

Paris, le 21 décembre 2017

**Observations du Syndicat de la magistrature
Audition par la mission d'information de l'Assemblée nationale
sur l'application de la loi du 7 mars 2016
relative au droit des étrangers en France**

Quel bilan dressez-vous, de manière générale, de la mise en œuvre de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France ? Quel bilan dressez-vous, plus précisément, de la mise en œuvre de la réforme du régime contentieux de la rétention administrative, ayant transféré du tribunal administratif au juge des libertés et de la détention (JLD) le contrôle de la légalité de la décision administrative de placement en rétention ?

Le Syndicat de la magistrature se félicite que la loi transfère le contrôle de légalité de la décision administrative de placement en rétention au JLD, en cohérence avec le rôle de gardien de la liberté individuelle du juge judiciaire.

Mais le contrôle demeure incomplet : le juge peut lever la rétention mais il n'est pas en mesure de l'annuler. Le texte ne précise pas l'étendue de son office, disant seulement que c'est devant lui que la décision peut être contestée alors que la formule est « demander l'annulation » pour les autres mesures qui peuvent être contestées devant le juge administratif. Or, ce qui est transféré au juge judiciaire avec cette réforme, c'est le contrôle de légalité de la mesure en plus du contrôle de proportionnalité.

La décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification, suivant la procédure prévue à la section 1 du chapitre II du titre V du présent livre et dans une audience commune aux deux procédures, sur lesquelles le juge statue par ordonnance

unique lorsqu'il est également saisi aux fins de prolongation de la rétention en application de l'article L. 552-1.

Il est souhaitable, en appliquant la doctrine des blocs de compétences validée par le Conseil constitutionnel depuis la fin des années 80, de permettre au juge judiciaire d'annuler la décision, afin que l'ensemble des conséquences juridiques de l'illégalité de la mesure puisse être tirées de la décision du juge, comme par exemple une indemnisation éventuelle, et le fait que la décision de placement en rétention n'apparaisse plus par la suite dans le dossier de l'étranger.

Le texte pose l'assignation à résidence comme étant le principe. Mais les conditions posées pour le prononcé de cette mesure étant trop restrictives, ce principe demeure une déclaration d'intention. Tant que le CESEDA prévoira que l'assignation à résidence n'est possible que lorsque l'étranger remet au préfet son passeport ou ses documents de voyage en original, cela restreindra de fait le périmètre juridique de l'assignation à résidence à une très petite minorité de dossiers. Les préfetures elles-mêmes prononcent des assignations à résidence sans remise de passeport en original tant ce cas de figure est rare.

Il conviendrait d'assouplir le régime des conditions posées pour l'assignation à résidence en cohérence avec le fait d'en faire la mesure de principe.

Enfin, l'application du texte a entraîné un certain nombre de difficultés pratiques pour les JLD. Le délai de 24 heures pour statuer est très court, d'autant que dans beaucoup de juridictions, un seul JLD est chargé chaque jour de statuer à la fois sur ce contentieux, sur celui de la détention provisoire et des placements en hospitalisation d'office, sans oublier les compétences de plus en plus larges attribuées à ce juge pour autoriser des actes d'enquête.

Il conviendrait de donner au JLD un délai de 48 h pour statuer ce qui permettrait du même coup d'éviter, lorsque le recours a eu lieu pendant les premières 24h, alors que le préfet n'a saisi pour prolongation qu'après les premières 24h, et inversement, d'organiser deux audiences deux jours de suite, l'une sur le recours, l'autre sur la prolongation. Cette réforme serait cohérente avec le texte lui-même qui recommande dans la mesure du possible de statuer sur ces deux instances au cours d'une seule audience.

La Cour de cassation a récemment précisé que « le juge administratif est seul compétent pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, quand bien même

leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion de la contestation, devant le juge judiciaire, de la décision de placement en rétention ». Il s'en déduit que le juge des libertés et de la détention (JLD) ne peut pas estimer que l'irrégularité de l'obligation de quitter le territoire vicierait la décision de placement en rétention, quand bien même elle en constitue le fondement. Que vous inspire cette jurisprudence ?

Le Syndicat de la magistrature développe une analyse en tout point contraire à cette jurisprudence. En effet, elle conduit à affirmer l'incompétence absolue du juge des libertés et de la détention pour examiner, ne serait-ce qu'à titre incident, la légalité de la mesure d'éloignement qui a justifié le placement en rétention, y compris en cas d'illégalité manifeste de la mesure.

Cette jurisprudence emporte des conséquences lourdes : la personne étrangère, qui se trouve privée de liberté, est ainsi contrainte à exercer deux recours distincts, alors même que ceux-ci doivent l'être dans un délai très court (48 heures).

L'analyse à laquelle se livre la Cour de cassation est pourtant contestable, si on l'examine à l'aune de deux décisions du tribunal des conflits des 17 octobre 2011 et 12 décembre 2011. Il ressort de ces jurisprudences que le juge judiciaire est fondé à apprécier par voie d'exception la légalité d'un acte administratif relevant du contrôle du juge administratif. La condition de cette intervention tient à l'objectif de bonne administration de la justice « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal », ou même « lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ».

Surtout, si la contestation est fondée sur le droit de l'Union européenne, le juge national doit en assurer la pleine effectivité, soit via une question préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne, soit en l'appliquant directement au litige, sans avoir à poser au juge administratif une question préjudicielle. Il ne s'agit pas là d'une faculté offerte au juge (celle de trancher directement) mais bien d'une obligation. Or, entre la directive retour du 16 décembre 2008 et le règlement Dublin, le droit de l'Union est applicable à un nombre important de situations.

La jurisprudence de la Cour de cassation est - en l'état - d'autant plus contestable que la décision du juge judiciaire a un effet restreint : il n'annule pas l'acte administratif mais se limite à tirer les conséquences de cette illégalité sur la validité de la rétention.

L'article L. 561-2 du CESEDA donne compétence au juge des libertés et de la détention (JLD) pour autoriser l'autorité administrative, en cas d'impossibilité d'exécution d'office de la mesure d'éloignement résultant de l'obstruction volontaire de l'étranger assigné à résidence, à requérir les services de police ou les unités de gendarmerie pour qu'ils visitent le domicile de l'étranger afin de s'assurer de sa présence et de le reconduire à la frontière ou, si le départ n'est pas possible immédiatement, de lui notifier une décision de placement en rétention. Quel bilan tirez-vous de l'application de cette disposition ?

Tout en posant le principe de l'assignation à résidence comme mesure principale pour assurer l'effectivité du retour de l'étranger en situation irrégulière (mais de manière encore insuffisante), le législateur en a renforcé les effets coercitifs en permettant au JLD de faire appréhender à leur domicile les personnes en instance d'éloignement afin de les faire conduire sous escorte au consulat ou en rétention ou de mettre à exécution la mesure d'éloignement.

Outre qu'il s'agit, comme en d'autres matières, de permettre qu'il soit fait exception au principe d'inviolabilité du domicile, deux considérations supplémentaires exigent une grande vigilance dans la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions :

- la procédure à l'issue de laquelle les JLD sont appelés à délivrer l'autorisation de visiter le domicile de la personne en attente d'éloignement n'est pas contradictoire, de sorte qu'ils ne pourront se fonder que sur les moyens articulés dans la requête présentée par l'administration sans qu'ils puissent être discutés et, le cas échéant, contestés par la personne visée
- les voies de recours offertes à cette dernière apparaissent tout à fait illusoire au regard des délais et conditions dans lesquels elles pourront être exercées, de sorte que la décision rendue à l'issue de cette procédure non contradictoire sera, de fait, mise à exécution sans être soumise au filtre du double degré de juridiction.

Le Syndicat de la magistrature a dans ces conditions diffusé un document aux collègues afin de livrer une interprétation du texte sur ce point permettant de souligner les précautions dont les JLD devront s'entourer pour assurer une interprétation stricte des textes et un contrôle effectif de leur mise en œuvre, de nature à garantir le respect des droits des personnes qui en font l'objet.

Il conviendrait que le texte de la loi soit précisé afin que cette interprétation des textes soit consacrée dans la loi elle-même, sur les points suivants.

Il existe, dans la rédaction du texte, une indétermination du but poursuivi par l'administration lorsqu'il demande au JLD l'autorisation d'appréhender l'étranger à domicile, alors que les conditions que le JLD peut avoir à vérifier ne sont pas les mêmes s'il s'agit de conduire la personne au consulat ou de lui notifier un placement en rétention par exemple. Le JLD doit ainsi s'assurer selon les cas que les conditions spécifiques relatives à un placement en rétention (pas de garanties de représentations propres à prévenir le risque de fuite) sont réunies et ne peut se contenter de celles à réunir pour permettre d'escorter la personne au consulat, pour autoriser le tout. La formule « si les conditions en sont remplies » paraît à cet égard trop vague, et il conviendrait de les compléter avec les conditions posées par la loi pour le placement en rétention de l'étranger.

Il conviendrait aussi de prévoir expressément une liste de pièces que l'administration doit produire au JLD.

Le JLD doit ainsi être en mesure de vérifier la validité de la décision d'assignation à résidence elle-même, ce qui nécessite qu'elle figure au dossier ainsi que la réalité de l'obstruction de l'étranger à la mise en œuvre de la mesure que l'administration se propose d'exécuter en se rendant à son domicile : une simple non réponse à une convocation par l'étranger ne suffit ainsi pas à la caractériser sans avoir recherché si sa non présentation résulte de circonstances indépendantes de sa volonté.

Le formulaire de notification des droits et obligations de l'étranger assigné à résidence, notamment celle de se présenter lorsqu'il est convoqué, et l'information sur la possibilité de le placer en rétention s'il ne respecte pas sa convocation, doit aussi figurer au dossier, afin que le JLD vérifie son existence avant d'autoriser une appréhension à domicile aux fins de placement en rétention. Pour que cette notification soit effective, il est nécessaire qu'elle ait bien été effectuée dans une langue qu'il comprend.

Enfin, dans le cas particulier des étrangers appréhendés dans le cadre de la procédure Dublin, le législateur devrait préciser les critères objectifs définissant le risque de fuite qui permet le placement en rétention, suite à l'arrêt de la CJCE du 15 mars 2017 qui l'exige : ces critères ne peuvent être établis par la seule jurisprudence.

Si l'exécution de la mesure n'a pas respecté dans ses modalités l'ordonnance qui autorise l'administration à y recourir, la mesure de rétention devra être levée : il convient donc que la décision du JLD autorisant l'intervention au domicile de l'étranger figure dans le dossier lorsqu'il est statué sur un recours de l'étranger ou la prolongation de cette mesure. Là encore, la loi devrait imposer le versement de cette pièce au dossier.

Quelles pistes vous sembleraient intéressantes en vue de réformer ou de simplifier le contentieux en matière de droit des étrangers ?

Pour le Syndicat de la magistrature, une réforme du contentieux du droit des étrangers doit conduire à garantir aux personnes concernées un accès plein et entier au juge, en supprimant les mécanismes qui l'entravent ou le brident. Elle devrait également être tournée vers une marginalisation des dispositifs coercitifs, au premier chef desquels l'enfermement en centres de rétention et zones d'attente. A l'heure où le gouvernement évoque un possible doublement des durées de rétention, le Syndicat de la magistrature milite contre un enfermement qui a pour seul fondement une situation administrative irrégulière, à l'exclusion d'une infraction à la loi pénale. A défaut de rompre avec cette logique, il convient à tout le moins de rétablir les droits des personnes étrangères.

Certaines dispositions contentieuses doivent être abrogées.

C'est le cas de la possibilité, prévue aux articles L 552-12 et L222-4 du CESEDA, de tenir des audiences par visioconférence. En l'état du droit, cette modalité de l'audience est décidée par le juge, sur proposition de l'autorité administrative à laquelle l'étranger ne s'est pas opposé. La visioconférence éloigne les justiciables étrangers du juge, porte atteinte aux droits de la défense et déshumanise l'œuvre de justice. A défaut de supprimer cette possibilité, il conviendrait de ne la rendre possible qu'à titre exceptionnel, en cas d'impossibilité absolue de procéder autrement et après accord exprès de l'étranger, assisté par un avocat.

Le contrôle de l'autorité judiciaire sur la mesure de privation de liberté doit demeurer plein et entier. Cela implique de supprimer l'article L 552-8 et le dernier alinéa de l'article L 222-3 du CESEDA qui interdisent au juge des libertés et de la détention de soulever, lors de la seconde prolongation, des irrégularités antérieures à la première prolongation. En matière de privation de liberté, et au regard des conditions de la défense des personnes étrangères, une telle restriction ne se justifie pas. S'il y a, dans la procédure initiale, une

irrégularité qui justifierait la non prolongation de la rétention, elle doit pouvoir être relevée à tout moment de l'instance.

Dans la même logique, l'appel formé par la personne étrangère doit être examiné sans filtre : il convient d'abroger le tri effectué par le premier président de la cour d'appel qui peut « *par ordonnance motivée et sans avoir préalablement convoqué les parties, rejeter les déclarations d'appel manifestement irrecevables* ». Cette technique gestionnaire prive de nombreuses personnes de leur droit d'accès au juge. Trop souvent motivée par l'insuffisance des moyens de l'institution, elle ne saurait être acceptée.

L'autre spécificité de cette matière – civile, faut-il le rappeler – est de conférer au procureur de la République la possibilité de saisir le premier président de la cour d'appel afin qu'il donne à son appel un caractère suspensif. En raison de cette disposition, toute personne étrangère dont le juge des libertés a ordonné la mise en liberté est maintenue à la disposition de la justice pendant 6 heures (article L 552-6 et L552-10 du CESEDA). Les critères justifiant ce caractère suspensif sont l'absence de garantie de représentation effective ou la menace grave pour l'ordre public. Dans les faits, il n'est pas rare que les préfetures – titulaires d'un droit d'appel non suspensif – fassent appel à l'autorité judiciaire, via les parquets, pour contrer les décisions des juges des libertés et de la détention, demandant par des voies plus ou moins institutionnalisées qu'il soit fait application de ces articles. Le Syndicat de la magistrature est opposé à cette disposition.

D'autres dispositions accroissent les droits de l'administration au détriment des personnes étrangères ou limitent la faculté d'appréciation du juge. Elles doivent également être abrogées. C'est le cas de :

- l'article L 552-2 du CESEDA, qui prévoit, s'agissant de la notification des droits, que « le juge tient compte des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention simultanée d'un nombre important d'étrangers ». Il incombe à l'administration, si elle mène des opérations d'ampleur, d'adapter ses moyens et de s'organiser afin que l'ensemble des personnes soient dûment informées de leurs droits, sans délai.

- l'article L 552-13 du CESEDA qui limite la possibilité de mainlevée de la rétention aux cas où les nullités ou inobservances de formalités substantielles ont eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. Pour le Syndicat de la magistrature, toute nullité ou inobservation de formalités substantielles devrait justifier la mainlevée sans qu'il soit nécessaire d'examiner in concreto les effets de ces irrégularités.

- s'agissant des zones d'attente, deux dispositions doivent être abrogées. D'abord, celle qui autorise la création de zones d'attente « spontanées », l'article L 221-2 du CESEDA, qui dispose : « Lorsqu'il est manifeste qu'un

groupe d'au moins 10 étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au moins 10 kilomètres, la ZA s'étend, pour une durée de 26 jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche ». Non seulement le seuil est placé à un niveau extrêmement bas (de 10 personnes sur une zone de 10 kilomètres) mais le principe même d'une zone d'attente temporaire et inorganisée a des conséquences absolument disproportionnées sur le quotidien des personnes concernées, le respect de leur dignité et de leurs droits. Ensuite, il convient de revoir l'article L 222-3 du CESEDA qui dispose que « l'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente ». Cette impossibilité légale favorise l'enfermement de personnes, alors même que le juge aurait pu constater que la personne justifie de garanties de représentations, il restreint ainsi le contrôle exercé et devrait être abrogé.

Au demeurant, il témoigne d'une incohérence interne au droit des étrangers : alors que la liberté, voire l'assignation à résidence doivent être le principe, les conditions posées en limitent le recours. Ainsi, l'article L 552-4 du CESEDA offre-t-il une vision très restrictive des garanties de représentations en exigeant qu'elles soient effectives et qu'ait été remis à un service de police ou de gendarmerie l'original du passeport et de tout document justificatif de l'identité. Ces exigences légales sont difficiles à remplir pour beaucoup de personnes, alors même qu'elles présentent une situation stable qui pourrait justifier qu'il soit mis fin à la privation de liberté. Outre cette difficulté liée à la définition même de ces garanties de représentation, la loi impose au juge, dans certaines hypothèses (en cas de soustraction préalable à une OQTF ou d'interdiction de retour), une motivation spéciale pour prononcer une assignation à résidence. Il s'agit là d'une inversion contestable de la logique, puisque ce n'est pas la privation de liberté qui doit se motiver spécialement, mais l'inverse. Enfin, concernant les modalités d'exécution des assignations, l'obligation de présentation quotidienne est excessive.

Les dispositions spécifiques aux personnes placées en rétention dans le cadre de décisions administratives prises sur le fondement d'activités terroristes doivent également être abrogées, notamment celles qui prévoient une durée de rétention prolongée à six mois au maximum en cas d'expulsion ou d'interdiction temporaire du territoire français.

Le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) suggère une simplification du régime contentieux selon les principes suivants. Lorsque le requérant fait l'objet d'une mesure de privation de

liberté (assignation à résidence, rétention) ou d'un transfert vers l'État membre responsable de sa demande d'asile, le délai de recours unique serait de 48 h, le délai de jugement unique de 72 h et la formation de jugement serait constituée d'un magistrat statuant seul. Dans tous les autres cas, le délai de recours unique serait de 30 jours, le délai de jugement unique de 3 mois et la formation de jugement serait une formation collégiale. Qu'en pensez-vous ?

Le principe d'une simplification du régime contentieux ne peut qu'être approuvé. En revanche, les modalités proposées appellent deux principales observations :

- le délai de recours unique de 48h pour les personnes faisant l'objet d'une privation de liberté est trop court. Il ne permet pas notamment à des étrangers en rétention administrative de prendre le conseil d'une association pour s'informer sur les voies de droit. Les associations ne sont pas présentes le week-end dans les centres de rétention, un étranger placé en rétention un vendredi soir n'est donc pas en mesure d'exercer un recours effectif. De même, un étranger assigné à résidence n'aura pas le temps de faire les démarches pour se rapprocher de ces mêmes associations en 48h. Le délai unique devrait donc être fixé à 8 jours et non 48h.

- la proposition de statuer à juge unique sur les recours pour les étrangers faisant l'objet d'une privation de liberté alors que la formation serait collégiale pour les autres est contre-intuitive : il n'y a pas de justification à réduire les garanties de la collégialité pour les premiers, même si on comprend que cette logique est dictée par la nécessité de juger plus rapidement dans ce cas. Le Syndicat de la magistrature ne peut approuver ce qui constitue une logique de justice au rabais, sans la présence du rapporteur public, alors qu'un enjeu de liberté se pose.

Pouvez-vous rappeler votre position sur la délocalisation des audiences du tribunal de grande instance de Bobigny dans la zone aéroportuaire de Roissy Charles de Gaulle et, plus précisément, expliciter en quoi l'indépendance et l'impartialité du juge risquent ainsi d'être mises à mal ?

Le Syndicat de la magistrature est engagé depuis de nombreuses années contre la délocalisation des audiences, imposée par le ministère de l'Intérieur, qui crée les conditions d'une justice d'exception pour les étrangers, rendue loin des palais de justice, sur le tarmac, comme c'est le cas tant à l'annexe du

Mesnil Amelot que sur la zone d'attente de Roissy. La délocalisation, dans son principe comme dans ses modalités concrètes porte atteinte aux principes du procès équitable, mettant à mal l'indépendance et l'impartialité de la juridiction, notamment l'impartialité apparente. A Roissy par exemple, les bâtiments de la zone d'attente et le bâtiment judiciaire sont littéralement encadrés. Les personnes étrangères n'ont aucun moyen de percevoir (malgré une pancarte installée à cet effet), la différence existant entre la zone d'attente et le tribunal.

La publicité des débats est elle aussi mise en péril, compte tenu de l'éloignement de la salle d'audience des centres villes et de l'impossibilité d'avoir connaissance de l'existence de cette juridiction, sauf à y être directement convoqué. Cette distance conduit non seulement à augmenter les frais qui doivent être dépensés par les personnes souhaitant s'y rendre mais elle a un effet dissuasif ou constitue un obstacle supplémentaire pour les proches pour apporter des pièces et donc nuit à l'exercice des droits de la défense.

Le principe d'égalité est mis à mal par ces salles d'audience délocalisées : c'est d'autant plus grave qu'elle concerne des justiciables privés de liberté et qui se trouvent déjà dans une situation de fragilité à raison de leur statut administratif et de leur absence de maîtrise de la langue (qui rend encore plus difficile l'accès au droit et au juge). Le Défenseur des droits a d'ailleurs pris position le 6 octobre 2017 contre l'ouverture de la salle délocalisée du tribunal de grande instance de Bobigny.

Quelle appréciation portez-vous sur les grandes orientations de la réforme du droit des étrangers telle qu'elle semble envisagée par le Gouvernement : allongement de la durée de la rétention à 90 jours, augmentation à 24 heures de la durée maximale de la retenue pour vérification du droit au séjour, placement en rétention d'une personne susceptible de faire l'objet d'une procédure Dublin dès l'envoi de la demande de prise en charge adressée à l'État correspondant, etc. ?

Partout en Europe et à ses frontières, se multiplient les obstacles à la circulation et au séjour de ceux qui viennent chercher sur ce continent un refuge ou un avenir meilleur. Le gouvernement est particulièrement actif dans cette politique de refoulement et l'éloignement des migrants et recourt massivement à l'enfermement. Le Syndicat de la magistrature a adopté lors de son dernier congrès à Nice, qui faisait suite à un colloque sur la frontière,

une motion dénonçant le harcèlement et l'absence d'accueil digne, en violation des droits fondamentaux des étrangers.

Les propositions du gouvernement, dont le contour précis n'est toujours pas connu, ne feraient qu'aggraver ce constat, en prévoyant par exemple une retenue de 24 heures, et un délai de rétention porté à 90 jours.

Les dispositions facilitant le placement en rétention sont en contradiction avec celles de la loi de 2016 et avec la décision précitée de la CJUE.

Quelles sont selon vous les dispositions actuelles du droit des étrangers qui devraient faire l'objet d'une réforme ?

Outre les réformes précédemment évoquées, un point doit attirer l'attention du législateur : la répression, via le délit d'aide à l'entrée et au séjour, de personnes qui viennent en aide de manière désintéressée ou sans volonté de profit disproportionnée. L'immunité définie par la loi ne suffit pas, ainsi que le montrent les condamnations prononcées, notamment par la Cour d'appel d'Aix en Provence. Il convient donc d'abroger le délit de solidarité, en concentrant le droit pénal sur le phénomène d'exploitation à but lucratif qui porte atteinte à la dignité des étrangers, et non plus en mettant la focale principale sur le passage frontière.