

L'insuffisance des outils d'exécution

Jean-Michel Belorgey

Président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État

Pas plus que le président Genevois, je ne parle, cela va, j'imagine, sans dire, et personne, je pense, ne m'en soupçonne, au nom du Conseil d'État, même si le sujet qu'on m'a assigné n'est pas sans rapport avec les fonctions que, à défaut de mieux, j'y exerce, de président de la Section du rapport et des études, section qui veille aussi à l'exécution des décisions de justice peinant à s'exécuter.

Ce n'est pas un mystère que, dans beaucoup de domaines, en matière sociale et en matière de droit des étrangers notamment, les dispositions légales et réglementaires favorables peinent à trouver application quand celles qui sont défavorables reçoivent plein effet. On retrouve, ce n'est pas surprenant, cette problématique s'agissant de l'exécution des décisions de justice faisant application du droit de l'aide sociale – ce n'est pas notre sujet aujourd'hui, mais il mériterait aussi d'être creusé – et de celles faisant application du droit des étrangers.

Le rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions de justice de décembre 1989, qui a contribué à une amélioration significative des règles applicables en la matière, relevait que celles-ci se heurtaient à divers obstacles : lenteur, mauvaise volonté manifeste, appels inconsidérés, assortis de demandes de sursis. François Bernard, mon maître de conférence à l'Institut d'études politiques au début des années 1960, articulait déjà : « L'arbitraire se réfugie dans l'exécution, et trois procédés sont mis en œuvre à cet effet par l'Administration : le mépris, la ruse et l'acharnement ». Malgré les progrès accomplis depuis les années 1990, cela est toujours largement vrai, et le juge administratif éprouve parfois de réelles difficultés à arracher aux autorités administratives ou politiques les décisions qu'il leur incombe de prendre pour l'exécution des jugements qui sont rendus. C'est le cas en particulier quand une jurisprudence dynamique a fait l'effort de dégager des exigences appropriées aux sensibilités contemporaines. Encore le juge n'est-il pas lui-même à l'abri des hésitations, ni indemne d'une déférence souvent excessive, à mes yeux au moins, à l'égard des préoccupations et des contraintes de l'administration, singulièrement, cela va de soi, dans le domaine du droit des étrangers, qui se prête à la rémanence de

préjugés qu'il n'est pas toujours malaisé de déguiser en droit ; c'est cela que certains ont pu appeler le « façadisme juridique ». La lutte contre les migrations indésirables, ou réputées telles, est de fait conduite dans un climat proche de celui qui a guidé la jurisprudence des circonstances exceptionnelles ; et le juge (ou certains juges), à tort ou à raison, n'imagine(nt) à ce sujet ne pouvoir continuer à exercer un contrôle que s'il(s) ne contrôle(nt) pas trop.

C'est ce dont j'essaierai de rendre compte en trois temps :

- les principes sont clairs, jusqu'à un certain point, qui guident l'exécution des décisions de justice en matière d'étrangers ;
- leur mise en œuvre souffre malheureusement des résistances et des désinvolures de certains responsables, de la lenteur aussi du processus de levée de ces résistances ; tout cela valant inégalement, bien sûr, suivant les types de litiges, mais étant vrai de façon assez générale ;
- le plus grave est que les principes tels que déclinés par le juge prêtent trop souvent le flanc à un contournement, voire à une subversion de l'obligation d'exécuter.

I. LES PRINCIPES SONT CLAIRS

Ils diffèrent, cela est bien expliqué par les manuels de droit et le « guide de l'exécution » établi par la section que je préside, qui n'est pas public, mais pourrait l'être sans inconvénient à condition d'être mis à jour, selon qu'il s'agit d'actes réglementaires (A) ou de mesures individuelles (B).

A. LES ACTES RÉGLEMENTAIRES

Il faut distinguer ici : les décisions prononçant l'annulation d'un acte réglementaire, celles annulant un refus d'abroger un acte réglementaire, celles annulant le refus d'en prendre.

1. L'annulation d'un acte, qui fait, en principe, disparaître celui-ci, se suffit normalement à elle-même, et n'appelle pas de mesure d'exécution ; ceci vaut pour les circulaires de portée réglementaire (auxquelles le juge s'est déterminé à en reconnaître une, ce qu'il ne fait pas toujours : voir la circulaire Bayrou sur le voile) comme pour n'importe quel type d'acte réglementaire¹. Il n'en va autrement que si l'annulation crée un vide juridique, auquel cas il faut reprendre un texte. Pour ce qui est des autres actes réglementaires et des mesures individuelles privées de base juridique par l'annulation de l'acte réglementaire en litige, les choses sont plus

1. CE 20 sept. 1999, *Ajolet*.

compliquées : les actes réglementaires doivent être attaqués directement, ou il faut demander leur abrogation ; il s'agit de litiges distincts, notion dont on ne dira jamais assez les ambiguïtés. Les mesures individuelles, quant à elles demeurent, on ne peut revenir sur elles.

2. L'annulation d'un refus d'abroger oblige l'administration à abroger, sans nécessairement remplacer, mais c'est aussi possible.

3. L'annulation d'un refus de prendre est souvent l'annulation d'un refus implicite ; quoi qu'il en soit, elle implique que l'acte soit pris.

B. LES MESURES INDIVIDUELLES

Les principales mesures concernées en droit des étrangers, sont :

- les refus de visas, d'autorisation de travail ou de séjour, dont le régime est le même que celui des refus d'autorisation en général ;
- les mesures d'éloignement, propres au droit des étrangers (reconductions à la frontière, expulsions, extraditions).

1. L'annulation d'un refus d'autorisation n'équivaut pas, c'est bien connu, à une autorisation, et n'emporte pas l'obligation pour l'administration de délivrer une autorisation. Elle n'a d'autre effet que de la saisir à nouveau de la demande antérieurement rejetée, sur laquelle elle doit se prononcer une nouvelle fois ; ce qu'elle peut faire dans le même sens à condition de ne pas reprendre, de ne pas côtoyer non plus de trop près (mais l'appréciation du juge est sujette à variations) le motif de censure, et de s'appuyer sur un autre motif. À cela il convient d'ajouter que l'administration doit statuer en tenant compte des circonstances de droit et de fait à la date de sa nouvelle décision, circonstances qui ont pu changer depuis la précédente². Tout ceci ne cesse d'être vrai que quand l'annulation met l'autorité administrative en position de compétence liée, ce qui peut arriver quand l'annulation intervient sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit au respect de la vie familiale (c'est l'hypothèse Bouzerak), à condition, bien sûr, qu'il n'y ait pas changement des circonstances de fait – la Convention constitue un butoir au changement des circonstances de droit – (c'est aussi l'hypothèse Bouzerak), sinon, on est à nouveau face à un litige distinct.

2. Les règles relatives aux mesures d'éloignement ne sont pas fondamentalement différentes de celles rappelées précédemment pour les refus d'autorisation : l'annulation d'une décision d'éloignement ne vaut pas mise à l'abri d'une autre. L'adminis-

2. CE 4 juill. 1997, *Époux Bouzerak* ; et de même en matière d'éloignement, CE 4 nov. 1994, *Al Joujo*.

tration peut reprendre la même mesure, qu'elle ait été annulée pour simple vice de forme, ou qu'elle l'ait été pour erreur de droit, si un autre motif de fond peut être invoqué. À cela il faut tout de même ajouter qu'en matière d'expulsion, la situation est différente selon que l'étranger avait ou non un titre de séjour ; s'il en avait un, celui-ci revit pour la durée restant à courir ; sinon, à condition bien sûr qu'il soit présent sur le territoire, il doit être mis en possession d'un titre de séjour provisoire ; s'il n'est pas présent sur le territoire, il lui faut demander en outre un visa que l'administration n'est pas obligée de lui accorder. L'administration doit au surplus se prononcer sur le séjour, mais elle peut le refuser, comme le visa, car, aux yeux du juge, éloignement, visa et séjour, interdiction du territoire encore, sont des enjeux différents.

II. RÉSISTANCES ET LENTEUR

A. LES RÉSISTANCES

Les résistances sont variables suivant les interlocuteurs : ministère de l'Intérieur, préfet, Affaires étrangères, et selon les types de litige (visas, séjour, expulsion), selon les conjonctures politiques aussi. Du côté des préfetures, il arrive que l'attitude change quand le préfet change. Mais on assiste aussi à des phénomènes de continuité dans l'acharnement par-delà un préfet particulier, soit que ce soient les services qui font la loi, soit que plusieurs préfets qui se succèdent soient également portés à une interprétation très défavorable de la loi pour les étrangers, à une déférence aussi pour les consignes gouvernementales les plus sévères. Les points d'appui qui s'offrent à ces résistances sont extrêmement nombreux :

- l'empilement des formalités : visas, titres provisoires, titres définitifs ;
- les règles qui veulent qu'un titre, même provisoire, ne puisse être accordé qu'à l'étranger qui est présent sur le territoire ; pas à celui qui n'y est pas, alors qu'évidemment un étranger frappé d'une mesure d'éloignement peut, même s'il l'a contestée, être reparti ;
- le caractère très discrétionnaire des décisions de visas, et le défaut de motivation des décisions de la commission de recours en la matière, dont le rapport du groupe de travail du Conseil d'État présidé par Olivier Schrameck sur les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) a relevé le caractère anormal ;
- la distinction entre le contentieux de l'éloignement et le contentieux du séjour ;
- la ressource, bien sûr, encore, de l'ordre public.

B. LA LENTEUR

Aux résistances s'ajoute la lenteur, la grande lenteur à laquelle conduit l'accumulation des résistances. Et la patience, l'excessive patience, du juge, saute aux yeux si l'on observe :

- que l'abrogation du décret sur la presse étrangère de 1939 n'est, après la décision du Conseil d'État de février 2003, rendue à la demande du Gisti et en prescrivant l'abrogation, intervenue qu'en octobre 2004; il aura donc fallu 18 mois pour que la décision de justice soit exécutée, trois ans depuis la demande du Gisti à l'administration en novembre 2001;

- que, pour beaucoup d'affaires individuelles, il n'est pas rare qu'entre la naissance du litige, refus du séjour ou mesure d'éloignement, et le classement par la Section du rapport et des études, parce que le requérant a eu satisfaction grâce aux négociations qu'elle a menées, ou l'exécution sous astreinte après décision contentieuse, il s'écoule 4, 5, 6, 7 ans... en moyenne (l'annulation d'un arrêté du maire de Saint-Martin de la Guadeloupe de 1995 par le tribunal administratif n'a été confirmée en appel par le Conseil d'État que le 15 juillet 2004).

Quelques exemples, dont certains datent de l'époque où le Conseil d'État avait, en matière d'exécution, une compétence et donc une vision plus larges qu'aujourd'hui, les juridictions administratives n'ayant pas encore, comme c'est le cas maintenant, sauf pour les juridictions sociales, l'exécution de leurs décisions :

- l'affaire du refus opposé à plusieurs associations par le ministère de l'Intérieur d'accéder aux zones d'attente est née en septembre 1998; c'est en juin 2002 qu'est intervenue une première décision du Conseil d'État annulant la décision du ministre de l'Intérieur; un nouveau refus, résultant du silence gardé est intervenu en 2002, à nouveau été annulé en décembre 2006; mais ce n'est qu'en 2008 que le ministère de l'Intérieur a cédé;

- l'affaire *Tsoko*, topique des problèmes soulevés en matière de santé : Mademoiselle Tsoko fait l'objet en 2001 d'un arrêté de reconduite à la frontière, que le tribunal administratif annule en 2002, ce que le Conseil d'État confirme en 2003 sur appel du préfet; mais en 2004 le préfet rejette à nouveau la demande de séjour de Mademoiselle Tsoko, ce à quoi le Conseil d'État ne trouve pas malice (car on n'est plus sur le terrain de la reconduite à la frontière, mais sur celui du séjour), ce qui le conduit à rejeter la requête à fin d'astreinte;

- l'affaire *Berrahou* : l'arrêté de reconduite à la frontière du préfet du Cher qui lui a donné naissance date de février 2004, la décision du magistrat délégué du tribunal administratif de Poitiers, ne trouvant rien à lui reprocher, a été prise quelques jours après; en janvier 2005, le Conseil d'État dit le contraire; mais en août 2007, il ne s'est toujours rien passé, et il faut que le Conseil d'État, en octobre 2008, prononce une astreinte pour tenter de décider le ministre de l'Immigration – désormais compétent à la place du ministre de l'Intérieur – à se prononcer sur le droit de Monsieur Berrahou au séjour;

– l'affaire *Belhadi* : l'arrêté de reconduite à la frontière du préfet de la Gironde qui lui a donné naissance est de septembre 2004 : le tribunal administratif de Bordeaux n'y a rien trouvé à redire ; le Conseil d'État a dit le contraire en avril 2006 ; mais il faut, en juin 2007, une astreinte pour tenter de rompre le silence préfectoral ; le préfet n'a du reste pas exécuté non plus la décision, cette fois favorable, du tribunal administratif de Bordeaux de mars 2005 annulant un arrêté de 2004 de refus de titre de séjour ; des calendriers pareillement enchevêtrés ne sont pas rares ; les obstinations préfectorales de cette espèce non plus ; encore qu'il arrive, pas souvent, qu'un préfet comprenne l'utilité de s'entremettre pour en finir avec une affaire, et, si une question de visa est pendante, arracher les Affaires étrangères à leur impavidité ; c'est ce qui s'est passé récemment dans une affaire *Battiche*.

On ne voit pas malheureusement ce que peut faire le juge de l'exécution quand l'administration s'obstine à ne pas vouloir respecter pour de bon une décision de justice par chance favorable, et est décidée à exténuer le justiciable en organisant sa précarité ; quand l'annulation, par exemple, en 2004, d'un refus de séjour n'a toujours pas débouché en 2008 sur une décision définitive, positive ou négative, mais s'est seulement traduite par la remise, pendant trois ans, d'une succession de titres provisoires. Encore arrive-t-il que le juge considère cela comme normal en attendant les résultats d'examens médicaux, quand le titre de séjour est délivré pour raisons de santé.

III. LE CONTOURNEMENT, VOIRE LA SUBVERSION DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER

Ce comportement, il ne faut pas se voiler la face, est largement encouragé par la déclinaison que fait ordinairement le juge des principes applicables en la matière.

A. LA PRISE EN COMPTE DES « CIRCONSTANCES NOUVELLES »

La première prise offerte à la mauvaise volonté administrative est naturellement la règle selon laquelle la nouvelle décision doit être prise en fonction des circonstances de droit et de fait prévalant à la date où elle est prise. Il n'est dès lors pas malaisé de gagner du temps, de jouer la montre, de parier sur l'aggravation de la législation, et/ou de la réglementation, jeu auquel on ne risque guère de perdre, et auquel on gagnera au pire un non-lieu ; ou simplement d'attendre que les enfants mineurs deviennent majeurs, que les couples géographiquement séparés éclatent, et s'ils ne le font pas d'évidence, qu'il soit possible de mettre en doute leur communauté de vie. En toutes ces matières, comme en matière de demande d'allocation aux personnes âgées dépendantes, le temps joue en faveur du guichet qui s'arc-boute pour ne pas appliquer la loi, sinon favorablement, du moins sans trop de dissuasion clandestine.

Les divergences ne sont pas rares, dans ces conditions, (est-ce déontologique de le dire, oui, sans doute, au moins au regard de la CEDH) entre la Section du rapport et des études et la Section du contentieux au Conseil d'État, en particulier en matière de regroupement familial. Il n'est pas sûr, à cet égard, que la solution finalement apportée le 27 juin 2008 à l'affaire *Benanoune* (affaire où un jeune homme algérien, qui était mineur au début du litige en 2005, est naturellement devenu majeur, et a été définitivement banni du territoire français) soit totalement honorable. Les cas de ce type, malheureusement, abondent. Il est clair qu'à moins de s'obstiner dans un classicisme de pensée littéralement surréaliste, il faut repenser au fond, s'agissant à tout le moins du contentieux des étrangers, la question de la date à laquelle l'administration doit se situer pour reprendre une décision que le juge a précédemment regardée comme fautive.

B. LA RESSOURCE DU « LITIGE DISTINCT »

Cette méthode se confond parfois, pour l'administration, avec celle précédemment évoquée. Mais il y a des cas où elle joue de façon nettement plus spécifique :

– l'autorisation de séjour pour raisons de santé, lorsque, deux ans après un premier refus annulé par le juge, la même appréciation, du même médecin, de la même préfecture, sur les conditions dans lesquelles des soins pourraient être apportés dans le pays d'origine, conditions qui n'ont pas changé, et dont ce médecin ne sait au reste rien, ou peu de chose, conduit à un nouveau refus de séjour ;

– les visas, quand, après l'annulation d'un premier refus comme portant atteinte au droit de vivre en famille, un second refus s'appuyant sur un autre (?) motif « détournement de procédure du regroupement familial » par exemple, sous prétexte qu'un autre membre de la famille est déjà en France en situation irrégulière (la mère, par exemple, de l'enfant dont le regroupement avec sa tante est sollicité) est regardé comme ouvrant un litige distinct ; s'agit-il bien en vérité d'un litige distinct ? N'encourage-t-on pas, en l'admettant, l'inventivité purement procédurière, si ce n'est linguistique ? Le contentieux l'admet.

La technique des réserves d'interprétation, du « retrait du venin », dont on sait les problèmes qu'elle soulève quand il en est fait usage par le juge constitutionnel, n'en soulève pas de moindres quand il en est fait usage, notamment en matière de droit des étrangers, par le juge administratif. Nathalie Ferré a déjà évoqué cette technique comme à l'origine de plusieurs « victoires volées³ ». Il n'y a pas lieu d'y revenir car il s'agit moins d'exécution que de stratégies jurisprudentielles, même si le juge de l'exécution est, sur ce terrain, aussi amené à compter les coups. L'exemple type est à cet égard l'annulation par le Conseil d'État, en janvier 2000, de la circulaire de juin 1998 des ministres de l'Intérieur et des Affaires étrangères sur l'asile territorial. Deux télégrammes aux préfets ont été pris pour l'exécution de cette décision. Les

3. V. *supra*, p. 227.

dispositions « neutralisées » n'ont, quant à elles, pas fait l'objet de commentaires ministériels. Était-ce légitime ? Rien n'est moins sûr. Mais le juge de l'exécution aurait été bien en peine d'en dire quoi que ce soit d'utile. C'est ce qu'il a indiqué, sous la signature de mon prédécesseur, Marie-Aimée Latournerie, au Gisti. Une lettre a néanmoins été adressée au ministre de l'Intérieur pour lui indiquer qu'il serait « de bonne administration » de fixer, à l'intention des fonctionnaires concernés, l'interprétation de la circulaire interprétée par le Conseil d'État, « laquelle ne se déduit pas, à l'évidence, des seuls termes de la circulaire » (quand on ne lit pas l'arrêt, et peut-être même en le lisant).

Le juge de l'exécution, quand il en a le goût, peut ainsi, en excédant un peu son mandat, contribuer à moraliser le jeu, et acquérir de (modestes) mérites !