

EXTRAITS DU RAPPORT MAZEAUD

**POUR UNE POLITIQUE DES MIGRATIONS
TRANSPARENTE, SIMPLE ET SOLIDAIRE**

Deuxième partie

Le contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers : unification ou simplification ?

Aboutissement d'une évolution historique fertile en vicissitudes (chapitre I), le contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers est tout à la fois lourd et complexe en France (chapitre II). Les autres pays membres de l'Union européenne ont connu à cet égard une évolution sinon aussi préoccupante, du moins soulevant des problèmes comparables (chapitre III). Une unification du contentieux, qui devrait en tout état de cause se plier à des exigences constitutionnelles et conventionnelles (chapitre IV), présenterait, quelle que soit l'hypothèse retenue, de sérieux inconvénients pour un bénéfice aléatoire (chapitre V). Il paraît plus fécond de chercher dans la voie des simplifications de procédure la réponse aux préoccupations légitimes sous-tendant la lettre de mission (chapitre VI).

Chapitre I

Rappel historique

Pour comprendre les règles régissant aujourd’hui le contentieux de l’entrée et du séjour des étrangers, il faut se référer à sa genèse. Issu d’une succession de textes¹ d’inspirations différentes voire opposées, marqué par des mouvements de balancier et des hésitations, produisant souvent des effets non escomptés que la loi suivante tente de corriger, ce contentieux présente un caractère touffu, pour ne pas dire inextricable.

Trois périodes peuvent être distinguées :

- à partir de la Première Guerre mondiale, se met en place un cadre juridique de plus en plus contraignant pour le séjour des étrangers ; ses grandes lignes (ordonnance de 1945) se retrouvent dans le dispositif actuel (codifié au Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA)) ;
- après le premier choc pétrolier et la montée du chômage qui en résulte, le législateur adopte des mesures permettant de mener à bien l’éloignement des étrangers en situation irrégulière, tout en organisant un contrôle juridictionnel conforme aux exigences constitutionnelles et européennes en matière de droits fondamentaux ;
- enfin, ces dernières années ont connu une accélération des réformes, selon des inspirations différentes, mais toujours dans le sens de la complexité.

• Au XIX^e siècle, l’entrée des étrangers sur le territoire de la France est libre, de même que leur séjour ; ce n’est qu’à partir d’un décret de 1888 que tout étranger doit déposer une déclaration de résidence en mairie.

• Le décret du 2 avril 1917 impose à tout immigrant de plus de quinze ans d’être en possession d’une carte d’identité valant permis de séjour, qu’il doit soumettre au visa du maire ou du commissaire de police à chaque changement de résidence. Dans les années qui précèdent la Seconde Guerre mondiale, la réglementation devient plus précise.

• Pour la première fois, sous réserve des lois d’exception de Vichy, l’ordonnance du 2 novembre 1945 regroupe les dispositions relatives à l’entrée et au séjour des étrangers en France. S’agissant de mesures de «haute police», un recours est possible devant le juge administratif qui, dans un premier temps, n’exerce qu’un contrôle limité. Dès l’origine, le séjour irrégulier est une infraction pénale. L’ordonnance de 1945 en fait une simple contravention.

Le texte de l’ordonnance de 1945 ne sera pas substantiellement modifié avant 1980.

• La loi du 10 janvier 1980 introduit deux éléments fondamentalement nouveaux :

(1) Voir annexe 1.

- le séjour irrégulier devient un motif spécifique d’expulsion administrative, à côté du motif traditionnel de menace pour l’ordre public;
- avant d’être reconduit jusqu’à la frontière, l’étranger peut être maintenu dans des locaux administratifs.

Déféré au Conseil constitutionnel, ce texte est en partie censuré par lui, au motif que le juge judiciaire doit intervenir «dans le délai le plus court possible» en cas de rétention : le délai de 48 heures est acceptable, pas celui de sept jours.

• La loi du 29 octobre 1981 transforme le séjour irrégulier en un délit punissable d’une sanction d’éloignement qui peut être infligée par le seul juge pénal. La privation de liberté est contrôlée après 24 heures par un juge civil dans le cadre des dispositions de l’article 35 bis de l’ordonnance de 1945. Deux juges judiciaires interviennent : le juge pénal puis le juge civil.

• Le système précédent, critiqué tant par les pouvoirs publics (en raison des difficultés de coordination entre autorités judiciaires et administratives pour l’exécution des peines de reconduite) que par les associations de défense des étrangers (à cause de son automatique), est revu par la loi du 9 septembre 1986. La reconduite à la frontière redevient une décision administrative ; il s’agit désormais d’une décision spécifique, distincte de l’expulsion pour menace à l’ordre public.

• La loi du 10 janvier 1990 organise un recours en annulation de cette décision de reconduite. Suspensif, il doit être jugé dans un délai de 48 heures par un magistrat du tribunal administratif jugeant seul, sans conclusions du commissaire du gouvernement. C’est la première procédure d’urgence «de masse» qu’aura à mettre en œuvre la justice administrative.

• Malgré la mobilisation des magistrats et l’aide matérielle apportée par le ministère de l’intérieur, le dispositif mis en place en 1990 arrive à saturation et un certain nombre de tribunaux administratifs de la région parisienne connaissent une situation explosive. La loi du 24 juillet 2006 croit apporter une réponse à cette inflation en créant une nouvelle décision regroupant refus de séjour et ordre de quitter le territoire, l’obligation de quitter le territoire français (OQTF). Un recours, de caractère suspensif, est ouvert contre l’OQTF. Le tribunal administratif doit statuer dans les trois mois. Ce délai est réduit à 72 heures si l’étranger est placé en rétention.

• En réponse à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH), la loi du 20 novembre 2007 crée un nouveau recours suspensif contre les refus d’admission sur le territoire français au titre de l’asile, recours qui doit être jugé par le tribunal administratif dans un délai de 72 heures.

Cette évolution (qui n’a été ici que très succinctement résumée) fait apparaître trois constantes :

- les décisions relatives au droit au séjour des étrangers sur le sol français sont des décisions administratives dont le contentieux relève du juge administratif ;
- le fait de séjourner irrégulièrement sur le sol national est une infraction pénale qui peut être sanctionnée en tant que telle ;
- la privation de liberté individuelle des étrangers est l’apanage du juge judiciaire.

Chapitre II

Situation actuelle du contentieux des étrangers en France

Brossée à grands traits, la situation du contentieux des étrangers en France est la suivante: une multiplicité d'actes et de régimes contentieux (I), des procédures qui s'enchevêtrent (II), une pression sur les tribunaux qui s'accroît sans cesse (III) et dont les conséquences sont graves pour l'État de droit (IV).

I. Une pluralité de décisions induisant un contentieux complexe

La Commission a été frappée par la multiplicité des actes administratifs susceptibles d'être pris à l'encontre d'un étranger. Le régime contentieux de ces actes est lui-même éclaté, chaque mesure pouvant faire l'objet d'un, voire de plusieurs recours, suivant la procédure contentieuse de droit commun ou suivant des règles de procédure spéciales.

A. L'entrée en France

Demande d'entrée à partir d'un pays étranger

Première destination touristique du monde, la France accueille près de 80 millions de visiteurs par an. Il reste que, conformément au droit international et en vertu des prérogatives attachées à la souveraineté nationale, un étranger n'a pas le droit de pénétrer sur le territoire d'un pays autre que le sien sans y être autorisé. Dans le cadre des accords de Schengen, qui ont homogénéisé les visas de tourisme de trois mois, la France impose un visa d'entrée. Cette obligation est cependant écartée pour les ressortissants communautaires, pour les réfugiés (en application de la convention de Genève)¹, pour les étrangers qui résident régulièrement en France et pour

(1) Convention adoptée à Genève le 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

les ressortissants de certains pays avec lesquels la France ou l'Union européenne ont passé des accords à cet effet.

Les consulats français ont délivré en 2006 plus de deux millions de visas et en ont refusé environ 300 000. Le plus souvent, il s'agit de visas de court séjour (visiteur). Il peut s'agir aussi de visas de long séjour. Au total, il y a une trentaine de types de visas...

En dépit de ces ordres de grandeur impressionnantes, le contenu des visas n'est pas le plus nourri. Cette modération peut s'expliquer par le fait que l'étranger demeure hors de France ou que la décision de refus, d'ailleurs souvent verbale, n'indique plus les voies de recours. Il y a néanmoins eu, en 2007, 3 500 saisines de la «Commission de recours contre les refus de visa», instance administrative de recours préalable obligatoire et environ 450 requêtes devant le Conseil d'État, dont 150 saisines du juge des référés du Conseil d'État.

Demande d'entrée à la frontière

La personne qui tente de pénétrer en France sans visa (alors qu'elle avait l'obligation d'en détenir un) n'est pas admise à pénétrer sur notre territoire. Elle doit donc formuler une demande d'admission, soit à la frontière – le plus souvent à l'aéroport de Roissy – soit, lorsqu'elle est appréhendée alors qu'elle séjourne clandestinement en France, directement auprès des autorités de police. D'autres motifs, notamment de police, peuvent justifier qu'un refus d'admission soit opposé à un étranger.

Le régime juridique de ces refus d'admission est complexe. Toute une partie du CESEDA y est consacrée (articles L. 213-1 et suivants et articles réglementaires correspondants)¹.

Il existe en outre un régime juridique spécifique pour l'admission au titre de l'asile qui fait l'objet des dispositions des articles L. 741-1 et suivants.

De plus, le maintien en zone d'attente (pendant l'instruction de la demande d'admission au séjour) est réglementé par des dispositions particulières ou communes avec celles relatives à la rétention.

Enfin, les décisions de non-admission ou de maintien en zone d'attente peuvent faire l'objet de recours selon des procédures d'urgence qui sont réglementées par des dispositions spécifiques.

B. Le séjour en France : une montée en complexité

La lecture comparée de l'ordonnance de 1945 et des dispositions actuelles du CESEDA est édifiante.

(1) Voir en annexe.

L'ordonnance de 1945 prévoyait trois types de cartes de séjour dans trois articles successifs : résident temporaire (un an), résident ordinaire (trois ans), résident privilégié (dix ans).

Le CESEDA consacre, pour sa part, trente articles aux différents titres de séjour : carte temporaire, avec huit cas de délivrance (détaillés aux articles L. 313-6 à L. 313-14) ; carte de résident, avec neuf cas de délivrance de plein droit (détaillés aux articles L. 314-11 et L. 314-12) ; carte « compétences et talents » (dont le régime juridique est encore inachevé).

De nouveaux types de cartes de séjour sont créés par le législateur sans grand souci de cohérence. La loi sur la modernisation de l'économie actuellement en discussion devrait créer une carte de séjour spéciale pour les chefs d'entreprise.

Cette variété rend le droit du séjour peu lisible. Elle n'est favorable ni aux demandeurs de bonne foi, qui ont souvent le sentiment de s'égarer dans un labyrinthe sans fil d'Ariane, ni à la régulation effective des flux migratoires. Elle est une incitation à formuler des demandes successives sur différents fondements dans l'espoir d'obtenir gain de cause, espoir d'autant moins déraisonnable que la prolongation du séjour permise par ces procédures peut cristalliser des situations, notamment familiales, aboutissant effectivement au droit au séjour.

Cette variété alourdit en conséquence la tâche des préfectures et des tribunaux administratifs.

C. L'éloignement du territoire¹

L'obligation de quitter le territoire français

La loi du 24 juillet 2006 a entendu réduire le nombre de recours d'étrangers devant la juridiction administrative. Elle a regroupé en un seul et même acte² les trois décisions prises précédemment de manière distincte par le préfet, qui pouvaient donner lieu à trois recours distincts : le refus de séjour, l'arrêté de reconduite à la frontière et la décision fixant le pays de destination. L'obligation de quitter le territoire français (OQTF) fait l'objet des articles L. 511-1 et suivants du CESEDA. Le recours contre l'OQTF est suspensif et doit être jugé dans les trois mois.

Bien loin des résultats escomptés, l'OQTF a entraîné un afflux de requêtes, tant en raison de son régime contentieux favorable aux intéressés que du volontarisme qui a marqué la pratique préfectorale en la matière. Dans le même temps, on a constaté que l'administration n'était pas en mesure d'exécuter d'office les OQTF ainsi adressées : selon les chiffres fournis à la Commission, le taux d'exécution se situe aux alentours de 2% hors départs

(1) Voir annexe 2.

(2) Il s'agit d'un arrêté portant refus de délivrance d'un titre assorti d'une obligation de quitter le territoire et d'une décision fixant le pays de destination.

volontaires. Ce taux dérisoire a conduit la Commission à s'interroger sur la pertinence de la solution retenue par le législateur en 2006.

L'arrêté de reconduite à la frontière

Son régime est défini à l'article L. 511-1 du CESEDA. Depuis la loi de 2006, il ne peut plus être adressé par voie postale et concerne en principe les seuls étrangers appréhendés par la police en situation irrégulière. Le contentieux de l'arrêté de reconduite à la frontière (ARF) fait l'objet d'un recours spécifique, cependant que la privation de liberté est contrôlée selon les modalités de droit commun.

Les étrangers sans titre de séjour, susceptibles de faire l'objet d'une OQTF ou d'un ARF, devraient donc se répartir simplement : l'obligation de quitter le territoire concerne les étrangers qui ont demandé un titre de séjour et se le sont vu refuser ; la reconduite à la frontière concerne les étrangers qui résident en France sans avoir demandé de titre.

La réalité est plus compliquée : les préfets ont fait concurremment usage des deux dispositifs, parfois sans savoir qu'une demande de titre avait été introduite dans un autre département, parfois parce que tel dispositif était plus efficace que l'autre.

Des situations contentieuses particulièrement embrouillées sont nées de ces interférences, comme en témoignent les demandes d'avis répétées dont le Conseil d'État a été saisi à ce sujet par les tribunaux administratifs. De telles caractéristiques sont évidemment incompatibles avec le contentieux de masse qu'est devenu le contentieux du séjour des étrangers.

D. Le placement dans un centre de rétention administrative

Depuis la loi de 1980, l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement peut être «maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire». La décision initiale est prise par le préfet. En pratique, elle fait suite à une garde à vue décidée par un officier de police judiciaire sous le contrôle du parquet.

Dès lors que l'article 66 de la Constitution fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, la prolongation, au-delà d'une courte période, de la privation de liberté ne peut être ordonnée que par un juge judiciaire : à l'origine, le juge civil de droit commun, aujourd'hui le juge des libertés et de la détention (JLD).

Ce dernier est en effet compétent pour connaître des restrictions apportées à la liberté individuelle (détention provisoire, rétention administrative, maintien en zone d'attente) et, plus généralement, à la liberté personnelle (perquisitions par exemple).

Pour contraindre l'administration à trouver une issue rapide au sort des étrangers retenus, il a été prévu que la première prolongation serait limitée à quinze jours et qu'une éventuelle seconde prolongation ne pourrait

être obtenue que par nouvelle saisine du juge. La durée de la rétention est au plus égale à trente-deux jours.

Si, à l'intérieur de ce délai, le JLD a refusé la prolongation – et, en tout état de cause, passé ce délai – l'étranger retenu est libéré nonobstant l'irrégularité de son séjour.

II. L'enchevêtrement des procédures

La longue liste des décisions défavorables qui peuvent aujourd'hui être prises à l'encontre des étrangers, en matière d'entrée et de séjour, se traduit par autant, voire davantage, de possibilités de contestations devant un juge.

Ayant à concilier, d'un côté, le respect de l'État de droit et les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice des Communautés européennes, du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, de l'autre côté, le souci de rendre plus efficace la lutte contre l'immigration irrégulière pour asseoir plus sûrement la politique d'immigration, le législateur a multiplié les procédures particulières.

Il s'est agi le plus souvent de procédures d'urgence s'ajoutant aux procédures de droit commun. Elles sont ouvertes tantôt à l'étranger, pour faire valoir ses droits, tantôt au préfet ou au parquet, pour faire valoir ceux de la collectivité nationale.

Servant des finalités différentes, elles posent de difficiles problèmes de coordination.

A. Procédures engagées à l'initiative de l'étranger

Comme tout administré, l'étranger peut d'abord contester les décisions individuelles défavorables qui sont prises à son encontre, en matière de séjour comme en d'autres matières.

Cette contestation est cependant de plus en plus souvent soumise à des règles de procédure spéciales :

- le refus de visa d'entrée peut être contesté devant le Conseil d'État après l'échec d'un recours administratif préalable devant la Commission de recours contre les refus de visas; l'étranger dispose aussi de la procédure de référendum de liberté qui doit être jugée dans les 48 heures;
- le refus d'admission sur le territoire peut être contesté selon les voies ordinaires et faire l'objet d'un référendum. Toutefois, si l'intéressé a demandé l'asile, la requête devant le tribunal administratif aura un caractère suspensif et le jugement devra intervenir dans les 72 heures de la saisine;

- pour le refus de séjour, assorti désormais de l’obligation de quitter le territoire français, la requête devant le tribunal administratif produit par elle-même un effet suspensif et doit être jugée dans un délai de trois mois;
- si l’étranger est retenu, la procédure suivie contre la mesure d’éloignement et le refus de séjour est celle de la reconduite. La requête devant le tribunal a également un effet suspensif. Elle doit être jugée dans un délai de 72 heures par un juge statuant seul et sans conclusions du commissaire du Gouvernement ;
- en matière d’asile, le refus de reconnaître la qualité de réfugié, ou le refus d’accorder la protection subsidiaire, opposé à un étranger par l’Office français de protection des réfugiés et apatrides peut être contesté devant une juridiction administrative spécialisée : la Cour nationale du droit d’asile ;
- l’étranger retenu dans des locaux ne relevant pas de l’administration pénitentiaire, soit qu’il ait été maintenu en zone d’attente, soit qu’il ait été placé en centre de rétention, peut à tout moment contester devant le JLD les conditions dans lesquelles il est privé de liberté.

B. Procédures engagées à l’initiative du préfet

Prolongation de la rétention d’un étranger appréhendé en situation irrégulière sur le territoire national

À l’expiration du délai de 48 heures, l’étranger ne peut être maintenu en rétention que si un juge a ordonné ce maintien. Saisi par le préfet dans les 48 heures, le juge des libertés et de la détention peut ordonner une prolongation pour une durée de quinze jours. À l’expiration de ce délai, l’étranger ne peut être maintenu en rétention que si le juge des libertés et de la détention, à nouveau saisi par le préfet, ordonne la prolongation pour une seconde période de quinze jours.

Maintien en «zone d’attente» à la frontière

À l’expiration d’un délai de 96 heures, l’étranger ne peut être maintenu en zone d’attente que si un juge l’a ordonné. Saisi par le préfet dans les 96 heures, le juge des libertés et de la détention peut ordonner le maintien pour une période de huit jours.

À l’expiration de ce délai, le préfet pourra demander une seconde prolongation pour huit jours.

C. Procédures engagées à l’initiative du parquet

Le séjour irrégulier sur le sol national étant une infraction, le parquet peut prendre des mesures d’interpellation et de garde à vue et, éventuellement, engager des poursuites pénales.

Si, à l'issue de la garde à vue, le parquet considère qu'il n'y a pas lieu d'engager des poursuites, le préfet peut prendre une mesure de reconduite à la frontière et, si nécessaire, placer l'intéressé en rétention dans un centre de rétention administrative.

Le procureur de la République peut faire appel des ordonnances du juge des libertés et de la détention. Pour prévenir les conséquences difficilement réversibles de la libération d'un étranger à la suite d'un refus de prolongation de rétention opposé au préfet par le juge des libertés et de la détention, le législateur a mis en place une procédure très particulière d'appel suspensif. Dans les 4 heures de l'intervention de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, le parquet peut faire appel du refus de prolongation et demander au premier président de la cour d'appel de décider que cet appel ait un effet suspensif. Si le premier président de la cour d'appel donne un effet suspensif à l'appel du parquet, l'étranger est maintenu en rétention jusqu'à l'intervention de la décision de fond qui doit être prise par le premier président de la cour d'appel dans les 48 heures.

III. Une pression qui s'accroît sans cesse

A. Sur les services préfectoraux

Les préfectures, surtout en zone urbaine, sont confrontées à l'augmentation du nombre de demandes de délivrance de titres de séjour (qu'il s'agisse d'une première demande ou d'une demande de réexamen de la situation de l'intéressé).

Or l'accroissement de cette activité s'opère à moyens et à effectifs au mieux constants et dans un contexte d'objectifs quantitatifs affichés en hausse, qu'il s'agisse de refus de séjour ou de mesures d'éloignement.

B. Sur les services de police et de gendarmerie

Les moyens des forces de police et de gendarmerie ont été dévolus de manière croissante à la politique de lutte contre l'immigration irrégulière.

Le nombre d'interpellations d'étrangers en situation irrégulière est ainsi passé de 27 300 en 1999 à 67 130 en 2006.

Le nombre de personnes placées en centre de rétention administrative, dont la surveillance et les transferts vers les consulats et les tribunaux incombe aux services de police et de gendarmerie, est passé de 28 155 en 2003 à 32 817 en 2006.

C. Sur les juridictions administratives

Le nombre total de saisines des tribunaux administratifs concernant le contentieux des étrangers (en cumulant les recours contre les refus d'admission sur le territoire, ceux dirigés contre le refus de séjour et ceux relatifs aux mesures d'éloignement) a connu une croissance soutenue :

- 2003 : 30 000 ;
- 2004 : 38 636 ;
- 2005 : 40 034 ;
- 2006 : 43 798 ;
- 2007 : 46 480¹.

Il en résulte une surcharge considérable pour les tribunaux administratifs : le nombre d'affaires relevant du contentieux des étrangers pèse désormais plus du quart de la totalité des affaires enregistrées chaque année devant l'ensemble des juridictions administratives du premier degré.

Cette surcharge est en outre très inégalement répartie : les quatre tribunaux de la région parisienne (Paris, Cergy, Melun, Versailles) comptent à eux seuls plus de la moitié du nombre des affaires enregistrées.

Devant les cours administratives d'appel, le nombre d'affaires enregistrées relevant du contentieux des étrangers a connu une progression spectaculaire en 2007 par rapport à 2006 (+ 187% pour les seuls recours concernant des refus de séjour), conséquence conjointe de l'augmentation importante du nombre d'affaires jugées en première instance (+ 53% pour les refus de titre) et de l'augmentation du taux d'appel afférent aux nouveaux refus de séjour assortis d'OQTF.

Les chiffres pour l'année 2007 révèlent que non seulement l'inflation contentieuse constatée depuis plusieurs années n'a pas été enrayer par la réforme de 2006, mais que, tout au contraire, le nouveau dispositif a suscité un accroissement du taux de recours devant les juridictions du premier degré, ainsi qu'un accroissement du taux d'appel devant les cours administratives d'appel.

D. Sur les juridictions judiciaires

Selon une enquête de la chancellerie², on peut estimer à 40 000 le nombre de décisions rendues en 2007 par les juges des libertés et de la détention statuant en matière d'étrangers. Une enquête réalisée en 1996 indiquait un ordre de grandeur de 30 000. L'augmentation de l'activité des juges des libertés et de la détention est d'un tiers en dix ans.

(1) Pour les tribunaux administratifs de métropole, la répartition est la suivante en 2007 : arrêtés de reconduite à la frontière : 13942 requêtes nouvelles ; refus de séjour avec obligation de quitter le territoire français : 13696 requêtes nouvelles.

(2) Source : *Le contentieux judiciaire des étrangers*, janvier 2008, Direction des affaires civiles et du Sceau.

Comme pour la juridiction administrative, la charge est très inégalement répartie. Ainsi, selon l'enquête de la chancellerie, le tribunal de grande instance de Paris a été saisi de 606 demandes de prolongation au cours du mois de mai 2007, celui de Bordeaux de 61 demandes et celui de Versailles de 48.

Afin que l'étranger ne soit pas privé de liberté sans décision de justice, ce qui constituerait un internement arbitraire, le juge doit statuer sans délai. Ceci se traduit notamment par des conditions de travail peu propices à une bonne et sereine administration de la justice. Nombre d'audiences se terminent la nuit. Plusieurs juridictions doivent tenir audience tous les jours, y compris le dimanche. En pareil cas, il n'est plus possible de faire appel aux seuls magistrats maîtrisant le droit des étrangers. La permanence dominicale est en effet confiée à tour de rôle aux vice-présidents du tribunal de grande instance, dont certains sont peu familiers de cette matière.

IV. Une situation aux conséquences graves

La surcharge produit quatre types de conséquences négatives : sur l'État de droit (A) ; sur les finances publiques (B) ; sur l'efficacité de la gestion publique (C) ; sur la maîtrise des flux migratoires (D).

A. Atteinte à l'État de droit

En raison tant de la complexité des règles applicables que de la brièveté des délais impartis au juge pour se prononcer, l'encombrement des juridictions administratives conduit à :

– Un effet d'éviction de tous les autres contentieux. Si les requêtes d'étrangers constituent près du tiers des requêtes nouvelles, elles comptent pour près de la moitié des affaires jugées. Pour les tribunaux de la région parisienne ces pourcentages s'élèvent à près de la moitié des «entrées» et à plus des trois quarts des «sorties». Les affaires relatives aux domaines autres que le contentieux des étrangers et qui ne sont pas engagées selon des procédures d'urgence attendent d'être jugées et le retard s'accumule. Dans certains tribunaux de la région parisienne, on estime que l'âge moyen du stock hors contentieux des étrangers s'est accru d'un an en dix-huit mois.

– Une inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur requête relève du contentieux des étrangers (affaire jugée en trois ou quatre mois) ou non (délai moyen de jugement supérieur à deux ans et pouvant atteindre quatre ou cinq ans).

– Un risque que les cours et les tribunaux administratifs de la région parisienne, du fait de leur asphyxie progressive, se trouvent dans l'incapacité de contrôler efficacement la légalité de l'action de l'administration dans des

domaines aussi essentiels que l'urbanisme, l'environnement, la perception de l'impôt... On renouerait ainsi avec la situation qui avait justifié en 2000 la mise en place des procédures d'urgence et que l'on croyait révolue grâce aux très importants gains de productivité réalisés par la juridiction administrative.

– Un découragement des magistrats administratifs appelés à traiter ces contentieux massifs, éprouvants, souvent de pur fait et surtout inutiles dans bien des cas. Cette situation met en péril la qualité du recrutement dans les tribunaux, les candidats de haut niveau étant d'ores et déjà rebutés par l'envahissement de ce contentieux.

– Une instrumentalisation de la justice par des tactiques contenues, souvent inspirées par des professionnels spécialisés et des groupes militants, qui exploitent cette complexité et les failles qu'elle recèle. La saisine du juge permet en effet de gagner du temps en raison de l'effet suspensif des recours (articles L. 512-1 et L. 512-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers). Plus on demeure sur le territoire français, plus on a de chances d'y rester longtemps. La pluralité des démarches nécessaires (demande d'asile, demande de titre, changement de fondement de la demande, nouvelle demande...), ajoutée aux différents degrés de juridiction, aboutit à une présence quasi certaine de plusieurs mois ou années selon les démarches et les lieux. La faculté de survivre clandestinement fait le reste.

B. Coûts pour les finances publiques

Pour les préfectures

Le budget des préfectures (services des étrangers) supporte le poids croissant du traitement des dossiers d'étrangers au détriment des autres missions de l'État dans le département. Il supporte aussi la charge des frais d'avocats de l'étranger auxquels l'État, lorsqu'il est la partie perdante, est condamné. S'y ajoute de plus en plus fréquemment le coût des astreintes assortissant les injonctions de réexamen de la situation de l'intéressé ou de délivrance d'un titre prononcées par le juge¹.

Pour les services de police et de gendarmerie

En 2006, comme en 2007, plusieurs milliers d'opérations de police ou de gendarmerie (depuis l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière jusqu'à son placement en rétention pendant plusieurs jours) n'ont pas abouti à un éloignement effectif...

Dans près de la moitié des cas, la cause se trouvait dans des erreurs commises en cours de procédure ou dans l'absence de laissez-passer consulaire. À cet égard, il faut rappeler que la proportion dans laquelle le laissez-passer consulaire est délivré en temps utile plafonne à un niveau inférieur à 40 % des demandes.

Dans toutes ces hypothèses, les moyens des forces de police et de gendarmerie sont déployés en vain.

(1) La préfecture de la Seine-Saint-Denis a ainsi été condamnée en 2007 à verser 250000 euros au titre du contentieux des étrangers.

Pour le budget général

En plus des coûts directement imputables à la mise en œuvre des procédures administratives, policières et juridictionnelles liées à la lutte contre l'immigration irrégulière, le budget de l'État supporte le poids croissant de l'aide juridictionnelle accordée aux étrangers aux différents degrés de jugement.

Il doit aussi supporter les coûts indirects liés à l'encombrement des juridictions.

Ainsi, la priorité donnée au contentieux des étrangers, en raison des règles de délai imposées par le législateur, aboutit à différer le traitement du contentieux fiscal et donc à différer le paiement de l'impôt. Dans certains tribunaux de la région parisienne, le délai de jugement des dossiers fiscaux dépasse cinq ans. Les montants financiers en jeu sont d'autant plus considérables que c'est dans le ressort de ces juridictions que se concentrent les administrations fiscales conduisant les opérations les plus importantes (vérifications nationales et internationales, grandes entreprises...)¹.

De même, dans les requêtes tendant au paiement d'une somme d'argent, le montant des condamnations des personnes publiques peut être augmenté non seulement des intérêts moratoires, mais également de leur capitalisation, voire de l'application de taux majorés.

D'une manière générale, la Commission déplore la faiblesse des outils économiques permettant d'évaluer :

- le coût total de la politique mise en œuvre pour lutter contre le séjour irrégulier (instruction, édition des mesures d'éloignement, fonctionnement des centres de rétention, escortes et éloignement proprement dit, traitement du contentieux) ;
- rapporté au coût de l'immigration irrégulière.

Les seules données dont elle a pu disposer ne concernaient que des évaluations internes aux services de police et de gendarmerie qui ne prenaient pas en compte la totalité des dépenses exposées.

C. Contradiction avec les orientations prônées en matière d'efficacité de la gestion publique

La réponse apportée depuis plusieurs années à cette surcharge contentieuse et administrative, notamment dans les juridictions, a été, au mieux, le recrutement de nouveaux personnels. Mais l'impression prévaut que ceux-ci ont été employés en grande partie inutilement compte tenu de

(1) Trois requêtes jugées fin décembre 2007 au tribunal administratif de Paris représentaient, ensemble, un enjeu fiscal approchant les 700 millions d'euros. Dans ces conditions, il n'est pas déraisonnable de penser que le coût total du retard causé au jugement de telles affaires par l'encombrement des rôles (en grande partie imputable à l'afflux de dossiers d'étrangers) se chiffre en milliards d'euros.

la faiblesse du taux d'exécution des mesures d'éloignement. Cette situation est en contradiction avec les messages actuels sur la meilleure allocation des ressources budgétaires et la révision générale des politiques publiques.

D. Une évolution qui nuit à l'efficacité même de la politique d'immigration

L'augmentation importante du nombre d'interpellations réalisées par les services de police, comme celle du nombre de décisions relatives au séjour et à l'éloignement prises par les services des préfectures, contribuerait à une meilleure maîtrise du flux migratoire si, en aval, les services compétents restaient en mesure de veiller à la régularité des procédures ou d'apprécier l'opportunité de prendre une décision de refus de séjour ou un arrêté de reconduite à la frontière. Tel n'est pas le cas.

En partie imputables à un activisme qui n'aurait pas les moyens de ses fins, de nombreuses erreurs de fond, et surtout de procédure, sont commises par les services de police ou de gendarmerie surchargés. Ces erreurs sont commises lors des interpellations, lors de la notification de l'arrêté de reconduite et lors du placement en rétention. Les décisions d'éloignement sont souvent mal préparées ou mal rédigées¹. La défense des dossiers est mal assurée, voire pas assurée du tout, devant le JLD ou le tribunal administratif...

Ces erreurs exposent l'administration à être désavouée par le juge. Souvent inéluctable, la censure juridictionnelle met alors à néant un travail administratif qui, en dépit des irrégularités commises, pouvait être justifié sur le fond. Elle est évidemment mal vécue par l'administration.

S'agissant du maintien en rétention, essentiel pour l'exécution des mesures d'éloignement, la fragilité est d'autant plus grande que les textes de procédure ont été rédigés de manière exigeante et qu'il n'existe pas de disposition permettant d'écartier une nullité même lorsque celle-ci apparaît comme véniale ou n'a pas causé grief à l'étranger.

Enfin, l'incitation au recours est d'autant plus forte que les chances d'annulation sont élevées.

C'est ainsi que se boucle un cercle vicieux.

(1) Pour les agents des préfectures, l'indicateur de résultats est le nombre d'arrêtés de reconduite à la frontière édictés, sans que soit pris en compte le taux d'annulation desdites mesures.

Apporter des améliorations sensibles au dispositif actuel

Les auditions tenues par la Commission l'ont convaincue de ce que les difficultés rencontrées par les pouvoirs publics dans le cadre de la lutte contre l'immigration irrégulière trouvaient leur source beaucoup moins dans la dualité des ordres de juridiction que :

- dans la complexité normative, qu'il s'agisse des règles de fond du droit du séjour ou des procédures administratives et contentieuses relatives à l'éloignement ;
- dans des causes exogènes telles que la situation dans le pays d'origine, l'attractivité de la France ou le manque de coopération de certains consulats étrangers qui ne délivrent pas les laissez-passer indispensables à l'effectivité des reconduites.

Sur ce dernier point, l'effort ne peut être que diplomatique et la Commission a noté que le Gouvernement s'était engagé dans un processus de négociations bilatérales portant à la fois sur le codéveloppement et sur les réadmissions par le pays d'origine.

Sur les autres points, des améliorations importantes peuvent être apportées tant en amont du procès qu'à l'occasion de celui-ci.

I. Mettre un terme à un effet pervers de la loi du 20 juillet 2006

Lors du vote de cette loi, les parlementaires avaient insisté sur la nécessité de supprimer la notification par voie postale des arrêtés de reconduite à la frontière, source d'un important contentieux inutile en raison de leur très faible taux d'exécution¹. Cette suppression a été votée. Mais, comme il a été exposé plus haut, la loi a produit un effet pervers en faisant renaître sous une autre forme le même type de contentieux, avec un nombre encore plus important de requêtes.

En effet, le refus de séjour accompagné d'une obligation de quitter le territoire peut aujourd'hui faire l'objet d'un recours suspensif qui

(1) Voir en annexe le rapport à l'Assemblée nationale.

doit être jugé dans un délai de trois mois. Il est donc de l'intérêt évident de l'étranger de faire un recours, même si son issue a toutes chances d'être défavorable : l'intéressé bénéficiera au moins de l'effet suspensif et pourra prolonger légalement son séjour de trois mois supplémentaires.

Certains étrangers ont recours à cette procédure à plusieurs reprises dans l'année, variant le fondement de leur demande de titre de séjour et se maintenant continûment sur notre sol. Dans un nombre croissant de cas, les demandes de titre de séjour sont envoyées par la poste à la préfecture dans le but de faire naître de manière automatique, et sans examen par la préfecture, une décision implicite de rejet qui sera ensuite contestée.

La Commission pense qu'il convient de mettre un coup d'arrêt à une explosion contentieuse qui est en train de mettre en péril plusieurs tribunaux administratifs sans utilité réelle du point de vue de la politique d'immigration.

Il convient d'adopter quelques principes simples :

- le recours formé contre un refus de séjour ne doit produire, par lui-même, aucun effet suspensif ;
- une mesure de reconduite ne doit être prise que lorsque l'étranger se trouve «sous main de police» ;
- seule une requête dirigée contre une mesure d'éloignement doit suspendre l'exécution de celle-ci, afin que la légalité de l'éloignement soit appréciée avant le franchissement des frontières.

II. Rendre plus sûres les pratiques administratives

Les pratiques administratives doivent être améliorées à différents stades.

Les demandes de titre de séjour doivent être plus soigneusement instruites.

Une instruction plus attentive implique la présence physique du demandeur en préfecture et un entretien effectif avec l'agent chargé de suivre son dossier. La pratique du traitement par voie postale doit cesser, en tout cas toutes les fois que le renouvellement n'est pas de droit.

Un temps d'examen minimal doit être consacré à chaque dossier. La précipitation avec laquelle sont aujourd'hui instruites certaines demandes est directement à l'origine d'erreurs et donc d'annulations par le juge.

Une formation juridique spécifique doit être dispensée aux agents des services des étrangers des préfectures, dont les effectifs et les moyens, aujourd'hui fort modestes, doivent être par ailleurs renforcés

Il s'agit là, pour la collectivité nationale, d'un investissement hautement rentable au regard des coûts liés à l'échec de mesures de refus de séjour ou de reconduite justifiées sur le fond, mais entachées de vices de forme conduisant à leur censure juridictionnelle.

S'ils étaient mieux formés, plus qualifiés et disposaient de plus de temps, les agents des services préfectoraux :

- diligenteraient les procédures à meilleur escient ;
- décèleraient mieux les cas appelant une bienveillance ou au contraire une sévérité particulières ;
- seraient mieux à même d'appeler l'attention de leur hiérarchie sur les affaires importantes
- traiteraient plus rapidement les dossiers ne présentant pas de difficulté et consacreraient plus de temps à ceux qui méritent attention ;
- motiveraient mieux les arrêtés préfectoraux au regard des exigences de la jurisprudence, comme de celles de la pédagogie ;
- n'omettraient pas, en tout cas, de faire signer au préfet la saisine du JLD ou de joindre l'avis du médecin inspecteur lorsque la demande émane d'un étranger malade.

Par ailleurs une formation juridique adéquate de ses agents permettrait à l'administration de défendre effectivement ses décisions devant le juge administratif et devant le JLD

L'absence aujourd'hui trop fréquente de l'administration devant le tribunal administratif ou devant le JLD laisse libre champ aux arguments de l'avocat de l'étranger, que personne ne vient contredire, et produit sur le juge une impression déplorable.

Dans tous les cas où les préfectures – ou les services de police ou de gendarmerie – ont formé des agents pour assurer la défense de l'administration, les taux de censure ont significativement diminué.

III. Mettre en place une instance collégiale de filtrage préalable au recours contentieux

Toutes les associations de défense des étrangers, ainsi que les représentants de la profession d'avocats entendus par la Commission ont

déploré la disparition d'une véritable instance de recours auprès des préfectorats à la suite de la création de l'OQTF.

Aujourd'hui, l'intérêt d'un recours administratif préalable contre une OQTF est limité car il ne suspend pas le délai de recours contentieux.

À l'inverse, ce dernier, outre qu'il a la propriété de provoquer une décision de justice dans les trois mois, protège entre-temps l'intéressé par son effet suspensif.

En même temps qu'elle préconise l'abrogation de l'OQTF, la Commission recommande la mise en place d'un mécanisme de filtrage préalable à toute saisine du juge.

Ce filtrage reposerait sur une instance collégiale apte, par sa composition, à évoquer tous les aspects du dossier de l'intéressé (liens familiaux avec la France, qualité de l'intégration, etc.) après s'être expliquée avec lui.

Cette instance serait compétente pour l'ensemble des décisions administratives portant retrait, refus de délivrance ou refus de renouvellement de carte de séjour lorsque l'étranger demandeur réside en France et fait la demande pour lui-même. Comme il a été exposé plus haut, sa saisine n'aurait pas d'effet suspensif.

Ses pouvoirs seraient asymétriques :

- elle prendrait des décisions de rejet se substituant aux mesures préfectorales qui lui sont déférées ;
- au cas où le dossier de l'étranger lui paraîtrait appeler un traitement favorable, elle inviterait le préfet à procéder à un nouvel examen de la demande. Le préfet prendrait alors une décision définitive, favorable ou défavorable.

L'instance de recours pourrait se voir associer diverses personnalités, mais seuls auraient voix délibérative le magistrat qui la présiderait et les membres de droit ayant la qualité de fonctionnaires ou de fonctionnaires honoraires.

L'instauration d'un filtrage présente plusieurs avantages :

- mettre un terme, en cette matière, au recours administratif ordinaire (gracieux ou hiérarchique) qui est peu adapté, car conduisant le plus souvent à une décision confirmative ;
- permettre un deuxième examen des dossiers qui le méritent ;
- associer au traitement concret des dossiers les associations de défense des étrangers ;
- régler en amont des cas limites ou qui relèvent de l'opportunité ;
- apaiser certains conflits ;
- limiter autant que possible le recours contentieux (ce qui sera au moins le cas lorsque le préfet, invité à réexaminer le dossier, prendra une décision favorable) ;
- rendre plus aisé l'office du juge lorsque ce recours n'est pas évité, notamment en mettant le juge mieux en mesure d'écartier les recours manifestement infondés ;
- faciliter l'examen de points de fait, que le juge est mal placé pour élucider.

Aussi la Commission ne partage-t-elle pas le scepticisme de certaines personnes entendues qui voient dans un recours administratif préalable une nouvelle cause de manœuvres dilatoires.

Elle estime en effet que cette instance collégiale de filtrage permettra des appréciations qualitatives qu'il est incommodé au juge de porter, facilitant ainsi la prise en compte, dans la décision définitive, de la dimension de l'opportunité et de l'humanité.

La composition de cette instance de recours est cruciale.

Il convient en effet d'asseoir dès le départ sa légitimité, son autorité et sa crédibilité, conditions cardinales de l'efficacité du filtrage. Son intervention sera d'autant plus dissuasive que ses positions feront autorité.

Aussi sa présidence devrait-elle être confiée à un magistrat ou à un magistrat honoraire.

Celui-ci devrait pouvoir décider seul lorsque la demande est manifestement mal fondée, répétitive ou abusive.

La dernière modification par le législateur de la composition de la Commission du titre de séjour n'a guère convaincu. Ce précédent récent incite à faire un effort d'imagination.

IV. Assouplir des exigences de procédure et de délai inadaptées

L'assouplissement doit porter tant sur le contenu des formalités (A) que sur les délais (B).

A. En dehors de l'irrégularité des conditions de l'interpellation ou de la garde à vue, la plupart des décisions de libération prononcées par les JLD se fondent sur le non-respect des formalités prévues dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers

Or, il n'y a pas, dans ce Code, de règle équivalente à celles prévues à l'article 802 du Code de procédure pénale ou à l'article 114 du Code de procédure civile et qui traduisent l'adage «pas de nullité sans grief». Tout manquement à une règle de procédure entraîne donc de manière automatique la libération.

De plus, ces règles de procédure ont été fixées à un niveau assez élevé, parfois supérieur à celui que prévoit la procédure pénale, et sans lien avec les moyens de l'administration ou les modalités pratiques de son action.

Ainsi, de nombreuses décisions tirent de l'article L. 552-2 du CESEDA (aux termes duquel le JLD « s'assure que celui-ci [l'étranger] a été, au moment de la notification de la décision de placement, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir ») la conséquence que le transfert de l'étranger entre le commissariat où il était gardé à vue et le centre de rétention ne doit pas durer plus de 3 ou 4 heures (exigence que la distance ou le trafic peuvent rendre impossible à satisfaire). Le placement ayant été notifié, l'étranger doit en effet être mis immédiatement à même d'exercer ses droits, ce qu'il ne peut faire dans un fourgon de police¹. Nombre de décisions sont par exemple fondées sur l'absence de téléphone dans le fourgon... Elles sont évidemment très mal comprises par les services.

Une disposition réglementaire a certes prévu que c'est non dans les locaux de garde à vue, mais à l'arrivée au centre de rétention qu'a lieu la notification du placement en rétention et que l'étranger peut commencer à faire valoir ses droits. Mais cette disposition réglementaire ne peut prévaloir sur la lettre d'une disposition législative.

Il convient donc d'insérer dans la partie législative du CESEDA une disposition invitant le juge à ne pas considérer toute irrégularité comme portant atteinte aux droits de l'étranger et à distinguer les règles présentant un caractère substantiel et celles dont la méconnaissance ne conduit pas à elle seule à la remise en liberté.

S'agissant du maintien en zone d'attente, la Commission considère que la possibilité effective de disposer d'un avion ou d'un bateau doit pouvoir constituer un motif de prolongation. Pour des destinations lointaines, ou pour lesquelles les fréquences sont rares, il n'est nullement choquant, dès lors que l'administration a accompli les diligences nécessaires, que l'étranger soit maintenu en rétention le temps de disposer d'un moyen de transport.

B. Les délais de saisine et de jugement du juge des libertés et de la détention doivent être aménagés

La rédaction actuelle de l'article L. 552-1 du CESEDA impose que, dans le délai de 48 heures, le JLD soit saisi de la demande de prolongation de rétention et statue.

Ce délai est trop court. Comme il a été dit, il fait peser de trop lourdes contraintes sur le fonctionnement des tribunaux.

En outre, comme le délai dont dispose le juge administratif pour se prononcer sur la légalité de la reconduite à la frontière a été porté

(1) Cassation, première chambre civile, 31 janvier 2006, n° 04-50093.

à 72 heures, il arrive que le JLD se prononce sur un maintien en rétention alors que la mesure de reconduite qui en est le fondement va être ensuite examinée et éventuellement annulée.

La Commission est certes consciente de la nécessité d'une intervention rapide du JLD pour respecter les impératifs constitutionnels.

Elle considère néanmoins que la précipitation actuelle est excessive et nuit à la fois à la justice (dont elle mobilise abusivement les membres : juge, personnel de greffe, personnels de sécurité), à la mise en œuvre de la politique des pouvoirs publics (dont les demandes sont examinées dans des conditions exécrables) et aux étrangers eux-mêmes (qui, levés à l'aube, attendent interminablement dans les salles du tribunal de grande instance, sans confort et dans la promiscuité).

Les droits et la dignité des étrangers, comme le bon fonctionnement de la justice, seraient mieux assurés par un desserrement de cet état que constitue aujourd'hui le délai de 48 heures.

Le préfet disposerait, comme aujourd'hui, de 48 heures suivant le placement en rétention, pour saisir le JLD.

En revanche, la Commission recommande que le JLD dispose de 24 heures à compter de sa saisine pour se prononcer, ce délai pouvant être porté par lui à 48 heures lorsque l'imposent les nécessités de l'instruction.

La durée de rétention avant décision judiciaire serait donc au maximum la même que celle de la prolongation de la rétention en zone d'attente (étrangers retenus à la frontière).

En outre, l'instruction du JLD s'imputera sur celle de la prolongation. Ni la durée de celle-ci, ni la durée maximale de la rétention ne changeraient donc.

Le risque que soit retenu quelques heures de plus un étranger dont la rétention ne sera pas prolongée par le JLD est compensé par l'avantage, du point de vue de la dignité des intéressés et de la bonne administration de la justice, d'un examen plus attentif et plus serein de chaque cas.

Cette modification serait accompagnée d'une modification des modalités de saisine du JLD. Ce dernier pourrait être saisi plus rapidement par le préfet (par exemple après 24 heures de rétention) des cas les plus courants et jusqu'à l'expiration d'un délai de 48 heures, comme aujourd'hui, dans les autres cas.

Par ailleurs la Commission s'interroge sur le bien-fondé de la limitation à quinze jours de la durée de la première prolongation. En effet, les demandes de seconde prolongation sont peu nombreuses et presque toujours acceptées, la durée moyenne de rétention est d'environ douze jours et l'étranger peut, à tout moment, saisir le JLD.

V. Vaincre les réticences des magistrats à tenir des audiences ailleurs que dans l'enceinte ordinaire du tribunal

Les services de police et de gendarmerie se plaignent légitimement des charges de tous ordres causées par l'organisation des escortes pour accompagner l'étranger au tribunal. De leur côté, les associations de défense des étrangers s'émeuvent non moins justement des conditions dans lesquelles ont lieu ces transferts.

Le législateur a déjà fait écho à ces préoccupations, sans encourir la censure du juge constitutionnel, en prévoyant que l'audience pouvait se tenir dans une salle relevant du ministère de la justice et située à proximité du centre de rétention et en permettant, dans certaines conditions, l'utilisation de moyens de visioconférence.

Ces possibilités ont été peu ou pas utilisées.

De plus, une décision récente de la Cour de cassation disqualifie les salles construites non pas «à proximité» du centre de rétention mais dans l'enceinte de celui-ci.

Il est regrettable que la volonté du législateur soit tenue en échec, qui plus est au détriment des droits et de la dignité des étrangers et au mépris des finances publiques.

Dès lors que les salles d'audience sont conformes aux exigences légales, reconnues suffisantes par le Conseil constitutionnel, il est anormal qu'elles ne soient pas utilisées.

Comme le montre la photographie de la salle d'audience de la zone d'attente de Roissy, en annexe VII, les caractéristiques fonctionnelles et esthétiques des ces salles d'audience ne feraient nullement injure à l'idée de justice indépendante, impartiale et équitable.

Serait ainsi mis fin à une singularité française qui tient aux mentalités et non au droit. On a vu plus haut que la tenue d'audience dans l'enceinte des lieux de rétention était de pratique courante dans plusieurs pays membres de l'Union européenne.

S'agissant des procédés de «visio-audience», la gêne est liée au manque d'habitude des nouvelles techniques de communication.

Dans les lieux, comme Mayotte, où de telles techniques sont couramment employées, elles sont bien acceptées. Cette acceptation pourrait sans doute s'étendre, moyennant des expérimentations convenablement organisées.

VI. Inciter le parquet à relever appel des décisions des juges des libertés et de la détention contestables en droit

En 2003, une réforme essentielle de la procédure a permis au parquet de faire appel des décisions de refus de prolongation rendues par le JLD en demandant au premier président de la cour d'appel de donner à cet appel un effet suspensif.

La procédure prévue est exigeante car le délai est très bref (4 heures). Lorsqu'elle est utilisée, elle est très efficace puisque le taux d'annulation en appel est des deux tiers.

Or cette procédure est peu utilisée (6% seulement des refus de prolongation).

Cette situation ne permet pas une bonne régulation des décisions des JLD, car, en cette matière, un appel non suspensif est privé d'effet pratique.

Les raisons invoquées sont l'absence de disponibilité du parquet et parfois son manque d'intérêt pour une tâche supplémentaire qui détourne ses membres d'autres missions plus essentielles.

Il convient pourtant de l'y inciter, tout en le dotant des moyens idoines, dès lors que :

- comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, il serait contraire à l'article 66 de la Constitution de conférer un effet suspensif, en pareille matière, à une personne autre qu'un magistrat judiciaire ;
- on entend lutter plus efficacement contre l'immigration illégale ;
- le Gouvernement veut garantir l'effectivité de sa politique de lutte contre l'immigration irrégulière et se prémunir contre les décisions rendues en première instance qui seraient juridiquement contestables.

Il faut donc que les moyens convenables soient donnés au parquet civil pour exercer cette mission en sus des autres.

En raison de la brièveté (4 heures) du délai imparti au parquet par la loi pour former appel en demandant l'effet suspensif, le point de départ de ce délai doit être la notification qu'il reçoit de la décision du JLD et non le prononcé de cette décision.

VII. Transférer au juge de l'asile (la Cour nationale du droit d'asile) le contentieux des refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile

Le refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile opposé à l'étranger placé en zone d'attente peut, depuis la loi du 20 novembre 2007, être contesté par la voie d'un recours suspensif présenté au président du tribunal administratif dans un délai de 48 heures.

Le président – ou le magistrat qu'il désigne – statue seul, sans conclusions du commissaire du gouvernement, dans un délai de 72 heures.

Il se prononce sur le caractère manifestement infondé ou non d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié.

Ce contentieux récent est potentiellement sujet à des hausses fortes et imprévisibles.

Introduit pour sa quasi-totalité par des étrangers placés en zone d'attente à Roissy, il repose aujourd'hui en pratique sur le seul tribunal administratif de Paris.

Son transfert aurait l'intérêt d'unifier le contentieux des demandeurs d'asile sur un juge spécialisé, plus qualifié en la matière que le juge administratif de droit commun.

La réforme prévue de la Cour nationale du droit d'asile instituant des juges permanents rend ce transfert envisageable, à terme assez rapproché.