allemagne, en Belgique, au Danemark, en Italie, en Espagne.

9. S. Trassoudaine, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « Le contentieux judiciaire des étrangers maintenus en rétention ou en zone d'attente », Publ. de l'ENM.

10. F. Mendel-Riche, « Du projet présidentiel d'unification du contentieux des étrangers », *Gaz. Pal.* 15-16 févr. 2008, p. 2.

Ensuite, contrairement à ce qui semblait résulter de la lettre de mission, le traitement de ce contentieux par deux ordres de juridictions ne conduit pas à des incohérences en ce qui concerne les décisions rendues. En effet le domaine d'intervention de chaque ordre juridictionnel est clairement distinct, de sorte que les décisions rendues ne portent pas sur le même objet. La critique implicitement contenue dans la lettre de mission qui voit de la complexité dans cette répartition rejoint celle émise par le Comité interministériel de contrôle de l'immigration qui évoquait, dans l'analyse consacrée à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et dans la partie intitulée « des difficultés récurrentes », « les annulations de procédure par la justice pénale ou administrative¹¹ ». Il n'est pas normal de considérer qu'une décision de justice puisse être qualifiée de « difficulté récurrente ».

En revanche, il est possible de prévoir des dispositifs de simplification pour les étrangers.

– Il faut d'abord généraliser les mécanismes d'aide juridictionnelle et la mise en place de véritables permanences « étrangers » par les barreaux, dans le cadre de conventions ou de structures du type Institut du droit des étrangers, sur le mode original créé par le barreau de Bordeaux. Ces dispositifs devraient traduire la volonté de la puissance publique, amenée à participer au financement, d'une véritable prise en compte d'une facilitation de l'accès au droit pour des personnes démunies.

– Le caractère suspensif des décisions favorables à l'étranger doit être retenu : il n'est pas légitime, en effet, de laisser une procédure de reconduite à la frontière s'exécuter alors que des recours sont possibles. La liberté doit être le principe, la mesure coercitive rester l'exception.

– La suppression du référé-rétention s'impose en particulier : cette procédure qui confère au procureur (partie jointe à la procédure) la possibilité de former un appel suspensif de la décision d'un magistrat du siège est une anomalie génératrice de « difficultés récurrentes ». Une telle procédure est totalement exorbitante du droit commun et porte directement atteinte à l'indépendance des magistrats du siège dont les décisions sont paralysées par celles des magistrats du parquet soumis à un système hiérarchique qui les rendent de plus en plus dépendant du pouvoir politique.

En résumé, la seule difficulté récurrente que nous relevons est celle, pour l'étranger, de ne pas bénéficier d'un droit à un recours effectif.

En revanche, les simplifications de procédure finalement acceptées par la commission Mazeaud qui en recommande même la généralisation, nous paraissent préoccupantes.

– La généralisation des audiences « délocalisées » à proximité des centres de rétention administrative, outre qu'elle contribue à la désacralisation de la justice, ce que nous pourrions accepter, porte de fait atteinte aux droits de la défense, aux possibilités pour l'étranger de voir sa cause entendue de manière équitable, dans le

11. Rapport publié à la Documentation française, [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000765/0000.pdf>].

cadre d'une instance publique par une juridiction dont l'impartialité ne peut être mise en cause, du fait d'une distance suffisante avec l'autorité administrative.

– Les préoccupations budgétaires, qui amènent à considérer qu'il est préférable d'avoir recours à des audiences par « visioconférences », conduiront ensuite à se passer purement et simplement d'audience et à priver l'étranger d'un véritable droit d'accès au juge.

– Pose aussi problème la facilitation des procédures de référé-rétention, sous le prétexte de « régulation » des décisions des juges des libertés et de la détention.

L'analyse des chiffres permet en outre de constater que la non-prolongation des mesures administratives reste l'exception : l'enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} au 31 mai 2007 par les juges des libertés et les cours d'appel statuant en matière de demande de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente montre que les demandes des préfets sont rejetées dans seulement 12 % des cas¹².

III. LA QUESTION DES QUOTAS

La question des quotas supposait un « changement radical de l'état *du* droit » et même de l'État *de* droit : il était demandé à la commission de rechercher le cadre juridique permettant de fixer le nombre annuel de migrants admis, de déterminer des modalités juridiques permettant d'assurer un choix de composantes de l'immigration – l'immigration économique représentant 50 % du flux total des entrées – et de fixer des quotas catégoriels selon les grandes régions de provenance des flux migratoires.

La demande formulée à cet égard visait à contourner les obstacles posés par le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État. Il s'agissait en outre de choisir la « bonne » immigration : celle qui amène des travailleurs sans leurs familles, de préférence de provenance de « régions » aux traditions culturelles proches de notre « identité nationale ».

Modifier le cadre juridique en la matière revenait à biffer les déclarations des droits de l'homme de nos valeurs normatives, s'agissant en particulier de la liberté du mariage, du droit au respect de la vie familiale, du principe d'égalité.

– La liberté du mariage, dans un contexte de suspicion de mariage blanc pour tous les mariages mixtes, est encore protégée par le rempart de la Déclaration de 1789, ainsi que l'a consacré le Conseil constitutionnel : « Le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé¹³. »

12. Étude préc., v. *supra*, note 8.

13. Cons. const. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC.

– Le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et, selon le Conseil d'État par les « principes généraux du droit et, notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 », principe qui est le support d'un droit au regroupement familial : « les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs ; ainsi s'il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France, de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers¹⁴ ».

– Le principe de non-discrimination déjà évoqué résulte : de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 qui oblige chaque État membre à reconnaître les droits et libertés qu'elle consacre à tout individu, étranger ou national, européen ou non ; du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté en 1966 sous l'égide de l'ONU et en vigueur en France depuis 1981, qui prévoit des dispositions analogues ; par le préambule de la Constitution de 1946 qui affirme clairement le principe de non-discrimination en raison de l'origine : « chacun a le droit d'obtenir un emploi » et « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines ».

Cette demande s'articulait dans le cadre de ce que nous appelons la « politique du chiffre » et que nous dénonçons en constatant ses effets pervers : en fixant des quotas, les pouvoirs publics créent une pression statistique sur les services administratifs. La politique des quotas risque, en outre, d'aboutir à un accroissement des contentieux administratifs que cet ordre juridictionnel ne pourrait pas absorber. Les services administratifs finissent par perdre de vue l'objectif de la politique mise en œuvre pour ne s'attacher qu'au résultat statistique. La conséquence la plus visible est la baisse qualitative au profit d'un traitement quantitatif.

La perte de sens et la déresponsabilisation qui s'ensuit pour les agents aboutit à une moindre vigilance, à des erreurs, à des défauts manifestes d'appréciation. Il n'est pas exclu que dans certains cas les agents qui n'adhèrent pas à cette politique du chiffre laissent passer des vices de procédure qui conduisent à l'invalidation. Le durcissement constant de la législation en matière d'étrangers donne le sentiment d'une « mauvaise pente » d'un glissement progressif vers une politique xénophobe.

La commission Mazeaud a finalement estimé que « des quotas migratoires contraignants seraient irréalisables ou sans intérêt et que l'unification juridictionnelle du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers, outre qu'elle serait très difficilement réalisable, ne répondrait aux attentes placées en elle ni au regard de la

14. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, CFDT et CGT*.

charge de travail des juridictions, ni du point de vue de l'effectivité des mesures de reconduite des étrangers en situation irrégulière ». Elle a conclu que des solutions efficaces pour maîtriser les flux migratoires, comme pour remédier à l'encombrement des tribunaux, peuvent et doivent être recherchées dans une simplification et un renforcement des règles régissant aujourd'hui le droit au séjour.

Elle a ainsi affirmé que les principes devaient demeurer et qu'aucune révision constitutionnelle n'était nécessaire. Ces conclusions laissent cependant subsister un certain malaise dès lors que la politique migratoire n'est nullement remise en cause.

Ainsi, cette réponse est à la fois une victoire juridique et une défaite politique : victoire juridique dès lors que les remparts n'ont pas cédé et que les combats poursuivront se poursuivre sur le terrain du droit : défaite politique, sans doute, si l'on en juge la faiblesse des réactions de la classe politique au regard du glissement perceptible des valeurs républicaines au profit de « politiques empiriques » ou « réalistes ».

Il reste encore un important travail à faire pour convaincre l'opinion de la justesse du combat autour du droit des étrangers. Des actions récentes ont permis d'infléchir la donne : ainsi celle de RESF (Réseau Éducation sans frontières) autour de la question des parents sans-papiers d'enfants scolarisés ou les actions syndicales menées auprès des travailleurs sans-papiers ont été soutenues et comprises si l'on en croit les sondages, qui montrent que les Français sont désormais majoritairement favorables à la régularisation des parents d'enfants scolarisés et à celle des travailleurs sans-papiers. Nous espérons que demain l'action du collectif « les amoureux au ban public¹⁵ » aura la même résonance...

Le combat pour la cause des étrangers doit être celui de tous les citoyens en vertu d'un principe simple : toute réduction des droits du plus démunis entraîne à terme une remise en cause des droits des mieux munis. Ainsi, l'incrimination de « mariage blanc » a des effets directs sur le conjoint français, la pénalisation de l'aide au séjour irrégulier frappe les mouvements de solidarité à l'égard des étrangers, la création d'une discrimination ouvre la voie à d'autres discriminations... Il nous faut éviter la « mauvaise pente », celle qui provoque la remise en cause de notre pacte social et de nos principes fondamentaux et nous entraîne vers les abîmes du totalitarisme.

Le Syndicat de la magistrature restera aux côtés du Gisti pour soutenir ses combats juridiques et espère pouvoir prolonger ces actions pour promouvoir une politique généreuse à l'égard des étrangers.

15. Mouvement de couples mixtes pour la défense du droit de mener une vie familiale normale : [<http://amoureuxauban.net/>].