

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

TOUJOURS À LA RECHERCHE DU GARDIEN DE L'ARTICLE 66 DE LA CONSTITUTION
RÉTENTION ADMINISTRATIVE ET DEMANDE D'ASILE

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2020) [*« Toujours à la recherche du gardien de l'article 66 de la Constitution. Rétention administrative et demande d'asile »*](#). Actualité juridique. Droit administratif (n°7). p. 412-417.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

TOUJOURS À LA RECHERCHE DU GARDIEN DE L'ARTICLE 66 DE LA CONSTITUTION

RÉTENTION ADMINISTRATIVE ET DEMANDE D'ASILE

Depuis les lois du 10 janvier 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, le préfet peut prendre, pour une durée limitée, une mesure de placement en rétention administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire lorsque l'étranger en instance d'éloignement ne présente pas de garanties de représentation suffisantes. La durée totale de cette mesure a fait l'objet d'un allongement continu : sept jours en 1981 ; dix jours avec la loi n° 93-1420 du 31 décembre 1993 ; douze jours avec la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ; trente-deux jours avec la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ; quarante-cinq jours en 2011 avec la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ; et jusqu'à quatre-vingt-dix jours avec la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Au-delà de quarante-huit heures, c'est le juge judiciaire qui est seul compétent pour autoriser la prolongation de la mesure, ce seuil faisant basculer la décision administrative de placement en rétention en une mesure privative de liberté relevant de l'article 66 de la Constitution, soumise au contrôle exclusif du juge des libertés et de la détention (JLD). Ce seuil d'intervention de l'ordre judiciaire a beaucoup varié, fixé au départ à vingt-quatre heures, puis étendu à quarante-huit heures par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997, à cinq jours par la loi du 16 juin 2011 - durée validée par le Conseil constitutionnel sous réserve qu'elle ne dépasse pas sept jours (9 juin 2011, n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, AJDA 2011. 1174 ; et 1936, étude O. Lecucq ; JA 2011, n° 442, p. 7, obs. S.Z.-D. ; *ibid.*, n° 442, p. 9, obs. L.T. ; Constitutions 2011. 581, chron. V. Tchen ; *ibid.* 2012. 63, obs. A. Levade) - et finalement abaissé à quarante-huit heures par la loi du 10 septembre 2018.

De cette dualité de la nature des mesures administrative ou judiciaire du placement en rétention

et de sa prolongation, il résultait un enchevêtrement des compétences juridictionnelles : le contrôle de la légalité du placement en rétention et des mesures relatives à l'éloignement revenait au juge administratif, et le contrôle de la prolongation de la mesure de rétention et de la régularité de la procédure d'interpellation de l'étranger revenait au juge judiciaire. Ce morcellement contentieux privant chacun des juges de la possibilité de contrôler l'intégralité de la procédure, et donc d'exercer un contrôle de pleine juridiction, a fait l'objet d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour atteinte au droit au recours effectif (12 juill. 2016, n° 56324/13, AJDA 2016. 1424¹). Dans un but de clarification procédurale et de mise en conformité avec les exigences européennes, la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a transféré le contrôle de la légalité de la décision de placement en rétention au JLD (CESEDA, art. L. 512-1 III).

Cette réforme n'a cependant pas totalement unifié le contentieux de la rétention, puisqu'une exception demeure pour les décisions de maintien en rétention pouvant être prises par le préfet sur le fondement de l'article L. 556-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), lorsque l'étranger a déposé une demande d'asile en rétention. La décision de maintien en rétention peut alors être contestée devant le président du tribunal administratif (TA) dans les quarante-huit heures et ne peut, selon la Cour de cassation, faire l'objet d'un contrôle par voie d'exception devant le JLD à l'occasion du contrôle du placement en rétention ou de la prolongation de cette mesure (Civ. 1^{re}, 6 mars 2019, n° 18-13.908, AJDA 2019. 552). C'est ce partage complexe des compétences qui a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) devant le Conseil constitutionnel.

L'auteur de la QPC, placé en rétention à la suite d'une obligation de quitter le territoire, a déposé une demande d'asile après la décision de prolongation de la mesure privative de liberté par l'autorité judiciaire. Il a alors saisi le JLD pour demander la mainlevée de cette mesure en arguant de l'évolution de sa situation. Mais sa requête ayant été rejetée pour incompétence par le juge de première instance et le premier président de la cour d'appel, il a soulevé une QPC à l'occasion de son pourvoi en cassation, portant sur la conformité des dispositions de l'article L. 556-1 du CESEDA lesquelles, selon l'interprétation de la Cour de cassation, prévoient que « toute contestation portant sur l'existence, la date, ou le contenu de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formalisée en cours de rétention échappe au contrôle du juge judiciaire pour relever de la compétence du juge administratif », aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Ces faits témoignent de la situation particulière dans laquelle peuvent se trouver les personnes demandant l'asile en rétention. Elles sont, en effet, tout à la fois dans une situation administrative d'irrégularité conduisant à la mise en oeuvre d'une procédure d'éloignement, dans une situation privative de liberté et dans une situation de demandeur d'asile, laquelle doit en principe leur conférer des droits tels que le maintien sur le territoire et la protection contre l'éloignement. Ces différentes situations relevant d'objectifs contraires, il en résulte un morcellement procédural et contentieux faisant intervenir, dans des délais et sur des moyens différents, les deux ordres de juridiction ainsi que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), pouvant être préjudiciable à l'effectivité des recours.

Les Sages devaient ainsi se prononcer sur la conformité de cette répartition des compétences juridictionnelles à l'article 66 de la Constitution qui réserve pourtant la garde de la liberté individuelle au juge judiciaire - entendue désormais au sens strict de privation de liberté⁽¹⁾ - ainsi qu'à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantit le droit au recours effectif. En considérant la compétence du juge administratif pour contrôler la décision de maintien en rétention conforme à la Constitution, le Conseil fait alors primer la situation administrative d'irrégularité sur la situation de privation de liberté ainsi que sur celle de demandeur d'asile.

I - La primauté de la situation d'irrégularité sur celle de privation de liberté

Pour juger les dispositions législatives telles qu'interprétées par la Cour de cassation conformes à la réserve de compétence du juge judiciaire consacrée à l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se fonde sur le principe fondamental reconnu par les lois de la République (PRLR) qui confère au juge administratif un certain monopole en matière de police des étrangers.

A. Le renoncement du juge judiciaire

Si le Conseil constitutionnel précise que la question porte sur l'article L. 556-1 du CESEDA dans sa rédaction issue de la loi du 20 mars 2016 permettant une bonne application

du régime d'asile européen, c'est en réalité la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 qui a déterminé la répartition contentieuse pour le contrôle des décisions de maintien en rétention en prévoyant un recours devant le président du TA. Et le décret n° 2016-1457 du 28 octobre 2016 pris pour l'application de la loi du 7 mars 2016 est venu modifier l'article R. 552-17 du CESEDA pour préciser que « la décision de maintien en rétention d'un demandeur d'asile ne peut être contestée que devant le juge administratif ». La Cour de cassation fonde, en effet, son interprétation sur la combinaison de ces deux articles pour considérer que le JLD est incompétent pour contrôler, même par voie d'exception, la légalité de la décision préfectorale de maintien en rétention.

En refusant de recourir à la technique de l'exception d'illégalité, le juge judiciaire se déclare ainsi incompétent pour contrôler la légalité d'une décision administrative postérieure au placement en rétention mais qui vise à prolonger cette mesure privative de liberté. De la même manière, il refuse depuis longtemps de contrôler les actes administratifs antérieurs au placement en rétention, à savoir les mesures d'éloignement telles que les arrêtés d'expulsion (Civ. 2^e, 24 oct. 1990, *Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ M. Saeedur*, D. 1990. 257 ; Civ. 1^{re}, 29 nov. 1989, *Poca de Agua*, Bull. civ. I, n° 370, p. 248). Tout comme, avant la loi du 7 mars 2016, il refusait de prononcer une remise en liberté pour illégalité de l'arrêté de placement en rétention (Civ. 1^{re}, 23 nov. 2012, n° 10-23.042).

Pourtant, la Cour de cassation a auparavant cherché à étendre la compétence du juge judiciaire en la matière en considérant qu'il pouvait remettre un étranger en liberté en raison de l'irrégularité des procédures ayant conduit au placement en rétention, telles que l'interpellation (Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.002, *Behta*, AJDA 1996. 72, note A. Legrand), la garde à vue (Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.006, *M^{me} Mpinga Mesu c/ Préfet du Calvados*, D. 1996. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; Rev. crit. DIP 1996. 275, étude N. Guimezanes ; RTD civ. 1996. 235, obs. J. Normand), la détention (Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.005, *Massamba c/ Préfet de police de Paris*, Bull. civ. II, n° 211, p. 122 ; D. 1996. 97, obs. F. Julien-Laferrière), ou un contrôle d'identité (Civ. 2^e, 22 mai 1996, n° 94-10.303, *Onder c/ Préfet de police de Paris*, Bull. civ. II, n° 101, p. 64 ; D. 1996. 154), sans toutefois étendre ce contrôle par voie d'exception à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif.

Ainsi, malgré l'extension de sa compétence par la loi de 2016, lui conférant expressément le pouvoir d'examiner la légalité externe et interne de l'arrêté initial de placement en rétention, et alors qu'il peut contrôler la régularité de l'interpellation de l'étranger, les conditions de la

rétenion et la nécessité d'une telle mesure, le juge judiciaire ne se considère toujours pas compétent pour contrôler par voie d'exception, à l'occasion de ce contrôle étendu, la légalité d'un arrêté préfectoral de transfert (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-50.062, AJDA 2017. 1861) ni celle d'une mesure d'éloignement (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 17-10.207, AJDA 2017. 2549, avis P. Ingall-Montagnier), ni même, comme en l'espèce, la légalité de l'arrêté de maintien en rétenion notifié suite à une demande d'asile, dont l'examen relève de la compétence exclusive du juge administratif.

Si cette jurisprudence laisse entrevoir un certain renoncement du juge judiciaire à déployer son office sur le régime de la rétenion administrative, celui-ci apparaît quelque peu paradoxal au regard des positions récemment adoptées. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, en effet, développé une jurisprudence audacieuse pour étendre l'office du juge pénal au contrôle par voie d'exception de la légalité des mesures administratives prises dans le cadre de l'état d'urgence, telles que les perquisitions (Crim. 13 déc. 2016, n^{os} 16-82.176, 16-84.162 et 16-84.794, AJDA 2016. 2411 ; D. 2017. 275, note J. Pradel ; AJ pénal 2017. 30, note T. Herran et M. Lacaze ; JCP 2017. 141, avis F. Desportes) ou les assignations à résidence lorsqu'elles donnent lieu à des poursuites pénales (Crim. 3 mai 2017, n° 16-86.155, AJDA 2017. 910 ; D. 2017. 1175, note G. Beaussonie ; RSC 2017. 337, obs. F. Cordier). Cette jurisprudence légitimée par l'article 111-5 du code pénal qui donne compétence au juge pénal pour interpréter un acte administratif, pourrait cependant difficilement être transposée au contentieux de la rétenion administrative, le Conseil constitutionnel ayant encore récemment réaffirmé que les mesures relatives à l'entrée et à l'éloignement des étrangers « ne constituent pas des sanctions ayant le caractère de punition mais des mesures de police administrative » (6 déc. 2019, n° 2019-818 QPC, AJDA 2019. 2520).

Mais, pour mieux comprendre pourquoi le juge judiciaire se prive lui-même du pouvoir de contrôler par voie d'exception un acte qui a pourtant pour effet direct de prolonger une mesure privative de liberté et qui touche à son rôle constitutionnel de gardien de la liberté individuelle, il faut revenir sur l'existence d'une exception constitutionnelle à l'article 66 de la Constitution.

B. L'exception constitutionnelle à l'enclos constitutionnel

La compétence du juge judiciaire s'arrête en effet là où commence celle du juge administratif, laquelle s'exerce elle aussi sur un domaine consacré par le Conseil constitutionnel, dont la Cour de cassation, dans sa jurisprudence constante, prend acte. L'incompétence du juge judiciaire en matière de contrôle par voie d'exception est en effet fondée sur le « principe de séparation des autorités administratives et judiciaires » selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf disposition législative contraire, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître des recours contre les décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 17-10.207, préc.). Ce faisant, la Cour de cassation confirme la relativisation du monopole judiciaire en matière de garde de la liberté individuelle.

C'est d'ailleurs à l'occasion d'un projet de loi visant à confier au juge judiciaire le contentieux des décisions d'éloignement que les Sages ont rappelé le principe fondamental selon lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Ce principe permet de consacrer l'existence de deux recours parallèles et indépendants puisque la compétence que tient l'autorité judiciaire de l'article 66 de la Constitution « s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives de refus d'accès au territoire national, de reconduite à la frontière ou d'expulsion » (Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, D. 1990. 161, note X. Prétot).

Mais, alors que ce principe devrait être interprété strictement, comme une exception à l'article 66 énonçant une règle de compétence, c'est l'inverse qui se produit. La règle constitutionnelle pourtant clairement énoncée à l'article 66 devient alors une simple exception à une autre compétence de principe, énoncée sous la forme d'un PFRLR et interprétée de manière extensive, qui vient irradier le système de répartition des compétences juridictionnelles. C'est ce dont témoigne, en l'espèce, le raisonnement quelque peu tortueux par lequel les Sages ont examiné la nature de la décision administrative de maintien en rétention afin de déterminer si elle relevait de l'article 66 ou de « l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Au lieu de prendre en

considération son effet direct qui est bien « de laisser perdurer une mesure privative de liberté », le Conseil constitutionnel se fonde sur l'objectif indirect de cette mesure, à savoir lutter contre le détournement du droit d'asile et l'immigration illégale, pour démontrer qu'elle est exclusivement « relative au séjour des étrangers » (pt 9). Ce raisonnement circulaire repose sur les dispositions législatives qui précisent que le dépôt d'une demande d'asile conduit à la « délivrance d'une attestation de demande d'asile valant autorisation provisoire de séjour » et met ainsi fin à la procédure d'éloignement « et donc à la rétention », pour en conclure, comme le précise le commentaire aux Cahiers, que « l'objet principal de cette décision administrative est en effet de se prononcer sur le droit de l'étranger à bénéficier d'une autorisation provisoire de séjour au titre de sa demande d'asile » (pt 14), alors même que l'objet principal de cette mesure est de maintenir l'étranger en rétention pour garantir l'effectivité de la mesure d'éloignement. Toujours est-il que ce raisonnement consistant à faire primer la logique de la police administrative relative au séjour et à l'éloignement des étrangers revient à faire fi de la situation privative de liberté dans laquelle se trouve une personne qui demande l'asile.

C'est également le raisonnement suivi par la Cour de cassation lorsqu'elle déclare le juge judiciaire incompétent pour contrôler par voie d'exception la légalité des actes administratifs relatifs à l'éloignement pourtant bien qualifiés de « supports d'un placement en rétention administrative » (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 17-10.207, préc.), ou des décisions de maintien en zone d'attente suite à une demande d'entrée sur le territoire au titre de l'asile (Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 95-50.083 ; Civ. 2^e, 10 juill. 1996, n° 95-50.085 ; Civ. 2^e, 26 avr. 2001, n° 00-50.015), alors même que la prolongation de cette mesure doit être conditionnée par le caractère infondé de la demande d'asile.

Ainsi, le maintien en rétention est considéré comme la simple exécution d'une décision d'éloignement prise dans le cadre d'une situation d'irrégularité, sans que sa véritable nature de mesure privative de liberté ne l'emporte sur l'objectif de police administrative. Mais si la distinction entre les mesures d'éloignement et les mesures de placement en rétention pouvait se justifier, bien que les premières constituent le fondement des secondes, ce n'est pas le cas de la distinction entre une mesure de prolongation et une mesure de maintien en rétention qui ont strictement les mêmes effets. Le commentaire aux Cahiers précise pourtant que le Conseil constitutionnel distingue bien « la décision de privation de liberté », laquelle peut être prononcée par une autorité administrative, « de l'exécution dans le temps de cette décision », qui doit être contrôlée par l'autorité judiciaire. Or la distinction est inopérante en l'espèce

puisque la décision de maintien en rétention constitue une mesure de privation de liberté tout en étant liée à l'exécution dans le temps d'une mesure privative de liberté qu'elle fait perdurer.

De plus, l'exception qui pourrait déroger à la compétence de l'ordre administratif, fondée sur l'intérêt d'une bonne administration de la justice semble ne pas pouvoir être invoquée dans le contentieux des étrangers. Cette exception n'a pas été retenue pour confier au juge judiciaire l'intégralité du contentieux de la police des étrangers (Cons. const. 28 juill. 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, préc.) et elle est en l'espèce entièrement mise à l'écart puisque le Conseil précise que le législateur « n'est pas tenu » d'unifier les règles de compétence juridictionnelle (pt 11). Il invoque pourtant ce même intérêt pour juger constitutionnelle l'inversion de l'ordre d'intervention des ordres juridictionnels dans le contentieux de la rétention en donnant priorité au juge administratif et ainsi « permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière » (Cons. const. 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, préc.). Encore une fois, le Conseil constitutionnel fait primer l'objectif de lutte contre l'immigration illégale sur la situation de privation de liberté, tout en maintenant une complexité contentieuse, préjudiciable à l'effectivité du droit au recours des demandeurs d'asile.

II - La primauté de la situation d'irrégularité sur celle de demandeur d'asile

L'effectivité des recours juridictionnels en matière de maintien en rétention administrative ne semble en effet toujours pas garantie malgré la décision de conformité rendue par le Conseil constitutionnel, laquelle révèle également de manière implicite les atteintes susceptibles d'être portées au statut des demandeurs d'asile.

A. Une atteinte au droit au recours effectif

Selon le Conseil constitutionnel, la complexité de la répartition des compétences entre les deux ordres ne porte pas en elle-même atteinte au droit à un recours effectif (pt 14). Pourtant, l'existence de « deux compétences parallèles, exclusives l'une de l'autre » (Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 17-10.207, préc.), loin d'éviter le risque de contrariété des jurisprudences, produit en réalité un morcellement du contentieux préjudiciable au requérant, et ce pour deux raisons.

D'une part, le coeur de compétence de l'autorité judiciaire, à savoir le pouvoir de remettre la personne en liberté, qui doit selon les Sages être renforcé, est en réalité affaibli. Le Conseil constitutionnel utilise en effet au dixième point de sa décision un tour de passe-passe pour justifier l'entorse faite à la règle de l'article 66 de la Constitution et donner l'illusion de conforter l'intervention de l'autorité judiciaire dans le contrôle de la rétention administrative. Il commence par réitérer l'interprétation qu'il a déjà faite de cet office, par une réserve d'interprétation d'ailleurs formulée à l'occasion de chaque allongement successif de la durée de rétention (Cons. const. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration* ; 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, préc. ; 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, AJDA 2018. 2401, note P. Mouzet ; D. 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; Constitutions 2018. 379, chron. J.-P. Derosier ; *ibid.* 421, chron. L. Imbert ; *ibid.* 426, chron. C. Pouly), selon laquelle l'autorité judiciaire a « la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger lorsque, les circonstances de droit ou de fait le justifient ». Mais il prend bien soin de préciser *in fine* qu'il en va ainsi « de tout autre motif que celui tiré de l'illégalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement de l'étranger qui relèvent de la compétence du juge administratif ». Or cela a une incidence sur le pouvoir de remise en liberté du juge judiciaire dont l'appréciation ne peut s'étendre au contrôle de la légalité de nombreux actes conditionnant pourtant la régularité de la rétention : décisions de refus de séjour, d'éloignement, de détermination du pays de renvoi, d'interdiction de retour sur le territoire, ou de refus d'accorder un délai de départ volontaire. Ainsi, alors même que la loi du 7 mars 2016 entendait rationaliser ce contentieux et répondre à l'injonction européenne, le juge judiciaire ne dispose toujours pas d'une plénitude de juridiction pour contrôler une mesure privative de liberté. Et quel peut être ici l'intérêt pour le JLD de pouvoir prononcer une mainlevée de la mesure à l'occasion de son contrôle de la décision de placement ou de prolongation de la rétention, s'il ne peut examiner la légalité du maintien en rétention qui la fait pourtant perdurer ?

D'autre part, le Conseil constitutionnel se fonde sur la possibilité pour l'étranger de déférer dans les quarante-huit heures au juge administratif la décision de maintien en rétention. Or l'effectivité de ce recours peut être mise en doute, en raison encore une fois de l'existence de ces contrôles parallèles et indépendants. En effet, si le juge administratif peut annuler une décision administrative d'éloignement, ce qui implique une remise en liberté de la personne, il


ne peut, à l'occasion de ce contrôle, statuer sur des moyens de nullité tirés de l'irrégularité des procédures de contrôle d'identité ou de garde à vue, qui relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire (CE 23 févr. 1990, n° 92973, *Sioui*, Lebon ; RFDA 1990. 525, concl. R. Abraham). Ainsi, la loi du 7 mars 2016 aurait dû, pour bien se conformer aux exigences européennes et revenir sur la fragmentation du contentieux de la rétention, permettre au juge administratif d'exercer un contrôle de pleine juridiction sur la décision de placement en rétention, et non de simplement transférer le contrôle de légalité au JLD.

Surtout, le recours pour contester l'arrêté de maintien en rétention est en réalité ineffectif puisque le président du TA dispose de soixante-douze heures (délai porté à quatre-vingt-seize heures par la loi du 10 sept. 2018) pour statuer, mais seulement après notification de la décision rendue par l'OFPRA, laquelle sera nécessairement une décision de rejet de la demande d'asile (puisque l'octroi d'une protection internationale entraînerait automatiquement la remise en liberté de la personne), rendant ainsi extrêmement difficile pour la personne de démontrer que sa demande n'est pas dilatoire et bien fondée, et ayant une influence sur l'appréciation portée par le juge sur la motivation du préfet. La disposition législative contestée prévoit également une jonction possible entre le recours contre l'arrêté de maintien et le recours contre la décision d'éloignement sur lesquels le juge peut statuer « par une seule décision », ce qui a pour conséquence de rallonger le délai dans lequel il doit se prononcer sur la légalité de la mesure au fondement de la rétention administrative, et donc la durée de celle-ci.

La décision rendue se fonde également sur l'éventuelle intervention du juge administratif du référé-liberté - lequel peut prononcer des injonctions pour que l'administration se détermine sur la situation de la personne - pour juger cette répartition des compétences juridictionnelles conforme à la Constitution. Elle répond ainsi aux failles procédurales du dispositif de maintien en rétention des demandeurs d'asile susceptible de rendre la privation de liberté arbitraire, en privant la personne de recours juridictionnel en cas d'absence de notification d'un arrêté de maintien, situation d'ailleurs à l'origine de la QPC et de la décision rendue par la Cour de cassation le 6 mars 2019. Mais ce recours potentiel n'est qu'un recours à double détente qui ne contribue qu'indirectement à rendre le recours effectif puisqu'il ne permet que de déclencher une décision de maintien en rétention, laquelle pourra alors être contestée devant le président du TA.

B. Une atteinte au statut de demandeur d'asile

A la suspicion à l'égard du juge judiciaire, soupçonné d'ordonner de manière systématique la mainlevée des mesures de rétention et donc de remettre en cause les mesures d'éloignement, qui se traduit par l'affaiblissement de son office, s'ajoute celle à l'égard du demandeur d'asile, soupçonné de détournement systématique de procédure. Mais le Conseil constitutionnel ayant cantonné le champ de la question à celle de la compétence du juge administratif pour contrôler la décision de maintien en rétention (pt 4), la décision ne soulève pas celle des garanties du droit d'asile auxquelles il est pourtant porté atteinte dans ce contentieux, sans répondre véritablement, là encore, aux exigences européennes. Le régime du maintien en rétention des demandeurs d'asile, fait de colmatages, pour éviter des condamnations européennes, et de dérogations, pour assurer un éloignement effectif des étrangers, est en effet conçu au détriment de la situation du demandeur d'asile qui est pourtant considérée comme une situation objective conférant des droits et des garanties.

Ainsi, alors que le dépôt d'une demande d'asile conduit à la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour, et confère, en principe, une protection contre la privation de liberté, la rétention administrative peut désormais concerner deux catégories de demandeurs d'asile : les personnes qui, suite à leur demande d'asile en France, se voient appliquer la « procédure Dublin » et font l'objet d'une décision de transfert (CESEDA, art. L. 551-1  modifié par la loi du 20 mars 2018), et les personnes en situation irrégulière qui déposent une demande d'asile alors qu'elles sont placées en rétention et qui peuvent dès lors y être maintenues. Pourtant, les personnes en procédure Dublin ne sont pas en situation d'irrégularité et celles qui déposent une demande d'asile en rétention devraient voir leur situation d'irrégularité basculer en une situation de protection temporaire. Et si le Conseil constitutionnel a toujours considéré qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » (13 août 1993, n° 93-325 DC, D. 1994. 111, obs. D. Maillard Desgrées du Loû ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois ; Rev. crit. DIP 1993. 597 ; et 1994. 1, étude D. Turpin), il n'en est pas de même des demandeurs d'asile dont le statut constitue à la fois une exigence constitutionnelle et conventionnelle.

Or, à travers la validation constitutionnelle du contentieux du maintien en rétention, cette décision fait primer la situation d'irrégularité, entraînant une privation de liberté, sur la situation

de demandeur d'asile et ses garanties afférentes. D'ailleurs, le rattachement de la décision de maintien en rétention au contentieux de l'éloignement et la compétence juridictionnelle qui en résulte, s'explique peut-être par la volonté de contrer une jurisprudence, également établie, de la Cour de cassation, selon laquelle le JLD qui se fonde, pour rejeter une demande de remise en liberté, sur le caractère abusif et dilatoire d'une demande d'asile déposée dans le délai légal viole le droit au recours effectif et les « garanties fondamentales propres au droit d'asile » puisque « le dépôt d'une demande d'asile est constitutif de l'exercice d'un droit de sorte qu'une telle demande ne peut jamais être regardée comme une obstruction volontaire faite par l'étranger à son éloignement rendant impossible l'exécution de cette mesure » (Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-21.431, *Qader*, AJDA 2011. 1356 ; D. 2011. 1904 ; Rev. crit. DIP 2012. 82, note S. Corneloup ; Civ. 2^e, 26 sept. 2002, n° 01-50.033).

Les garanties entourant le droit d'asile sont cependant largement remises en cause dans ce contentieux. Suite à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne qui exige une « appréciation au cas par cas » (30 mai 2013, aff. C-534/11, § 63, AJDA 2013. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère) et à l'article 8 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 qui impose de fixer des critères objectifs pour établir le caractère dilatoire d'une demande d'asile, la décision de maintien en rétention, que la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration rendait automatique, doit, depuis la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, être motivée par le préfet lorsqu'il estime que cette demande vise à faire échec à l'éloignement. Mais la France a, par ailleurs, été condamnée en raison du caractère automatique de l'examen de la demande de protection en procédure prioritaire, dans laquelle l'OFPRA dispose d'un délai de quatre-vingt-seize heures pour se prononcer (CEDH 2 févr. 2012, n° 9152/09, *France*, AJDA 2012. 244 ; et 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen). Or la décision de maintien en rétention prise par le préfet implique automatiquement la mise en oeuvre d'une procédure accélérée (à moins que l'OFPRA n'en décide autrement, ce qui met fin à la rétention). Par ailleurs, l'étranger ne dispose que de cinq jours pour déposer sa demande d'asile, ce qui ne lui permet pas de préparer un dossier solide. Ce délai, jugé constitutionnel car répondant à l'objectif de renforcer l'efficacité des mesures d'éloignement « en évitant des demandes de caractère dilatoire » (Cons. const. 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, préc.) a quelque peu été aménagé par la loi du 29 juillet 2015 qui précise que « cette irrecevabilité n'est pas opposable à l'étranger qui invoque, au soutien de sa demande, des faits survenus après l'expiration de ce délai ». Cependant, l'article L. 551-3 du CESEDA modifié par la loi du 7 mars 2016 est venu

ajouter que l'irrecevabilité peut être opposée lorsque le demandeur provient d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr. De plus, l'examen de la demande d'asile par l'Office fait suite à un arrêté de maintien en rétention pour manoeuvre dilatoire, préjugant ainsi largement du caractère infondé de la demande. Aussi, le droit à l'examen individuel de la demande d'asile est mis à mal puisque les délais dont dispose la personne pour préparer un dossier et celui dont dispose l'OFPRA pour statuer, après un entretien qui se déroule généralement en visioconférence (CESEDA, art. R. 723-9), sont extrêmement brefs.

La procédure accélérée a également pour conséquence de déclarer le recours contre la décision de l'OFPRA devant la Cour nationale du droit d'asile non suspensif de l'exécution de la décision d'éloignement, mettant ainsi à mal le statut déclaratif du demandeur d'asile et le principe de non-refoulement qui l'accompagne pourtant garanti par la convention de Genève.

Ainsi, alors que l'article L. 556-1 du CESEDA précise que lors de l'examen de la demande d'asile, l'OFPRA « tient compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile », les conditions de la rétention lui sont défavorables car cette personne se trouve alors dans une situation de double vulnérabilité.

(1) Sur l'interprétation restrictive de la liberté individuelle, v. le commentaire sur le site du Conseil constitutionnel de la décision n° 2013-357 QPC du 29 nov. 2013, *Société Wesgate Charters Ltd* [Visite des navires par les agents des douanes].