La liberté individuelle des étrangers après la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

Gilles Armand

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5316>

DOI : 10.4000/crdf.5316

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2012

Pagination : 121-126

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Gilles Armand, « La liberté individuelle des étrangers après la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 10 | 2012, mis en ligne le 01 décembre 2013, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5316> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5316>

La liberté individuelle des étrangers après la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité¹

Gilles ARMAND

Maître de conférences en droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie

Premier conseiller en détachement au tribunal administratif de Rouen

-
- I. Les garanties constitutionnelles de la liberté individuelle des étrangers
 - A. Le durcissement du régime de placement en rétention administrative
 - B. L'affaiblissement de la contrainte de constitutionnalité
 - II. Les garanties juridictionnelles de la liberté individuelle des étrangers
 - A. L'intervention des juridictions inversée
 - B. Un contentieux unifié ?

Étrangers: de quel droit?: le titre de cet ouvrage du professeur Lochak résume parfaitement le statut ambivalent auquel est soumis l'étranger.

D'un côté, en effet, comme le relève l'auteur, l'étranger,

[...] figure universelle, figure de l'Autre par excellence, [...] apparaît dans toutes les sociétés comme l'éternel exclu. Et l'émergence de l'État-nation, en cristallisant la frontière entre l'étranger et le national, l'a enfermé irrévocablement dans sa condition. Perpétuellement en sursis, soumis à un statut discriminatoire, régi par un ordre juridique d'exception qui reflète avant tout les intérêts politiques et économiques immédiats de l'État d'accueil, l'étranger, s'il obtient parfois des faveurs, n'a que rarement de véritables droits. Car non national et non citoyen, il n'a aucun titre à bénéficier de la protection des lois faites par et pour les nationaux².

Ce statut dérogatoire, marqué par le légicentrisme, correspond au règne de l'État légal, ou à ce que Hauriou appelait le régime administratif, qui consacre uniquement l'existence de libertés publiques, lesquelles garanties par la loi expression de la volonté générale, ne peuvent être reconnues qu'aux nationaux qui en sont dans le même temps les auteurs.

Les traces de ce passé sont encore présentes, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence tant européenne que constitutionnelle qui rappelle que les étrangers ne détiennent aucun droit de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national et que l'État peut, par conséquent, dans le cadre des prérogatives qui sont attachées à sa souveraineté, prévoir des règles spécifiques réglementant les conditions de leur entrée, de leur séjour et de leur éloignement³. Cependant, le passage de l'État

1. Contribution présentée lors de la rentrée solennelle du tribunal administratif de Rouen le 4 octobre 2011.

2. D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?*, Paris, PUF, 1985, 4^e de couverture.

3. CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A, n° 94; CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *JORF*, 18 août 1993, p. 11722.

légal à l'État de droit, ou si l'on préfère sur la scène interne du légicentrisme au constitutionnalisme, a eu pour effet de transformer les libertés publiques en libertés fondamentales ou droits fondamentaux, protégés désormais par des normes de valeur supra-législative et pouvant profiter aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers. C'est ainsi que les non-nationaux bénéficient désormais d'un statut constitutionnel ainsi que d'une protection par ricochet de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment grâce à ses articles 3 et 8 qui limitent le droit de l'État de réglementer les conditions de leur entrée, de leur séjour et de leur éloignement du territoire national. Le droit positif est donc caractérisé aujourd'hui par une opposition entre le droit objectif, dérogatoire, des étrangers et les droits subjectifs qui leur sont reconnus.

La 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 irrégulier⁴ atteste de ce clivage. En effet, si elle renforce par certains aspects les droits des non-nationaux, par exemple en leur accordant un délai de départ volontaire en cas d'éloignement, sa transposition en droit interne a également été l'occasion pour le Parlement français de durcir le droit objectif des étrangers, impactant ainsi les droits qui leur sont reconnus.

À cet égard, il est particulièrement intéressant de mesurer l'impact de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité⁵, qui opère la transposition de la directive du 16 décembre 2008 sur la liberté individuelle des étrangers. En effet, la liberté individuelle constitue en droit français une liberté spécifique⁶ puisque si comme les autres droits et libertés, elle bénéficie de principes, que le Conseil constitutionnel qualifie d'« essentiels »⁷, venant limiter les atteintes qui lui sont portées par le législateur, aussi bien dans leur étendue que dans leur portée, elle hérite en plus d'une garantie judiciaire qui lui est propre, consacrée par l'article 66 de la Constitution de 1958 aux termes duquel : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Cette garantie impose au législateur de prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire, selon des modalités appropriées, pour contrôler les mesures qui portent atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Tel est le cas du placement en rétention administrative des étrangers, qui est décidé par un arrêté préfectoral, donc par une autorité administrative, mais qui ne peut être prolongé, dès lors qu'il s'agit d'une mesure privative de

liberté, que par un magistrat du siège de l'ordre judiciaire, en l'occurrence le juge des libertés et de la détention.

Or, la loi du 16 juin 2011 modifie singulièrement le régime de la rétention administrative des étrangers, ce qui impacte les garanties constitutionnelles (I) de leur liberté individuelle et, dans le même temps, prévoit un système nouveau de répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, dont il convient de mesurer les conséquences du point de vue des garanties juridictionnelles (II) de la liberté individuelle des non-nationaux.

I. Les garanties constitutionnelles de la liberté individuelle des étrangers

La loi du 16 juin 2011 durcit le régime du placement en rétention administrative des étrangers (A). Son contrôle par le Conseil constitutionnel confirme l'affaiblissement de la contrainte de constitutionnalité qui pèse en la matière sur le législateur (B).

A. Le durcissement du régime de placement en rétention administrative

Les principes essentiels de la liberté individuelle, qui interdisent qu'elle soit affectée par des atteintes générales et absolues, ou encore imprécises et discrétionnaires, impliquent que le placement en rétention administrative des étrangers soit limité aussi bien dans son étendue, c'est-à-dire du point de vue des motifs qui justifient la mesure, que dans sa portée, ce qui implique une limitation de la durée de la rétention. La garantie judiciaire de l'article 66 impose, quant à elle, au législateur de prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire pour contrôler la rétention dans les meilleurs délais. En durcissant le régime de la rétention administrative, la loi du 16 juin 2011 parachève la réduction de ces garanties.

À l'origine régie par l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945, et aujourd'hui par les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), le placement en rétention administrative des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement était entouré par de strictes garanties. Le placement initial ne pouvait en effet être décidé par le préfet que pour une durée de 24 heures. Il était ensuite éventuellement prolongé par l'autorité judiciaire pendant 6 jours, voire pour 3 jours supplémentaires (soit 10 jours au total) mais uniquement en cas « d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public ».

4. JOUE, 24 décembre 2008, p. 98-107.

5. JORF, 17 juin 2011, p. 10290.

6. Voir G. Armand, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle*, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, thèse de doctorat, Université de Caen Basse-Normandie, 28 octobre 2000, 548 p. (dactyl.).

7. CC, déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, JORF, 13 janvier 1977, p. 344.

Les lois Debré et Chevènement de 1997 et 1998 allaient cependant porter les premiers coups de canif à ce régime protecteur. Ainsi, la première reporte le délai d'intervention de l'autorité judiciaire à 48 heures. Quant à la seconde, elle allonge le délai de la rétention à 12 jours (48 heures sur décision du préfet + 2 renouvellements de 5 jours par l'autorité judiciaire) et prévoit de nouveaux motifs permettant de procéder à ce dernier renouvellement :

[...] lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement.

Mais cette évolution est sans commune mesure avec celle réalisée par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 qui réécrit presque intégralement l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945. Désormais, le placement en rétention administrative, toujours décidé par le préfet pour une durée de 48 heures, est prolongé par l'autorité judiciaire (juge des libertés et de la détention) pour une durée de 15 jours, durée à l'issue de laquelle une nouvelle prolongation judiciaire est autorisée pour une durée :

- soit de 15 jours, dans les hypothèses prévues par la législation antérieure (perte ou destruction des documents de voyage, dissimulation par l'étranger de son identité ou obstruction volontaire faite à son éloignement) ;
- soit de 5 jours, dans de nouvelles hypothèses : lorsque la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai, ou encore lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le délai prescrit.

Ainsi, les étrangers peuvent désormais être placés en rétention administrative pour une durée de 32 jours (2 + 15 + 15) ou 22 jours (2 + 15 + 5).

La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité accentue encore cette durée et, dans le même temps, diffère le délai d'intervention de l'autorité judiciaire. Désormais, en effet, la décision de placement en rétention administrative est prise par le préfet, dans les huit hypothèses visées à l'article L. 551-1 du CESEDA, pour une durée de 5 jours, au terme de laquelle intervient le juge des libertés et de la détention. Celui-ci peut prolonger la rétention pour une durée, non plus de 15, mais de 20 jours. Et, à l'issue de cette première prolongation, une nouvelle prolongation de 20 jours peut

être décidée par l'autorité judiciaire, pour l'ensemble des motifs visés par la précédente législation (c'est-à-dire aussi bien ceux qui permettaient une prolongation de 15 jours que de 5 jours). La rétention administrative des étrangers peut donc être prolongée pour une durée totale de 45 jours (sauf en matière de terrorisme pour lesquels la durée maximale est fixée à 6 mois), ce qui, il est vrai, reste inférieur à la moyenne des États européens (60 jours au Portugal, 6 mois aux Pays-Bas, en Autriche ou en Hongrie, 8 mois en Belgique, 18 mois en Allemagne, 24 mois en Suisse, illimitée au Royaume-Uni), mais est nettement supérieur à ce qu'avait autorisé à l'origine le Conseil constitutionnel, ce qui atteste de l'affaiblissement de la contrainte de constitutionnalité qui pèse sur le législateur.

B. L'affaiblissement de la contrainte de constitutionnalité

L'affaiblissement du contrôle de constitutionnalité concerne aussi bien les principes essentiels de la liberté individuelle que sa garantie judiciaire.

1°) S'agissant des principes essentiels, le juge constitutionnel français exerçait par le passé un contrôle strict des motifs justifiant la prolongation de la rétention administrative des étrangers, limitant par voie de conséquence la durée de celle-ci, et s'opposait à ce que la rétention soit prolongée au-delà de 7 jours dans des hypothèses autres que celles de l'urgence absolue et de la menace d'une particulière gravité pour l'ordre public. Ainsi, dans la décision du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel considère

[...] qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution,

et censure le législateur qui avait autorisé la prolongation de la rétention en présence de « difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière »⁸. Cette impossibilité était confirmée par la décision du 13 août 1993, laquelle, au visa des principes essentiels de la liberté individuelle, s'oppose à la prolongation de la rétention au-delà de 7 jours « lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité compétente de document de voyage permettant l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une reconduite à la frontière »⁹.

Ainsi, le Conseil constitutionnel s'opposait à la généralisation du recours à la rétention administrative en veillant à ce qu'elle ne présente pas un caractère systématique en cas d'éloignement de l'étranger. Pourtant, dès la décision

8. CC, déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF*, 5 septembre 1986, p. 10790.

9. CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration..., p. 11722.

du 13 août 1993, il admet que le placement en rétention intervienne seulement en cas de « nécessité » et non plus de « nécessité absolue » et qu'il ne soit plus exigé que la première prolongation de la mesure ne puisse intervenir « qu'à titre exceptionnel ». Surtout, le législateur n'est plus censuré lorsque, par la suite, il autorise une nouvelle prolongation de la rétention administrative hors les cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public. D'autres motifs de prolongation jusqu'à 45 jours sont dorénavant validés, qui tiennent non seulement au comportement de l'étranger (perte ou destruction des documents de voyage, dissimulation par l'étranger de son identité ou obstruction volontaire faite à son éloignement), mais également à de simples difficultés particulières, dont il n'est nullement responsable, faisant obstacle à son éloignement immédiat (défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé, absence de moyens de transport...). Le placement en rétention administrative des étrangers devient donc une simple modalité de leur éloignement, les juges de la rue de Montpensier s'étant simplement opposés, dans la décision du 9 juin 2011, à la prolongation de la rétention des étrangers soupçonnés de terrorisme pour une durée de 18 mois¹⁰.

2°) S'agissant, en second lieu, de la garantie judiciaire, il faut noter que par cette dernière décision, le Conseil constitutionnel admet pour la première fois que le délai d'intervention d'un magistrat du siège pour contrôler une mesure privative de liberté soit supérieur à 48 heures, qui constitue le délai commun notamment en matière de garde à vue, pour être porté en l'espèce à 5 jours. L'évolution était cependant prévisible suite à la décision rendue par le Haut Conseil le 26 novembre 2010 portant sur une question prioritaire de constitutionnalité en matière d'hospitalisation sur demande d'un tiers des personnes atteintes d'un trouble mental¹¹. En effet, si cette décision exige, alors que tel n'était pas le cas, que les mesures de placement sans consentement en hôpital psychiatrique soient contrôlées, automatiquement, à un moment donné de la procédure, par l'autorité judiciaire, alors que par le passé ce contrôle s'exerçait uniquement par la voie d'un référé déclenché par la personne hospitalisée, le délai maximal d'intervention de la juridiction judiciaire est fixé à 15 jours. On comprend mieux alors que dans la décision du 9 juin 2011, le juge constitutionnel ait estimé que la saisine du juge judiciaire après un délai de 5 jours était conforme à l'article 66 de la Constitution.

Mais ces nouveaux délais d'intervention de l'autorité judiciaire posent deux questions : sont-ils justifiés uniquement par la situation particulière des intéressés (personnes atteintes de troubles mentaux et étrangers) ou pourraient-ils au contraire être étendus au droit commun,

notamment en matière de garde à vue ? S'agissant des non-nationaux, ces modalités nouvelles d'intervention de l'autorité judiciaire assurent-elles l'efficacité des garanties juridictionnelles de la liberté individuelle ?

II. Les garanties juridictionnelles de la liberté individuelle des étrangers

Conscient des incohérences du contrôle juridictionnel de la rétention administrative des étrangers, le Parlement français a entendu y mettre un terme avec la loi du 16 juin 2011, en retenant la solution de l'inversion de l'ordre d'intervention des juridictions (A). On peut cependant s'interroger sur l'efficacité d'une telle solution et se demander si l'effectivité des garanties juridictionnelles de la liberté individuelle des non-nationaux ne devrait pas emprunter la voie de l'unification du contentieux (B).

A. L'intervention des juridictions inversée

Le placement en rétention des étrangers a pour caractéristique d'être à la fois une décision administrative et une mesure portant atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Or, ce statut hybride conduit à un éclatement du contentieux.

En effet, en tant qu'elle est administrative, la décision initiale de placement en rétention est naturellement contrôlée par le juge administratif. À cette occasion, la juridiction administrative contrôle non seulement la légalité externe (compétence, motivation) et interne de l'arrêté préfectoral de placement en rétention mais également celle des mesures d'éloignement qui en constituent le fondement : reconduite à la frontière devenue obligation de quitter le territoire français. Sauf voie de fait, ce contrôle de légalité relève de la compétence exclusive du juge administratif en vertu du principe révolutionnaire de séparation des autorités administratives et judiciaires ou de ce que le Conseil constitutionnel appelle, sous une forme contemporaine, « la conception française de la séparation des pouvoirs »¹².

Mais, en tant qu'elle met en cause la liberté individuelle garantie constitutionnellement, la prolongation du placement en rétention administrative incombe nécessairement à l'autorité judiciaire. Dans le cadre de cette compétence naturelle qui lui est réservée par l'article 66 de la Constitution, le juge des libertés et de la détention contrôle non seulement la nécessité de la prolongation du placement en rétention, mais également depuis la jurisprudence dite *Bechta* de la Cour de cassation rendue

10. CC, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *JORF*, 17 juin 2011, p. 10306.

11. CC, déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *JORF*, 27 novembre 2010, p. 2119.

12. CC, déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *JORF*, 25 janvier 1987, p. 924.

en 1995 la régularité des mesures judiciaires précédant le placement : contrôle d'identité et garde à vue¹³. Et si le juge judiciaire ne peut, lors de ce contrôle, statuer sur la légalité des mesures d'éloignement qui fondent le placement en rétention, le juge administratif n'est pas mieux loti dès lors qu'il est incompétent pour statuer sur la régularité des conditions d'interpellation de l'étranger, qui sont regardées comme étant sans incidence sur la légalité de la mesure d'éloignement¹⁴.

Nous sommes donc en présence d'un éclatement du contentieux qui est susceptible de préjudicier aux droits de l'étranger. En effet, dans le système antérieur à la loi du 16 juin 2011, le juge judiciaire intervenait en premier puisqu'il était saisi dans un délai de 48 heures pour autoriser la prolongation du maintien en rétention, alors que le juge administratif, lorsqu'il était appelé à statuer sur la légalité de la décision administrative de placement en rétention simultanément au recours contre la décision de reconduite à la frontière dans un délai de 48 heures, disposait d'un délai de 72 heures pour statuer. Ainsi, dans certaines hypothèses, la juridiction judiciaire était conduite à prolonger la rétention administrative de l'étranger, alors que celle-ci était pourtant illégale du fait de l'illégalité de la mesure d'éloignement constituant son fondement, illégalité que seule la juridiction administrative pouvait constater. Et, dans le même temps, certaines juridictions administratives considéraient qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la légalité de la décision de placement en rétention administrative dès lors que cette décision avait été soumise, pour prolongation, à l'autorité judiciaire¹⁵.

Pour mettre un terme à cette situation, le législateur a décidé de reporter le délai d'intervention de l'autorité judiciaire à 5 jours, évitant ainsi la prolongation judiciaire d'une rétention administrative illégale. Cependant, il n'est pas certain que les difficultés engendrées par la division du contentieux soient pour autant résolues. En effet, si depuis la loi du 16 juin 2011 le juge administratif, qui doit se prononcer dans un délai de 5 jours suivant la notification de l'arrêté préfectoral de placement en rétention, statue, en théorie, avant le juge judiciaire lui-même saisi après l'expiration de ce délai, le premier juge demeure néanmoins incompétent pour se prononcer sur la légalité du contrôle d'identité de l'étranger ou du placement en garde à vue dont il a fait l'objet. Ainsi, si par le passé le juge judiciaire pouvait être conduit à prolonger une rétention illégale, le juge administratif pourra être amené à déclarer légale une rétention irrégulière, car viciée par les conditions d'interpellation ou de la garde à vue de l'étranger. À peu de chose près, nous sommes donc dans une situation identique à celle décrite précédemment.

De plus, le système nouveau mis en place par la loi du 16 juin 2011 peut conduire à ce que l'autorité judiciaire ne puisse plus sanctionner certaines atteintes à la liberté individuelle des étrangers, alors que telle est pourtant la mission qui lui est dévolue par l'article 66 de la Constitution. En effet, de deux choses l'une :

- soit le juge administratif considère que la décision de placement en rétention administrative est illégale, par exemple parce que la mesure d'éloignement est elle-même entachée d'illégalité. Dans cette hypothèse, l'étranger est remis en liberté et il n'y aura plus aucune raison pour que le juge judiciaire soit saisi aux fins de prolongation, de sorte que la légalité des conditions d'interpellation ou de la garde à vue ne sera pas même examinée ;
- soit le juge administratif considère que la décision de placement en rétention est légale. Dans ce cas de figure, il est également possible que le juge judiciaire n'ait pas le temps d'être saisi, l'exécution de la mesure d'éloignement pouvant être effectuée dans un délai de 5 jours.

Sans qu'il soit besoin d'aller plus loin (pourrait également être abordée la question du contrôle des conditions matérielles d'exécution de la rétention), on s'aperçoit que le dualisme juridictionnel à la française ne permet pas, quelle que soit la solution retenue, antérieure ou postérieure à la loi de 2011, de garantir effectivement la liberté individuelle des étrangers, au point de se demander si le système juridictionnel aujourd'hui mis en place satisfait aux exigences du droit à un recours effectif consacré par l'article 5 § 4 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Peut-être la solution réside-t-elle alors dans l'unification du contentieux.

B. Un contentieux unifié ?

Un accroissement des pouvoirs dévolus au juge administratif ou au juge judiciaire pourrait accroître l'efficacité du contrôle juridictionnel exercé en matière d'atteintes à la liberté individuelle. Ainsi, on pourrait imaginer que la juridiction administrative se reconnaisse désormais compétente pour apprécier, par voie d'exception, la légalité des opérations de contrôles d'identité ou de placement en garde à vue ; ou, à l'inverse, que le juge des libertés et de la détention, à la condition qu'il soit à nouveau saisi en premier, se voit reconnaître une compétence spécifique, à l'instar de celle dévolue au juge pénal par l'article 111-5 du Code pénal, pour apprécier la légalité des mesures d'éloignement qui constituent le fondement du placement en

13. Cass., 2^e civ., 28 juin 1995, *Préfet de la région Midi-Pyrénées, Préfet de la Haute-Garonne c. Bechta*, *Bulletin civil II*, n° 221, p. 127.

14. CE, *Sioui*, 23 février 1990, *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 528.

15. Voir notamment CAA Douai, 18 novembre 2008, n° 08DA00534.

rétenion administrative. Mais ce système de concurrence des compétences risque d'aboutir à des contradictions de jurisprudences¹⁶, ce qui ne favorise pas vraiment le « dialogue des juges »¹⁷ cher au président Genevois.

La solution envisagée, celle de l'unification, serait alors de confier à une juridiction unique l'ensemble du contentieux des étrangers, aussi bien les décisions relatives à leur entrée, à leur séjour et à leur éloignement que les mesures portant atteinte à leur liberté individuelle et permettant cet éloignement, rétenion administrative mais également placement en zone d'attente.

La tentation serait d'opérer cette unification au profit du juge administratif, solution qui semble logique dès lors que la plupart des décisions susmentionnées constituent des actes administratifs qu'il appartient naturellement à la juridiction administrative de contrôler. Mais, sauf à opérer une révision de la Constitution, cette solution n'est pas permise dès lors que certaines mesures, comme le placement en rétenion administrative, mettent en cause la liberté individuelle des étrangers au sens de l'article 66 et que, pour l'heure, le Conseil constitutionnel n'a jamais admis qu'il puisse y être dérogé, même dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

La création d'une juridiction spécialisée dans le droit des étrangers rencontrerait, semble-t-il, le même écueil, dès lors qu'elle ne serait pas exclusivement composée de magistrats de l'ordre judiciaire.

Reste alors à envisager une unification au profit du juge judiciaire. D'un point de vue pratique, la solution est pos-

sible, même si elle suppose certainement la création d'une formation spécifique au sein des juridictions judiciaires, composée de magistrats ayant une culture et de sérieuses compétences administratives. D'un point de vue juridique, la Constitution ne s'y oppose pas, dès lors que le juge constitutionnel a admis que le législateur puisse déroger à la compétence du juge administratif dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à condition cependant que l'unification soit complète et ne concerne pas, comme c'était le cas de la loi Joxe censurée en 1989, uniquement certaines mesures d'éloignement, telle que la reconduite à la frontière¹⁸. Nous avons cependant conscience que le pas à franchir est important et ne sommes pas certains que cette solution reçoive la faveur du législateur qui, avec la loi du 16 juin 2011, a non seulement retardé le délai d'intervention de l'autorité judiciaire mais également limité le pouvoir qu'il tient de l'article 66 de la Constitution de remettre en liberté un étranger aux hypothèses dans lesquelles les irrégularités affectant le placement en rétenion sont de nature à porter atteinte à ses droits¹⁹.

Pourtant, la solution proposée aurait pour mérite de redorer le blason de l'autorité judiciaire en lui permettant d'exercer pleinement la fonction de gardienne de la liberté individuelle qui lui est dévolue par l'article 66 de la Constitution. Quant à la juridiction administrative, on peut présager qu'elle accueillerait agréablement l'allègement de son rôle consécuteur à une telle unification du contentieux. Chacun étant satisfait, le dialogue des juges pourrait se poursuivre sereinement...

16. Si dans deux décisions des 17 octobre et 12 décembre 2011 (*L'actualité juridique. Droit administratif*, 16 janvier 2012, p. 27), le Tribunal des conflits a assoupli les règles de répartition du contentieux découlant de la jurisprudence *Septfonds* (TC, 16 juin 1923, *Septfonds c. Compagnie des chemins de fer du Midi*, *Rec.*, p. 498) dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et afin de garantir le droit de tout justiciable à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable, ces décisions, sauf si la contestation n'est pas sérieuse, n'autorisent le juge judiciaire, statuant en matière civile, à statuer sur la légalité d'un acte administratif que « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ».

17. B. Genevois, conclusions sur CE, Ass., *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit, Dalloz*, 22 décembre 1978, 1979, p. 155 : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ».

18. Voir CC, déc. n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, *JORF*, 1^{er} août 1989, p. 9679.

19. Art. L. 552-13 du CESEDA.