

Les retombées « collatérales » du contentieux des étrangers dans la jurisprudence et le droit administratifs

Ronny Abraham

Conseiller d'État

Juge à la Cour internationale de justice

On sait que beaucoup de grands arrêts de la jurisprudence administrative ont été rendus dans des affaires relevant du contentieux des étrangers mais sur des objets dépassant de loin ce cadre. Cela n'est pas surprenant, car le contentieux des étrangers se situe à l'intersection de plusieurs branches du droit. En laissant de côté le droit international privé qui s'intéresse aux questions de nationalité et en s'en tenant au droit public, il y a d'abord, naturellement, le droit administratif. Les actes mis en cause sont presque toujours des actes administratifs relevant du régime général des actes administratifs, et il n'est donc pas surprenant que des concepts essentiels du droit administratif soient présents dans le contentieux des étrangers. Mais il y a aussi le droit constitutionnel, car on trouve dans la Constitution et dans son préambule un certain nombre de principes susceptibles de s'appliquer en matière de droit des étrangers. Il y a, enfin, le droit international, dans lequel il faut inclure le droit européen dans ses deux branches : droit communautaire et droits de l'homme. Donc c'est un droit qui, pour cette raison même, est passionnant, qui se situe réellement au confluent, à l'intersection de ces différentes branches du droit que je viens d'énumérer.

Et c'est ce qui explique que, en réalité, s'il fallait vraiment étudier tous les effets « collatéraux », pour ainsi dire, du contentieux des étrangers il faudrait aborder un nombre considérable de questions.

Je vais donc me borner à quelques remarques sur des points qui me paraissent essentiels. J'ai choisi à cette fin de souligner quelques domaines où le contentieux des étrangers a eu un impact important dépassant le seul domaine du droit des étrangers. Et ces quelques exemples, je peux les regrouper autour de deux thèmes : d'une

part, la hiérarchie des normes juridiques en droit français, et, d'autre part, l'étendue et la nature des pouvoirs du juge. Le contentieux des étrangers a eu des effets dans ces deux directions, au moins.

I. LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Ici, il y a lieu de souligner deux points. Le premier intéresse la Constitution, le second les traités internationaux.

A. LA CONSTITUTION

En matière constitutionnelle, comme François Julien-Lafferrière l'a déjà rappelé, le premier grand arrêt *Gisti* de 1978 touche au préambule de la Constitution, et plus précisément au préambule de 1946 auquel renvoie celui de 1958. Au-delà des conséquences spécifiques que le Conseil d'État a tirées de ces textes en ce qui concerne le droit des étrangers de mener une vie familiale normale, il y a aussi la réaffirmation par le Conseil d'État, à cette occasion, de ce que le préambule de la Constitution a valeur normative, de ce qu'il est donc invocable devant les juridictions et applicable par les juges. Et la valeur normative du préambule s'étend naturellement au préambule de 1946 auquel renvoie, comme le dit l'arrêt *Gisti*, le préambule de la Constitution de 1958.

C'est le premier apport important de cet arrêt. Il est vrai que l'arrêt comporte à cet égard une certaine ambiguïté puisqu'il se réfère aussi aux principes généraux du droit. Il paraît dégager du préambule un principe général du droit dont il fait application. Est-ce directement le préambule que le juge applique ou n'y voit-il qu'une source d'inspiration pour les PGD ? Il y a une certaine ambiguïté dans cet arrêt mais je crois malgré tout que la référence explicite dans l'arrêt lui-même au préambule de 1946 est une indication qui va dans le sens d'une prise en compte, et un peu plus qu'une prise en compte, du préambule de la Constitution comme norme juridique directement applicable par le juge. Plus tard, dans l'arrêt *Koné*, en 1996, les choses seront encore plus claires : le juge s'appuie sur le préambule de 1946 pour dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la république et là l'affirmation est beaucoup plus indiscutable.

Donc, réaffirmation de la valeur normative du préambule dans l'arrêt *Gisti*, de façon encore un peu ambiguë, mais qui sera plus claire dans l'arrêt *Koné*.

B. LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Le contentieux des étrangers a été évidemment l'occasion d'affirmer leur invocabilité et leur primauté. Il est vrai que l'invocabilité et la primauté des traités internationaux procède d'abord de la Constitution elle-même, de son article 55, et elle a été affirmée dans toute sa portée, c'est-à-dire y compris à l'égard des lois postérieures, par l'arrêt *Nicolo* en 1989 dans un contexte qui était extérieur au contentieux des étrangers.

Mais de nombreuses affaires concernant le droit des étrangers ont été pour le Conseil d'État l'occasion de compléter, de préciser et de réaffirmer la jurisprudence issue de l'arrêt *Nicolo*. Il suffit de faire référence à l'affaire *Diop*, déjà évoquée à plusieurs reprises : dans cet arrêt, rendu en 2001, le Conseil d'État a déclaré inapplicable et laissé inappliquée une législation relative à la cristallisation des pensions pour la raison qu'elle était contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Et c'est aussi le contentieux des étrangers – on en a déjà parlé – qui a donné l'occasion au Conseil d'État de préciser un peu, pour autant que ce soit possible, le concept d'« effet direct » des traités internationaux, qui est un concept un peu insaisissable consistant à distinguer entre les traités, voire à l'intérieur d'un même traité, les dispositions applicables par le juge de celles qui, s'adressant ou étant supposées s'adresser exclusivement aux États, sont sans effet immédiat dans l'ordre juridique interne, aussi longtemps en tout cas qu'elles n'ont pas été transformées en législation nationale. Les critères de l'effet direct ne sont guère satisfaisants car personne n'a jamais réussi à les définir, précisément du moins à en définir qui soient suffisamment opératoires pour que leur application aille de soi, et c'est toujours une source de difficulté de savoir ce qui est d'effet direct et ce qui ne l'est pas. Mais le Conseil d'État a essayé, un peu, de le faire, et notamment dans l'arrêt *Gisti* de 1997. Concluant sur cette affaire, j'ai tenté de faire ressortir les critères de l'effet direct des traités internationaux – et cela dépasse évidemment de loin le seul domaine du droit des étrangers. J'ai pensé pouvoir poser un principe, qui est celui de l'effet direct : en principe les traités internationaux sont d'effet direct, et il n'en va autrement que lorsqu'on se trouve dans le cadre d'une des deux exceptions, que sont, d'une part, le cas d'une disposition qui ne vise qu'à créer des droits et obligations entre États et qui est étrangère aux droits des individus, et, d'autre part, le cas d'une disposition qui intéresse les droits des individus mais qui est formulée en termes trop flous, trop vagues, en termes programmatiques – qui est trop générale en tout cas pour pouvoir être immédiatement appliquée à des situations particulières.

Reste à savoir quelles conséquences le juge doit tirer du constat que tel traité ou telle stipulation d'un traité est dépourvu d'effet direct. Sur ce point, je n'ai pas réussi à convaincre mes collègues de la section du contentieux. À mon avis, l'absence d'effet direct ne doit pas signifier l'absence d'invocabilité du traité – et je n'ai pas changé d'avis sur ce point – mais seulement qu'on ne peut pas directement accorder un droit individuel, un droit particulier sur la base de la disposition dépourvue

d'effet direct. En revanche, le contrôle des actes normatifs internes au regard du traité doit être complet et à mon sens l'absence d'effet direct d'un traité pour la raison que ses clauses ne sont pas suffisamment précises pour être immédiatement applicables ne doit pas faire obstacle à un contrôle de la non contrariété des normes internes par rapport au traité international, qui est toujours obligatoire, même quand il n'est pas d'effet direct. Mais le Conseil d'État en a jugé autrement, et a indiqué que dès lors qu'une disposition d'un traité n'est pas d'effet direct, elle n'est pas du tout invocable devant les tribunaux internes, ni à l'appui de la revendication d'un droit individuel – sur ce point je suis d'accord – ni non plus au soutien d'un recours dirigé contre un acte normatif comme c'était le cas en l'espèce. C'était un décret réglementaire qui était attaqué, et à mon sens rien n'empêchait de confronter ce décret réglementaire à la norme internationale à laquelle, selon la requérante, il n'était pas conforme (ce qui d'ailleurs n'était pas mon avis).

Voilà donc en ce qui concerne les effets en matière de hiérarchie des normes. Voyons maintenant l'autre point sur lequel je voulais insister : la définition et l'étendue des pouvoirs du juge.

II. LA DÉFINITION ET L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DU JUGE

Indiscutablement, le contentieux des étrangers a joué un rôle important à deux égards au moins (je ne prétends pas là non plus être exhaustif) : d'une part en ce qui concerne les pouvoirs d'interprétation du juge, son pouvoir d'interpréter la norme, d'autre part en ce qui concerne son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires pour préserver les droits des intéressés.

A. LE POUVOIR D'INTERPRÉTATION

On peut ici mentionner deux aspects qui ont été fortement touchés par le droit des étrangers : l'interprétation de la Constitution, d'une part, l'interprétation des traités, d'autre part.

En premier lieu, le pouvoir du juge d'interpréter la Constitution et son préambule : l'arrêt *Gisti* de 1978 en est un exemple, l'arrêt *Koné* de 1996 en est un autre. Dans cette dernière affaire, le Conseil d'État dégage le « principe fondamental reconnu par les lois de la République » selon lequel la France ne peut pas remettre à un État étranger la personne réclamée sous la forme d'une demande d'extradition lorsqu'il apparaît que la demande est inspirée par un but politique, et ceci même si le traité d'extradition en vigueur entre les deux États ne prévoit pas explicitement un tel motif de refus d'extradition. Une extradition accordée dans de telles conditions serait contraire à un principe de valeur constitutionnelle.

Pour dire cela, le Conseil d'État procède à une interprétation du préambule de la Constitution, puisque dégager un tel principe, c'est forcément interpréter le préambule de 1946 qui comporte cette référence aux PFRLR. À l'époque, cet arrêt *Koné* a été diversement reçu par une partie de la doctrine qui a eu l'air de s'étonner – à mon avis bien à tort – que le Conseil d'État se reconnaisse ainsi le pouvoir de dégager un principe de valeur constitutionnelle, d'en affirmer l'existence. Mais si le juge est compétent pour appliquer la Constitution – et on ne lui a jamais fait grief de le faire, en tout cas on ne lui avait jamais fait ce grief jusqu'en 1996 –, il a nécessairement le pouvoir de l'interpréter. Et ce n'est rien faire d'autre que d'interpréter la Constitution que de dégager un principe de valeur constitutionnelle. Pour le surplus, c'est une question de discipline inter-juridictionnelle, je veux dire qu'il appartient au Conseil d'État de veiller à ce que sa jurisprudence en la matière n'entre pas en contradiction avec celle du Conseil constitutionnel et réciproquement. Mais on ne peut pas dire que dans l'arrêt *Koné* le Conseil d'État ait dit quoi que ce soit qui aille à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En tout cas, c'est une claire affirmation du pouvoir qu'a le juge chargé d'appliquer la Constitution – et dans mon esprit ça ne vaut pas seulement pour le Conseil d'État, ça vaut pour l'ensemble des juridictions – de l'interpréter, car on ne peut appliquer que ce qu'on est en droit d'interpréter – à moins qu'il n'existe un mécanisme de renvoi préjudiciel vers une autorité interprétative.

Ceci me fournit une transition avec l'autre aspect de la question : le pouvoir du juge d'interpréter les traités internationaux. Dans ce domaine, le droit des étrangers a été directement à l'origine d'un revirement de jurisprudence, celui de 1990, dont a parlé François Julien-Lafferrière et sur lequel je ne reviendrai donc pas.

B. LES POUVOIRS DU JUGE DES RÉFÉRÉS

Le second aspect important de la façon dont les pouvoirs du juge ont été affectés par le contentieux des étrangers a trait aux pouvoirs du juge des référés : le pouvoir du juge d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires pour protéger les droits des justiciables.

En quoi ce pouvoir-là a-t-il été influencé par le contentieux des étrangers ? Contrairement à tous les exemples que j'ai donnés jusqu'à présent, l'influence n'a pas pris la forme d'une évolution ou d'un revirement de la jurisprudence, mais d'une réforme législative : c'est la grande réforme du référé administratif de 2000 qui a créé ces instruments nouveaux ou en tout cas rénovés que constituent le référé-suspension et le référé-liberté.

Pourquoi peut-on dire tout de même que c'est le contentieux des étrangers qui est à l'origine de la réforme législative ? Parce que je suis convaincu que s'il n'y avait pas eu un certain nombre d'affaires dans les années 1990, notamment qui sont venues au Tribunal des conflits, à une époque où d'ailleurs j'y étais commissaire du gouvernement, probablement la réforme du référé n'aurait pas eu lieu, ou alors elle

serait intervenue plus tard. Certainement, la pression que les avocats ont exercée pour obtenir à toute force des mesures conservatoires de protection au bénéfice des étrangers, s'adressant au besoin au juge des référés civil parce que le juge des référés administratif ne disposait pas d'instruments comparables – cette pression a été en grande partie à l'origine de la réforme de 2000¹.

Je m'étais fait l'avocat, avec bien d'autres, au Conseil d'État, depuis longtemps déjà de la nécessité d'une réforme profonde du référé administratif. Mais c'est le contentieux des étrangers qui a donné l'impulsion décisive.

Ce contentieux n'a donc pas eu seulement des effets sur la jurisprudence, mais aussi sur la législation – et des effets positifs, puisque la loi est venue donner au juge les moyens dont il ne disposait pas jusqu'alors et dont il avait manifestement besoin.

1. V. sur ces différentes affaires, les contributions de G. Tcholakian et de D. Liger, *supra*, p. 193 et p. 197.