

LES RELATIONS ENTRE LE JUGE JUDICIAIRE ET L'ADMINISTRATION

PAR

Catherine VANNIER

Magistrate

Introduction

L'État a toujours contrôlé le séjour des étrangers sur le territoire français. En conséquence, il s'est doté de moyens pour pouvoir y mettre fin en prononçant des mesures d'éloignement. Cependant, la mise à exécution de ces mesures d'éloignement a connu une évolution importante depuis la Révolution.

C'est ainsi que la Loi du 28 vendémiaire an VI ne prévoit que l'unique possibilité pour l'État d'enjoindre aux étrangers de sortir du territoire français. Cette décision n'est assortie d'aucune sanction en cas de non exécution.

Il faudra attendre la loi du 3 décembre 1849 pour que l'administration puisse elle-même reconduire un étranger expulsé à la frontière. Mais, cette disposition n'est encore qu'une simple faculté. La loi ne prévoit en effet qu'une seule hypothèse où l'administration aura l'obligation de reconduire un étranger à la frontière. C'est le cas où l'étranger aura refusé de se soumettre à une mesure d'éloignement et aura été condamné par un tribunal répressif pour ces faits.

En revanche, dans l'attente de la mise à exécution des décisions d'éloignement, il n'existe aucun texte pour réglementer le maintien des étrangers dans des centres de rétention. Pour placer les étrangers en détention, l'administration va alors se fonder sur l'article 120 du code pénal. Ce texte permet en effet

de détenir toute personne en détention sur "*ordre provisoire du gouvernement*". Rédigé en 1810, cet article ne vise pas, à l'origine, la situation des étrangers. Il reconnaît de façon générale la possibilité pour l'autorité gouvernementale de maintenir quelqu'un en détention, sans avoir recours au pouvoir judiciaire. En 1933, le Parlement décide d'en limiter l'application aux seuls cas des étrangers en instance d'expulsion ou d'extradition. Il faudra finalement attendre 1981 pour voir l'article 120 du code pénal disparaître de notre arsenal répressif. Cette disposition a permis, pendant des décennies à une administration toute puissante d'arrêter et de détenir toute personne étrangère devenue indésirable sur le territoire français. Le Parlement n'avait adopté aucun texte pour encadrer ce pouvoir exorbitant. Véritable lettre de cachet, les étrangers pouvaient être arrêtés et détenus par l'administration, sans contrôle du juge judiciaire, pourtant garant des libertés individuelles, et sans aucune limite dans le temps.

En 1975, l'opinion publique commence à s'émouvoir de la situation scandaleuse du centre d'Arenc (à Marseille). La France découvre à l'occasion de l'expulsion d'un algérien que sont concentrés et détenus pendant plusieurs semaines et à l'insu de l'autorité judiciaire des étrangers que le ministre de l'intérieur a décidé d'expulser. Des plaintes pénales sont déposées pour arrestation et séquestration arbitraires. Une circulaire est alors adoptée conjointement par le Ministre de l'intérieur et le Ministre de la justice le 21 novembre 1977. Elle précise que l'administration peut retenir en maison d'arrêt des étrangers "*sur ordre du gouvernement*" pendant une durée de sept jours. Un recours est alors formé devant le Conseil d'État. Pourtant, les deux plus hautes juridictions françaises vont valider ces pratiques. La Cour de cassation confirme les arrêts de non lieux des Chambres d'accusation et le Conseil d'État annule la circulaire uniquement sur la forme. Ce dernier estime que la matière relève d'un décret et non d'une simple circulaire. Sur le fond, le Conseil d'État estime "*qu'il résulte des dispositions de l'article 120 du code pénal (...) qu'un étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion peut être retenu sur ordre provisoire du gouvernement*".

Le gouvernement décide de saisir le Parlement. La loi "Bonnet" est adoptée. Elle a pour but de régulariser par la voie législative une pratique administrative. La durée de détention est fixée à sept jours avec une possibilité de la prolonger en saisissant le juge judiciaire. Soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel, le texte est censuré au motif que "*la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible*".

Le 2 février 1981, la loi dite "sécurité et liberté" prévoit l'intervention du juge judiciaire après un délai de 48 heures. Un permis d'incarcérer vient d'être donné à l'Administration.

Le gouvernement issu des élections présidentielles de mai 1981 va tenter de revenir sur ces dispositions. Une refonte en profondeur de l'ordonnance du

2 novembre 1945 est alors engagée. La loi "Questiaux" du 29 octobre 1981, efface l'article 120 de notre arsenal répressif et place l'autorité judiciaire au centre du dispositif. Le juge a seul le pouvoir de statuer, en prenant compte de la situation personnelle et professionnelle de l'intéressé sur une éventuelle reconduite à la frontière de l'étranger coupable d'être entré ou d'avoir séjourné sur le territoire français. Un article 35 bis est inséré dans l'ordonnance. Il prévoit l'intervention d'un juge judiciaire à l'expiration d'un délai de 24 heures. Le juge peut assigner à résidence l'étranger qui lui est déféré, le remettre en liberté et exceptionnellement prolonger sa rétention.

En pratique, les juges vont se révéler d'efficaces relais de la volonté préfectorale. Une circulaire du 15 novembre 1982 est adressée par la Chancellerie aux parquets. Elle précise que *"pour respecter l'esprit et le but de la loi qui a conféré à l'autorité judiciaire un rôle essentiel dans le contrôle de flux migratoires, le ministère public doit requérir systématiquement la reconduite à la frontière et interjeter appel des décisions qui ne feraient pas droit à ces réquisitions"*. L'esprit de cette circulaire sera reprise par le Procureur général de Paris, qui, dans un document du 4 janvier 1983, prévoit le quantum des peines d'emprisonnement à requérir pour permettre à l'administration d'effectuer les diligences nécessaires au départ des étrangers.

Malgré ce zèle judiciaire, la première loi Pasqua du 9 septembre 1986 va redistribuer les rôles. Les préfets retrouvent leur compétence en matière de reconduite à la frontière, au nom d'une recherche d'efficacité maximale. La gauche ne reviendra plus sur ce principe. Par ailleurs, cette nouvelle loi rend de plus en plus difficile l'exercice des droits de la défense.

La loi Joxe du 2 août 1989 introduit quant à elle un recours suspensif dans l'exécution de la reconduite à la frontière. Le juge judiciaire n'exerce qu'un rôle de figuration. Avec la deuxième série des lois "Pasqua", le juge judiciaire n'a plus aucune marge de manœuvre. Auparavant, la rétention était exceptionnelle et ne pouvait être prononcée qu'en cas de nécessité absolue. La nouvelle loi renverse la situation. La rétention devient la règle, l'assignation à résidence, l'exception. Quant à la remise en liberté, elle est purement et simplement rayée des textes. Le législateur a ainsi voulu contraindre le juge à ne prononcer que des mesures contraignantes.

Le législateur a ainsi redonné à l'administration des pouvoirs exorbitants — pouvoir de reconduire à la frontière, pouvoir de placer une personne en rétention — sans qu'aujourd'hui personne n'en conteste le bien fondé. L'objectif de "l'immigration zéro" ou de "l'immigration clandestine zéro" justifie toutes les atteintes aux grands principes de notre droit, reconnus dans la Convention européenne de droits de l'Homme, comme le droit à un procès équitable, l'interdiction de recourir à des traitements inhumains et dégradants, le respect à la vie familiale et privée, les garanties de procédures. Les lois "Pasqua" de 1993 ont renforcé le rôle de l'administration tout en réduisant le juge judiciaire à un "juge tampon".

La Loi Debré, avalisée par le Conseil Constitutionnel, va encore renforcer les pouvoirs de l'administration au détriment de celui du juge. Pourtant, en serviteurs zélés, les juges ont, dans leur écrasante majorité, entériné les requêtes de l'administration. On peut donc logiquement se demander pour quelle raison Jean-Louis Debré a tenu à élaborer une nouvelle réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Quelques grains de sable ont en effet grippé cette belle machine huilée. La Cour de cassation, dans une série d'arrêts, a commencé à contrôler l'activité de l'administration, objet de mécontentements du ministre de l'Intérieur. Pour ce dernier, l'administration doit pouvoir agir à sa guise, sans avoir de compte à rendre à un juge judiciaire.

I - UNE ADMINISTRATION ZÉLÉE, AU-DESSUS DES LOIS

Dans sa lutte contre l'immigration, l'administration n'hésite pas à recourir à des pratiques illégales et inhumaines. Elle reçoit d'ailleurs le soutien d'une partie de la classe politique.

A) Une administration qui n'hésite pas à recourir à des pratiques illégales et inhumaines

L'administration, au nom de cette politique migratoire, a pu prendre la décision de séparer la mère de son enfant ou de renvoyer à la mort des débou-tés du droit d'asile. De nombreux exemples en cette matière pourraient être cités. Il suffira de choisir les plus significatifs. Ainsi, deux fonctionnaires du huitième bureau de la préfecture de police de Paris décident de la reconduite à la frontière de Melle D., de nationalité ivoirienne. Melle D. est mère d'une petite fille, Sandy, âgée de huit mois et de nationalité française, informations qui apparaissent clairement dans le dossier administratif. Après avoir arraché l'enfant des bras de son père, Melle D. est conduite à l'aéroport de Roissy. Cette dernière refuse d'embarquer. Elle est placée en garde à vue, avec son bébé, afin de la faire comparaître devant le tribunal de Bobigny. Il se trouvera un "médecin" pour déclarer l'état de l'enfant "compatible avec la mesure". Le tribunal de Bobigny relaxera tout de même purement et simplement Melle D.

Pourtant, l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 énumère les cas où la reconduite à la frontière est impossible. Les étrangers sont alors dits "protégés". La liste est la suivante :

- l'étranger mineur de 18 ans ;
- l'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de 6 ans ;
- l'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement

depuis plus de 15 ans ainsi que l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de 10 ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention étudiant ;

— l'étranger, marié depuis au moins 1 an avec un conjoint de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française ;

— l'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins ;

— l'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 pour 100.

Malgré cette impossibilité légale, l'administration prend et exécute des mesures d'éloignement à l'encontre de parents d'enfants français, de conjoint de français qui entrent dans la catégorie d'étrangers protégés. Ces arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière sont illégaux. Immanquablement, le juge administratif censurerait de telles décisions. Mais, l'exercice des droits de recours est souvent impossible. L'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière doit être contesté dans le délai de 24 heures, délai horé. Or, l'étranger ne prend connaissance de ses droits que lorsqu'il entre en contact avec un avocat, autrement dit, lorsqu'il passe devant le juge judiciaire. La loi Debré prévoit la présentation devant le juge judiciaire dans un délai de 48 heures. Lorsque l'étranger peut avoir un contact avec un avocat, il est déjà trop tard pour déposer un recours contre l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière.

La jurisprudence du Conseil d'État est draconienne en cette matière. Ainsi, le fait que l'intéressée était sur le point d'accoucher ne fait pas obstacle à ce que le délai commence à courir (CE, Pt sect. cx, 12 avr. 1995, *Mme Djomolite Bolendea*). De même, le fait que l'intéressé ne lise pas le français est sans incidence (CE, Pt sect. cx, 14 avr. 1995, *préfet de la Gironde*).

Par ailleurs, l'exercice du recours contre un APRF devient pratiquement impossible lorsque l'administration le notifie par voie postale. Prévue dans la circulaire du 25 janvier 1990, le Conseil d'État a jugé que ce mode de notification est légal (CE, Pt sect. cx, 19 juin 1991, *Luis Mendès*). Là encore, le recours doit être enregistré au greffe dans les 24 heures. Le Conseil d'État s'est montré particulièrement rigide. Il a en effet déclaré que le recours n'était pas recevable lorsqu'il a été remis à la poste dans le délai de 24 heures (CE, Pt sect. cx, 8 avr. 1994, *Traore*). Pour lui, la notification postale à la dernière adresse connue de l'administration est valable (CE, Pt sect. cx, 8 avr. 1994, *Khilal*). Le délai court même si l'étranger n'a pas retiré la lettre recommandée (CE, Pt sect. cx, 29 déc. 1993, *Hammi*). A cet effet, une boîte aux lettres avec horodateur est mise à la disposition des étrangers à la porte du tribunal administratif. Cependant, la préfecture a pris l'habitude d'envoyer ces arrêtés le vendredi soir. L'étranger reçoit donc l'arrêté le samedi. Il peut le contester

jusqu'au dimanche. Encore doit-il connaître l'adresse du tribunal administratif compétent et savoir qu'il doit s'y rendre afin d'horodater son recours. S'il contacte son avocat le lundi, il est déjà trop tard pour effectuer son recours. Si l'exercice du recours contre un arrêté de reconduite à la frontière existe théoriquement dans notre droit, il apparaît pratiquement difficile à mettre en œuvre en raison des obstacles dressés par l'administration et de la jurisprudence restrictive du Conseil d'État.

Les pratiques illégales de l'administration s'accompagnent souvent de pratiques inhumaines. Ainsi, à Paris, le centre de rétention, appelé le dépôt des étrangers, se situe dans les sous-sols du palais de justice. Dès 1991, le Comité européen pour la prévention de la torture et de peines ou traitements inhumains et dégradants constatait de graves déficiences en matière d'hygiène et de salubrité. *“Les cellules étaient très sales et le matériel de nettoyage faisait défaut. L'état de la literie laissait aussi fortement à désirer (...) La délégation a vu nombre de personnes sans draps et le manque de propreté des couvertures et des matelas était flagrant. De plus, certains retenus ont allégué qu'aucun nécessaire de toilette ne leur avait été fourni à leur arrivée (savon, serviette, etc.) et qu'ils n'avaient pas accès à leur linge de rechange. La localisation des cellules était loin d'être idéale (en sous-sol, fenêtres sales proches du plafond ne laissant filtrer qu'une lumière faible). De plus, cette partie du dépôt était particulièrement infestée par les cafards. (...) Les retenus présents lors de la visite ont allégué ne pas avoir eu la possibilité de bénéficier d'un exercice en plein air. Dans un premier temps, les fonctionnaires interrogés à ce sujet ont affirmé le contraire, puis ils ont admis que les exercices en plein air n'étaient pas possibles à cause du manque chronique d'effectif. Enfin, nombre de retenus ont allégué que la nourriture était de piètre qualité, ce qui a été corroboré par les observateurs in situ. Le CPT recommande que la plus haute priorité soit accordée à l'exécution de ces travaux. De plus, il recommande que des mesures soient prises immédiatement afin de remédier aux différentes déficiences relevées ci dessus.”* Pourtant, rien ne sera fait pour améliorer les conditions de rétentions au dépôt de Paris. Le 26 octobre 1993, Istvan Dulangi, ressortissant roumain, est placé en rétention. Il saisit le président du tribunal administratif de Paris d'une requête tendant à faire désigner un expert en vue de constater d'urgence les conditions matérielles régnant au dépôt de Paris. Les constatations des avocats d'Istvan Dulangi rejoignent celles faites par le CPT deux ans plus tôt. Malgré les recommandations du CPT, aucuns travaux n'ont été entrepris. Le 23 mai 1994, le Ministre de l'intérieur qualifie d'“insatisfaisantes” les conditions de rétention du dépôt de Paris. Malgré cette déclaration, le dépôt continue de fonctionner dans des conditions toujours aussi épouvantables et les juges prolongent des rétentions sans se poser de questions. Il faut attendre le 20 avril 1995 pour qu'un juge délégué de Paris, François Sottet, refuse de prolonger la demande de maintien en rétention visant Rahma Minou dans les conditions suivantes :

“Attendu que M. Rahma Minou se présente dans un état physique très dégradé, un bras en écharpe, le visage tuméfié, et qu’il n’est pas en état de tenir sur sa chaise et de répondre aux questions du juge ; qu’il ressort en outre des éléments produits aux débats que des dysfonctionnements graves ont été constatés ces dernières semaines au dépôt des étrangers, à savoir des violences sexuelles commises par un gardien de la paix faisant fonction d’infirmier, de coups et blessures volontaires perpétrés en réunion par huit policiers et le suicide d’une personne retenue dans sa cellule ; que ces faits récents laissent penser que les recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants qui, dans un rapport de janvier 1993, dénonçait au gouvernement français les graves déficiences en matière d’hygiène et de sécurité constatées lors de sa visite au dépôt du 27 octobre au 8 novembre 1991, n’ont pas été suivis d’effet.”

Le juge ordonne alors un transport sur les lieux sur la base de l’article 179 du nouveau code de procédure civile, accompagné de sa greffière, du représentant de la préfecture et des conseils de Rahma Minou. Après avoir constaté le refus du commissaire chargé du commandement de *“laisser pénétrer dans les locaux les avocats de M. Rahma”*, il ordonne la remise en liberté immédiate de l’intéressé sur la motivation suivante : *“en ne permettant pas au juge délégué, garant des libertés individuelles au sens de l’article 66 de la Constitution, de procéder à un transport sur les lieux dans les conditions juridiquement régulières, le préfet de police le met dans l’impossibilité de vérifier matériellement la réalité des conditions actuelles de rétention de l’intéressé, ce qui ne peut que laisser présumer que lesdites conditions ne sont pas conformes à la Convention susvisée”*. Sur cette même base, il remettra en liberté les 21 étrangers suivants qui lui seront déferés ce matin-là. Quelques jours plus tard, le dépôt de Paris sera fermé pour enfin y effectuer des travaux.

Malgré les recommandations du CPT qui avait constaté que les conditions de rétention constituaient des traitements inhumains et dégradants, il aura fallu attendre cette action pour que le ministre de l’Intérieur ferme ce lieu immonde.

B) Une administration qui reçoit le soutien de parlementaires et du gouvernement

L’Assemblée Nationale a décidé le 11 octobre 1995 de créer une commission d’enquête sur l’immigration clandestine et le séjour irrégulier d’étrangers en France. Le président de cette commission en a été Jean-Pierre Philibert et le rapporteur Suzanne Sauvaigo. Le ton de ce rapport est donné dès l’introduction, notamment en axant son travail d’enquête autour de trois questions : *“Comment devient-on un irrégulier ? Comment un irrégulier peut-il subsister en France ? De quels moyens dispose-t-on pour éloigner du territoire un étranger en situation irrégulière ?”*

Jean-Louis Debré, ministre de l'Intérieur, a été entendu le 12 mars 1996. Interrogé par le président de la commission sur les conditions d'exécution des mesures d'éloignement, notamment sur le fait que des individus sont menottés à l'intérieur des avions ou à tout le moins attachés à leur siège dans des conditions contraires à la sécurité des usagers du transport aérien, Jean-Louis Debré a répondu de la façon suivante : *“Parmi les individus que l'on renvoie, certains acceptent la décision ; d'autres non. Le principe consiste à les faire accompagner par un médecin, une escorte policière et à ne pas les entraver par des menottes ou quelque autre moyen. Mais il peut apparaître que certains individus, de par leur comportement à l'intérieur même de l'avion, mettent en péril la sécurité du vol. On est alors contraint, dans un premier temps, de les faire encadrer par des fonctionnaires de l'escorte pour qu'ils se calment. Si l'on n'y parvient pas et s'il y a véritablement un risque pour le vol, on les immobilise avec du scotch”*. Ces pratiques honteuses, contraires à la dignité humaine et aussi à la sécurité élémentaire des passagers d'un vol, reçoivent ainsi l'approbation du ministre de l'Intérieur Jean-Louis Debré.

De même, Jean-Pierre Philibert s'est montré surpris de la condamnation prononcée à l'encontre du fonctionnaire ayant décidé de la garde à vue du bébé de 10 mois. Il convient de rappeler que le législateur a interdit les gardes à vue pour les mineurs de moins de 13 ans. Le code pénal prévoit que la détention arbitraire est un délit prévu et réprimé dans son article 432-4. Il s'est étonné que des magistrats *“tentent assez systématiquement d'engager des procédures pénales à l'encontre de fonctionnaires qui appliquent purement et simplement les instructions données par le Préfet, c'est-à-dire en l'occurrence les instructions ministérielles. Jean-Louis Debré a répondu : “je puis simplement vous dire que nous protégeons le fonctionnaire concerné. Nous le soutenons”*.

Ce jeu de questions-réponses entre des parlementaires dans le cadre d'une commission d'enquête et le ministre de l'Intérieur démontre à l'évidence que les préfetures peuvent agir en totale illégalité. Si un magistrat intervient et sanctionne pénalement un fonctionnaire, ce dernier reçoit le soutien de son ministre de tutelle. Plus grave, des parlementaires s'interrogent de l'attitude des magistrats qui, par leur action, remettent en cause des instructions ministérielles. Autrement dit, ils estiment que l'autorité judiciaire doit être soumise au ministre de l'Intérieur...

De même, lorsque la Cour de cassation décide que, saisi d'une requête en prolongation de rétention administrative, il appartient au juge judiciaire de contrôler les conditions de l'interpellation, la réaction des parlementaires est violente. Alain Marsaud, ancien magistrat, s'étonne que le juge remette en liberté des étrangers. Il estime que le législateur ne lui a laissé que deux possibilités, la rétention et de façon exceptionnelle, l'assignation à résidence. La remise en liberté des étrangers n'étant pas prévue par le législateur, le juge judiciaire ne peut ordonner que l'une de ces deux mesures. Alain Marsaud reproche aux magistrats de *“violier la loi”*.

Les préfectures débordent des cadres légaux. Elles sont soutenues dans leur action par leur hiérarchie et par des parlementaires. La lutte contre l'immigration irrégulière justifie toutes les pratiques, qu'elles soient illégales ou inhumaines. Le juge judiciaire doit laisser faire, fermer les yeux et se borner à entériner les décisions administratives.

II - UNE ADMINISTRATION QUI REFUSE TOUT CONTRÔLE JUDICIAIRE

L'administration veut agir dans une impunité totale. La loi Debré va lui en donner les moyens, notamment en mettant en échec les quelques avancées de la Cour de cassation.

A) Une administration qui veut agir en totale impunité

Pour l'administration, le juge judiciaire se doit d'être à son service.

A la suite de la remise en liberté de 22 étrangers par François Sottet en raison des conditions de rétention régnant au dépôt de Paris, la préfecture a décidé de faire appel de ces décisions. Sans sourciller, le représentant de la préfecture a tenu, devant la Cour d'appel de Paris, le discours suivant : *"Le juge intervient non pas en qualité de juge judiciaire dans la plénitude de ses moyens mais dans un rôle limité, en qualité d'auxiliaire d'une procédure relevant du droit administratif"*. Autrement dit, il doit tamponner sans discuter les requêtes préfectorales.

Certains juges refusent de se laisser considérer comme des auxiliaires fidèles et aux ordres de l'administration. Les préfectures n'apprécient pas cette attitude et certaines vont même tenter d'utiliser des subterfuges pour éviter ce contrôle judiciaire. C'est ainsi que la préfecture de Paris a décidé de choisir son juge.

Le 15 mai 1996, le juge Frédéric N'Guyen devait siéger comme juge délégué au TGI de Paris. Ayant connaissance à l'avance du rôle désignant les juges délégués, la préfecture a tenté de mettre en place un système pour éviter que ce juge qui s'était déjà fait remarquer dans de précédentes décisions concernant le droit des étrangers, ne soit en mesure de statuer à nouveau. L'administration a fait parvenir au greffe du tribunal 26 requêtes à 17 heures 50. Conformément à l'article 3 du décret du 12 novembre 1991 sur les modalités d'application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le juge délégué a fixé l'audience à 20 heures, afin de permettre à l'administration de prendre ses dispositions. A 18 heures 40, la préfecture a porté à la connaissance du juge délégué par l'intermédiaire de son greffier, que les étrangers ne lui seraient pas présentés sans donner d'explication. En conséquence, le juge a

ordonné la remise en liberté des étrangers en motivant sa décision sur la violation caractérisée des droits de la défense. Malgré cette ordonnance de remise en liberté prononcée par un juge judiciaire, la préfecture a décidé de retenir jusqu'au lendemain matin les étrangers et de les présenter devant un autre juge délégué. Ce dernier ne pouvait que constater que sa saisine était vidée en raison des décisions prises la veille par son collègue.

Cet exemple démontre à l'évidence le peu de cas que fait l'administration d'une décision de justice lorsqu'elle ne correspond pas à sa volonté. Quel recours efficace existe-t-il pour l'étranger qui a été retenu sans titre légal pendant toute une nuit ? En l'état actuel de notre droit, il faut reconnaître l'omnipotence d'une administration et l'impuissance du juge judiciaire. Imposé par le Conseil Constitutionnel, le juge judiciaire a été phagocyté par le législateur et n'est considéré par l'administration que comme un simple auxiliaire de son activité. C'est dans ces conditions que sont intervenues les décisions concernant les remises en liberté des personnes réfugiées à Saint Ambroise, au gymnase Japy ou à Saint Bernard. Les effets médiatiques de cette action et les méthodes utilisées pour l'évacuation des églises ont sans aucun doute influencé la majorité des juges qui ont pleinement joué leur rôle de garant des libertés individuelles.

C'est ainsi qu'un véritable bras de fer s'est mis en place entre quelques juges, revendiquant leur rôle de garant des libertés individuelles et l'administration. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a donné raison aux premiers dans une série d'arrêtés en date du 28 juin 1995. Mais, ces quelques avancées vont être remises en cause par la loi Debré.

B) La loi Debré au secours de l'administration

Certaines dispositions de la loi Debré viennent directement faire échec à la jurisprudence de la Cour de cassation. Mais, pour certains députés d'alors, cette loi leur apparaissait encore insuffisante.

Depuis les arrêtés du 28 juin 1995, la deuxième chambre civile commence à élaborer une jurisprudence sanctionnant certaines pratiques administratives.

La Cour de cassation a ainsi admis qu'il était de la compétence du juge judiciaire de contrôler les conditions d'interpellation. C'est l'arrêt "Bechta" du 28 juin 1995. Avant cette date, la préfecture soutenait qu'il n'appartenait pas au juge judiciaire de contrôler les conditions d'interpellation. Pour elle, le juge ne pouvait se prononcer que sur la requête de l'administration tendant à prolonger la rétention. Or, les conditions d'interpellation ne pouvait être contrôlé par le juge administratif. Sa compétence se limite en effet à déterminer la légalité des mesures administratives prises à l'encontre des étrangers — arrêté de reconduite à la frontière, arrêté fixant le pays de destination, arrêté

de placement en rétention. Le raisonnement de l'administration entraînait ipso facto l'absence de contrôle des conditions d'interpellation. L'arrêt Bechta a permis d'éviter ce véritable déni de justice. Le 6 décembre 1993, M. Bechta a été interpellé sur la voie publique. En situation irrégulière, le préfet de la Haute Garonne a pris à son encontre un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de rétention dans des locaux ne dépendant pas des locaux de l'administration pénitentiaire. Le président du tribunal, saisi par le préfet d'une demande de prolongation de la rétention, a rendu une ordonnance d'assignation à résidence. Le préfet en a fait appel. Le premier président a constaté la nullité de l'interpellation et a ordonné son maintien en liberté. Le préfet a formé un pourvoi en cassation, estimant que le premier président ne pouvait que statuer sur l'une des mesures de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945. La cour de cassation a confirmé l'ordonnance du premier président sur la motivation suivante : *“Attendu qu'en vertu des articles 66 de la Constitution et 136 du code de procédure pénale, il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé”*. Dorénavant, les juges judiciaires ont la possibilité de remettre purement et simplement en liberté un étranger lorsque les conditions d'interpellation se révèlent illégales.

La loi Debré va donc inventer un système qui aura pour but de faire échec à cette remise en liberté. Elle prévoit la possibilité pour le parquet de faire appel de la décision de remise en liberté, appel qui pourra être suspensif sur décision immédiate du premier président de la cour d'appel. Ainsi, la décision de remise en liberté prononcée par un magistrat du siège pourra être remise en cause par ce mécanisme d'appel du parquet. Le Conseil constitutionnel n'y trouve rien à redire. Il affirme cependant dans sa décision que : *“considérant qu'en principe il résulte de cette disposition (l'article 66 de la Constitution) que lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel”*. Néanmoins, il estime que cette disposition de la loi Debré n'est pas contraire à la Constitution. Ce texte est pourtant particulièrement critiquable. En effet, il convient, pour en mesurer toute la portée, de le comparer aux règles de procédure pénale. Ainsi, lorsqu'un juge d'instruction décide de remettre en liberté une personne mise en examen, c'est à dire poursuivie pour un délit, voire un crime, cette décision s'impose. La personne écrouée devra immédiatement être remise en liberté. Le parquet ne dispose d'aucun moyen pour faire échec à l'élargissement de la personne, même s'il fait appel. Seule, la chambre d'accusation pourra prononcer un nouveau mandat de dépôt. La situation est donc plus favorable pour la personne qui a commis une infraction que pour l'étranger en simple situation irrégulière.

Indéniablement, depuis l'arrêt *Bechta* de 1995, la Cour de cassation a affiné sa jurisprudence. Ainsi, elle a estimé qu'une mesure d'éloignement ne peut donner lieu qu'à une seule période de rétention. M. Rasmi a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière et a été placé une première fois en rétention en avril 1994. L'administration n'a pu exécuter la mesure d'éloignement dans le délai de six jours. Trois mois plus tard, elle a décidé de placer une nouvelle fois M. Rasmi en rétention. Ce dernier a vainement contesté cette deuxième rétention devant le juge délégué, puis devant le conseiller délégué. La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 février 1996, a cassé cette ordonnance pour violation de la loi en rappelant que, sur le fondement d'un arrêté de reconduite à la frontière, la rétention d'un étranger ne peut faire l'objet que d'une prolongation de six jours, éventuellement prorogée d'une durée de soixante douze heures, dans les conditions précisées par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945. En conséquence, la Cour de cassation interdit purement et simplement le principe de la rétention sur la rétention.

La loi Debré va une nouvelle fois venir au secours de l'administration. Elle prévoit la possibilité de prononcer une nouvelle rétention dans un délai de sept jours après la précédente mesure de rétention. Et le Conseil Constitutionnel va entériner cette nouvelle disposition législative. *“Considérant qu'en adoptant la disposition contestée le législateur doit être regardé comme n'ayant autorisé qu'une seule réitération d'un maintien en rétention, dans les seuls cas où l'intéressé s'est refusé à déférer à la mesure d'éloignement prise à son encontre ; que, sous ses réserves, d'interprétation et alors que d'éventuels changements des situations de fait et de droit de l'intéressé doivent être pris en compte par l'administration sous le contrôle du juge, cette disposition ne porte pas, compte tenu des exigences de l'ordre public, une atteinte excessive à la liberté individuelle”*.

Sur deux points essentiels — appel suspensif du parquet et rétention sur rétention — le législateur brise les effets d'une jurisprudence de la Cour de cassation, avec le concours du Conseil Constitutionnel.

D'autres dispositions de la loi Debré viennent encore limiter les possibilités de recours contre les décisions administratives. En effet, la requête des préfetures tendant à la prolongation de la rétention doit être déposée dans un délai de 48 heures au lieu de 24 heures. Or, le recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière doit être effectué dans un délai de 24 heures. Bien souvent, ce recours est exercé au greffe du juge du 35 bis, moment où l'étranger est en contact avec un avocat. Dorénavant lors de son passage devant le juge délégué, il ne pourra plus contester l'arrêté de reconduite à la frontière. En allongeant de 24 heures le délai de passage devant le juge, le législateur a voulu fermer l'exercice d'une voie de recours. Il consacre un véritable droit d'exception. Par ailleurs, le droit des étrangers constitue le seul domaine où un magistrat de l'ordre judiciaire n'intervient pas dans un délai de 24 heures sur mesure privative de liberté. Le code de procédure pénale prévoit en effet

qu'une mesure de garde à vue de 24 heures peut être prolongée de 24 heures après autorisation d'un magistrat du parquet. Le droit pénal est ainsi plus protecteur. Cette loi met en place des dispositions dont le but évident est d'éviter le contrôle du juge tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif.

Pourtant, le constat est édifiant. Entre 80 et 90 % des juges délégués prolongent les rétentions administratives. Des poursuites pénales contre des étrangers en simple situation irrégulière sont engagées par le parquet et les tribunaux correctionnels n'hésitent pas à condamner à des peines d'emprisonnement. Les juges judiciaires, dans la plupart des cas, sont devenus de véritables auxiliaires de l'administration. Et lorsque le juge judiciaire invoque les conventions internationales, l'administration ne le supporte pas et instaure un rapport de force qu'elle finit par gagner avec l'appui du législateur. Le seul rempart contre l'arbitraire d'une administration toute puissante reste les médias.

Certains députés veulent renforcer encore les pouvoirs de l'administration. Bruno Retailleau dénonce les faiblesses des moyens juridiques de l'administration pour faire respecter le droit. Il écrit, sans rire, que lors de l'évacuation de l'église Saint Bernard, il a fallu mobiliser 1 500 C.R.S. pour 220 illégaux. 13 seulement ont été effectivement reconduits. Il dénonce le "gouvernement des juges". Il propose donc une loi tendant à faire des arrêtés de reconduite à la frontière des actes de gouvernement, insusceptibles de recours. Il propose d'allonger la rétention administrative à 6 mois avec une prolongation possible devant le juge judiciaire pour une nouvelle durée de 6 mois. Il propose enfin de permettre les contrôles d'identité dans tous les lieux publics. Ces trois propositions de lois ont été déposées à l'Assemblée Nationale le 20 décembre 1996. Certes, elles n'ont aucune chance d'être adoptées. Néanmoins, elles existent et leur seule existence est un risque pour l'état de droit en France.

Aujourd'hui, la majorité a changé. Mais le rapport de force reste toujours en faveur de l'administration. Une circulaire de régularisation a été prise par le ministre de l'Intérieur. Il semble que peu d'étrangers pourront effectivement en bénéficier. Des invitations à quitter le territoire commencent déjà à être reçues par les intéressés. Une énième réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est discutée au Parlement. Mais les engagements de l'actuelle majorité lors de la campagne électorale ne sont pas respectés. Les lois Debré et Pasqua ne sont pas abrogées. La législation reste une législation d'exception. Plus que jamais, les conventions européennes et internationales doivent être appliquées par le juge judiciaire statuant sur le sort de étrangers dont le seul tort est de ne pas détenir de papiers leur permettant de résider sur le territoire français.