



**Direction de la recherche
et documentation**

NOTE DE RECHERCHE

**Contrôle de la légalité de la rétention de ressortissants de pays tiers –
Portée du contrôle d’office et régime applicable**

[...]

- Objet :
- Étendue des pouvoirs d’office du juge dans le contrôle de la légalité de la rétention de ressortissants de pays tiers ;
 - Régime applicable à la motivation des décisions judiciaires relatives aux mesures de rétention.

[...]

Avril 2021
[...]

SYNTHÈSE

Introduction	2
I. Contrôle juridictionnel de la légalité de la rétention	5
A. Nature des mesures de rétention	5
B. Conditions de légalité des mesures de rétention	9
C. Juge chargé du contrôle de légalité des mesures de rétention et règles procédurales appliquées	12
D. Portée du contrôle juridictionnel	16
1. Office du juge	16
2. Existence de moyens de fond pouvant ou devant être relevés d'office par le juge	21
3. Étendue des pouvoirs d'office du juge dans les différents ordres juridiques ..	24
II. Motivation des décisions judiciaires relatives aux mesures de rétention	33
A. Obligation de motivation	33
B. Exceptions autorisant une motivation sommaire	35
Conclusion	38

INTRODUCTION

1. La Direction de la recherche et documentation (DRD) a été saisie d'une demande de note de recherche portant sur la question de savoir si le juge qui contrôle la légalité d'une mesure administrative infligée à une personne physique et limitant substantiellement un droit fondamental de cette personne, telle une mesure privative de liberté, peut, voire doit, examiner tous les éléments de fait ou de droit qui apparaissent pertinents pour apprécier cette légalité, y compris ceux qui ne sont pas invoqués par ladite personne. Il lui a également été demandé d'examiner s'il existe, dans les États membres concernés, une disposition, ou une pratique jurisprudentielle correspondante, ainsi que de potentiels recours constitutionnels introduits à l'encontre d'une telle disposition ou d'une telle pratique, autorisant toutes les juridictions, ou certaines de celles-ci, statuant sur la légalité de rétentions à motiver les décisions de rejet de recours ou d'appel d'une manière sommaire en se limitant, pour l'essentiel, à indiquer sans autre explication qu'aucun des moyens ne saurait être accueilli.
2. La présente note de recherche couvre les solutions applicables en **Allemagne**, en **Espagne**, en **Estonie**, en **Finlande**, en **France**, en **Irlande**, en **Italie**, en **Lituanie**, en **Pologne**, en **République tchèque**, en **Roumanie** et en **Slovénie**¹.
3. S'agissant du domaine étudié, les recherches et l'analyse ont porté prioritairement sur les mesures administratives de rétention adoptées à l'encontre des ressortissants de pays tiers, dans la mesure où ce domaine est apparu comme étant le plus propice à l'élaboration d'une étude comparative

¹ Au regard des recherches effectuées dans les différents ordres juridiques, il y a lieu de souligner, à titre liminaire, que ces recherches, menées dans les différentes bases de données nationales, ont généré certaines difficultés, compte tenu de l'accès parfois limité à l'information pertinente. En particulier, la jurisprudence des juridictions de première instance n'a pas systématiquement été accessible, alors que cette jurisprudence est la plus susceptible de mettre en évidence les incidents de procédure et les moyens initiaux soulevés par les parties. En outre, dans un nombre non négligeable de cas, étant donné la façon dont les décisions sont rédigées, l'analyse de la jurisprudence nationale pertinente trouvée n'a pas toujours permis d'établir avec certitude tous les moyens avancés initialement par les parties aux fins de vérifier ce que celles-ci avaient précisément invoqué et ce que la juridiction a pu être amenée à relever d'office. Enfin, la disponibilité des sources pertinentes étant inégale selon les États membres considérés, l'exhaustivité des informations recueillies a également pu varier d'un État membre à l'autre.

apportant des réponses utiles aux questions posées dans la demande de note. Cette note ne vise donc pas la « détention judiciaire » de nature pénale. Cependant, les mesures administratives peuvent, selon les circonstances de l'interpellation de l'individu et les faits qui lui sont éventuellement reprochés, également survenir à l'issue d'une période initiale de garde à vue.

4. Par ailleurs, la présente note de recherche traite indistinctement les cas de placement en rétention d'étrangers en situation irrégulière aux fins de leur éloignement vers un État tiers, de leur transfert vers un État membre, conformément à la réglementation de l'Union européenne applicable, et les cas où les intéressés sont également, dans le même temps, demandeurs d'une protection internationale et protégés à ce titre par les dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne.
5. Il convient également de relever la spécificité de la matière envisagée. Cette matière se distingue en effet, dans de nombreux États membres, par le caractère hybride du régime de la rétention des étrangers et de son contentieux. Les mesures de placement en rétention des ressortissants de pays tiers sont généralement de nature administrative (émanant le plus souvent d'une autorité policière ou d'une autorité publique dépositaire de la puissance publique) et font intervenir, dans la plupart des ordres juridiques sélectionnés pour les besoins de la présente analyse, un juge de l'ordre « judiciaire » (lorsque la distinction entre les ordres administratif et judiciaire existe dans les systèmes juridiques considérés), voire éventuellement, et plus spécifiquement, un juge pénal. Vu la nature « administrative » de la mesure de rétention, l'intervention d'un juge de l'ordre judiciaire se présente alors comme une garantie du respect de la liberté individuelle face à la puissance publique. Le contentieux du placement et du maintien des étrangers en rétention se caractérise dès lors, dans de nombreux États membres, par l'intervention de différentes autorités, administratives ou juridictionnelles. Ceci n'est pas sans conséquence, dans le cadre du contrôle de

légalité opéré par le juge compétent, sur la détermination de son office et de ses pouvoirs².

6. Afin de fournir des éléments de réponse pertinents et structurés à la question posée, il convient d'analyser l'office du juge³, cet office s'insérant dans la problématique générale du rôle du juge dans la conduite de l'instance, selon les pouvoirs qui lui sont accordés dans le système juridique considéré⁴. En outre, la problématique du rôle reconnu aux parties dans le procès doit également être prise en compte, en fonction de la nature de la matière considérée (droit administratif, pénal ou civil) et du régime procédural applicable.
7. En conséquence, l'étude se propose d'identifier les cas dans lesquels le juge peut ou doit soulever d'office des moyens de fond, contenant des éléments de fait et/ou de droit. Lorsqu'il n'a pas été possible d'identifier, dans les systèmes juridiques concernés, des règles précises relatives à la question de l'office du juge dans la matière de la rétention des étrangers, l'analyse a été effectuée au regard des principes plus généraux guidant l'office du juge, selon la nature de la procédure concernée et la nature du contrôle opéré (partie I). Sont ensuite présentées les règles relatives à la motivation des décisions en matière de rétention des étrangers et les modalités éventuelles du recours à une motivation sommaire dans la matière considérée (partie II).

² À ce sujet, voir ci-après, partie I.D.

³ La notion d'« office du juge » est ici entendue comme signifiant « l'ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à [la fonction du juge] », Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 2005, PUF, Paris, p. 620.

⁴ À cet égard, en l'absence de règles systématiquement écrites, au-delà des traditionnelles exceptions d'irrecevabilité et d'incompétence que le juge peut soulever d'office, il convient de souligner la difficulté d'investiguer dans un domaine où les solutions concrètes relèvent le plus souvent de la pratique processuelle du magistrat.

I. CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA LÉGALITÉ DE LA RÉTENTION

8. Dans tous les ordres juridiques étudiés, la décision initiale de placement en rétention d'un ressortissant étranger, qu'il soit en situation irrégulière ou demandeur de protection internationale, est adoptée sur le fondement d'une décision administrative⁵ visant l'éloignement de cet étranger. Portant gravement atteinte à la liberté individuelle, elle nécessite l'intervention d'un juge, qui statuera – dans certains des ordres juridiques examinés, de façon systématique, et dans d'autres, sur recours – sur sa légalité et/ou sur la prolongation de la rétention.
9. L'étude de ce contrôle juridictionnel pose tout d'abord la question de la nature juridique de ces mesures de rétention (partie A). Par ailleurs, cette étude invite à s'interroger sur les conditions de légalité de telles mesures de rétention (partie B). En outre, elle implique d'explorer la question du juge compétent en la matière ainsi que celle des règles procédurales qu'il applique (partie C). Enfin, elle conduit à examiner la portée de ce contrôle, impliquant de définir tant l'office du juge que sa possibilité, ou son obligation, de relever des moyens d'office (partie D).

A. NATURE DES MESURES DE RÉTENTION

10. Selon les États membres, les mesures de rétention des ressortissants de pays tiers peuvent être de nature administrative ou judiciaire. Cette faculté des États membres de choisir la nature de ces mesures est notamment rappelée par

⁵ Dans la majorité des cas [obligations de quitter le territoire national, mesures d'expulsion, ou décisions de transfert adoptées dans le cadre du règlement (UE) n° 604/2013, du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (JO 2013, L 180, p. 31)], c'est une décision administrative d'éloignement qui fonde la rétention. Dans un nombre restreint de situations, selon les ordres juridiques, la rétention sera adoptée sur le fondement d'une interdiction judiciaire de présence sur le territoire.

l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2008/115⁶, qui énonce que la rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires.

11. Dans dix⁷ des douze ordres juridiques visés par la présente étude, la *mesure de placement en rétention* est systématiquement une *mesure administrative*. Parmi ces dix États membres, huit prévoient que la mesure de placement en rétention est adoptée par un agent de police ou un garde-frontière (**Estonie**⁸, **Finlande**⁹, **Irlande**¹⁰, **Italie**¹¹, **Lituanie**¹², **Pologne**¹³, **République tchèque**¹⁴, **Slovénie**). Dans un autre État membre, le placement en rétention est ordonné par un préfet

⁶ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO 2008, L 348, p. 98).

⁷ Il s'agit de l'**Estonie**, de la **Finlande**, de la **France**, de l'**Irlande**, de l'**Italie**, de la **Lituanie**, de la **Pologne**, de la **Roumanie**, de la **République tchèque** et de la **Slovénie**.

⁸ En **Estonie**, c'est un agent de la police et des gardes-frontières ou de la direction nationale de la Sécurité qui ordonne le placement en rétention initiale.

⁹ En **Finlande**, la rétention est décidée par un officier appartenant à la police, à la police judiciaire centrale (KRP), au service du renseignement de sécurité (SUPO), par un garde-frontière ayant au moins le grade de lieutenant, ou par un fonctionnaire autorisé à cet effet dans le Rajavartiolaitos (corps des gardes-frontières).

¹⁰ Dans l'ordre juridique **irlandais**, c'est un agent d'immigration ou un membre de la Garda Síochána (police irlandaise) qui ordonne le placement en rétention initiale. Dans cet État membre, il n'existe pas de régime spécifique relatif à la « rétention » des personnes faisant l'objet d'une ordonnance d'expulsion, mais une détention limitée peut être imposée en cas de non-respect d'une telle ordonnance. Bien que le terme de « rétention » ne soit pas employé dans cet ordre juridique, pour faciliter la lecture de la présente synthèse, ce terme sera néanmoins employé pour viser ces hypothèses de détention limitée.

¹¹ En **Italie**, il s'agit d'un préfet de police.

¹² Il convient de préciser qu'en **Lituanie**, il s'agit d'une arrestation, suivie d'une rétention pour 48 heures au maximum. Au-delà de ce laps de temps, la rétention doit être ordonnée par un juge.

¹³ En **Pologne**, seule l'arrestation pour 48 heures (suivie d'un placement en rétention dans un centre placé sous la responsabilité de gardes-frontières ou un commissariat de police) est ordonnée par un agent de police ou un garde-frontière. Il s'agit d'une mesure privative de liberté préalable à deux autres mesures privatives de liberté pouvant être décidées par un juge judiciaire, à savoir la rétention « simple » et la rétention « en vue de l'éloignement ». Concrètement, ces deux autres mesures de rétention sont aussi des mesures « quasi- » administratives, mais elles sont ordonnées par un juge judiciaire, membre d'une juridiction de droit commun (en pratique, la section pénale d'un tribunal d'arrondissement), par voie d'ordonnance, sur demande de l'autorité concernée (par exemple, d'un garde-frontière).

¹⁴ En **République tchèque**, c'est la cizinecká policie (police des étrangers) qui ordonne le placement en rétention des étrangers en situation irrégulière, alors que c'est le Ministerstvo vnitra (ministère de l'Intérieur) qui ordonne ce placement pour les étrangers demandeurs de protection internationale.

(**France**¹⁵). Enfin, dans le dernier de ces dix États membres, le placement en rétention, bien que qualifié de mesure administrative, est ordonné par un procureur (magistrat), sur demande de l'Inspectoratul General pentru Imigrări (Inspectorat général pour l'immigration, **Roumanie**).

12. Ainsi, au sein des douze ordres juridiques étudiés, la décision initiale de placement en rétention est *de nature juridictionnelle* (ou elle l'est en principe) dans deux États membres. En effet, le placement en rétention est systématiquement ordonné par un juge dans l'ordre juridique **espagnol**¹⁶ (en l'occurrence, un juge d'instruction, qui est un juge pénal), sur demande d'un instructeur de sanction (qui relève de l'administration).
13. En outre, en **Allemagne**, le placement en rétention est, en règle générale, ordonné par un juge¹⁷. Dans ce même État membre, dans certains cas, la mesure de placement en rétention peut être prise par un office responsable pour la demande de rétention qui doit soumettre l'affaire à la justice sans délai¹⁸.
14. À la différence des droits **espagnol** et **roumain**, en vertu desquels un magistrat décide du placement initial en rétention, dans les autres droits étudiés, l'intervention potentielle d'un juge est ou peut être¹⁹ postérieure. Ainsi, le droit

¹⁵ Dans l'ordre juridique **français**, le préfet agit alors en vertu d'une prérogative de puissance publique.

¹⁶ Selon la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (loi organique 4/2000 sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et sur leur intégration sociale), du 11 janvier 2000 (BOE n° 10 du 12 janvier 2000, p. 1139), aucune mesure de placement en rétention ne peut être exécutée sans autorisation judiciaire.

¹⁷ En règle générale, en **Allemagne**, les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour placer une personne en rétention. Il convient de préciser que seul le juge peut se prononcer sur le caractère licite et sur la prolongation d'une privation de liberté en vertu de l'article 104, paragraphe 2, premier alinéa, du Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne), tel que modifié par la loi du 29 septembre 2020 (BGBl. I p. 2048). Aux termes du deuxième alinéa de ladite disposition, une décision juridictionnelle devra être recherchée sans délai pour toute privation de liberté non ordonnée par le juge. Ces principes s'appliquent également aux mesures de privation de liberté effectuées par la police en matière de sécurité, ainsi que dans le cadre du régime pénal.

¹⁸ Plus précisément, il s'agit, en particulier, des cas de la rétention d'une personne étrangère afin d'assurer l'éloignement de cette personne et des cas de rétention d'une telle personne qui est retournée irrégulièrement après l'expulsion.

¹⁹ C'est le cas de l'**Allemagne**, en raison du fait que le placement en rétention peut être ordonné par un juge ou par l'administration, selon le régime exposé au point 13.

allemand exige, dans le cas d'une mesure de rétention prise par les autorités administratives, que la personne concernée soit présentée sans délai auprès d'un juge afin que celui-ci statue sur la mesure administrative. La loi fondamentale prescrit l'impératif de célérité dans les affaires de privation de liberté. En vertu du droit **finlandais**, le juge examine la décision de placement en rétention sans délai, et au plus tard quatre jours après le début de la rétention. Le droit **irlandais** contient une disposition similaire, exigeant que la personne placée en rétention soit présentée au juge compétent dès que possible. Selon certains des droits visés par la présente étude, une rétention initiale de 48 heures est possible sans intervention judiciaire, afin de permettre l'éloignement de l'étranger ou l'accomplissement des formalités nécessaires à la préparation d'une demande d'autorisation ou de « validation » judiciaire, voire de prolongation judiciaire de la rétention (c'est notamment le cas des droits **estonien, français, italien, lituanien** et **polonais**).

15. Les droits **finlandais**²⁰, **italien**²¹ et **slovène**²² prévoient l'obligation, pour l'autorité administrative qui a décidé du placement en rétention, d'informer ou de saisir le juge compétent afin qu'il examine la légalité du placement en rétention. Ainsi, dans ces trois États membres, tout placement en rétention fait systématiquement l'objet d'un contrôle juridictionnel sans que la personne retenue n'ait à exercer un recours.
16. Les législateurs nationaux n'ont donc pas régi de la même façon le moment auquel un juge peut ou doit intervenir pour se prononcer sur la demande ou la décision, provenant d'une autorité publique, de rétention de ressortissants

²⁰ En **Finlande**, le juge compétent est saisi automatiquement du contrôle de légalité de la décision de placement en rétention par le biais d'une information émanant du fonctionnaire l'ayant décidée.

²¹ En **Italie**, dans les 48 heures suivant l'adoption de sa décision, le préfet de police ayant ordonné le placement en rétention d'un étranger doit saisir le juge compétent afin que ce dernier « valide », par un décret émis dans les 48 heures suivantes, au cours d'une audience obligatoire dite de validation, la mesure administrative adoptée.

²² En **Slovénie**, le président de l'Upravno sodišče (Tribunal administratif) est saisi automatiquement du contrôle de légalité de la décision de placement en rétention lorsque le temps passé effectivement en rétention dépasse trois mois, par le biais d'une information émanant du Ministrstvo za notranje zadeve (ministère de l'Intérieur).

étrangers. Les systèmes examinés prévoient en effet l'intervention plus ou moins rapide d'un juge pour autoriser ou valider un placement en rétention. Ainsi, bien que le système **espagnol** prévoie que la décision de placement en rétention est une décision juridictionnelle et non une mesure administrative, le contrôle juridictionnel opéré par le juge de cet État membre sera tout de même maintenu dans le champ de cette étude comparative, en considérant le fait que la demande de placement en rétention émane d'une autorité publique, cet acte étant ainsi comparable à une mesure administrative validée par une autorité judiciaire.

17. Dans le même sens, s'agissant du *maintien en rétention*²³, dans la plupart des ordres juridiques inclus dans la note, l'opportunité d'un tel maintien est évaluée par l'administration. Excepté dans deux États membres, cette évaluation donne lieu à une décision administrative. C'est cette mesure administrative qui fait ou peut ensuite faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, lequel se matérialise dans une décision judiciaire autorisant la prolongation de la rétention. S'agissant de ces deux États membres, en **Allemagne**²⁴ et en **Estonie**²⁵ la décision concernant le maintien en rétention est, en effet, ordonnée par un juge.

B. CONDITIONS DE LÉGALITÉ DES MESURES DE RÉTENTION

18. Sauf en **Irlande**, où la directive 2008/115 n'est pas applicable²⁶, et qui n'a donc transposé, dans ce domaine, que la directive 2013/33²⁷, tous les autres États

²³ Il convient de signaler que cette formulation générique ne couvre *stricto sensu*, en **France**, que l'hypothèse très spécifique du « maintien » en rétention des demandeurs de protection internationale. Dans les autres cas, on parle de « prolongation » de la mesure de rétention.

²⁴ En **Allemagne**, la décision concernant la prolongation de la privation de liberté est prise par les juridictions de l'ordre judiciaire.

²⁵ En **Estonie**, la rétention est prolongée par ordonnance par un juge administratif, sur demande de l'agent de la police et des gardes-frontières concerné.

²⁶ En **Irlande**, deux lois régissent la rétention des ressortissants étrangers. D'une part, l'International Protection Act 2015 (loi de 2015 sur la protection internationale, voir son article 20, paragraphe 1) régit la rétention des ressortissants de pays non membres de l'Espace économique européen en situation irrégulière et régulière. D'autre part, l'Immigration Act 1999 (loi de 1999 sur les immigrés, voir en particulier son article 5) régit la rétention des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière qui ne se conformeraient pas une ordonnance d'expulsion la visant.

²⁷ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (JO 2013, L 180, p. 96).

membres inclus dans la présente note ont transposé le droit de l'Union dans leur droit national²⁸. Le règlement n° 604/2013 s'applique quant à lui directement dans tous les ordres juridiques des États membres visés par la note.

19. Les motifs de rétention prévus par le droit de l'Union sont inscrits, pour les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, à l'article 15 de la directive 2008/115²⁹, et pour les ressortissants de pays tiers demandeurs de

²⁸ Il convient de rappeler que les garanties de l'article 9 de la directive 2013/33 s'appliquent directement, du fait de la référence opérée par l'article 28, paragraphe 4, du règlement n° 604/2013.

²⁹ Cette disposition constituant la base pertinente des mesures nationales de transposition, elle est rappelée pour les besoins de la présente note : Article 15 (Rétention) :

« 1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque : a) il existe un risque de fuite, ou b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

2. La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires. La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit. Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres : a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention, b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question. Dans ce cas, les États membres informent immédiatement le ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

3. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire.

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison : a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires. »

protection internationale, aux articles 8 de la directive 2013/33³⁰ et 28 du règlement n° 604/2013³¹. Ces dispositions, en définissant le régime applicable au placement et au maintien en rétention, permettent de déterminer les conditions de légalité des mesures de rétention.

20. De façon schématique, dans les ordres juridiques intégrés dans la présente étude, les conditions de légalité des mesures de rétention – qui trouvent donc leur origine dans le droit de l’Union – concernent, sans prétendre à l’exhaustivité, la compétence de l’organe ayant adopté l’acte de placement en rétention, le risque de fuite de la personne retenue, le caractère suffisant d’autres mesures moins contraignantes que la rétention, la diligence de l’administration dans la procédure d’éloignement, la protection dont bénéficient les mineurs et leurs familles, ainsi que les personnes vulnérables dans ce domaine. Plus spécifiquement, il apparaît que les conditions de l’interpellation préalable au

³⁰ Cette disposition constituant la base pertinente des mesures nationales de transposition, elle est rappelée pour les besoins de la présente note : Article 8 (Placement en rétention) :

« 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu’elle est un demandeur conformément à la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale [JO 2013, L 180, p. 60].

2. Lorsque cela s’avère nécessaire et sur la base d’une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent placer un demandeur en rétention, si d’autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées.

3. Un demandeur ne peut être placé en rétention que : a) pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité, b) pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu’il y a risque de fuite du demandeur ; c) pour statuer, dans le cadre d’une procédure, sur le droit du demandeur d’entrer sur le territoire ; d) lorsque le demandeur est placé en rétention dans le cadre d’une procédure de retour au titre de la directive 2008/115 [...], pour préparer le retour et/ou procéder à l’éloignement, et lorsque l’État membre concerné peut justifier sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d’accéder à la procédure d’asile, qu’il existe des motifs raisonnables de penser que le demandeur a présenté la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d’empêcher l’exécution de la décision de retour ; e) lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l’ordre public l’exige ; f) conformément à l’article 28 du règlement n° 604/2013 [...].

Les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national.

4. Les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l’obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d’une garantie financière ou l’obligation de demeurer dans un lieu déterminé. »

³¹ Le règlement n° 604/2013 étant d’application directe dans les États membres, il est renvoyé au texte de l’article de ce règlement.

placement en rétention relèvent également des conditions de légalité de la mesure de placement en rétention dans certains des États membres³².

C. JUGE CHARGÉ DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES MESURES DE RÉTENTION ET RÈGLES PROCÉDURALES APPLIQUÉES

21. Les différents ordres juridiques visés par l'étude n'ont pas confié le contrôle de légalité des mesures de rétention aux mêmes juges. Le domaine dont un juge a la charge ayant une incidence sur son office³³, il convient de faire état de cette diversité des juges compétents. En outre, sur le plan procédural, la nature, administrative, civile ou pénale des règles applicables pouvant avoir un impact sur l'office du juge concerné – et notamment, sur son pouvoir d'office – du fait de la diversité des principes régissant les procédures concernées³⁴, il convient de relever la pluralité des lois ou des codes de procédure applicables dans ce domaine, au sein, parfois, d'un même ordre juridique. Enfin, tous les États membres inclus dans la présente étude ne prévoient pas les mêmes possibilités de recours pour ce contentieux, en termes d'appel et/ou de pourvoi en cassation.
22. Ainsi, s'agissant des juges compétents pour ce domaine, dans cinq ordres juridiques, c'est exclusivement à un juge judiciaire qu'a été confié le contrôle de légalité de ces mesures de rétention (c'est le cas en **Allemagne**³⁵, en **Finlande**³⁶,

³² Cela ressort de manière explicite des droits **espagnol, français, irlandais et polonais**.

³³ Par exemple, dans les ordres juridiques connaissant la distinction entre ordre administratif et ordre judiciaire, le juge judiciaire n'est pas systématiquement le juge de l'annulation des mesures administratives qu'il juge illégales.

³⁴ Sur ce point, voir ci-après, partie I.D.1.

³⁵ Sur le plan procédural, en **Allemagne**, c'est le Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (loi relative à la procédure en matière d'affaires familiales et de juridiction gracieuse), du 17 décembre 2008 (BGBl. I, p. 2586, 2587), tel que modifié par la loi du 12 février 2021 (BGBl. I, p. 226) (ci-après le « FamFG »), qui est applicable. En règle générale, le régime de cette loi s'applique aux décisions judiciaires concernant la privation de liberté des personnes étrangères afin d'assurer leur éloignement. Il convient de mentionner que le régime pénal, en particulier les dispositions de la Strafprozessordnung (code de procédure pénale) concernant la rétention, s'applique lorsqu'une affaire entraîne une poursuite pénale.

³⁶ En droit **finlandais**, c'est l'oikeydenkäymiskaari 7/1734 (code de procédure judiciaire), appliqué par les juridictions judiciaires, qui s'applique dans cette matière.

en **Italie**³⁷, en **Pologne**³⁸ et en **Roumanie**³⁹). Dans trois États membres, c'est à l'inverse le juge administratif qui est compétent pour ce type de contrôle (il en va ainsi en **Estonie**⁴⁰, en **Slovénie**⁴¹ et en **République tchèque**⁴²). En **Espagne**,

³⁷ Les juridictions **italiennes** compétentes dans ce domaine appliquent :

- le decreto legislativo n. 286 – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (décret législatif n° 286 – Texte consolidé des dispositions relatives à la discipline de l'immigration et aux règles relatives à la condition de l'étranger), du 25 juillet 1998 (GURI n° 191 du 18 août 1998, supplément ordinaire à la GURI n° 139, p. 5) ;
- le decreto legislativo n. 142 – Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché' della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (décret législatif n° 142 – Mise en œuvre de la directive 2013/33/UE établissant des règles relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale, ainsi que de la directive 2013/32/UE, établissant des procédures communes pour la reconnaissance et le retrait du statut de protection internationale), du 18 août 2015 (GURI n° 214 du 15 septembre 2015, p. 5) ;
- le decreto-legge n. 13 – Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché' per il contrasto dell'immigrazione illegale (décret-loi n° 13 – Dispositions urgentes pour l'accélération des procédures dans le domaine de la protection internationale, ainsi que pour la lutte contre l'immigration clandestine), du 17 février 2017 (GURI n° 40 du 17 février 2017, p. 1) [Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017 (décret-loi converti avec des amendements par la loi n° 46 du 13 avril 2017) (GURI n° 90 du 18 avril 2017, p. 1)] ; ainsi que
- le regio decreto n. 1443 – Codice di procedura civile (décret royal n° 1443, code de procédure civile).

³⁸ Les juridictions **polonaises** compétentes pour ce contentieux appliquent le Kodeks postępowania karnego (code de procédure pénale).

³⁹ En **Roumanie**, si c'est le juge judiciaire (de la Curtea de Apel, cour d'appel du lieu du centre de rétention concerné) qui est compétent pour ce contentieux, la Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 (loi du contentieux administratif), du 2 décembre 2004 (*Monitorul Oficial al României* n° 1154 du 7 décembre 2004) prévoit en outre la possibilité, pour le juge compétent, de contrôler *par voie d'exception* la légalité d'un acte administratif, dans le cadre du règlement d'une affaire, d'office ou à la demande de la partie intéressée. Sur le plan procédural, la loi du contentieux administratif régit la compétence des juges de la chambre civile et de contentieux administratif d'une cour d'appel contrôlant, par voie d'exception, la légalité d'une mesure de rétention, alors que le code de procédure civile s'applique également aux procédures concernées, en tant *lex generalis*.

⁴⁰ Les juridictions **estoniennes** compétentes en la matière appliquent le Halduskohtumenetluse seadustik (code de procédure administrative contentieuse).

⁴¹ En **Slovénie**, c'est le Zakon o upravnem sporu (loi sur les contentieux administratifs) (Uradni list RS, n°105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US, 109/12 in 10/17 – ZPP-E) qui est applicable.

⁴² Les juridictions **tchèques** compétentes dans ce domaine appliquent le soudní řád správní (code de justice administrative).

c'est un juge pénal (juge d'instruction) qui en connaît⁴³ alors qu'en **Irlande**, le contentieux relève d'un tribunal de compétence générale⁴⁴.

23. Deux ordres juridiques prévoient par ailleurs un régime mixte de répartition des compétences pour ce domaine. Ainsi, en **France**, le contentieux est divisé entre les juges judiciaire et administratif. En effet, depuis une ultime réforme survenue en 2016, laquelle a opéré un transfert de compétence du juge administratif au profit du juge judiciaire, c'est ce dernier (le juge des libertés et de la détention) qui a la compétence principale en la matière, contrôlant la légalité du placement en rétention et décidant sa possible prolongation. Le juge administratif (d'un tribunal administratif) conserve une compétence résiduelle concernant le contrôle de légalité des mesures de maintien en rétention de certains étrangers ayant fait une demande de protection internationale⁴⁵. En **Lituanie**⁴⁶, c'est un tribunal de compétence générale [l'apylinkės teismas (tribunal de district)] qui a la charge de ce contentieux en première instance, alors que l'appel relève d'une juridiction administrative [le Lietuvos vyriausioji administracinis teismas (Cour administrative suprême de Lituanie)].
24. En ce qui concerne les voies de recours ouvertes contre ces mesures de rétention, il convient de relever que six États membres prévoient trois degrés de contrôle

⁴³ Les juridictions **espagnoles** compétentes pour ce contentieux appliquent la loi organique 4/2000 sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et sur leur intégration sociale, et subsidiairement, le Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (code de procédure pénale), et ce, même si ni la procédure ni la rétention ne revêtent un caractère pénal.

⁴⁴ C'est un juge de la District Court (tribunal de district) qui est compétent dans ce domaine. Sur le plan procédural, ce sont la loi de 2015 sur la protection internationale et les normes liées à une procédure contradictoire qui s'appliquent.

⁴⁵ En effet, le juge administratif **français** reste compétent pour contrôler la légalité de la décision de maintien en rétention adoptée lorsque l'étranger concerné a fait une demande de protection internationale alors qu'il se trouve en rétention, et que le préfet estime, sur le fondement de critères objectifs, que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement. Par ailleurs, alors que le juge civil **français** compétent à cet égard applique le code de procédure civile, le juge administratif **français** chargé du contentieux résiduel applique le code de justice administrative.

⁴⁶ Les juges **lituaniens** compétents pour ce contentieux appliquent l'administracinų bylų teisenos įstatymas (loi sur la procédure administrative) (TAR, 2016, n° 2016-16849).

juridictionnel (il s'agit de l'**Allemagne**, de l'**Estonie**⁴⁷, de la **Finlande**, de la **France** et de la **Pologne**⁴⁸). Dans cinq autres ordres juridiques, il existe deux degrés de contrôle juridictionnel de ces mesures (c'est le cas en **Espagne**, en **Irlande**, en **Italie**, en **Lituanie**, en **République tchèque** et en **Slovénie**). Dans l'un des ordres juridiques (en **Irlande**), il existe trois degrés de contrôle juridictionnel pour un certain type de recours (les recours d'*habeas corpus*⁴⁹), et vraisemblablement, deux degrés de contrôle juridictionnel pour les recours sur le fondement de la loi⁵⁰. Il n'existe qu'un degré de contrôle juridictionnel contre de telles mesures dans l'un des États membres (en **Roumanie**).

25. Une particularité mérite également d'être signalée, concernant les ordres juridiques **espagnol** et **polonais**, et, dans une moindre mesure, à titre d'exemple, concernant les ordres juridiques **français** et **italien**, en ce qui concerne le traitement pénal, ou la proximité avec la matière pénale, de la rétention ou de certaines situations préalables à la rétention (interpellation, garde à vue, détention provisoire, etc.)⁵¹. Ainsi, bien que des décisions de justice aient clairement indiqué, dans certains ordres juridiques (**Espagne**, **France**, **Italie**, **Roumanie**), que la mesure de rétention, bien que privative de liberté, ne pouvait être assimilée à une sanction pénale, il peut être souligné que certains États ont volontairement souhaité bénéficier de l'expertise du juge pénal dans le traitement judiciaire du contentieux de la rétention administrative, notamment lorsque le juge judiciaire en charge du contrôle de la légalité de la mesure de

⁴⁷ En **Estonie**, il existe deux degrés de contrôle juridictionnel de l'ordonnance du juge administratif prolongeant la rétention.

⁴⁸ Si l'on prend en compte la mesure d'arrestation suivie d'une ordonnance de placement en rétention.

⁴⁹ Recours prévu par l'article 40.4 du Bunreacht na hÉireann (Constitution de l'Irlande). Sur ce recours, voir ci-après, point 50.

⁵⁰ Recours ouvert devant un juge de District Court (tribunal de district – tribunal de première instance) sur le fondement de la loi de 2015 sur la protection internationale et/ou de la loi de 1999 sur les immigrés.

⁵¹ Dans certains systèmes, la logique processuelle suivie par le juge, du fait de la procédure applicable, peut se rapprocher de celle de l'instance pénale, avec des pouvoirs d'enquête plus approfondis, ce qui peut avoir un impact éventuel sur l'office du juge et sa conduite de l'instance.

rétenion se trouve également amené à contrôler celle-ci au regard des conditions de l'arrestation initiale (**France, Espagne, Irlande, Pologne**).

D. PORTÉE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

26. La question du pouvoir du juge de soulever d'office des moyens non soulevés par les parties renvoie, en pratique, à des hypothèses diverses susceptibles de justifier son initiative. Les principes qui régissent l'office du juge⁵² varient selon les traditions juridiques concernées, la matière considérée et le régime procédural en vigueur (partie 1). En outre, étant donné la nature souvent mixte (administrative, judiciaire ou pénale) du contentieux en matière de rétention des étrangers, selon les ordres juridiques considérés, l'intervention d'office du juge peut viser différents moyens relevant des exceptions traditionnelles d'ordre public procédural ou de compétence mais également des moyens de fond, au vu de l'importance des normes à protéger et de la nature privative de liberté des mesures de rétention en cause (partie 2). Enfin, l'étendue des pouvoirs d'office du juge variant d'un État membre à l'autre, il conviendra de présenter brièvement et de façon distincte ces pouvoirs d'office dans les différents ordres juridiques concernés (partie 3).

1. OFFICE DU JUGE

27. Il convient de rappeler qu'un des principes directeurs qui commande l'office du juge, au regard du rôle de ce dernier dans l'organisation et la conduite de l'instance, est le principe *jura novit curia*.
28. Sur le fondement de ce principe, c'est au juge qu'il revient de qualifier juridiquement les faits et de déterminer la règle de droit applicable au litige,

⁵² En l'absence fréquente, dans la législation applicable à la rétention des étrangers, de dispositions explicites relatives aux pouvoirs *ex officio* du juge (les droits **estonien, finlandais, roumain et slovène** peuvent par exemple être cités), la question de la possibilité pour le juge de soulever d'office des éléments de fait ou de droit dans le contentieux relatif à la rétention des étrangers rend souvent nécessaire l'identification préalable des principes dirigeant l'office du juge dans les différents systèmes juridiques considérés. Dans certains cas, cette identification ne peut que résulter d'une analyse systématique de la jurisprudence ou, en son absence, de l'interprétation des textes généraux relatifs à la procédure applicable par le juge, pour les appliquer à la matière spécifique de la rétention des étrangers.

c'est-à-dire de connaître la loi (c'est notamment le cas en **Allemagne**, en **Estonie**, en **France**, en **Italie**, en **Pologne**, en **République tchèque** et en **Roumanie**).

29. Les pouvoirs accordés au juge dans la conduite de l'instance, par rapport au rôle qui est accordé aux parties, déterminent par ailleurs le champ de son office. Ainsi, selon la qualification juridique opérée des mesures de rétention en cause, et selon la procédure qui leur est applicable (administrative, civile, pénale), les pouvoirs du juge dans la conduite de l'instance peuvent varier sensiblement.
30. Dans les systèmes juridiques où la procédure applicable peut être qualifiée d'« accusatoire »⁵³, un équilibre est recherché entre les prérogatives détenues par le juge aux fins de la conduite de l'instance et le respect nécessaire du principe du contradictoire avec les parties à l'instance. Ce type de règles correspond généralement aux règles applicables en matière de procédure civile (il en va notamment ainsi en **France**, en **Italie** et en **Roumanie**), lesquelles répondent, en sus du respect nécessaire du principe du contradictoire (qui commande de débattre avec les parties des questions de droit et de fait, y compris lorsqu'elles sont soulevées d'office), au principe « dispositif »⁵⁴ qui place, en général, les parties au cœur de l'introduction et du déroulement du procès, dont elles définissent l'objet du litige, auquel le juge est tenu et à qui il revient de répondre aux prétentions.
31. Selon que le juge dispose, en vertu de son office, de pouvoirs étendus d'initiative dans la conduite de l'instance, voire de pouvoirs d'enquête, la

⁵³ C'est le « [c]aractère d'une procédure dans laquelle les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction ; se dit aussi du *principe* qui, dans un type de procédure, confère aux parties un tel rôle. », Cornu G., voir note 3, p. 13.

⁵⁴ Principe dispositif : « a. Principe directeur du procès civil en vertu duquel le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé [...]. b. Désigne parfois l'autre principe directeur qui interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat [...]. », Cornu G., voir note 3, p. 313.

procédure est plutôt qualifiée d'« inquisitoire »⁵⁵. Le juge sera alors amené à disposer d'un pouvoir d'intervention *ex officio* plus large. La procédure pénale, en ce qu'elle vise l'adoption d'une sanction et laisse une grande place à l'investigation du juge, est généralement considérée comme étant de nature « inquisitoire ».

32. La procédure contentieuse administrative répond également parfois, dans les États membres concernés par la note de recherche, à cette acception. Ainsi, en **Estonie**, tout en étant soumis au principe dispositif, le contrôle de la légalité des mesures de rétention donne lieu à l'application des principes de la procédure administrative contentieuse, laquelle repose sur le principe inquisitoire, qui est discrétionnaire. Le juge compétent doit dès lors juger de la légalité de la mesure, au besoin à son initiative, à la lumière de toutes les normes et circonstances pertinentes, et rassembler, le cas échéant, les preuves d'office, aux fins d'établir la « vérité matérielle » de l'affaire. Il en va de même, à certains égards, en **Lituanie**, en **République tchèque** et en **Slovénie**.
33. Du fait du caractère mixte de la matière de la rétention des étrangers, il n'est cependant pas rare que l'intervention du juge compétent amène à une combinaison de ces pouvoirs.
34. En **Espagne**, le traitement de la rétention des étrangers donne lieu à l'application de règles relevant de la procédure pénale, laquelle peut être qualifiée d'inquisitoire et semble pouvoir permettre au juge de soulever d'office des moyens de fait ou de droit dans le contrôle de la légalité des mesures de rétention qu'il exerce. En revanche, cela n'est pas le cas en **Pologne** ou en **Irlande** (indépendamment des recours d'*habeas corpus*⁵⁶) où, bien que le premier juge du contrôle de la légalité des mesures de rétention fasse également

⁵⁵ « Qui repose sur l'initiative du juge, sous les distinctions qui suivent. 1. Caractère d'une procédure dans laquelle toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance (saisine d'office), la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve. [...] 2. Plus étroitement, caractère d'un système de preuve dont le juge a la maîtrise. [...] », Cornu G., voir note 3, p. 485.

⁵⁶ Sur ce type de recours, voir ci-après, point 50.

application de la procédure pénale, la procédure demeure accusatoire, le juge semblant devoir se limiter à l'examen des moyens de fait ou de droit soulevés par les parties.

35. L'application des principes de la procédure civile contentieuse à la matière de la rétention des étrangers, par un juge judiciaire, n'emporte, par ailleurs, pas nécessairement l'impossibilité pour le juge d'opérer un examen d'office. Bien au contraire, dans ce domaine, en **Allemagne**, la procédure appliquée par le juge est soumise au principe inquisitoire en ce qu'il lui revient d'examiner d'office tous les éléments de fait nécessaires pour statuer sur l'affaire en cause et, lorsque c'est nécessaire, de droit, par exemple au vu du droit étranger⁵⁷.
36. C'est également le cas en **Italie**, où le contrôle opéré par le juge civil de la validation, dont la saisine est automatique, peut être qualifiée d'inquisitoire, le juge devant opérer un contrôle de la procédure d'adoption de la mesure de rétention et disposant, à ce titre, d'un pouvoir de contrôle d'office des faits et des conditions de fond du placement en rétention. En **Finlande**, l'examen de la jurisprudence des juridictions judiciaires compétentes en la matière semble également mettre en évidence un contrôle d'office opéré par le juge automatiquement saisi du contrôle de la légalité des mesures de placement en rétention.
37. En **France**, la détermination de l'office du juge et de son pouvoir de soulever *ex officio* des moyens de droit découle également de la combinaison des principes de la procédure civile, de type accusatoire, et des règles plus spécifiques établies par la législation en matière de rétention administrative des étrangers, qui autorise le juge judiciaire compétent à examiner, à son initiative, toute violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formes

⁵⁷ Le principe inquisitoire n'exclut pas nécessairement l'application de principe dispositif, selon lequel un litige reste dans les mains des parties. La maxime d'office s'applique dans les cas de rétention dans lesquels la procédure est commencée par les autorités publiques. Toutefois, il convient de relever que la personne concernée a la possibilité d'introduire la procédure de recours. En outre, les parties sont également obligées de collaborer avec les juridictions en matière d'élucidation des faits.

substantielles, à la condition que l'irrégularité constatée ait eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. Le juge, qui ne peut formellement annuler la mesure administrative de rétention mais seulement prononcer la libération de l'intéressé, peut également décider, de sa propre initiative, de sa mise en liberté lorsque « les circonstances de droit ou de fait le justifient ».

38. Dans certains États membres, le contrôle de la légalité de la rétention des étrangers peut aussi conduire à l'application, simultanée ou parallèle, des principes de la procédure contentieuse civile et administrative. En **Roumanie**, État membre dans lequel le juge judiciaire (de la chambre civile et de contentieux administratif de la cour d'appel concernée) est compétent pour ce contentieux, et où la loi du contentieux administratif prévoit en outre la *possibilité* de vérifier la légalité d'un acte administratif, à tout moment, dans le cadre du règlement d'une affaire, par voie d'exception, soit d'office, soit à la demande de la partie intéressée, le juge ne semble pas, en pratique, aller au-delà des moyens soulevés par les parties. En **France**, la compétence résiduelle du juge administratif pour les seuls recours exercés contre les décisions de « maintien en rétention » prises à la suite d'une demande d'asile considérée comme dilatoire par l'administration donne lieu à l'application des principes généraux de la procédure administrative contentieuse, selon lesquels, en général, le principe de l'interdiction de statuer *ultra petita* est tempéré par le régime dérogatoire de l'invocation d'office des moyens d'ordre public.
39. La possibilité pour le juge de soulever des moyens d'office peut enfin, également, résulter du degré, ou de la nature, de l'instance en cause. Ainsi, si le premier juge de la légalité des mesures de rétention, en première instance, peut être amené à disposer d'un pouvoir large, formalisé ou présumé, de soulever des moyens d'office dans son examen de la légalité au fond (**Estonie, Finlande**⁵⁸,

⁵⁸ Résultant de l'intervention automatique du juge judiciaire.

France⁵⁹, **Irlande**⁶⁰, **Italie**⁶¹, **Lituanie**, **Pologne**⁶², **Slovénie**), les pouvoirs accordés au juge de l'appel, ou du pourvoi, peuvent, dans le même temps, être plus limités, du fait de la nature du contrôle opéré à ce stade de l'instance (**Allemagne**⁶³) et répondre, dès lors, aux principes généraux de la procédure contentieuse de type « accusatoire » (**Finlande, France, Italie, Pologne**).

2. EXISTENCE DE MOYENS DE FOND POUVANT OU DEVANT ÊTRE RELEVÉS D'OFFICE PAR LE JUGE

40. De façon classique, les normes procédurales des États membres prévoient une faculté ou une obligation, pour les juges, de relever d'office les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité⁶⁴.
41. S'agissant des moyens de fond, il peut être souligné, sur le principe, que les moyens tenant à la violation du droit de l'Union, en cas de disposition nationale contraire, doivent être relevés d'office par les juges nationaux. Il en est bien évidemment ainsi dans la matière de la rétention des étrangers, du fait de l'obligation de transposition par les États membres des directives 2008/115 et 2013/33⁶⁵ et de l'obligation d'appliquer le règlement n° 604/2013⁶⁶.

⁵⁹ Pouvoir dévolu au juge judiciaire qui ne peut que prononcer la mise en liberté de l'intéressé sans pouvoir d'annulation de l'acte administratif de placement en rétention initiale. Le juge judiciaire n'intervient qu'en tant que juge de la validation de la rétention administrative initiale sur recours de l'intéressé et/ou en tant que juge de la prolongation de la rétention administrative initiale sur demande motivée de l'administration (voir points 24 et 61).

⁶⁰ Dans le cadre du recours d'*habeas corpus*.

⁶¹ Résultant de l'intervention automatique du juge judiciaire.

⁶² Résultant du placement initial de l'intéressé en rétention par application des règles de la procédure pénale (inquisitoire).

⁶³ Un recours auprès du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) peut être fondé sur une violation du droit.

⁶⁴ C'est par exemple le cas en **Allemagne**, en **Finlande**, en **France**, en **Lituanie**, en **Pologne**, en **République tchèque**, en **Roumanie** et en **Slovénie**.

⁶⁵ Voir ci-dessus point 19.

⁶⁶ Dans le domaine visé par la note de recherche, les conditions de légalité des mesures de rétention trouvant leur origine dans le droit de l'Union, la présente étude ne prétend pas donner une photographie de la façon dont chacun des États membres concernés a transposé les deux directives en cause. Les recherches ont visé à identifier les éléments de fait et de droit devant être relevés d'office ainsi que ceux pouvant l'être, sans que leur origine européenne ou nationale, à défaut d'être systématiquement identifiable, n'ait été relevée.

42. Avant d'exposer plus en détail, pour chacun des ordres juridiques visés par la présente note, le champ matériel des pouvoirs d'office du juge dans ce domaine, il convient de relever d'emblée que l'étude comparative a permis de mettre en lumière certaines similitudes parmi les ordres juridiques.
43. Ainsi, en premier lieu, dans le contentieux spécifique du contrôle de légalité des mesures de rétention des étrangers, parmi tous les ordres juridiques visés par la présente étude (sauf en **Roumanie**⁶⁷), il apparaît que le juge en charge de ce contentieux – parfois seulement à l'un des degrés de juridiction concerné – est lié par une *obligation* de relever certains ou tous les éléments de fait et de droit pertinents pour apprécier cette légalité dans onze d'entre eux (c'est le cas en **Allemagne**, en **Espagne**, en **Estonie**, en **Finlande**⁶⁸, en **France**⁶⁹, en **Irlande**⁷⁰, en **Italie**⁷¹, en **Lituanie**, en **Pologne**⁷², en **République tchèque** et en **Slovénie**).
44. En particulier, il a été signalé que, dans plusieurs États membres, doivent être relevés d'office par le juge les moyens tenant à la violation de droits ou principes de nature constitutionnelle (c'est notamment le cas en **Espagne**, en **Estonie**, en **Irlande**, en **Italie**, en **République tchèque**⁷³ et en **Slovénie**), de même que les moyens relatifs à la protection des droits fondamentaux de la

⁶⁷ Les recherches effectuées n'ont pas permis d'identifier des moyens de fond pouvant ou devant être relevés d'office par le juge chargé de ce contentieux en **Roumanie**. À l'inverse, dans cet État membre, dans la jurisprudence pertinente trouvée en la matière, le juge, en application du principe dispositif régissant la procédure civile nationale, semble examiner les seuls moyens soulevés par la personne retenue ou par l'administration (l'Inspectorat général pour l'immigration).

⁶⁸ En **Finlande**, il semblerait que cette obligation s'impose aux juridictions de première instance chargées de ce contentieux.

⁶⁹ En **France**, cette obligation s'impose notamment au juge s'agissant des moyens de pur droit. Sur la notion de « moyens de pur droit », voir ci-après, point 61.

⁷⁰ En **Irlande**, c'est le cas pour les recours d'*habeas corpus*.

⁷¹ En **Italie**, comme c'est le cas en **Finlande**, cette obligation s'impose aux juridictions de première instance chargées de ce contentieux.

⁷² En **Pologne**, cette obligation s'impose aux tribunaux régionaux (juridictions chargées de l'appel pour ce type de contentieux).

⁷³ Il semble toutefois que les juridictions **tchèques** se limitent, en principe, à soulever ces moyens d'office spécifiquement par rapport aux sanctions administratives – en cas de violation du principe *ne bis in idem* et de rétroactivité en faveur de l'auteur de l'infraction concernée. Il peut être relevé qu'une affaire a été identifiée, dans laquelle l'Ústavní soud (Cour constitutionnelle) a jugé qu'un moyen tenant à la violation du droit à un procès équitable peut également être relevé d'office.

personne retenue (il en va ainsi en **Allemagne**, en **Estonie**, en **Irlande**⁷⁴ et en **Slovénie**⁷⁵). Enfin, certains moyens tenant au placement en rétention ou aux conditions matérielles de la rétention peuvent ou doivent être relevés d'office dans plusieurs des ordres juridiques visés [c'est en particulier le cas en **Allemagne** (obligation), en **Estonie**, en **Finlande**, en **France**, en **Lituanie**, en **Pologne** et en **Slovénie**].

45. En second lieu, il ressort de l'étude comparative que deux États membres prévoient une *faculté*, pour le même juge, ou pour le juge relevant d'un certain degré de juridiction, de relever d'office certains éléments de fait ou de droit lui apparaissant pertinents pour l'appréciation de cette légalité (il en va ainsi en **Finlande**⁷⁶ et en **France**⁷⁷).
46. S'agissant des différences constatées au cours de la présente étude comparative, il peut tout d'abord être rappelé que, parmi les onze États membres cités au point 43, ce sont parfois uniquement les juges de certains degrés de juridiction qui sont concernés par cette obligation de relever des moyens d'office. En outre, le nombre et l'étendue des éléments du contrôle de légalité pouvant ou devant être relevés d'office varie d'un État membre à l'autre. Enfin, il convient de relever que le contrôle d'office du juge n'est pas toujours justifié par les mêmes raisons. Alors que dans certains États membres, le juge a une obligation de relever d'office certains éléments du contrôle de légalité en raison des principes régissant la procédure précédemment exposés (voir partie I.D.1), ou du contrôle

⁷⁴ À cet égard, voir ci-après, description relative au recours d'*habeas corpus*.

⁷⁵ Dans deux décisions relatives au contrôle de légalité de placements en rétention, l'Upravno sodišče (Tribunal administratif) a ainsi vérifié d'office le fait que les conditions de rétention appliquées aux étrangers concernés respectaient l'article 4 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, prévoyant l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants [Upravno sodišče (Tribunal administratif), arrêt et ordonnance I U 1517/2014, du 22 septembre 2014, ECLI:SI:UPRS:2014:I.U.1517.2014, point 11 ; Upravno sodišče (Tribunal administratif), arrêt et ordonnance I U 722/2018-15 du 10 avril 2018, ECLI:SI:UPRS:2018:I.U.722.2018.15, point 32].

⁷⁶ Dans cet État membre, il semblerait que cette faculté soit offerte au juge de cour d'appel en charge de ce contentieux. À ce sujet, voir ci-après, point 56.

⁷⁷ À cet égard, voir ci-après, point 61.

complet de légalité qui lui incombe, certains législateurs ont justifié l'existence d'un pouvoir d'office du juge par le recours à la notion d'« ordre public ». Dans un dernier groupe d'États membres, ce sont la loi et/ou la jurisprudence qui impose(nt) un tel contrôle d'office.

3. ÉTENDUE DES POUVOIRS D'OFFICE DU JUGE DANS LES DIFFÉRENTS ORDRES JURIDIQUES

47. Ainsi, en **Allemagne**, la loi⁷⁸ prévoit l'obligation du juge d'examiner d'office les faits nécessaires pour décider du cas d'espèce⁷⁹. En ce qui concerne l'étendue de l'examen d'office, le choix des éléments d'examen dépend de l'appréciation du juge, ce dernier disposant d'un certain pouvoir discrétionnaire, prenant en compte les particularités de chaque cas d'espèce. Le juge concerné exerce l'examen d'office « nécessaire », se limitant aux faits et éléments nécessaires pour statuer sur l'affaire en cause. Le juge n'est pas habilité à soulever des faits sans aucune raison.
48. En ce qui concerne l'examen d'office de la rétention, le juge de rétention, décidant en particulier sur l'existence d'un motif justifiant la rétention, est, en règle générale, lié par les décisions des autorités administratives et par la jurisprudence administrative respective concernant l'éloignement. Toutefois prenant en compte les garanties des droits fondamentaux, qui concrétisent les exigences applicables à l'examen d'office, le juge de rétention est, en premier lieu, obligé de s'assurer que le fondement factuel de sa décision est

⁷⁸ Le principe d'examen d'office (*Amtsermittlungsgrundsatz*) est prévu à l'article 26 de la loi relative à la procédure en matière d'affaires familiales et de juridiction gracieuse. Le juge ne respectant pas les exigences qu'implique ce principe lors de l'examen d'office violerait le droit fondamental de liberté de la personne placée en rétention [voir Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), ordonnance du 15 septembre 2016, V ZB 43/16, ECLI:DE:BGH:2016:150916BVZB43.16.0, point 5].

⁷⁹ Ce principe d'examen d'office cherche à garantir que la vérité dite « matérielle » soit déterminée, sans que certains faits soient incontestés par les parties. À cet égard, ce principe exerce une fonction corrective résultant d'une situation procédurale différente des parties – en l'occurrence, une personne physique et des autorités administratives –, tout en prenant en compte le fait que les parties sont obligées de collaborer avec la juridiction en matière d'élucidation des faits.

suffisamment complet avant de statuer sur l'affaire en cause⁸⁰. À cet égard, l'audition de la personne retenue constitue un point essentiel de l'examen d'office de la rétention, permettant d'obtenir les faits pertinents pour l'espèce⁸¹. En deuxième lieu, dans certains cas, le juge est obligé d'effectuer son propre examen sur l'éloignement de la personne concernée, par exemple lorsqu'il manque une décision des autorités administratives⁸². En troisième lieu, le juge doit examiner si les décisions concernant la rétention ont été prises sans délai⁸³. En outre, le principe de proportionnalité exige de limiter la durée de la détention d'une personne.

49. Dans le même sens, en droit **estonien**, en application des principes de la procédure inquisitoire et de bonne application de la loi (*jura novit curia*) précédemment exposés, la légalité de la rétention doit être examinée à la lumière de tous les éléments de fait et de droit pertinents, de la propre initiative du juge, lors du contrôle de légalité qu'il exerce au terme des 48 premières heures de rétention.
50. Dans l'ordre juridique **irlandais**, tous les arrêts rendus par les juridictions suprêmes concernant la légalité de mesures de rétention de ressortissants

⁸⁰ Le juge de rétention doit, en règle générale, consulter les dossiers administratifs [Bundesverfassungsgericht (Cour fédérale constitutionnelle, Allemagne), ordonnance du 27 février 2009, 2 BvR 538/07, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2009, p. 2659, 2662, point 20 ; Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), ordonnance du 10 juin 2010, V ZB 204/09, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2010, p. 1172, 1173 et suivante, point 26] et essayer d'obtenir des informations supplémentaires des autorités administratives concernant l'éloignement [Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), ordonnance du 25 février 2010, V ZB 172/09, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2010, p. 726, 728, point 24], lorsque ces informations sont nécessaires pour décider sur un motif de rétention.

⁸¹ L'article 103, paragraphe 1, de la loi fondamentale et l'article 420, paragraphe 1, du FamFG exigent que la personne concernée soit entendue. Voir également, à cet égard, Bundesverfassungsgericht (Cour fédérale constitutionnelle), note précédente, p. 2659, 2661, point 33.

⁸² Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), ordonnance du 16 décembre 2009, V ZB 148/09, *Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FGPrax), 2010, p. 50.

⁸³ C'est ce que prévoit l'article 2, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la loi fondamentale, lu conjointement avec l'article 104, paragraphe 2, de la loi fondamentale. Plus précisément, le droit fondamental à la liberté, prévu par l'article 2, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la loi fondamentale, prescrit l'impératif de célérité (*Beschleunigungsgebot*) dans les affaires de privation de liberté.

étrangers étaient prononcés à la suite de recours d'*habeas corpus*⁸⁴. Correspondant à un tel recours et illustrant le rôle actif du juge dans ce domaine, l'arrêt *Application of Michael Woods* de la Supreme Court (Cour suprême, Irlande)⁸⁵ précise que, dans ce type de procédure, le juge peut décider de libérer l'individu retenu illégalement sur la base d'éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été invoqués par lui. Si, dans cet arrêt, la Supreme Court (Cour suprême) énonce que le juge est « appelé à être attentif à d'autres motifs qui pourraient rendre la décision illégale » que ceux soulevés par le requérant, étant donné le rôle d'enquêteur confié au juge dans ce type de recours, il semble que cet appel doit être compris comme une obligation. Cette obligation de relever d'office des éléments de fait ou de droit qui pourraient rendre la rétention illégale se limite cependant aux éléments que le juge estimera pertinents à cette fin.

51. S'agissant de la délimitation des moyens d'ordre public dans cet État membre, il semble notamment que le droit d'accès à un conseil juridique en relève. En particulier, le droit d'accès raisonnable à un avocat a été élevé au rang de droit constitutionnel⁸⁶. En outre, dans un arrêt prononcé en 2000⁸⁷, la Supreme Court (Cour suprême), saisie par le président de l'Irlande d'un recours visant à lui faire examiner la constitutionnalité de deux dispositions du *Illegal Immigrants (Trafficking) Bill 1999* [projet loi de 1999 sur les (trafic) d'immigrants illégaux], a indiqué que le droit de s'adresser au juge dans le cadre d'une procédure d'*habeas corpus* est un droit fondamental, estimant en conséquence

⁸⁴ Voir article 40.4 de la Constitution de l'Irlande.

⁸⁵ Supreme Court (Cour suprême), arrêt *Application of Michael Woods* [1970] I.R. 154. Dans cet arrêt, la haute juridiction irlandaise a énoncé que « [...] à la réception d'une plainte [par la High Court] en vertu de l'article 40, s. 4, sub-s. 2, de la Constitution, [la High Court] est tenue d'ordonner la libération de la personne retenue, sauf si elle est convaincue qu'elle est retenue conformément à la loi. La même obligation incombe à la Supreme Court [Cour suprême]. Cela signifie que les deux juridictions ne sont pas limitées à un examen de l'illégalité dont se plaint le requérant, mais qu'elles sont appelées à être vigilantes à d'autres motifs qui pourraient rendre la rétention illégale. »

⁸⁶ À ce sujet, voir Sheridan A., *Returning Rejected Asylum Seekers : Practices and Challenges in Ireland*, ESRI Research Series Number 65, 2017, disponible sous https://emn.ie/files/p_201707030349252017_EMN%20Rejectedasylumseekers_online.pdf, p. 23.

⁸⁷ Supreme Court (Cour suprême, Irlande), arrêt *Re Illegal Immigrants (Trafficking) Bill 1999* [2000] IESC 19.

que les pouvoirs procéduraux des tribunaux compétents pour en connaître sont aussi étendus que la défense de ce droit l'exige, validant ainsi les pouvoirs d'office de ces tribunaux.

52. En **Slovénie**, la loi sur les contentieux administratifs soumet également ce contentieux à la procédure inquisitoire. Dans ce domaine, le juge est lié par le fondement juridique tel qu'il ressort de la décision de placement en rétention et ne peut pas le substituer par un autre fondement. Selon la jurisprudence de l'Upravno sodišče (Tribunal administratif), lors du contrôle de légalité du placement en rétention, le Tribunal administratif doit examiner d'office la légalité de toutes les conditions de placement en rétention supérieur à une durée de trois mois⁸⁸. Alors que l'introduction d'un recours à l'encontre des décisions du Ministrstvo za notranje zadeve (ministère de l'Intérieur) concernant le placement en rétention est possible devant le Tribunal administratif, un appel à l'encontre de la décision du Tribunal administratif est ouvert devant cette dernière juridiction. S'agissant de la prolongation de la rétention, le Tribunal administratif se réfère à l'arrêt Mahdi⁸⁹, selon lequel une autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une telle prolongation est justifiée, ce qui nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce. Selon la jurisprudence du Vrhovno sodišče (Cour suprême)⁹⁰, le juge est tenu de relever d'office les modalités dudit placement en rétention et d'en vérifier les conditions matérielles. Il doit ainsi examiner s'il s'agit d'un « placement dans un centre ou en dehors d'un centre » – ces deux types de placement permettant une certaine liberté de circulation – ou alors, s'il s'agit d'un « placement en rétention » – qui restreint la liberté de circulation.

⁸⁸ En revanche, le contrôle d'office de tout placement en rétention inférieur à trois mois incombe au ministère de l'Intérieur.

⁸⁹ Arrêt du 5 juin 2014, Mahdi, C-146/14 PPU (EU:C:2014:1320),

⁹⁰ Vrhovno sodišče (Cour suprême, Sloénie), ordonnance du 9 juillet 2015, X Ips 339/2013, ECLI:SI:VSRS:2015:X.IPS.339.2013.

53. Au sein de l'ordre juridique **espagnol**, la loi contient des indications sur les éléments du contrôle de légalité des mesures de rétention devant être relevés d'office⁹¹. Il pourrait être déduit de l'office du juge ainsi décrit dans la loi et du principe de la procédure de type inquisitoire applicable à ce contentieux que le juge exerce un contrôle de légalité en examinant tous les éléments de fait et de droit pertinents, y compris d'office.
54. Dans deux autres États membres, il semblerait que le contrôle de légalité des mesures de rétention implique une obligation de relever d'office les éléments que le juge estime pertinents en raison du *contrôle « complet » de légalité* qu'il doit exercer.
55. Il en va ainsi en **Finlande**, où, même si la loi n'indique pas les éléments du contrôle de légalité devant être relevés d'office, elle ne limite pas les éléments du contrôle de légalité que le juge doit examiner à ceux soulevés par la personne retenue. Le juge de première instance en charge de ce contentieux (finnois : käräjäoikeus ; suédois : tingsrätt, tribunal de première instance, Finlande) semble devoir examiner tous les éléments de fait et de droit qu'il considère pertinents, y compris donc ceux qui n'ont pas été soulevés par la personne retenue⁹².
56. Dans ce même État membre, il semblerait que le hovioikeus (suédois : hovrätt, cour d'appel, Finlande) dans le cadre de la plainte (recours extraordinaire permettant de contester les vices de procédure graves) dont il peut être saisi contre une décision d'un tribunal de première instance, ait la faculté de relever

⁹¹ L'article 62, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la loi organique 4/2000 sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et sur leur intégration sociale dispose que le juge, « conformément au principe de proportionnalité, prend en considération les circonstances de l'affaire et, en particulier, le risque de non-comparution par manque d'adresse ou de documents d'identification, les actions de l'étranger visant à entraver ou à éviter l'expulsion, ainsi que l'existence de condamnations ou de sanctions administratives antérieures et d'autres procédures pénales ou de sanctions administratives en cours ».

⁹² Ceci semble ressortir de la jurisprudence de première instance trouvée en la matière. Sans qu'il soit possible de qualifier la procédure applicable devant ce juge de première instance d'inquisitoire, il peut être relevé que ce juge exerce un rôle déterminant dans la conduite de l'instance.

d'office certains éléments qu'elle juge pertinents. Il apparaît en effet qu'il serait en mesure d'examiner non seulement les questions procédurales invoquées par la personne retenue, mais aussi, de façon exceptionnelle pour ce contentieux, les questions de fond. Dans deux décisions, prononcées respectivement en janvier et en mars 2020 par le Itä-Suomen hovioikeus (cour d'appel de Finlande orientale)⁹³, cette juridiction semble ainsi avoir examiné d'office l'existence de mesures coercitives moins strictes que la rétention. De telles mesures moins strictes ayant été jugées insuffisantes en l'occurrence, les deux plaintes ont été rejetées. En revanche, le Korkein oikeus (suédois : Högsta domstolen, Cour suprême, Finlande), dans le cadre du recours contre une décision prononcée par une cour d'appel à la suite d'une plainte, ne peut vraisemblablement examiner que les éléments invoqués dans le recours.

57. Le droit **italien** impose également au juge civil chargé de la validation de la mesure de placement en rétention un contrôle complet de sa légalité, incluant le contrôle de sa procédure d'adoption. Étant donné que l'audience de validation (et le contrôle de légalité qu'elle implique) est systématique, qu'elle n'est pas déclenchée par le recours de la personne retenue (le préfet de police ayant ordonné le placement en rétention devant obligatoirement saisir le juge compétent pour la valider) et étant donné cette exigence d'un contrôle complet de la légalité de cette mesure, la question d'une limitation du contrôle de légalité aux moyens soulevés par cette personne retenue ne se pose pas.
58. Cependant, au niveau de la cassation, dans cet État membre, le contrôle juridictionnel est limité aux moyens tirés de la violation de la loi soulevés par le requérant. Le juge de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation, Italie) ne peut en effet pas étendre la portée de son contrôle, étant lié par le principe, inscrit dans le code de procédure civile, de correspondance entre ce qui est demandé et ce qui est prononcé. Ce principe signifie que le juge de cassation doit se prononcer sur l'ensemble de la demande, qu'il ne peut pas décider au-

⁹³ Itä-Suomen hovioikeus (cour d'appel de Finlande orientale), décisions du 13 janvier 2020, n° 8, R20/15, et du 12 mars 2020, n° 129, R20/236.

delà des limites de la demande formulée, et qu'il ne peut pas décider sur des exceptions dont la détection est laissée à l'initiative des parties. Il ressort néanmoins de la jurisprudence de cette juridiction que le juge de la Corte suprema di cassazione (Cour de cassation) peut trancher des questions non soulevées par la partie principale pour autant qu'elles soient préalables à la question principale.

59. Le droit **lituanien** se réfère notamment à l'existence de *moyens d'ordre public* pour justifier un pouvoir d'office du juge en charge de ce contentieux. Ainsi, dans cet État membre, en première instance, en application de la loi sur la procédure administrative, le juge apprécie d'office les circonstances pertinentes pour la solution correcte du litige. Il définit lui-même la portée de cette appréciation⁹⁴ et n'est pas lié par les demandes des parties de l'affaire au principal. Cette loi précise également que le juge ne peut aller au-delà du cadre de la requête sauf dans les cas où l'ordre public l'exige ou lorsque le fait de ne pas dépasser ce cadre de la requête porterait atteinte, d'une manière significative, aux droits et intérêts légitimes de l'État, d'une municipalité ou d'une personne. En appel, le juge de ce même ordre juridique doit également aller au-delà du cadre du pourvoi lorsque l'ordre public l'exige ou lorsque le fait de ne pas dépasser le cadre du pourvoi porterait atteinte, d'une manière significative, aux droits et intérêts légitimes de l'État, d'une municipalité ou d'une personne. À titre d'illustration, il ressort de la jurisprudence que le juge tient notamment compte de la vulnérabilité de la personne retenue. Ainsi, si le maintien en rétention risque d'aggraver l'état de santé d'une personne souffrant

⁹⁴ Selon cette loi, étant donné son rôle actif dans la conduite de l'instance, le juge peut proposer aux parties de présenter des preuves supplémentaires ou les obtenir à la demande des parties ou d'office. D'après la jurisprudence du Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Cour administrative suprême de Lituanie), le juge peut et doit avoir recours à la possibilité d'obtenir des preuves s'il apparaît en cours d'instance que des données supplémentaires sont nécessaires pour que les circonstances pertinentes à la solution du litige soient établies et examinées d'une manière complète et objective [Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Cour administrative suprême), arrêt du 15 février 2012 dans l'affaire N° A-63-1343-12]. Cependant, seules les preuves qui sont directement liées au litige et peuvent confirmer ou réfuter des circonstances nécessaires pour la solution du litige sont considérées comme pertinentes dans le processus de l'appréciation des preuves [Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Cour administrative suprême), arrêt du 16 mai 2018 dans l'affaire N° A-1641-556/2018].

d'une maladie psychique, le juge évalue d'office cette situation et peut annuler la rétention.

60. Dans certains des ordres juridiques inclus dans la présente étude, alors même que le principe de la procédure inquisitoire n'est pas appliqué à ce contentieux, qu'un contrôle complet de légalité n'est pas imposé au juge national en ayant la charge, et que l'existence de moyens d'ordre public n'est pas explicitement énoncée, *la réglementation et/ou la jurisprudence impose(nt) au juge de relever d'office certains éléments du contrôle de légalité.*
61. Ainsi, dans l'ordre juridique **français**, il apparaît que le juge en charge de ce contentieux, en application du code de procédure civile (et également du code de justice administrative pour le contentieux résiduel dont le juge administratif a la charge)⁹⁵, peut relever d'office des moyens de droit à condition de les soumettre au contradictoire. Le juge doit les relever d'office lorsqu'il s'agit de moyens de pur droit, entendus comme des moyens n'exigeant l'appréciation d'aucun fait non déduit devant le juge du fond. En outre, en vertu du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁹⁶, le juge peut relever d'office une irrégularité tenant à une violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou tenant à l'inobservation des formalités substantielles. Il ne peut cependant prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que si cette irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. S'il n'existe pas de définition de ces notions dans la loi, les exemples jurisprudentiels trouvés montrent que le défaut d'information s'agissant des modalités de la prise d'empreintes d'un étranger, ou l'absence d'information de l'avocat désigné par l'étranger retenu en relèvent. Par ailleurs, le juge des

⁹⁵ Conformément à l'article 16 du code de procédure civile **français**, « [l]e juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. *Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations [...]* » (italiques ajoutés). Pour le juge administratif en charge du contentieux résiduel en la matière, la même règle est énoncée à l'article R. 611-7 du code de justice administrative.

⁹⁶ Article L. 552-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

libertés et de la détention peut également, à tout moment, après avoir mis l'autorité administrative en mesure de présenter ses observations, de sa propre initiative ou à la demande du ministère public, décider la mise en liberté de l'étranger lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient⁹⁷.

62. En **Pologne**, l'Ustawa o cudzoziemcach (loi sur les étrangers), du 13 juin 2003 (Dz. U. 2013 position 1650) prévoit également une obligation, pour la juridiction statuant en appel dans ce domaine [Sąd Okręgowy (tribunal régional)], d'examiner d'office les conditions potentiellement néfastes du placement en rétention sur l'étranger. Elle doit en particulier examiner si la rétention pourrait mettre en danger la vie ou la santé physique et psychique d'une personne retenue, ainsi que le fait de savoir si son état physique et psychique peut justifier une présomption qu'il a été soumis à la violence. À cet égard, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a jugé que, pour apprécier la légalité d'un placement en rétention, dans le cadre de l'examen de l'impact d'un tel placement sur l'état psychologique des personnes retenues, les tribunaux compétents de droit commun sont tenus de convoquer des experts et ne sont pas autorisés à apprécier une telle circonstance par eux-mêmes⁹⁸. Il ressort d'un arrêt du Sąd Najwyższy (Cour suprême) du 4 février 2015⁹⁹ qu'une telle règle devrait s'appliquer à toute la procédure concernant le placement des étrangers dans les centres spécialisés, à commencer par les tribunaux d'arrondissement.
63. Enfin, le droit **tchèque** prévoit plusieurs moyens devant être relevés d'office par le juge en charge de ce contentieux. Ainsi, selon le code de justice administrative, le juge doit contrôler d'office l'éventuelle inexistence d'une décision administrative de placement ou de maintien en rétention. La jurisprudence impose quant à elle notamment de contrôler d'office, outre certaines violations de droits de nature constitutionnelle déjà indiquées,

⁹⁷ Article R. 552-18 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁹⁸ Sąd Najwyższy (Cour suprême), arrêt du 2 mars 2017, n° II KK 358/16.

⁹⁹ Sąd Najwyższy (Cour suprême), arrêt du 4 février 2015, n° III KK 33/14.

l'application d'une autre réglementation que celle devant être appliquée et la nullité absolue d'un acte juridique.

II. MOTIVATION DES DÉCISIONS JUDICIAIRES RELATIVES AUX MESURES DE RÉTENTION

64. L'étude comparative a permis de mettre en évidence le fait que l'obligation de motivation des décisions judiciaires constitue la règle générale applicable dans tous les ordres juridiques considérés (partie A). Dans certains ordres juridiques, des exceptions limitées à cette règle générale permettent au juge de motiver de façon sommaire sa décision (partie B).

A. OBLIGATION DE MOTIVATION

65. Tradition constitutionnelle commune aux États membres de l'Union européenne, principe consacré par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit à une protection juridictionnelle effective, auquel participe l'obligation de motivation, constitue une garantie essentielle contre l'arbitraire et un principe fondateur de l'État de droit. L'obligation de motivation se trouve dès lors naturellement affirmée **dans tous les ordres juridiques étudiés**.
66. L'obligation de motivation formelle, qui se distingue de l'obligation, substantielle, de fonder en droit une décision, permet concrètement au requérant d'exercer son droit de recours et au juge d'exercer son contrôle. Dans l'exercice de ce contrôle, le juge doit lui-même motiver ses décisions¹⁰⁰. Selon que les recours sont exercés en fait ou en droit, que ces décisions juridictionnelles sont

¹⁰⁰ À titre d'exemples de formulations législatives de l'obligation de motivation : en **France**, l'article 455 du code de procédure civile dispose que « le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif » ; l'article L. 9 du code de justice administrative dispose pour sa part : « Les jugements sont motivés » ; en **Italie**, l'article 111, sixième alinéa, de la Constitution dispose « Toutes les mesures juridictionnelles doivent être motivées. » ; en **Lituanie**, en vertu de l'article 87, paragraphe 4, de la loi sur la procédure administrative, la décision juridictionnelle doit indiquer 1) les faits de l'affaire établis par le juge, 2) les preuves sur lesquelles le juge fonde ses conclusions, 3) les arguments du juge qui justifient le rejet de certaines preuves, 4) les dispositions de la loi appliquée.

rendues en première instance, en deuxième instance ou en cassation, l'étendue de cette motivation peut varier. Conséquence des traditions juridiques nationales, de la procédure appliquée (administrative, civile, ou pénale) à la matière considérée, et dès lors, de l'office du juge qui en découle, la motivation peut également être plus ou moins étendue.

67. À cet égard, il convient de relever que le contentieux des décisions juridictionnelles adoptées en matière de rétention des étrangers de pays tiers ne fait pas exception au principe de l'obligation de motivation¹⁰¹, sauf cas particuliers¹⁰².
68. Plus précisément, dans ce domaine de la rétention des étrangers, l'obligation de motivation des décisions judiciaires a été inscrite dans le droit dans plusieurs États membres. Ainsi, en **Allemagne**, l'ordonnance de placement en rétention doit être motivée en vertu de l'article 38, paragraphe 3, premier alinéa du FamFG, laquelle doit contenir les éléments factuels et de droit pertinents en l'espèce. La simple indication d'un motif de rétention n'est, à cet égard, pas considérée comme étant suffisante. Sans motivation, le délai de recours ne commence pas à courir. La loi exige également que le dispositif d'ordonnance contienne une désignation de la rétention indiquant la sorte de rétention, ainsi que la date de la fin de la rétention. Les décisions des juridictions de recours doivent également être motivées (article 69, paragraphe 2, du FamFG), les dispositions susmentionnées concernant le régime juridique en première instance s'appliquant *mutatis mutandis* (article 69, paragraphe 3, du FamFG). En **Espagne**, l'article 62, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la loi organique 4/2000 sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et sur leur intégration sociale, dispose que le juge « statue par ordonnance motivée » en matière de contrôle de légalité des décisions portant sur les mesures de rétention. En

¹⁰¹ À titre d'exemple, en **France**, l'examen de la jurisprudence révèle que même en matière de remise en liberté de l'étranger retenu décidée par le juge des libertés et de la détention, au motif de la « violation de ses droits » constatée, la cassation de la décision juridictionnelle survient lorsque l'obligation de motivation n'y est pas strictement respectée.

¹⁰² Sur ces cas, voir ci-après, partie II.B.

Estonie, l'article 265, paragraphe 3, du code de procédure administrative contentieuse impose que toute ordonnance en matière de rétention indique les motifs sur la base desquels le juge est parvenu à ses conclusions, ainsi que la législation pertinente en l'espèce. En **Finlande**, l'article 126, paragraphe 1, de la *ulkomaalaislaki* 301/2004 (loi sur les étrangers), telle que modifiée par la loi n° 813/2015) dispose que la décision judiciaire « doit énoncer le motif de la rétention », précisant ainsi l'obligation générale de motivation inscrite dans le code de procédure. En vertu du droit **polonais**, l'ordonnance judiciaire de placement en rétention doit contenir une justification indiquant et expliquant précisément les motifs de droit et de fait pour lesquels un étranger est placé en centre surveillé.

69. L'étude n'a donc pas fait apparaître de dispositions ou de pratiques jurisprudentielles permettant à toutes les juridictions, ou à certaines d'entre elles statuant sur la légalité des rétentions, de motiver sommairement leurs décisions de rejet de recours ou d'appel.

B. EXCEPTIONS AUTORISANT UNE MOTIVATION SOMMAIRE

70. Quelques exceptions¹⁰³ au principe précité d'obligation de motivation des décisions judiciaires, ou des aménagements propres à la matière étudiée, existent dans certains des ordres juridiques étudiés. Les hypothèses suivantes sont relevées à titre d'exemples, elles ne prétendent pas à une exhaustivité comparative.

¹⁰³ Les recherches effectuées n'ont pas permis de mettre en évidence de jurisprudence de nature constitutionnelle ou autre portant sur les dispositions et la jurisprudence présentées dans cette partie.

71. Selon la nature du contrôle opéré, les hypothèses de motivation de décisions juridictionnelles rendues après recours en fait (première instance, appel)¹⁰⁴ et en droit (pourvoi/cassation) peuvent être distinguées. Les juridictions suprêmes en charge des recours en cassation semblent, dans certains États membres (en **Allemagne**¹⁰⁵ et en **France**¹⁰⁶ par exemple) pouvoir recourir à une motivation plus sommaire¹⁰⁷.
72. Dans l'ordre juridique **français**, un examen de la jurisprudence administrative semble par ailleurs mettre en évidence une possibilité de recourir à une motivation plus brève que dans les domaines du droit civil ou du droit pénal. Cela ressort également, en **Pologne**, de l'examen de la jurisprudence de droit

¹⁰⁴ En **Estonie**, le Riigikohtu halduskolleegium (chambre administrative de la Cour suprême) a retenu que, bien que l'autorisation de rétention doive contenir les motifs concernant l'absence de recours à des mesures moins contraignantes que la rétention, la juridiction saisie de l'appel ou du recours contre l'ordonnance de la cour d'appel peut, néanmoins, confirmer l'ordonnance rendue dans l'instance précédente si elle est convaincue que la rétention est proportionnée et qu'elle justifie cette position elle-même [Riigikohtu halduskolleegium (chambre administrative de la Cour suprême), ordonnance du 29 janvier 2015 dans l'affaire n° 3-3-1-52-14]. Ainsi, cela vaut également pour la Riigikohus (Cour suprême), qui, en examinant l'ordonnance d'une cour d'appel à l'occasion d'un recours contre une telle ordonnance (*määruskaebus*), peut rejeter ce recours et confirmer l'ordonnance rendue en première instance. En **France**, dans le contexte du principe exposé à l'article 455 du code de procédure civile, le juge d'appel est tenu de répondre aux moyens qui figurent dans la déclaration d'appel (même en l'absence de l'appelant ou de son représentant).

¹⁰⁵ En **Allemagne**, l'article 74, paragraphe 7, du FamFG prévoit que le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), décidant sur un recours fondé sur une violation du droit, peut s'abstenir de motiver une décision, lorsque cette motivation ne serait pas susceptible de clarifier des points de droit d'importance de principe, de développer le droit ou de garantir l'uniformité de la jurisprudence. La disposition porte également sur la motivation concise d'une décision (*argumentum a fortiori*). Elle a été introduite prenant en compte le fait, *inter alia*, que les affaires de rétention sont recevables sans admission au vu de la personne concernée et que l'introduction d'un tel recours a pour conséquence une augmentation du nombre des affaires auprès du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice). Cette juridiction statue discrétionnairement sur la simplification des formalités de motivation.

¹⁰⁶ Constat à faire sous réserve cependant des évolutions en cours depuis 2019 en **France**, où la Cour de cassation a entrepris de modifier ses méthodes rédactionnelles et de recourir à une motivation plus développée (enrichie) dans les arrêts les plus importants, notamment dans les cas de revirements de jurisprudence, de solutions de droit nouvelles, d'unification de la jurisprudence ou de mise en cause de droits fondamentaux.

¹⁰⁷ En **République tchèque**, sous réserve de l'applicabilité de cette disposition aux mesures de rétention, le code de justice administrative prévoyait initialement la possibilité de ne pas motiver la non-admission d'un pourvoi en cassation en matière de protection internationale. Le Nejvyšší správní soud (Cour administrative suprême) n'a cependant, pratiquement, pas recouru à cette possibilité. Cette disposition a été supprimée le 1^{er} avril 2021.

commun, et plus précisément, de la jurisprudence pénale dans laquelle il est fait application du droit administratif.

73. Prenant en compte la position des parties, en **Lituanie**, la loi sur la procédure administrative autorise également le juge à motiver sa décision d'une manière sommaire lorsque la partie défenderesse souscrit sans réserve aux réclamations de la partie requérante.
74. Au-delà de ces indications de systèmes dans lesquels une motivation sommaire est autorisée, par exception, pour les décisions de rejet de recours ou d'appel, quelques exemples de régimes autorisant une motivation sommaire au stade du contrôle juridictionnel effectué lors de la « validation » de la mesure de rétention peuvent être relevés. À cet égard, dans le contexte de la survenance de circonstances exceptionnelles, depuis le 7 mai 2020, au titre des mesures dites « nécessaires pour atténuer les effets et les conséquences de la propagation du COVID-19 », l'**Estonie** a modifié sa législation en matière de rétention des étrangers¹⁰⁸, laquelle prévoit désormais une règle spéciale dans les cas où un nombre exceptionnellement élevé de demandes de rétention a été soumis au tribunal compétent pour en juger et que celui-ci n'est pas en mesure de contrôler les rétentions en question conformément à la procédure applicable. Dans un tel cas, le tribunal peut, « en raison d'un obstacle objectif », rendre une ordonnance de rétention sans la partie descriptive habituellement requise et sans motivation. Si la personne retenue souhaite contester une telle ordonnance, la juridiction concernée est alors tenue de lui fournir un exposé descriptif et justificatif dans les meilleurs délais. Il n'y a pas, à ce jour, de jurisprudence en la matière.
75. En **Italie**, les décrets adoptés par les juges, à la différence des ordonnances et des arrêts, remplissent une fonction principalement préparatoire au procès, et ne nécessitent normalement pas de motivation spécifique, sauf lorsque cela est requis par la loi, comme c'est le cas dans les procédures en chambre de conseil

¹⁰⁸ Il s'agit de la Välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seadus (loi sur l'octroi de la protection internationale aux étrangers) (RT I, 2020, 4) et de la Väljasõidukohustuse ja sissesõidukeelu seadus (loi sur l'obligation de quitter et l'interdiction d'entrer dans le pays) (RT I, 2020, 3).

qui s'appliquent pour la validation du placement en rétention. Le juge de la rétention n'est alors pas dispensé de l'obligation de motivation, mais cette obligation n'est pas aussi large que l'obligation correspondante en matière d'ordonnances ou d'arrêts et la motivation peut être plus sommaire. Le juge, sans les réécrire dans la décision, peut alors se borner à indiquer quels éléments, parmi ceux indiqués dans la requête qui le saisissait, l'ont convaincu de prendre la mesure demandée, et prouver, même implicitement, qu'il a examiné toute la question litigieuse.

CONCLUSION

76. S'agissant tout d'abord du régime du contrôle juridictionnel des mesures de rétention, il ressort en premier lieu de l'étude comparative que le régime applicable aux mesures de rétention varie entre les États membres. Si, dans la plupart d'entre eux, ces mesures sont de nature administrative, selon les ordres juridiques, des juges judiciaires (civils ou pénaux) et/ou administratifs en connaissent, ceci entraînant l'application de règles procédurales différentes entre les États membres.
77. En deuxième lieu, il peut être relevé que, dans ce domaine, les conditions de légalité des mesures de rétention trouvent leur origine dans le droit dérivé de l'Union (directive 2008/115, directive 2013/33 et règlement n° 604/2013).
78. En ce qui concerne, en dernier lieu, la portée du contrôle juridictionnel de la légalité des mesures de rétention, l'analyse a permis de relever, d'une part, que l'office du juge est notamment régi par le principe *jura novit curia*. L'étendue du contrôle matériel qu'il exerce, son rôle dans l'organisation et la conduite de l'instance sont quant à eux en grande partie déterminés, selon les ordres juridiques, par les principes accusatoire ou inquisitoire. D'autre part, elle a permis de mettre en lumière le fait que, dans la quasi-totalité des ordres juridiques impliqués, ces principes imposent que le juge relève d'office certains moyens de fond, qui diffèrent selon les ordres juridiques. Dans deux États membres, le juge compétent a également la faculté de relever d'office certains

éléments de fait ou de droit autres que ceux qu'il a l'obligation de relever d'office. Dans certains ordres juridiques, il peut être noté que ce sont parfois uniquement les juges de certains degrés de juridiction qui sont concernés par cette obligation ou cette faculté de relever des moyens d'office.

79. Le nombre et l'étendue des éléments de fait et de droit du contrôle de légalité devant ou pouvant être relevés d'office varie d'un État membre à l'autre. En particulier, il apparaît que, dans plusieurs ordres juridiques, certains moyens de fond doivent être relevés d'office par le juge en charge de ce contentieux. Il en va par exemple ainsi des moyens relatifs à la protection des droits fondamentaux de la personne retenue, des moyens tenant à la violation de droits ou principes constitutionnels et des moyens tenant au placement en rétention ou aux conditions matérielles de la rétention. Enfin, il peut être souligné que, dans les États membres prévoyant de tels moyens devant ou pouvant être relevés d'office, le législateur n'a pas toujours justifié l'existence d'un pouvoir d'office du juge en recourant à la notion d'« ordre public ».
80. S'agissant ensuite du régime de la motivation des décisions intervenant dans ce domaine, il ressort de l'étude que les décisions juridictionnelles adoptées en matière de rétention des étrangers sont soumises, par principe, dans la mesure où celle-ci se caractérise par l'adoption de mesures privatives de liberté, à l'obligation de motivation, laquelle participe du principe de protection juridictionnelle effective. Des nuances dans la substance et la forme de la motivation requise peuvent être observées, en général, au regard de la nature du contrôle juridictionnel opéré (recours en fait, recours en droit), au regard des éléments du dossier déjà connus du requérant, selon le degré de l'instance en cours (première ou deuxième instance, cassation, adoption d'une ordonnance de validation de la mesure de rétention ou de prolongation ultérieure de celle-ci), du fait de l'accord préalable des parties, ou, dans un État membre, du fait de la survenance de circonstances exceptionnelles.

[...]