

# Les mutations du contentieux administratif des étrangers

Bernard Even

*Magistrat administratif*

*Vice-président de la Fédération européenne des juges administratifs (FEJA)*

La situation juridique des étrangers en France est, comme dans les autres pays européens, principalement définie par des mesures de police administrative régissant l'entrée, le séjour et l'éloignement du territoire<sup>1</sup>. Ces décisions peuvent, comme pour tous les actes administratifs, selon les principes de droit commun, être soumises au contrôle de la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir. Et la jurisprudence a progressivement accentué l'intensité de ce contrôle, exercé depuis une période ancienne à l'égard notamment des expulsions et des décrets d'extradition<sup>2</sup>.

La première législation concernant les mesures d'expulsion remonte à la loi du 3 décembre 1849, qui permettait au ministre de l'Intérieur de prononcer la reconduite à la frontière des étrangers en cas de trouble à l'ordre public. C'est avec la loi Bonnet du 10 janvier 1980 que l'entrée ou le séjour irréguliers sont devenus des motifs d'expulsion au même titre que la menace pour l'ordre public.

Les pratiques administratives et le paysage contentieux ont profondément changé de nature, à partir du milieu des années 1980, avec la dissociation introduite par la loi du 9 novembre 1986 entre « l'expulsion » pour un motif d'ordre public et « la reconduite à la frontière » des étrangers en situation irrégulière. Les expulsions

---

1. L'éloignement des étrangers en situation irrégulière ne résulte pas de la décision d'un juge mais d'un acte administratif qui peut être soumis à un contrôle juridictionnel : ce système ne constitue pas une particularité française, mais se retrouve également, selon des modalités diverses, dans les autres pays européens : « L'expulsion des étrangers en situation irrégulière : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Italie et Royaume-Uni », Étude de législation comparée n° 162, avr. 2006 – en ligne sur le site du Sénat : [<http://www.senat.fr/lc/lc162/lc162.html>].

2. CE, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*; CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*.

demeurent soumises à la « règle fondamentale du droit public<sup>3</sup> », reprise par l'article L. 4 du Code de justice administrative, selon laquelle les actes administratifs étant exécutoires, les recours contentieux ouverts à leur encontre ont un caractère non suspensif. Tandis que les reconduites peuvent être contestées depuis 1990 par la voie d'un recours dérogatoire suspensif conçu comme permettant de garantir l'effectivité du contrôle juridictionnel<sup>4</sup>. L'introduction de cette garantie contentieuse a paradoxalement accompagné le durcissement progressif de la politique d'immigration. Alors que les expulsions demeurent peu nombreuses (292 en 2007), le nombre des reconduites à la frontière, infiniment plus important, a explosé. Il atteignait le chiffre de 64 609 en 2006, avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif des obligations de quitter le territoire français (OQTF), lequel s'est partiellement substitué aux arrêtés préfectoraux de reconduites à la frontière (APRF)<sup>5</sup>.

Conscient des caractéristiques très particulières de ce recours suspensif, le législateur avait initialement envisagé d'attribuer cette compétence au juge judiciaire (TGI). Mais le Conseil constitutionnel a, par une décision très ferme et particulièrement motivée, en référence à sa jurisprudence de principe « Conseil de la concurrence » forgée deux ans auparavant<sup>6</sup>, censuré cette procédure comme contraire à « un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

#### Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, extraits

Considérant que, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ;

3. CE, Ass, 2 juill. 1982, *Huglo, Lebon* 257.

4. Cette réforme a été introduite sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un éloignement étant susceptible de provoquer des conséquences irréversibles, l'art. 13 de la Convention européenne exige que l'intéressé ait accès à un recours effectif c'est-à-dire de plein droit suspensif. C'est en application du même principe qu'a été institué par l'art. 24 de la loi du 20 nov. 2007 un recours suspensif à l'encontre des décisions de refus d'entrée au titre de l'asile, à la suite de la condamnation de la France par l'arrêt de la CEDH *Gebremedhin* du 26 avr. 2007.

5. Pour avoir un panorama complet des mesures d'éloignement il convient d'y ajouter 11 138 décisions administratives de réadmission des demandeurs d'asile dans un autre pays membres de l'Union européenne et 3 580 interdictions judiciaires du territoire édictées en 2007.

6. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC.

Considérant que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée constituent l'exercice de prérogatives de puissance publique; qu'il en va ainsi notamment des mesures de refus d'entrée sur le territoire national visées à l'article 5 de l'ordonnance, des décisions relatives à l'octroi d'une carte de séjour mentionnées à l'article 6 de l'ordonnance, des décisions concernant la délivrance de la carte de résident dans les cas visés respectivement par les articles 14 et 15 de l'ordonnance, de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière d'un étranger se trouvant en situation irrégulière pris en application de l'article 22 de l'ordonnance, de l'expulsion d'un étranger dans les hypothèses définies aux articles 23 à 26 de l'ordonnance, ou de son assignation à résidence en vertu de l'article 28 de l'ordonnance;

Considérant que, s'agissant de l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par un de ses agents de prérogatives de puissance publique, les recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers relèvent de la compétence de la juridiction administrative;

Considérant que le législateur a, dans le cas particulier de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, entendu déroger, par l'article 10 de la loi déferée, aux règles habituelles de répartition des compétences entre les ordres de juridiction en se fondant sur la compétence reconnue à l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle et notamment de peines privatives de liberté ainsi qu'en ce qui concerne les questions relatives à l'état des personnes; qu'il a estimé également qu'un transfert de compétence au tribunal de grande instance statuant en la forme du référé répondait à un souci de bonne administration de la justice;

Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle; que l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 satisfait à cette exigence en soumettant au contrôle de l'autorité judiciaire toute prolongation au-delà de vingt-quatre heures du maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire d'un étranger qui soit n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français soit, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion ou devant être reconduit à la frontière, ne peut quitter immédiatement le territoire français;

Considérant, toutefois, que la compétence ainsi reconnue à l'autorité judiciaire pour contrôler une mesure de surveillance qui met en cause la liberté individuelle, s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives de refus d'accès au territoire national, de reconduite à la frontière ou d'expulsion; qu'au demeurant, une mesure de rétention de l'étranger qui est dans l'impossibilité de déférer immédiatement à une décision d'éloignement ne peut intervenir que « s'il y a nécessité absolue »; que dès lors, la prolongation par l'autorité judiciaire de cette mesure de surveillance ne saurait revêtir un caractère systématique et s'appliquer, tant s'en faut, à tous les cas où il y a intervention d'une décision administrative d'éloignement d'un étranger du territoire national;

Considérant que si l'entrée et le séjour irréguliers en France d'un étranger constituent, dans les cas visés aux articles 19 et 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, une infraction pénale relevant de la seule compétence du juge judiciaire, cette compétence spécifique ne saurait justifier qu'il soit fait échec à la compétence générale

du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique ;

Considérant sans doute qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction résultant de l'article 13-VI de la loi déferée, certaines catégories d'étrangers ne peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en raison de considérations liées à leur âge ou à leur situation familiale ; qu'en outre, une mesure d'éloignement n'est légalement justifiée que si l'intéressé est de nationalité étrangère ou n'a pas de nationalité ;

Considérant cependant que les litiges liés à ces situations ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence ; qu'au surplus, en vertu de dispositions identiques à celles du troisième alinéa de l'article 22 de l'ordonnance, est prohibée l'expulsion des mêmes catégories d'étrangers, hors le cas de la procédure exceptionnelle régie par l'article 26 de l'ordonnance ; que le contrôle de la légalité de semblables mesures ressortit à la compétence du juge administratif ;

Considérant par ailleurs, que la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés ; que, toutefois, cette exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative, ne saurait à elle seule autoriser qu'il soit porté atteinte à un principe de valeur constitutionnelle ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'article 10 de la loi déferée, qui méconnaît un principe fondamental reconnu par les lois de la République, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1946 et auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, doit être déclaré contraire à la Constitution ;

Cette compétence a en conséquence été confiée à la juridiction administrative par une loi du 10 janvier 1990 aux termes de laquelle : « L'étranger qui a fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière peut, dans les vingt-quatre heures suivant sa notification, demander l'annulation de cet arrêté au président du tribunal administratif... Cet arrêté ne peut être exécuté avant l'expiration d'un délai minimum de vingt-quatre heures suivant sa notification ou, si le président du tribunal administratif ou son délégué est saisi, avant qu'il n'ait statué » (art. 22 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée).

Ce nouveau dispositif contentieux a induit un bouleversement des modalités traditionnelles de fonctionnement des tribunaux administratifs. La procédure administrative contentieuse de droit commun, « essentiellement écrite<sup>7</sup> », mise en œuvre dans le cadre d'un exercice collégial, avec intervention d'un commissaire du gouvernement désormais rapporteur public, demeure le principe conformément aux articles L. 3 et L. 7 du Code de justice administrative. Mais c'est un juge unique, devant lequel une véritable procédure orale peut être mise en œuvre<sup>8</sup>, appelé à statuer dans

7. Formule utilisée d'Édouard Laferrière, régulièrement reprise par la jurisprudence : ex. : CE 1<sup>er</sup> déc. 1993, *Commune de Saint-Cyprien*, Lebon 333.

8. L'introduction de cette oralité en matière de contentieux des APRF a préfiguré la mise en œuvre du nouveau régime des référés administratifs institué par la loi du 30 juin 2000. V. sur ce sujet : J.-M. Sauvé, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative »,

l'urgence (des délais très brefs initialement fixé à 48 h, puis portés à 72 h par la loi du 26 novembre 2003 et 7 jours en cas de notification postale), qui intervient en matière de reconduites à la frontière.

Tous les commentateurs reconnaissent que les tribunaux administratifs se sont immédiatement adaptés sans dysfonctionnements à cette nouvelle mission qu'ils exercent depuis le 1<sup>er</sup> février 1990. Ils sont parvenus à faire face dans les délais requis à ce contentieux d'envergure et à garantir ainsi le respect de l'État de droit par l'administration en matière d'éloignement des étrangers en situation irrégulière.

Ce régime contentieux n'a guère évolué jusqu'en 2006, la montée en puissance progressive de ce dispositif dit des « arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière » (APRF) s'effectuant cependant dans un contexte d'intenses débats politiques relatifs à l'immigration, et d'une très forte instabilité normative caractérisée par un durcissement croissant du régime des titres de séjour et l'élargissement des catégories d'étrangers pouvant faire l'objet d'un éloignement<sup>9</sup>.

Le législateur de 2006 a tenté de rationaliser et de simplifier ce contentieux administratif de l'immigration en fusionnant, au moins en partie, le régime des recours ouverts contre les refus de séjour et les mesures d'éloignement (*loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006*). Cette réforme repose sur le mécanisme des refus de séjour, assortis d'une OQTF, et fixation du pays de destination : ces trois décisions, édictées simultanément, peuvent être soumises au contrôle juridictionnel par la voie d'un unique recours à effet partiellement suspensif, jugé selon la procédure collégiale de droit commun, sauf en cas de placement en rétention de l'intéressé, les APRF ne subsistant en principe qu'à l'encontre des seuls étrangers n'ayant jamais sollicité de titre de séjour.

Avant de présenter une synthèse prospective, il est utile d'analyser les principales caractéristiques du contentieux administratif de l'immigration, lequel suscite un malaise diffus au sein du corps des magistrats administratifs.

## I. LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DE L'IMMIGRATION ET LE MALAISE DES JUGES

Avec la montée en puissance du contentieux de l'immigration depuis les années 1990 les juges administratifs ont eu le sentiment de changer de métier et persistent à

---

Entretiens d'Aguesseau du 7 mars 2008, en ligne sur le site internet du Conseil d'État : [[http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours\\_vp/jean-marc-sauve-entretiens-d-aguesseau-7-mars-2008.pdf](http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours_vp/jean-marc-sauve-entretiens-d-aguesseau-7-mars-2008.pdf)].

9. Il ne s'agit pas là d'une spécificité de la politique d'immigration, mais le degré d'instabilité y est particulièrement accentué : l'ordonnance du 2 nov. 1945, qui s'appliquait avant l'instauration du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), a été modifiée 22 fois entre 1990 et sa codification intervenue en 2005 : v. le récapitulatif de ces modifications sur le site Légifrance.

éprouver un malaise diffus. L'exploration des caractéristiques de ce contentieux permet d'identifier les raisons de ce malaise.

Sauf exception, essentiellement à Paris et Cergy-Pontoise, les chambres des tribunaux administratifs ne sont pas spécialisées en contentieux des étrangers et tous les magistrats assurent des permanences de reconduite à la frontière. Ces principes d'organisation, qui recueillent un très large consensus au sein des juridictions, permettent de banaliser ce contentieux, de faire comme s'il s'agissait d'un contentieux comme les autres, et aussi de répartir plus harmonieusement cette charge de travail sur tous. Car il s'agit en vérité d'un contentieux particulier, à plusieurs titres. Les pouvoirs publics le présentent avant tout à travers sa dimension quantitative, comme un « contentieux de masse », dont la complexité juridique tend à être niée. Mais il s'agit également d'un contentieux très sensible, bien qu'il fonctionne pour partie à vide.

#### A. UN « CONTENTIEUX DE MASSE »

Cette expression, qui n'était guère employée au sein de la juridiction administrative, tend à être de plus en plus mise en avant pour présenter le contentieux administratif de l'immigration<sup>10</sup>. Et les chiffres semblent justifier ce qualificatif. Le volume du contentieux des étrangers, qui continue à progresser à un rythme soutenu, tend vers près de 30 % en moyenne des requêtes enregistrées chaque année par les tribunaux administratifs (46 480 requêtes en 2007, soit 26,54 % des entrées, contre 32 055 en 2003, et moins de 10 % des entrées jusqu'au début des années 1980; 47 % des entrées observées au niveau des CAA en 2007).

Cette croissance s'observe principalement au niveau des décisions d'éloignement. Elle résulte, de façon quasi mécanique, de l'augmentation du nombre de décisions édictées (particulièrement forte au cours de la période récente : 93 034 APRF et OQTF en 2007, contre 64 609 APRF en 2006) et du taux de recours. La majorité des décisions d'éloignement prononcées ne sont pas effectivement mises en œuvre, mais ce chiffre progresse, et comme il existe des procédures contentieuses incitatives, à effet suspensif, les tribunaux administratifs tendent à être de plus en plus souvent sollicités.

Les effectifs de magistrats, qui demeurent faibles<sup>11</sup>, n'ayant pas progressé à due concurrence, alors que les marges de productivité ont toutes été exploitées, et qu'il

---

10. Cette expression « contentieux de masse » suscite un débat au sein de la justice administrative. On semble sous-entendre à travers ce concept que les requérants intéressés ne seraient pas vraiment légitimes à saisir le juge administratif, ou plus exactement que la justice administrative pourrait se permettre de leur répondre d'une autre manière que dans le cadre des autres contentieux implicitement qualifiés de plus nobles. Cette vision se situait également en arrière-plan du débat relatif aux juridictions spécialisées. Si une telle conception était consacrée cela déboucherait sur une justice administrative à plusieurs vitesses. Il existe certes des requêtes stéréotypées et indigentes, mais certaines recèlent de vraies questions qu'il ne faut pas négliger.

11. Ces effectifs ont progressé mais demeurent faibles : en 2008 : 210 magistrats au Conseil d'État, 248 dans les cours administratives d'appel et 668 dans les tribunaux administratifs.

existe des délais législatifs pour statuer (trois mois en matière d'OQTF et 72 heures pour les APRF), cette pression quantitative croissante génère un effet d'éviction au détriment de tous les autres contentieux. Ce phénomène tend à déstabiliser l'ensemble de la justice administrative. Cette dernière a pour mission de corriger le non-respect par l'administration de l'État de droit, mais n'a pas été conçue pour réexaminer la totalité des décisions édictées dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique publique. C'est pourtant le phénomène qui tend à s'installer en matière d'immigration. Car eu égard à la dimension des enjeux pesant sur les étrangers étant l'objet d'une procédure d'éloignement, ces derniers sont tentés de saisir systématiquement le juge afin de « tenter leur chance ». Et cette situation pourrait s'apparenter au tonneau des Danaïdes si les autorités politiques et administratives se fixaient comme objectif de résorber l'ensemble de l'immigration irrégulière, estimé par l'Insee en 2005 à un chiffre situé entre 200 000 et 500 000 personnes, ce qui n'est guère envisageable<sup>12</sup>...

## B. UN CONTENTIEUX DOUBLEMENT SENSIBLE ET DÉLICAT : POLITIQUEMENT ET HUMAINEMENT

Tout contentieux est le reflet et l'occasion d'une tension. Et le champ de l'immigration ne déroge évidemment pas à cette règle. Mais cette sensibilité y est particulièrement exacerbée, de la part des auteurs des actes et de leurs destinataires.

Le pouvoir politique exerce une très forte pression sur les autorités de police et les préfets en fixant des objectifs chiffrés d'éloignement effectif des étrangers en situation irrégulière (28 000 en incluant 10 000 départs volontaires en 2008). Et cette tension se répercute indirectement au niveau de l'exercice du contrôle juridictionnel. Car il existe évidemment une contradiction à vouloir « faire du chiffre à tout prix », tout en s'évertuant à rendre des décisions exemptes de tous vices. Des dérives s'observent : des décisions trop hâtivement préparées sont édictées par les services préfectoraux, qui savent qu'elles seront de toute manière corrigées à travers l'exercice du filtre contentieux.

Cette sensibilité est naturellement exacerbée en cas de médiatisation. On se souvient en particulier de la réaction particulièrement vive du ministre de l'Intérieur qui avait prôné en 2004 une remise en cause de la compétence en première instance des tribunaux administratifs en matière d'expulsion à la suite de la suspension d'une de ses décisions<sup>13</sup>. Plus récemment le Comité interministériel de contrôle

---

12. Par-delà ces réalités objectives globales, il faut souligner, dans le cadre d'une analyse plus fine, que cette pression statistique n'est pas perçue de façon homogène au sein du corps des magistrats administratifs. Les jeunes magistrats, qui n'ont pas connu les différentes étapes de l'évolution depuis les années 1990, appréhendent souvent ce contentieux comme un « mal nécessaire », mais aussi comme une variable d'ajustement positive qui leur permet de mieux répondre aux objectifs statistiques globaux auxquels ils sont soumis.

13. L'examen de ces litiges en première instance a finalement été attribué au seul tribunal administratif de Paris : art. R. 312-8 al. 2 CJA. Le dossier chronologique de ce débat constitué par le SJA figure en ligne sur son site : [[http://www.sja-juradm.org/rubrique.php?id\\_rubrique=16](http://www.sja-juradm.org/rubrique.php?id_rubrique=16)].

de l'immigration (CICI) a stigmatisé le contrôle juridictionnel en le présentant comme constituant le premier obstacle à l'éloignement des étrangers, suscitant une vive réaction de la part du président du SJA<sup>14</sup>.

Par-delà ces considérations sociopolitiques, le contentieux des étrangers est perçu comme délicat par les juges à un second titre, parce qu'il les confronte directement à des situations humaines souvent difficiles, et parfois à la misère du monde, ce qui est généralement beaucoup moins le cas dans les autres champs d'intervention de la justice administrative.

### C. UN CONTENTIEUX DONT LA COMPLEXITÉ JURIDIQUE TEND À ÊTRE NIÉE PAR LES GESTIONNAIRES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

Pour justifier l'augmentation des normes statistiques pesant (de fait) sur les magistrats<sup>15</sup>, les gestionnaires de la juridiction administrative, Conseil d'État et chefs de juridictions, tendent à véhiculer l'idée selon laquelle ce contentieux serait juridiquement simple. Il existe effectivement des requêtes stéréotypées ou indigentes, mais il est cependant aisé d'établir qu'un tel constat procède de la vision tronquée d'une réalité bien plus complexe.

La complexité résulte en premier lieu des caractéristiques mêmes du droit de l'immigration : il s'agit d'un véritable maquis de textes, avec des règles foisonnantes<sup>16</sup>, proclamant des principes truffés d'exceptions, particulièrement instables, se situant à tous les niveaux de la hiérarchie des normes<sup>17</sup>.

S'agissant d'une matière touchant à l'exercice de plusieurs droits et libertés fondamentales, le juge est, conformément à la jurisprudence *Nicolo* forgée en 1989, souvent amené à examiner et parfois à faire prévaloir des normes internationales multilatérales élaborées au sein du système des Nations unies (telle la convention de New York sur les droits de l'enfant), ou au niveau européen (Convention euro-

14. Cinquième rapport au Parlement établi par le secrétariat général du CICI, extrait de la synthèse p. 16 : « Les annulations de procédure par la justice civile ou administrative ont constitué en 2007 la première cause des échecs enregistrés lors de la mise à exécution des mesures d'éloignement (34,4 % du total des échecs) », en ligne sur le site de la Documentation française : [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000036/index.shtml>].

15. Et sans doute aussi pour préparer les esprits à un allègement des règles procédurales : v. le second paragraphe consacré aux perspectives de réformes.

16. À titre d'illustration : le *Dictionnaire permanent de droit des étrangers* en 2 tomes des Éditions législatives y consacre 3 800 pages, en petits caractères...

17. Les syndicats de magistrats administratifs ne contestent pas la légitimité pour l'État de procéder à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et ne développent pas de véritables argumentaires concernant le régime des titres de séjour. Ils se bornent à faire observer que les dispositions législatives et réglementaires nouvelles, ainsi que les mesures individuelles d'application, doivent être conformes aux normes constitutionnelles et internationales (dont celles énoncées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Ils font observer que les juges sont dans le cas contraire amenés à garantir leur primauté juridique et à censurer les actes contraires édictés à l'encontre des étrangers. Ils concentrent leurs analyses sur la logique des mécanismes contentieux.



péenne des droits de l'homme). Il doit également tenir compte des conventions bilatérales<sup>18</sup> et les combiner avec des dispositions législatives ou réglementaires de droit commun conçues comme devant avoir une portée générale. Il doit suivre l'évolution incessante de ces textes, tenir compte des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, et des interprétations jurisprudentielles émanant du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est à cet égard surprenant d'affirmer que les tribunaux administratifs pourraient se borner en la matière à recopier des précédents, lorsque l'on sait que le Conseil d'État a été saisi neuf fois pour avis au sujet du dispositif des OQTF entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, et que 27 arrêts portant sur le contentieux des étrangers ont été classés en A ou B, c'est-à-dire publiés ou mentionnés aux tables du recueil *Lebon* en 2008, 27 en 2007, 29 en 2006, 19 en 2005...

La complexité résulte aussi de la circonstance que la procédure contentieuse administrative applicable au droit des étrangers recèle un mélange de règles de droit commun (intervention de la justice administrative de droit commun, collégialité avec intervention du rapporteur public, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et exercice traditionnel du pouvoir d'injonction...) et de dispositions dérogatoires (effet suspensif, urgence, juge unique, oralité...), dont les effets respectifs ne sont pas toujours parfaitement appréhendés, ni analysés.

La complexité découle enfin de la nature particulière de la mission exercée par les juges lorsqu'ils examinent la légalité des décisions visant les étrangers. L'office traditionnel des juges administratifs est de veiller à l'application des règles de droit et ne porte que sur l'examen de la légalité des actes administratifs. Mais il leur est difficile d'ignorer les problématiques humaines qui se situent en arrière-plan des litiges et d'occulter les conséquences de leurs décisions, lesquelles ne se résument que très imparfaitement en de simples débats juridiques. Les considérations juridiques abstraites et les problématiques factuelles sont plus qu'ailleurs étroitement entremêlées. Chaque cas est un cas d'espèce qui pose au juge non seulement la question classique de l'application des règles de droit abstraites et impersonnelles, mais aussi et peut être plus encore, celle de leur application à une situation humaine souvent difficile. Et l'application des règles de droit peut conduire à des impasses difficiles à corriger (d'autant qu'elles sont parfois implicitement validées voire recherchées par le législateur : comme la situation devenue marginale mais aberrante des étrangers dits « ni régularisables, ni expulsables »).

La technique juridique permet au magistrat administratif d'appréhender des situations caractérisées par une succession de décisions concernant le même individu, mais ce dernier peut ainsi légitimement se percevoir comme situé au sein d'un imbroglio, que son avocat peut d'ailleurs s'évertuer à exploiter.

Le mécanisme du recours pour excès de pouvoir est traditionnellement présenté comme étant particulièrement adapté pour contrôler la légalité des actes administratifs. Mais cette technique contentieuse, même enrichie par l'usage du pouvoir

---

18. Souvent peu lisibles ou ambiguës car inspirées par des considérations diplomatiques.

d'injonction, n'est peut-être pas la mieux à même pour appréhender des situations humaines. Jean-Marie Woehrling rappelle que « Le recours pour excès de pouvoir... a pour objet d'amener le juge à statuer sur la légalité de l'acte administratif de manière abstraite et objective. Il ne s'agit pas pour lui de statuer sur les droits des parties, mais de dire si, au regard des arguments soulevés par le requérant, la décision qui lui est soumise est illégale<sup>19</sup>. » C'est au regard de ce principe que l'administration peut se borner à examiner les demandes de titres de séjour à la lumière des seuls motifs allégués<sup>20</sup>, tandis que le juge n'examine pas globalement la situation juridique de l'étranger mais uniquement la légalité des mesures qui sont contestées. Il est dès lors permis de se demander s'il ne conviendrait pas de redéfinir la nature du contrôle juridictionnel en permettant au juge administratif de statuer, non plus selon la technique du recours pour excès de pouvoir, mais en plein contentieux, comme la Cour nationale du droit d'asile.

#### D. UNE MACHINE ADMINISTRATIVE ET JURIDICTIONNELLE QUI TOURNE EN PARTIE À VIDE

Les statistiques officielles les plus récentes font apparaître un écart substantiel entre les mesures d'éloignement prononcées et celles qui sont effectivement mises en œuvre. Le nombre des APRF prononcés, auxquels il convient d'ajouter aujourd'hui les OQTF, n'a cessé de croître<sup>21</sup>, tandis que le volume des éloignements effectifs qui se situe à un niveau très inférieur stagne depuis 2007 : 18 735 en 2006, 19 885 en 2007 et 19 724 en 2008.

Les magistrats connaissent cette situation et éprouvent un sentiment de contradiction d'ailleurs paradoxale à devoir statuer dans des délais rapides et prioritaires sur des décisions susceptibles d'avoir des conséquences humainement très sensibles, et à savoir qu'en vérité une fraction importante du travail juridictionnel induit par

19. J.-M. Woehrling, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », communication faite le 23 oct. 2003 au 10<sup>e</sup> Congrès biennal de droit administratif de Brescia en Italie, *RFAP* 2004. 533, accessible en ligne à l'adresse suivante : [[http://www.cairn.info/art..php?ID\\_ARTICLE=RFAP\\_111\\_0533](http://www.cairn.info/art..php?ID_ARTICLE=RFAP_111_0533)].

20. C'est ainsi par exemple que le moyen tiré de la violation de l'art. 8 de la CEDH consacrant le droit à la vie familiale normale n'est pas opérant à l'appui d'un recours dirigé contre un refus de titre portant la mention « étudiant », mais est susceptible d'être invoqué contre la décision d'éloignement...

21. V. les chiffres de l'Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration - Groupe permanent chargé des statistiques : rapport 2002-2003 publié en 2004, en ligne sur le site de la Documentation française : [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000610/index.shtml>].

2000 : 36 614 APRF édictés, dont 7 085 contestés au contentieux

2001 : 37 301

2002 : 42 485

2003 : 49 017

2004 : 64 221

2005 : 61 595

2006 : 64 609, dont 19 953 contestés au contentieux

2007 : 50 771 + 42 263 OQTF

ce contentieux est inutile puisque la majorité des décisions édictées, même confirmées au contentieux, ne sont pas mises en œuvre.

\*  
\* \*

Dans un tel contexte, les juges administratifs sont en matière d'immigration confrontés au *risque d'une double dérive* :

*Le risque de l'analyse sommaire et stéréotypée.* L'on a vu que le contentieux des étrangers présente les caractéristiques d'un « contentieux de masse ». Le risque face à un tel contentieux – qui pèse sur tous les acteurs : police, préfets, magistrats – c'est que l'on y déroule des procédures de masse, des raisonnements de masse, et que l'on perde un peu de vue la situation concrète des requérants. Les bases jurisprudentielles informatisées incitent à produire des décisions (de rejet) stéréotypées négligeant les particularités de chaque situation. Il faut notamment rappeler, à titre d'illustration, que nonobstant l'existence d'un contrôle juridictionnel spécifique du droit d'asile exercé par la CNDA le moyen tiré de la violation de l'article 3 de la CEDH n'est pas inopérant devant les tribunaux administratifs. Mais ces derniers tendent à aligner quasi systématiquement leurs positions afférentes à ce moyen sur les analyses de la CNDA<sup>22</sup>.

*Le risque de la subjectivité.* Certains concepts juridiques essentiels mis en œuvre dans le cadre de ce contentieux sont très vagues, et des questions juridiques importantes y afférentes sont imparfaitement résolues par les normes écrites et la jurisprudence. Il serait présomptueux de vouloir dresser en quelques lignes un paysage exhaustif de ces situations. Il est en revanche possible d'énumérer certaines questions ou concepts d'application parfois délicate : la situation des étrangers malades, celle des couples mixtes, les moyens tirés de la violation des articles 3<sup>23</sup>

22. Il est à cet égard important de résumer les principales caractéristiques chiffrées de ce contentieux de l'asile. Le taux de recours à l'encontre des décisions de l'OFPPRA est important, et le volume des annulations très élevé. Le nombre de demandes d'asile émanant de personnes majeures formulées auprès de l'OFPPRA est en forte baisse : 29 937 en 2007, soit - 9,7 % par rapport à 2006. 37 500 décisions ont été rendues par l'OFPPRA en 2007 : 11,6 % ont donné lieu à une décision positive, 22 676 recours devant la CNDA (contre 30 501 en 2006), soit un taux de recours de 87,5 %. 27 242 décisions ont été rendues par la CNDA en 2007, dont 19,9 % d'annulations (chiffre en augmentation : + 21,6 %). Il est dès lors permis de s'interroger sur la qualité de l'examen des demandes d'asile par l'OFPPRA. 19 % des recours introduits devant la CNDA sont rejetés pour irrecevabilité sans examen au fond (pour l'essentiel des forclusions). Le taux global d'admission est de 29,9 % en 2007 (OFPPRA + CNDA), 8 781 au total : 3 401 sur décision de l'OFPPRA, et 4 451 suite à jugement de la CNDA.

23. La décision fixant le pays de destination qui accompagne le cas échéant la mesure d'éloignement doit être conforme aux stipulations de l'art. 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE 5 avr. 2006, n° 284706). Et ladite décision est en conséquence annulée lorsque l'intéressé est personnellement menacé et court des risques pour sa sécurité en cas de retour dans son pays d'origine (v. par ex. : CE 4 oct. 2004, n° 254778). Mais les décisions de rejet ainsi motivées sont plus fréquentes : « Considérant que M. X, d'origine kurde, soutient qu'il est recherché par l'État turc en raison de ses activités en faveur de la cause kurde et qu'en cas de retour en Turquie, il encourrait le risque d'être exposé à des traitements inhumains ou dégradants ; qu'il res-

et 8<sup>24</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme, la notion d'erreur manifeste d'appréciation...

Il est important que ces concepts ne soient pas trop « cadrés » par la jurisprudence car la complexité de l'humain est irréductible au droit. Mais il ne faut pas que cela conduise à la subjectivité et à l'arbitraire. L'étranger doit avoir la garantie qu'il sera jugé de la même manière qu'il se trouve à Lille, Marseille, Strasbourg, Rennes, ou Paris et Cergy-Pontoise. Face à cet important risque de subjectivité qui existera toujours en matière de droit des étrangers, les syndicats de magistrats administratifs sont particulièrement attachés à la préservation de la collégialité avec intervention d'un rapporteur public. Car c'est uniquement à travers plusieurs regards que l'on préserve la garantie de l'impartialité et la force des décisions juridictionnelles vis-à-vis de l'administration.

## II. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME

La situation actuelle n'étant pas perçue comme satisfaisante, ni par les autorités politiques, ni par les gestionnaires de la justice administrative, de nouveaux projets de réforme sont logiquement présentés. Certains semblent avoir été abandonnés en 2008, tandis que d'autres pourraient être mis à œuvre à brève échéance.

---

sort des pièces du dossier que la demande d'admission au statut de réfugié, présentée par M. X, a été rejetée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides le..., et par la Commission des recours des réfugiés le...; que le requérant se prévaut d'éléments nouveaux et produit la photocopie d'un mandat d'arrêt rendu le... et d'un procès-verbal de perquisition de domicile du...; que, toutefois, ces pièces sont parvenues à l'intéressé dans des conditions non clairement établies, et ne présentent pas, dans les circonstances de l'espèce, les garanties d'authenticité qui seraient de nature à établir que les craintes que M. X énoncent seraient fondées; que, par suite, le moyen tiré de la violation, par l'arrêt fixant la Turquie comme pays de destination, des stipulations de l'art. 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être écarté [...]. »

24. Les juges du fond doivent exercer un contrôle entier sur les mesures d'éloignement au regard de l'application de l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit à une vie familiale normale (pour une mesure d'expulsion, CE, Ass., 19 avr. 1991, *Belgacem, Lebon* 152). Mais la plupart des jugements sont motivés par affirmation, de manière stéréotypée, après un bref rappel des éléments de fait : « que, dans ces conditions, la décision attaquée n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise; qu'il n'a donc méconnu ni les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni les dispositions du 7° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile; que, pour les mêmes motifs, ledit refus n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation des conséquences qu'il emporte sur la situation personnelle de M. X.; Le moyen tiré de la violation de l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant tendant à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant tend à être appréhendé de même. »

## A. TROIS IDÉES DE RÉFORMES SEMBLENT AVOIR ÉTÉ ABANDONNÉES EN 2008

### 1. L'unification juridictionnelle

La commission présidée par Pierre Mazeaud mise en place par le gouvernement au printemps 2008, expressément chargée « d'une réflexion sur l'adaptation du cadre constitutionnel à la transformation de la politique d'immigration... en recherchant une simplification du régime de répartition du contentieux des étrangers », a prôné sans ambiguïté le *statu quo* dans son rapport déposé le 11 juillet 2008, en écartant les différentes hypothèses d'unification juridictionnelle envisagées : au sein de l'ordre administratif, au sein de l'ordre judiciaire ou au bénéfice d'une juridiction spécialisée. Elle résume ainsi son analyse : « ... l'unification juridictionnelle du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers, outre qu'elle serait très difficilement réalisable, ne répondrait aux attentes placées en elle ni au regard de la charge de travail des juridictions, ni du point de vue de l'effectivité des mesures de reconduite des étrangers en situation irrégulière. Si l'interrogation sur la dualité de juridiction est compréhensible, l'avantage, à terme, d'une unification n'apparaît ni suffisamment substantiel, ni même assez probable pour justifier des mesures aussi lourdes, et prêtant autant le flanc aux polémiques, qu'une révision constitutionnelle débouchant sur une nouvelle organisation juridictionnelle<sup>25</sup>. »

Cette position rejoint celles exprimées par les syndicats de la justice administrative<sup>26</sup> et par les magistrats administratifs, lesquels demeurent très massivement attachés à la préservation de la compétence de principe des juridictions de droit commun pour connaître du contentieux des étrangers, *l'instauration de juridictions spécialisées étant perçue comme de nature à affaiblir le contrôle juridictionnel*<sup>27</sup>. Le président du SJA avait lors de son audition par la commission insisté sur le fait que la volonté de réforme était fondée sur des présupposés inexacts et serait inutile : « la dualité de juridiction en matière d'éloignement des étrangers n'est pas une spécificité française mais un modèle très largement répandu en Europe, les jurisprudences du juge judiciaire et du juge administratif en matière d'éloignement ne portant pas sur le même objet ne peuvent être contradictoires. La réforme envisagée ne répond à aucun des défis auxquels sont confrontées les juridictions et l'administration, et n'apporterait aucun progrès dans la protection des libertés. L'augmentation du contentieux des étrangers, avec les difficultés qu'elle entraîne pour les juridictions, a des causes

25. Extrait de la synthèse du rapport de la commission « sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration », 11 juill. 2008, en ligne sur le site du ministère de l'Immigration : [[http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_Mazeaud.pdf](http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf)].

26. V. not. le texte des auditions de Bernard Even et Robert Le Goff, présidents successifs du SJA, par le groupe de travail mis en place par le Conseil d'État chargé de réfléchir aux questions de procédure le 31 août 2007, puis par la commission Mazeaud le 7 mars 2008, en ligne sur le site internet de ce syndicat à l'adresse suivante : [[http://www.sja-juradm.org/art.php?id\\_art.=341](http://www.sja-juradm.org/art.php?id_art.=341)].

27. Les deux syndicats majoritaires de magistrats administratifs, le SJA et l'USMA, ont obtenu près de 90 % des voix lors des dernières élections professionnelles au CSTACAA de déc. 2008, la 3<sup>e</sup> liste qui prônait implicitement l'abandon de la compétence des TA ayant recueilli moins de 10 %.

objectives, qui n'ont aucun lien avec la répartition des compétences entre les juridictions, ou l'absence de juridictions spécialisées. »

Il convient d'ajouter que l'amendement adopté à cet effet au niveau de l'article 34 de la Constitution, à deux reprises, à l'initiative du président de la commission des lois M. Jean-Luc Warsmann lors du débat constitutionnel ayant débouché sur le vote de la loi du 23 juillet 2008, n'a finalement pas été retenu. Et le gouvernement n'a procédé à aucune annonce à la suite du dépôt du rapport de la commission Mazeaud.

En l'absence de réforme constitutionnelle, le champ de compétence du juge judiciaire en matière de rétention, et celui du juge administratif à l'égard des décisions administratives visant les étrangers, ne sera pas modifié.

Le gouvernement semble avoir par ailleurs abandonné l'idée de création d'une juridiction administrative spéciale pour le contentieux des étrangers, mais s'apprête à étendre le champ de compétence de la Cour nationale du droit d'asile au contentieux des refus d'accès au territoire des demandeurs d'asile, actuellement dévolu au tribunal administratif de Paris : « L'étranger qui a fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile peut, dans les quarante-huit heures suivant la notification de cette décision, en demander l'annulation, par requête motivée, au président de la Cour nationale du droit d'asile. Sa requête est examinée dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État » (projet de loi communiqué en février 2009 aux magistrats administratifs pour information).

Le SJA relève pourtant que la CNDA n'a pas vocation à devenir une juridiction à compétence générale en matière de contentieux des étrangers, fût-ce pour des litiges comportant des appréciations sur les risques existant dans certains pays. Il rappelle aussi, sur le principe, que ces décisions sont des actes de police administrative et que ce contentieux est d'une nature distincte des litiges visant à reconnaître ou refuser le statut de réfugié ou la protection subsidiaire.

## 2. La suppression ou la refonte du régime des OQTF

La suppression du mécanisme de notification postale des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, et la création corrélative du dispositif des OQTF par la loi de 2006, était partie du constat selon lequel ces décisions n'étaient suivies d'effet que dans 1 % des cas<sup>28</sup>. Les dernières statistiques officielles publiées révèlent, pour l'année 2007, que 76,6 % des APRF et 83,03 % des OQTF n'ont pas été exécutées : 13 707 décisions auraient ainsi été mises en œuvre, contre 97 034 prononcées, ce qui représente un faible taux d'exécution.

Il convient d'ajouter que le volume des OQTF pourrait baisser pour trois séries de raisons essentielles. Les autorités préfectorales ayant été soumises à des obligations chiffrées d'éloignement par le ministère de l'Immigration, les fichiers informatiques de l'administration ont été très massivement exploités et il n'existe plus

28. V. le rapport de M. le député Thierry Mariani, Assemblée nationale, 18 juin 2003.

aujourd'hui un « réservoir » d'étrangers en situation irrégulière aisément repérables. Face au durcissement du régime de l'asile et de la législation sur le séjour, un nombre semble-t-il croissant d'étrangers ne cherchent plus à obtenir une régularisation de leur situation administrative et préfère rester dans la clandestinité<sup>29</sup>. En outre, contrairement à l'objectif des auteurs de la réforme de 2006 et en référence aux interprétations très pragmatiques du Conseil d'État dans ses avis, la formule de l'OQTF n'est pas juridiquement considérée comme de nature à faire vraiment obstacle à l'édition d'une APRE, qui tend à redevenir en pratique le mode d'éloignement de principe. La portée de ce *distinguo*, qui se situait pourtant à la base de la réforme de 2006, est donc devenue toute relative.

Le dispositif des OQTF qui était destiné à alléger la gestion des éloignements et le contentieux y afférent et à renforcer l'efficacité globale de cette politique, s'avère finalement un échec<sup>30</sup>, mais les autorités politiques ne semblent pas décidées à le remettre en cause. Il serait pourtant rationnel de circonscrire le dispositif des OQTF aux seules hypothèses d'éloignement effectif, c'est-à-dire en cas de placement en rétention, comme le préconise d'ailleurs la commission Mazeaud. Mais une telle réforme pourrait être politiquement perçue comme de nature à avoir des effets d'af-fichage négatifs.

### 3. L'instauration d'une obligation de recours administratif auprès d'une commission appelée à émettre des avis conformes

Les commissions départementales du séjour des étrangers subsistent au sein du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (art. L. 312-1 CESEDA), mais leur rôle a été progressivement amoindri par la réduction de leur champ d'intervention, puis le retrait par l'article 21 de la loi du 20 novembre 2007 de la présidence qui était confiée aux magistrats administratifs.

Le SJA avait dénoncé cette réforme au moment de la discussion parlementaire en rappelant qu'il réclamait « la valorisation des mécanismes de prévention du contentieux pour faire face à l'engorgement actuel des tribunaux administratifs, du fait notamment de la très forte croissance du contentieux des étrangers (actuellement supérieur à + 10 % par an) ». Il ajoutait que « les réflexions en cours devraient au contraire s'attacher à élargir le champ de compétence des commissions départementales du séjour des étrangers et à rétablir le caractère obligatoire de leurs avis. Loin d'entraver le travail des préfectures ceci permettrait d'améliorer la qualité des décisions rendues et de prévenir le contentieux » (communiqué du 5 octobre 2007).

Mais il est peu probable qu'une telle réforme soit instituée, ou à défaut la possibilité de recours administratif susceptible de proroger les délais du recours contentieux en matière d'OQTF rétablie, car la plupart des observateurs considèrent que de telles procédures ne permettent pas de filtrer le contentieux des étrangers.

29. Ce phénomène explique l'essentiel de la réduction très importante du volume du contentieux administratif des étrangers observé en Allemagne.

30. Interview de Bernard Even, alors président du SJA, *AJDA* 5 nov. 2007.

## B. DE NOUVEAUX CHANGEMENTS DE PROCÉDURE S'ANNONCENT POUR 2009

Ces réformes actuellement en préparation, susceptibles de concerner le contentieux des étrangers, auraient toutes pour effet de réduire le champ de compétence des formations collégiales statuant après audition d'un rapporteur public.

### 1. Le maintien de la collégialité mais la suppression du rapporteur public dans le contentieux des OQTF

Comme le rapporteur public a été écarté dès l'origine des procédures urgentes d'APRF et, par extension, de l'examen de la légalité des OQTF en cas de placement en rétention de l'intéressé, l'on peut dire que le ver était déjà dans le fruit...

On lit, dans l'exposé des motifs du projet de loi récemment communiqué pour information aux magistrats administratifs : « Le rapporteur public, dénomination issue du décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009, anciennement commissaire du gouvernement, est une des originalités de la justice administrative dont l'identité doit être préservée pour les garanties qu'il apporte tant aux justiciables qu'à la formation de jugement. Néanmoins, le contentieux de masse dont sont désormais saisis les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ne justifient plus que, sur toutes les affaires qui leur sont soumises, un rapporteur public développe à l'audience des conclusions orales. Des dispositions législatives ont d'ores et déjà dispensé certaines matières des conclusions du rapporteur public : c'est notamment le cas de l'article L. 552-1 du Code de justice administrative pour les procédures de référé, des articles L. 213-9 et L. 512-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour le contentieux des décisions de refus d'entrée sur le territoire français opposées aux demandeurs d'asile ou des arrêtés de reconduite à la frontière ou encore de l'article L. 441-2-3 du code de la construction et de l'habitation pour le contentieux du droit au logement opposable. »

Le seul élément mis en avant pour justifier cette réforme n'est pas lié à l'intérêt de la présence du rapporteur public, puisqu'il est écrit qu'il s'agit d'une des originalités de la justice administrative, dont l'identité doit être préservée pour les garanties qu'il apporte tant aux justiciables qu'à la formation de jugement. La réforme est exclusivement justifiée par la référence au concept de « contentieux de masse ». Face à un tel contentieux l'on pourrait se satisfaire de moindres garanties... Le Syndicat de la juridiction administrative a d'ores et déjà formulé des critiques à l'encontre de ce projet dans les termes suivants : « La fonction de rapporteur public est un élément essentiel pour assurer, par la garantie d'un double examen sur chaque dossier, la qualité des décisions rendues et pour rendre intelligible, par le prononcé de conclusions publiques, le fonctionnement de la justice. La suppression du rapporteur public dans certains litiges répond, en réalité, à des impératifs quantitatifs et vise à permettre l'enrôlement d'un nombre toujours plus élevé de dossiers, au détriment d'un véritable examen individuel des affaires. La distinction opérée entre des contentieux dits "de masse", dans laquelle des catégories entières de justiciables sont



privées de garanties essentielles (y compris dans des litiges touchant aux libertés publiques ou ayant des conséquences graves), et d'autres litiges dans lesquels une minorité de justiciables bénéficie, sans considération de l'enjeu du litige, de l'ensemble de ces garanties, apparaît fondamentalement contraire à l'égalité devant la justice et à la "fonction sociale essentielle" qu'elle doit assurer. L'importation permanente de modèles procéduraux issus de la procédure civile et l'affaiblissement des institutions spécifiques du contentieux administratif ne peut, à terme, qu'aboutir à remettre en cause la légitimité de la juridiction administrative<sup>31</sup>. »

## 2. L'extension du champ des ordonnances de première instance aux « quasi séries » et à la matière du contentieux des étrangers

L'article 14 du projet de décret récemment communiqué aux magistrats administratifs ajouterait à l'article R. 222-13 du Code de justice administrative un nouveau chef de compétence au juge statuant seul en lui permettant de statuer sur « les requêtes qui, sans relever d'un traitement par ordonnance, conformément aux dispositions du 6° de l'article R. 211-1, présentent à juger, à titre principal, pour la juridiction saisie, des questions de droit identiques à celles déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée ou examinées par un avis rendu par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 et n'appellent qu'une appréciation ou une qualification des faits qui procède de la question de droit ainsi tranchée ».

Le conseil syndical du SJA a adopté sur ce projet la position suivante : « ... dans sa rédaction actuelle, ce texte permettrait de soumettre à un juge unique la quasi-totalité des litiges de première instance et d'appel, à l'exception de ceux qui posent une question de droit inédite. En effet, à la différence des dispositions actuelles sur les séries, qui permettent de réitérer la solution d'un seul arrêt "pilote", ce texte permet d'aller rechercher des précédents dans plusieurs arrêts ou jugements (potentiellement dans autant de points de droits que ceux en litige !). Lors des derniers échanges avec le Conseil d'État, il a été indiqué qu'il n'entraîne absolument pas dans les intentions des auteurs de procéder, par ce biais, à une généralisation du juge unique, mais simplement de traiter la question des "quasi-séries". Tout en prenant acte de ces intentions, le conseil syndical ne peut que constater que le texte, tel qu'il est rédigé, va bien au-delà de cet objectif, et ouvre la porte à toutes les dérives. En l'état, il va même plus loin que celui qui a donné lieu à la grève de 2006. L'expérience du champ d'application des ordonnances montre, par ailleurs, que même des textes a priori beaucoup plus précis ont donné lieu, pour répondre à la pression statistique, à des interprétations extensives, voire abusives, et que la censure des juridictions d'appel ne suffit pas à empêcher que ces pratiques perdurent. »

---

31. V. aussi le communiqué mis en ligne par le SJA sur son site : « Non à la dispense de conclusions du rapporteur public », [[http://www.sja-juradm.org/article.php?id\\_article=404](http://www.sja-juradm.org/article.php?id_article=404)] et l'article de Serge Slama intitulé « La suppression du commissaire du gouvernement dans le contentieux des OQTF : une fausse solution à l'encombrement », en ligne sur le *Blog Droit administratif*.

La logique de cette future disposition à portée générale demeure imprécise. Mais il est d'ores et déjà permis de se demander si elle pourrait trouver un champ d'élection privilégié au niveau du contentieux des étrangers.

### 3. L'extension aux OQTF du mécanisme des ordonnances de rejet des requêtes dirigées contre les APRF « qui ne sont manifestement pas susceptibles d'entraîner l'infirmité de la décision attaquée »

Alors qu'en matière de reconduite à la frontière cette ordonnance est prise par le juge qui aurait été amené à rendre l'arrêt, en matière d'OQTF une telle formule aurait pour effet de faire obstacle à l'intervention d'une formation collégiale. L'alignement entre ces deux régimes contentieux semble remettre en cause le principe selon lequel les OQTF devraient relever pour l'essentiel des règles contentieuses de droit commun.

Et il est permis de se demander si un tel mécanisme de rejet sur « des critères flous », spécifique au contentieux des étrangers, inspiré de l'admission des pourvois en cassation, contraire à l'égalité entre les justiciables, à l'exigence de prévisibilité des règles de procédure, est parfaitement conforme à la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le droit d'accès au juge<sup>32</sup> ?

\*  
\* \*

Au-delà de ces perspectives procédurales en vérité contingentes, il paraît important de conclure sur une vision à plus long terme. Les logiques migratoires se développent à l'échelle des continents sinon de la planète, tandis que les pays d'accueil notamment européens sont confrontés à des situations et des problématiques économiques, sociales, culturelles, juridiques souvent analogues. Il serait donc logique d'imaginer, au plan de la rationalité pure, que les évolutions à venir du droit de l'immigration et de son contentieux ne soient plus essentiellement définies au sein de chacun des États, mais soient inspirées par la recherche d'une harmonisation européenne.

Les régimes administratifs et contentieux applicables à l'éloignement des étrangers dans les pays européens recèlent certains points communs mais demeurent très largement disparates<sup>33</sup>.

32. CEDH 15 janv. 2009, *Guillard c. France*, n° 24488/04 : à propos de la procédure du désistement d'office devant le Conseil d'État : « le requérant s'est vu imposer une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et, d'autre part, le droit d'accès au juge » [<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=845483&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>].

33. « L'expulsion des étrangers en situation irrégulière : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Italie et Royaume-Uni », Étude de législation comparée n° 162, avr. 2006 – en ligne sur le site du Sénat : [<http://www.senat.fr/lc/lc162/lc162.html>].

L'application du principe de libre circulation des personnes introduit par le traité de Rome de 1957, qui constitue depuis l'origine un des piliers de la réalisation du Marché unique, s'est concrétisée par la suppression des contrôles aux frontières intérieures au sein de l'espace Schengen, initié à partir de 1985 puis institutionnalisée par le traité d'Amsterdam en 1997, et l'instauration d'une coopération policière et judiciaire pénale accrue destinée à renforcer la sécurité des frontières extérieures de l'Union européenne. Mais l'Union européenne peine à définir des règles communes concernant l'entrée et le séjour des citoyens non européens, notamment au moyen d'une politique commune en matière d'asile et d'immigration. Un ensemble de normes et de procédures minimales est en phase d'élaboration pour les demandeurs d'asile, afin d'établir les modalités et le lieu de traitement des demandes, le statut des personnes qui se voient accorder l'asile, et le rôle des autorités nationales dans l'accomplissement de cette tâche.

La Commission européenne a publié récemment deux communications : l'une, le 19 juillet 2006, sur « les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », l'autre, le 5 décembre 2007, intitulée « Vers une politique commune en matière d'immigration », dont les prolongements concrets au plan des normes nationales se font attendre. Et il est à craindre que la situation de crise économique et sociale, dans laquelle nous risquons de nous enfoncer ne favorise les réflexes de peur vis-à-vis des étrangers, et n'incite les États à se replier sur les seules normes nationales.

