



HAL
open science

L'efficacité ou la justice ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'efficacité ou la justice ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers. Raphaël Matta Duvignau; Mickaël Lavaine. L'efficacité de la justice administrative. À la recherche d'une légitimité retrouvée 2016, Mare & Martin, pp. 241-266, 2016, Droit public, 978-2-84934-245-9. hal-01647259

HAL Id: hal-01647259

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647259v1>

Submitted on 29 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'EFFICACITÉ OU LA JUSTICE ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers

par Danièle Lochak

Professeur émérite de l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense

in R. Matta-Duvignau, M. Lavaine (dir.), *L'efficacité de la justice administrative. À la recherche d'une légitimité retrouvée*, Mare et Martin, 2016, pp. 241-266

Le contentieux des étrangers est appréhendé comme un contentieux de masse auquel il faut appliquer un traitement adapté, pour éviter au juge administratif de succomber sous le flux des requêtes. Dans ce contexte, la « maîtrise des flux » devient la préoccupation principale : la capacité à traiter les affaires dans les délais impartis, sans augmentation des « stocks », apparaît comme le critère essentiel, sinon exclusif, de l'efficacité de la justice. Au risque de transformer la justice des étrangers en une justice d'exception, simple alibi de l'État de droit, concourant à légitimer plus qu'à encadrer ou freiner le renforcement du dispositif répressif mis en place pour « maîtriser les flux migratoires ». Par « justice d'exception » on entend une justice caractérisée par des règles dérogatoires, moins protectrices que celles du « droit commun » : délais de saisine raccourcis, procédures accélérées, abandon de la collégialité, appel non suspensif... La nécessaire régulation des flux contentieux fait ainsi symboliquement écho à la non moins indispensable régulation des flux migratoires : dans les deux cas on constate la même obsession des chiffres à l'aune desquels on prétend mesurer l'efficacité d'une politique ou d'une réforme.

Deux types de facteurs concourent à transformer la justice des étrangers en justice d'exception. Il y a d'abord, évidemment, la volonté du législateur – gouvernement et parlement confondus – qui, depuis plusieurs décennies désormais, s'évertue à rogner progressivement les garanties accordées aux étrangers qui font l'objet de mesures de refus de séjour ou de reconduite à la frontière pour pouvoir éloigner plus rapidement et plus facilement ceux qui sont en situation irrégulière. Et faute de pouvoir supprimer le recours au juge (*horresco referens* dans un État de droit), contraint par ailleurs de conférer à ce recours un semblant d'effectivité (art. 13 CEDH oblige), il met en place des procédures accélérées : le caractère suspensif du recours justifie cette accélération car la saisine du juge ne doit pas entraver la procédure d'éloignement, ce qui veut dire, par exemple, que sa décision doit intervenir alors que l'étranger est encore en rétention.

Sur le fondement de cette législation, l'action propre de l'administration aboutit à l'accroissement sans fin des mesures prises, donc susceptibles d'être déferées au juge : multiplication du nombre d'étrangers à qui est opposé un refus de séjour ou qu'on décide d'éloigner, diversification du type de mesures prises (refus de séjour, APRF, OQTF¹, refus d'accorder un délai de départ volontaire, interdiction de retour, placement en rétention...).

Faute d'avoir la maîtrise de l'amont – le nombre de décisions à contrôler, et à contrôler dans l'urgence –, qui dépend comme on vient de le voir du législateur et de l'administration, les réformateurs de la justice administrative s'efforcent, eux, de réguler les « flux » en aval et imaginent des procédures permettant un traitement plus rapide et allégé de ce contentieux de masse. C'est le second facteur qui contribue à l'instauration de procédures dérogatoires.

Bien entendu, tous les réformateurs prétendent en chœur vouloir préserver les garanties accordées à ces justiciables d'un genre particulier que sont les étrangers. Mais ces garanties ne sont pas réellement protectrices, même si elles permettent, ponctuellement, d'obtenir l'annulation d'une mesure illégale. On ne peut rendre une justice de qualité lorsque le rendement est la considération primordiale. L'efficacité appréciée de façon purement quantitative est antinomique avec l'exigence de justice.

¹ Arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, obligation de quitter le territoire français

PROLOGUE : LE CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, CONTENTIEUX « DE MASSE » PAR EXCELLENCE

La notion de « contentieux de masse » a été largement explorée et l'augmentation exponentielle du contentieux des étrangers a elle aussi donné lieu à de très nombreux commentaires² : ceci nous dispensera de nous attarder longuement sur le constat lui-même.

Le contentieux de masse, comme le rappelle le vice-président du Conseil d'État³, évoque en premier lieu le contentieux des « séries » ; mais il évoque aussi, en second lieu – et c'est ainsi qu'il faut l'entendre dans le cas qui nous occupe – « l'accumulation de requêtes individuelles contre une multitude de décisions distinctes, faisant application d'une même législation [...] à des situations individuelles qui sont – en principe – distinctes [...] », mais qui « présentent le plus souvent à juger des questions de fait et de droit analogues, et mêmes parfois identiques ». Pour qu'il y ait « contentieux de masse » à proprement parler, dit dans le même sens Yves Gaudemet, il faut que, « pour une masse de requêtes donnée, les conclusions des parties, les moyens soulevés, leurs causes, l'argumentation au soutien de ces moyens [soient] les mêmes, identiques ou similaires »⁴. Mais il ajoute que, « pour le juge il y a l'idée non seulement d'un contentieux répétitif, d'un “déjà vu” contentieux, mais encore d'un contentieux facile à traiter, simple, ne posant pas de difficultés juridiques majeures ». Cette idée d'un contentieux simple à traiter, sans intérêt juridique, fastidieux, explique que ce contentieux dévalorisé soit traité comme un contentieux de seconde zone.

Tous les observateurs s'accordent sur le fait que le contentieux des étrangers est non seulement « le » contentieux de masse par excellence mais qu'il est apparu le premier par ordre chronologique. Jean-Marc Sauvé fait remonter l'essor du phénomène au début des années 1990 et plus précisément encore à la création par la loi du 10 janvier 1990 d'une procédure d'urgence confiée à la juridiction administrative pour statuer sur les arrêtés de reconduite à la frontière.

L'examen des chiffres atteste la place croissante – pour ne pas dire envahissante – qu'occupe le contentieux des étrangers dans l'ensemble du contentieux administratif : en moyenne, toutes juridictions confondues, une affaire sur trois. Mais ce chiffre global n'est pas représentatif. Si on descend plus dans le détail on constate qu'en 2011 six tribunaux ont traité plus de 30 % d'affaires relevant du contentieux des étrangers⁵ – et la proportion atteint 50 % pour le tribunal administratif de Montreuil. Dans une dizaine de tribunaux la proportion atteint 20 à 30 %. Au niveau des cours administratives d'appel la proportion dépasse presque toujours 30% (et 58 % à Versailles). Pour le Conseil d'État la proportion oscille entre 15 et 20 % mais les affaires jugées incluent le contentieux des mesures réglementaires.

C'est le durcissement de la politique d'immigration depuis le début des années 1980 et la multiplication des réformes législatives qui, comme le relève Olivier Lecucq, ont fait du contentieux des étrangers un contentieux de masse⁶. L'orientation répressive de cette politique accroît logiquement et automatiquement le nombre de mesures de refus de séjour et

² Voir par exemple le colloque organisé à l'occasion du X^e anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 24 novembre 2010 : « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? » dont les actes ont été reproduits dans le numéro 3/2011 et 4/2011 de la *RFDA*.

³ Allocution de clôture de Jean-Marc Sauvé au colloque précité, *RFDA* 2011, p. 684. En ligne sur le site du Conseil d'État <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Dix-annees-de-croissance-du-contentieux-Quelles-realites-Quelles-reponses>>

⁴ Yves Gaudemet, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 464.

⁵ Outre Montreuil, il s'agit des tribunaux de Cergy, Lille, Melun, Paris, Strasbourg. Ces chiffres, portant essentiellement sur l'année 2011, ont été rassemblés par Olivier Lecucq (« Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA* 2012, p. 1210). Ils fluctuent d'une année sur l'autre (ainsi, selon Yves Gaudemet les requêtes en matière de droit des étrangers représentaient plus de la moitié des entrées au tribunal administratif de Cergy en 2009) mais la tendance est clairement à la hausse.

⁶ Olivier Lecucq, « Le contentieux des étrangers... », précité.

d'éloignement prononcées et donc le nombre de mesures susceptibles d'être déférées au juge. Plus surprenant *a priori* est le constat de ce que les réformes intervenues ces dernières années n'ont fait qu'amplifier le phénomène alors même qu'elles avaient pour objectif affiché de réduire le nombre des recours.

C'est le cas de la réforme de 2006⁷ qui a permis de regrouper en un seul et même acte les trois décisions prises jusque-là séparément par le préfet et qui pouvaient donner lieu au minimum à deux recours distincts : contre le refus de séjour, d'une part, contre l'arrêté de reconduite à la frontière et la décision fixant le pays de destination qui figurait en principe dans le même arrêté, d'autre part. Désormais le préfet peut accompagner le refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) assortie d'un délai de départ volontaire et fixer dans le même arrêté le pays de destination. Le recours, qui suspend l'éloignement, doit être formé dans un délai de trente jours et le tribunal administratif a trois mois pour statuer. Mais en cas de placement en rétention en cours d'instance et après l'écoulement du délai de départ volontaire, le contentieux se scinde en deux : la décision relative au séjour continue de relever de la compétence de la formation collégiale alors que les mesures relatives à l'éloignement sont tranchées par un juge unique statuant dans les soixante-douze heures.

Or non seulement le nouveau dispositif n'a pas enrayer l'inflation contentieuse mais il a suscité un accroissement du taux de recours devant les juridictions du premier degré et du taux d'appel devant les cours administratives d'appel⁸.

Le même phénomène s'est produit avec la réforme suivante, qui visait à diminuer le nombre de recours en fusionnant encore plus étroitement le contentieux des refus de séjour et celui de l'éloignement. L'entrée en vigueur de la loi de 2011⁹ qui a, d'une part, généralisé la procédure d'urgence en étendant les hypothèses où le juge doit être saisi dans les 48 h, d'autre part reculé dans le temps la possibilité pour l'étranger placé en rétention de saisir le juge des libertés et de la détention (JLD), l'incitant par conséquent à saisir le juge administratif de la décision de placement, a elle aussi entraîné une progression brutale du nombre de recours dès le second semestre 2011, progression qui a atteint 40%, voire 90% dans certains tribunaux¹⁰. Le rapport pour avis de la commission des lois du Sénat sur la loi de finances pour 2013¹¹ corrobore ce constat : le contentieux des étrangers a progressé globalement de 18,2 % en 2011, et cette progression est liée à la hausse du contentieux des mesures d'éloignement examinées en urgence (+ 50% par rapport à la même période l'année précédente) sous l'effet de la loi du 16 juin 2011. Le rapport de la même commission sénatoriale sur le projet de loi de finances pour 2014 évoque encore « l'explosion du contentieux de l'éloignement des étrangers » consécutive à l'entrée en vigueur de la loi Besson¹².

⁷ Loi « Sarkozy » du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

⁸ « Devant les cours administratives d'appel, le nombre d'affaires enregistrées relevant du contentieux des étrangers a connu une progression spectaculaire en 2007 par rapport à 2006 (+ 187 % pour les seuls recours concernant des refus de séjour), conséquence conjointe de l'augmentation importante du nombre d'affaires jugées en première instance (+ 53 % pour les refus de titre) et de l'augmentation du taux d'appel afférent aux nouveaux refus de séjour assortis d'OQTF » (Rapport de la Commission Mazeaud : « Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire », La Documentation française, 2008, p. 61).

⁹ Loi « Besson » du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

¹⁰ Olivier Lecucq, article précité.

¹¹ Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2013, Tome IV, Conseil d'État et autres juridictions administratives, Doc. Sénat n° 154.

¹² Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2014, Tome IV, Conseil d'État et autres juridictions administratives, Doc. Sénat n° 162. « Pour 2012, le contentieux des étrangers s'est établi, devant les tribunaux administratifs, à un niveau encore jamais atteint de 56 800 dossiers, soit 32 % du total des requêtes enregistrées, et 12 538 dossiers, soit 44 %, devant les cours administratives d'appel ».

I. La régulation des flux migratoires par l'allègement des obstacles juridictionnels à l'éloignement.

On entend montrer ici que la démultiplication des voies de recours va de pair avec leur ineffectivité globale. « Globale », car il arrive bien évidemment que des recours contentieux aboutissent et donnent satisfaction aux requérants. Mais ce qui frappe, c'est le contraste entre l'existence de voies de recours, souvent même dotées d'un effet suspensif, contre chacune des décisions prises par l'administration, et la faiblesse des garanties qu'elles offrent concrètement aux requérants. L'objectif du législateur est de sauvegarder les apparences d'un État de droit tout en faisant en sorte que le passage par la case juridictionnelle ne constitue pas un obstacle à l'éloignement. Les obstacles sont donc plutôt du côté du requérant, qu'il s'agisse de l'accès au juge, entravé par la brièveté des délais de recours, ou de l'assurance de voir sa cause jugée équitablement compte tenu des difficultés rencontrées pour obtenir une assistance juridique et des délais très brefs imposés au juge pour statuer.

A. Les entraves à l'accès au juge : le spectre du déni de justice

D'une façon générale, les étrangers visés par une mesure administrative rencontrent plus de difficultés que la moyenne des justiciables, à niveau socio-économique égal, pour faire valoir leurs droits en justice, ne serait-ce qu'en raison de l'obstacle de la langue et de la complexité des procédures contentieuses qui atteint un degré tel que même un juriste averti a du mal à s'y retrouver. Mais certains obstacles résultent de la volonté délibérée du législateur, telle la brièveté des délais impartis pour saisir le juge, dont les effets sont amplifiés par les difficultés rencontrées pour avoir accès, dans ces mêmes délais, à une assistance juridique.

Non seulement les entraves à l'accès au juge se sont accentuées au fil des réformes mais les conséquences sont plus graves puisque, aujourd'hui, les procédures d'urgence et donc l'obligation de déposer un recours dans des délais très brefs ne s'appliquent pas uniquement aux mesures d'éloignement mais aussi à une grande partie des décisions relatives au séjour – celles qui sont accompagnées d'une OQTF sans délai de départ volontaire.

Lorsqu'on se replace vingt-cinq ans en arrière, on constate que le ver était déjà dans le fruit lorsqu'a été instauré, par la loi du 10 janvier 1990 (art. 22 *bis* de l'ordonnance de 1945), un recours suspensif contre les arrêtés de reconduite à la frontière. Le recours devait être introduit dans les 24 heures pour être jugé dans les 48 heures (sachant que la rétention, à l'époque, ne pouvait pas excéder sept jours). L'appel était possible devant le Conseil d'État mais non suspensif, donc dépourvu d'effectivité. En apparence, le progrès était incontestable, puisque, depuis la loi de 1986, l'arrêté de reconduite à la frontière pris par le préfet ne pouvait donner lieu qu'à une demande de sursis à exécution, laquelle donnait inmanquablement lieu à un non lieu à statuer puisque la mesure avait été exécutée dans l'intervalle. Mais le nombre de requêtes rejetées comme tardives a prouvé que la protection découlant du caractère suspensif du recours était trop souvent privée d'effet par l'impossibilité de le former en temps utile : parce que le délai était écoulé au moment où le pli recommandé était retiré à la poste, parce que l'intéressé n'avait pas réalisé que le délai de 24 heures était... un délai de 24 heures, que le cachet de la poste, contrairement à la formule consacrée, ne faisait pas foi, ou encore que les samedis et dimanches n'interrompaient pas le délai¹³.

La loi de 1998 a porté le délai de recours contre la mesure d'éloignement à 48 heures lorsqu'elle était remise en mains propres et à sept jours lorsqu'elle était notifiée par voie postale. Mais, compte tenu de la difficulté et parfois de l'impossibilité pour un étranger sans papiers de se faire remettre un pli recommandé à la poste, il arrivait fréquemment que le délai expire sans

¹³ Et rien ne servait de plaider l'ignorance : outre que "nul n'est censé ignorer la loi", le Conseil d'Etat rappelait avec constance que « la notification indiquait les voies et délais de recours ouverts contre cette décision », autrement dit que cette formalité suffisait à faire courir lesdits délais et à justifier l'irrecevabilité.

que le recours puisse être intenté : la mesure, légale ou non, était donc exécutoire et aucun recours ne pouvait plus être formé à son encontre.

Mais cette procédure d'urgence ne concernait que les mesures d'éloignement. Pour contester le refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour, l'étranger disposait du délai de droit commun de deux mois et le recours administratif suspendait ce délai ; le recours pouvait être accompagné d'une demande de sursis à exécution et, après la réforme de 2000, d'un référé-suspension.

La loi Sarkozy de 2006 a modifié ce dispositif. Jusqu'alors, en cas de refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour, l'administration assortissait sa décision d'une invitation à quitter le territoire dans un délai d'un mois ; passé ce délai, elle avait la possibilité de prendre un arrêté de reconduite à la frontière qui, notifié généralement par voie postale, n'était en pratique jamais exécuté. Tout en laissant subsister la reconduite à la frontière dans les hypothèses où la situation irrégulière est constatée à l'occasion d'une interpellation, la loi a donc prévu que le refus de séjour pourrait être assorti d'une OQTF, et que cette OQTF deviendrait exécutoire à l'expiration du délai d'un mois, l'étranger pouvant donc être éloigné sans qu'il y ait besoin de prendre une seconde décision. Procédure plus simple, et surtout plus expéditive vue du côté de l'administration ; moins protectrice vue du côté de l'étranger qui n'a plus qu'un mois au lieu de deux pour attaquer, par un même recours, la décision de refus de séjour et l'obligation de quitter le territoire français, sachant que ce délai, de surcroît, n'est plus prorogé par un recours administratif préalable. Et même si ce recours est suspensif de l'exécution de l'OQTF, l'administration peut néanmoins, à l'expiration du délai d'un mois, placer l'étranger en rétention, le tribunal devant alors statuer dans les 72 heures sur l'OQTF selon la procédure d'urgence applicable au contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière.

L'entrée en vigueur de la loi Besson du 16 juin 2011 a encore modifié la donne. Si le délai « de droit commun » existe encore, sa portée est des plus réduite : en théorie l'étranger a deux mois pour attaquer un refus de séjour « sec », mais en pratique les refus de séjour sont systématiquement accompagnés d'une OQTF. Le délai de recours n'est plus alors que de trente jours (art. L. 512-1-I du Ceseda) pour demander, par une même requête, l'annulation de la décision relative au séjour, de l'OQTF, le cas échéant de la décision fixant le pays de destination et de l'interdiction de retour sur le territoire français si elle a été prononcée. Et ce délai n'est pas prorogé par un recours administratif (art. R. 776-5-I du CJA). La loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a resserré encore les délais de recours qui passent de trente à quinze jours dans les cas où l'OQTF n'accompagne pas un refus de séjour, notamment si l'étranger est entré irrégulièrement sur le territoire, s'il s'est maintenu en France au-delà de la durée de validité de son visa ou de son titre de séjour, dont il n'a pas demandé le renouvellement, enfin et surtout s'il a été « débouté » de sa demande d'asile.

Mais si le préfet n'a pas accordé de délai de départ volontaire¹⁴, autrement dit si l'OQTF est immédiatement exécutoire, l'intéressé n'a plus que quarante-huit heures pour déposer son recours et demander l'annulation de toutes les décisions précitées plus le refus d'accorder un délai de départ volontaire, soit cinq au total (art. L. 512-1-II).

Enfin, si l'intéressé a été placé en rétention ou assigné à résidence, il dispose là encore de 48 heures pour demander l'annulation de l'OQTF, éventuellement de l'interdiction de retour, de la décision fixant le pays de destination et de la décision d'assignation à résidence¹⁵ (art. L. 512-1-III).

¹⁴ Le délai de départ volontaire peut être refusé dans une série d'hypothèses : en cas de menace pour l'ordre public, si la demande de titre de séjour était manifestement infondée ou frauduleuse ou s'il existe un risque que l'étranger se soustraie à l'obligation de quitter le territoire (art. L. 511-1-II al. 2 du Ceseda). Le délai de départ volontaire n'est pas évoqué dans les cas où l'OQTF est prononcée à l'encontre d'un étranger qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois et qui soit constitue une menace l'ordre public soit a travaillé sans autorisation (art. L. 533-1 du Ceseda).

¹⁵ S'agissant de la décision de placement en rétention, en revanche, la loi du 7 mars 2016 a prévu qu'à compter du 1^{er} novembre 2016 c'est le juge des libertés et de la détention (JLD) qui serait compétent pour contrôler cette mesure.

Comment déposer ces recours dans le temps imparti sans une assistance juridique solide, même si des assouplissements sont prévus qui permettent de ne déposer qu'une requête sommaire et de la compléter en soulevant des moyens nouveaux jusqu'à l'audience¹⁶ ? L'étranger placé en rétention n'aura le plus souvent de contact avec un avocat qu'au moment où il sera présenté, au bout de 48 heures, au juge des libertés et de la détention, donc très tardivement – et à condition qu'il n'ait pas été éloigné dans l'intervalle¹⁷. Il peut éventuellement compter, pour rédiger et transmettre son recours, sur l'association présente dans le centre de rétention. Mais cette présence n'est assurée que pendant les jours et les heures ouvrables. Et comme le délai de 48 heures est un délai dit « d'heure à heure », qui n'est pas prorogeable en raison des week-ends et des jours fériés, cela veut dire qu'un étranger placé en rétention un vendredi soir ou un samedi matin ne pourra compter sur aucune aide pour rédiger et transmettre son recours¹⁸.

Lorsque la personne est laissée libre ou assignée à résidence, la situation peut s'avérer paradoxalement plus difficile encore puisque les associations et cabinets d'avocats ne reçoivent pas pendant les week-end et que les permanences d'avocats d'office ne sont ouvertes qu'aux personnes privées de liberté présentées devant un magistrat au cours du week-end.

Un recours a été intenté devant le Conseil d'État contre les dispositions du code de justice administrative (art. R. 776-2 à 776-5) qui prévoient que le délai de 48 heures n'est susceptible d'aucune prorogation. La requête faisait valoir que ces dispositions portaient atteinte au droit au recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi par l'article 13.1 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 qui prévoit que « le ressortissant d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour ». Le caractère effectif d'un recours devant s'apprécier in concreto, le droit au recours effectif impliquait selon l'association requérante que la personne puisse être raisonnablement en mesure de déférer à une autorité juridictionnelle ladite décision, ce qui, était-il démontré, n'était pas le cas en l'espèce. Le recours a été rejeté par le Conseil d'État sans qu'il soit véritablement répondu aux arguments soulevés par la requête¹⁹. Lorsque la non effectivité du recours est invoquée à l'appui d'une requête individuelle, l'argument est également rejeté²⁰.

B. Une justice équitable ?

Si la brièveté des délais risque de faire obstacle, comme on vient de le voir, à la saisine du juge, faute d'assistance juridique pour engager le recours, les procédures d'urgence peuvent

¹⁶ L'article R. 776-5-II du CJA prévoit que les dispositions de l'article R. 411-1 qui interdisent de régulariser une requête ne comportant l'exposé d'aucun moyen ne sont pas applicables et que "l'expiration du délai n'interdit pas au requérant de soulever des moyens nouveaux, quelle que soit la cause juridique à laquelle ils se rattachent".

¹⁷ Sous l'empire de la loi Besson, la situation était encore pire car l'étranger n'était plus présenté au juge des libertés et de la détention - et ne voyait en général un avocat - qu'au terme d'un délai de cinq jours, soit bien après l'expiration du délai de recours contre les mesures prises par l'administration. La loi du 7 mars 2016 a prévu qu'à compter du 1er novembre 2016 le JLD devrait à nouveau être saisi au plus tard au bout de 48 h, l'étranger ayant de son côté la possibilité de contester devant lui la décision de placement en rétention.

l'étranger n'était plus présenté au juge des libertés et de la détention - et ne voyait en général un avocat - qu'au terme d'un délai de cinq jours, soit bien après l'expiration du délai de recours contre les mesures prises par l'administration. La loi du 7 mars 2016 a prévu qu'à compter du 1er novembre 2016 le JLD devrait à nouveau être saisi au plus tard au bout de 48 h, l'étranger ayant de son côté la possibilité de contester devant lui la décision de placement en rétention.

¹⁹ Conseil d'État, 2 juin 2012, *Gisti*, n° 352388. Le Conseil d'État se borne à affirmer que le délai de 48 h non prorogeable n'est contraire ni à l'article 13 CEDH ni à la directive, « compte tenu notamment de la nature et de l'objet de la décision contestée et des garanties procédurales dont dispose le requérant ».

²⁰ Voici un cas authentique. L'histoire se passe à Eu, ville balnéaire de Seine-Maritime située à 80 km du tribunal administratif de Rouen : un couple de Chinois, ne parlant pas un mot de français, faisant l'objet d'une OQTF sans délai de départ volontaire, est assignée à résidence un vendredi soir à 22 h. Il est évidemment impossible pour eux de faire un recours dans les 48 h, car il n'y a à Eu ou à proximité aucun avocat ou association en mesure de les aider pendant le week-end. On ne leur a communiqué ni l'adresse ni le numéro de télécopie du tribunal administratif de Rouen. Le recours est déposé le lundi suivant : il est rejeté comme irrecevable pour tardiveté (TA Rouen, 11 avril 2013).

aussi empêcher, lorsque le recours a été intenté, que la cause soit entendue « équitablement »²¹. L'urgence entrave le travail des avocats et des associations qui assistent l'étranger, mais rend aussi plus délicate la tâche des juges, obligés de statuer rapidement et à la chaîne sur des dossiers qui n'ont pas été préparés comme ils auraient dû l'être.

Certes, les étrangers ont droit à l'aide juridictionnelle dans la plupart des hypothèses où ils font l'objet d'une mesure d'éloignement ou de privation de liberté. Mais l'exercice des droits de la défense subit néanmoins des entraves manifestes.

On le constate, en premier lieu, lorsque l'étranger maintenu en zone d'attente²² veut contester le refus d'accès au territoire au titre de l'asile. Depuis 2007²³, il dispose à cette fin d'un recours suspensif qui doit être introduit dans les 48 heures et sera jugé dans les 72 heures (art. L. 213-9 du Cesda). Les textes prévoient, certes, que toute personne maintenue en zone d'attente peut contacter l'avocat de son choix. Mais les étrangers n'ont que rarement les moyens financiers de recourir aux services d'un avocat choisi par eux ; or il n'y a pas de permanence d'avocats en zone d'attente et aucune assistance juridique gratuite et systématique n'est organisée. L'Anafé²⁴, présente quelques jours par semaine dans la zone d'attente de Roissy, n'a ni la vocation ni les moyens matériels de répondre à toutes les demandes de conseil. L'étranger se retrouve donc le plus souvent seul pour préparer dans un délai très bref une requête qui doit être rédigée en français et motivée en droit et en fait. C'est seulement au stade de l'audience qu'il sera représenté par un avocat de permanence, mais celui-ci n'aura pris connaissance du dossier que le jour même et n'aura pu s'entretenir avec l'intéressé que quelques minutes²⁵.

Lorsque l'étranger est sous le coup d'une mesure d'éloignement et placé en rétention, il a droit à l'assistance d'un avocat commis d'office, qui est en général un avocat de permanence ; mais il est là encore difficile à celui-ci d'assurer une défense efficace dans un délai aussi court, alors qu'il n'a eu connaissance du dossier qu'au dernier moment.

La procédure d'urgence, qui suppose la brièveté des délais de recours en amont, implique le raccourcissement des délais de jugement en aval. L'objectif poursuivi est d'accélérer la procédure d'éloignement mais aussi de faire en sorte que le juge rende sa décision pendant que l'étranger est encore en rétention ou en zone d'attente, autrement dit à la disposition de l'administration : la rapidité est ici le corollaire du caractère suspensif du recours puisque l'étranger ne peut être éloigné, si le juge a été saisi, qu'après que celui-ci a statué.

Dans le cas d'une requête en annulation contre une décision de refus de séjour accompagnée d'une OQTF avec délai de départ volontaire, le juge avait, jusqu'à l'intervention de la loi du 7 mars 2016, trois mois pour statuer en formation collégiale avec conclusions du rapporteur public, si toutefois celui-ci n'est pas dispensé de les prononcer (art. L. 512-1-I du Cesda et art. R. 776-13 du CJA). Désormais, dans les cas rappelés plus haut où le requérant n'a lui-même que quinze jours pour intenter un recours²⁶, l'audience se déroule devant un juge unique qui

²¹ Le rapport de l'OEE précité pointe l'inégalité des armes "qui tient à l'urgence dans laquelle est placé l'étranger, à la privation de liberté, et au manque de moyens mis à disposition d'une population souvent isolée, sans grands moyens financiers et *a priori* non francophone".

²² Le placement en zone d'attente concerne les personnes à qui l'accès au territoire est refusé ou qui demandent l'asile à la frontière, alors que le placement en rétention concerne les personnes présentes sur le territoire et sous le coup d'une mesure d'éloignement.

²³ La loi du 20 novembre 2007 a prévu ce recours à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a jugé qu'il y avait eu violation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 combiné avec l'article 3, puisque le requérant, demandeur d'asile, invoquait les risques encourus en cas de refoulement vers l'Erythrée (Cour EDH, G^{de} Chambre, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*).

²⁴ Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers.

²⁵ Les rapports de l'Anafé fournissent une description précise et documentée de ces difficultés. Voir notamment le rapport d'observations 2013 : « Le dédale de l'asile à la frontière », téléchargeable sur le site de l'Anafé : <<http://www.anafe.org/spip.php?article275>>

²⁶ Comme on l'a rappelé plus haut, il s'agit pour l'essentiel des cas où l'OQTF n'accompagne pas un refus de séjour.

n'a plus que six semaines pour statuer. Dans le cas d'une OQTF sans délai de départ volontaire, le tribunal, statuant en formation collégiale, a également trois mois pour statuer (art. L. 512-1-II du Ceseda) – ce qui, soit dit en passant, conduit à s'interroger sur le sens qu'a l'obligation imposée à l'intéressé de déposer son recours dans les 48 heures, sinon d'amoindrir ses chances de pouvoir faire ce recours... Mais il est de toutes façons très rare que l'étranger ne soit pas, dans ce cas, simultanément placé en rétention, ce qui déclenche la procédure d'urgence proprement dite.

La procédure d'urgence s'applique en effet dès l'instant où l'étranger est placé en rétention ou assigné à résidence, ce qui peut se produire soit immédiatement, dans le cas d'une OQTF sans délai de départ volontaire, soit une fois le délai de départ volontaire expiré – ou retiré²⁷. Dans ce cas, le juge doit rendre sa décision dans les trois jours, seul, et sans conclusions d'un rapporteur public (art. L. 512-1-III du Ceseda et art. R. 776-21 du CJA).

C'est ce même délai de 72 heures qui est imparti au juge pour statuer sur les recours formés contre le refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile (art. L. 213-9 du Ceseda).

Ces délais de traitement des affaires ne peuvent pas ne pas avoir d'incidence sur la qualité de la justice rendue et ne pas laisser planer un doute sur l'équité des décisions prononcées dans ces conditions. Certes, le requérant est généralement présent à l'audience, il peut être assisté d'un avocat, et l'un comme l'autre peuvent produire des documents et présenter des observations orales. Mais l'avocat, lorsqu'il s'agit de l'avocat de permanence commis d'office, connaît mal ou pas du tout le dossier qu'il ne découvre que quelques instants avant l'audience, en même temps qu'il rencontre son client pour la première fois ; le délai de 48 heures, surtout pour une personne placée en rétention, est à l'évidence insuffisant pour réunir les preuves d'une présence durable en France, de l'existence de liens personnels ou familiaux ou encore des risques encourus en cas de retour dans le pays d'origine, autant d'éléments qui pourraient conduire, au regard des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, à remettre en cause le bien-fondé des mesures contestées. Le magistrat statue en général sur le champ, il n'y a donc pas de délai de réflexion supplémentaire. Le sort et la vie des gens peuvent ainsi se jouer sur la base d'une procédure bâclée, qu'il s'agisse des étrangers qui se voient refuser l'accès au territoire au titre de l'asile ou de ceux dont l'OQTF se doublera souvent d'une interdiction de retour sur le territoire français. Or ils n'auront pas de seconde chance pour faire valoir leurs droits puisque l'appel n'est pas suspensif. À supposer même qu'elle ait eu le temps de faire appel et que le juge d'appel prenne finalement une décision favorable à son égard, la personne renvoyée, bien que victime de l'exécution d'une décision illégale, aura en pratique les plus grandes peines à revenir en France²⁸.

*

On ne peut à cet égard qu'adhérer au constat du vice-président du Conseil d'État²⁹ lorsqu'il rappelle que « les contentieux de masse sont avant tout des contentieux humains », que « beaucoup d'entre eux ont trait à l'application des droits fondamentaux ou [...] à tout le moins, touchent à des aspects essentiels de la vie des personnes concernées », qu'ils impliquent « des enjeux immédiats et importants » pour les requérants. Mais on semble l'oublier lorsqu'il s'agit de trouver des parades à l'afflux des recours qui convergent vers la juridiction administrative.

II. La régulation des flux contentieux par l'allègement des procédures.

« Comment concilier, d'une part, le droit fondamental de chaque justiciable de voir sa cause entendue individuellement et complètement par un juge, avec le caractère répétitif, voire sériel,

²⁷ Le préfet peut à tout moment transformer une OQTF avec délai en OQTF sans délai s'il apparaît un motif justifiant la suppression de ce délai (art. L. 511-1-II, dernier alinéa).

²⁸ Au-delà de l'obstacle financier, elle devra entamer un véritable parcours du combattant pour obtenir un visa sans assurance qu'il sera finalement délivré.

²⁹ Jean-Marc Sauvé, « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », précité.

des requêtes qui est le propre des contentieux de masse ? ». À cette question le vice-président du Conseil d'État apporte la réponse suivante : « si ces affaires sont parfois complexes, elles présentent à juger, dans la grande majorité des espèces, des questions de droit déjà tranchées et des questions de fait assez simples. Il est dès lors légitime de mettre en œuvre des moyens adaptés à la difficulté des litiges à traiter, en particulier lorsque les juges ont une réelle prise sur ceux-ci : décision d'instruire ou de ne pas instruire, de renvoyer l'affaire en formation collégiale ou non, de présenter des conclusions orales ou d'y renoncer... »³⁰. Pour faire face à l'augmentation des recours, on a, de fait, privilégié la voie de l'allègement des procédures – ce qui, comme le relève Olivier Lecucq, « comporte des risques non seulement pour les étrangers, mais aussi pour la justice administrative elle-même »³¹. Car s'il est vrai que les questions de droit soulevées sont le plus souvent simples, ce n'est pas systématiquement le cas ; et surtout, s'agissant du contentieux du séjour et de l'éloignement, les questions de fait supposent une évaluation fine des situations qui gagnerait justement à ne pas être confiée à un juge unique, statuant en urgence et sans conclusions d'un rapporteur public.

Ces réformes de procédure qui ont pour objet d'accélérer le traitement du contentieux ont pu être dénoncées, par des voix issues de la juridiction administrative elle-même, comme le signe d'une « dérive managériale »³² plus préoccupée de chiffres et de rendement que de qualité. Un grief qui trouve une certaine consistance lorsqu'on constate que, dans le programme 165 concernant le Conseil d'État et les autres juridictions administratives annexé à la loi de finances, le principal souci affiché est celui des « performances », appréciées à l'aune des délais de jugement. Le renforcement de l'« efficacité » est mesuré par deux indicateurs strictement quantitatifs : le nombre d'affaires réglées par magistrat et le nombre d'affaires réglées par agent de greffe. La qualité des décisions juridictionnelles, quant à elle, est mesurée... par le taux d'annulation des décisions³³.

La préoccupation exclusive des délais de jugement et de l'écoulement des stocks ont débouché sur la mise en place de procédures simplifiées – amenuisement de la place de la collégialité, dispense des conclusions – ou carrément expéditives comme le recours aux ordonnances de « tri ».

A. La disparition programmée de la collégialité

Ce qui devrait être normalement l'exception est devenu la règle : la proportion de décisions rendues par un juge unique s'élève, *grosso modo*, à 40 % pour le Conseil d'État, 30 % pour les cours administratives d'appel, 60 % pour les tribunaux administratifs.

Cette réalité n'est propre ni à la juridiction administrative ni au contentieux des étrangers. Mais celui-ci, outre qu'il a servi de terrain d'expérimentation en la matière, reste le domaine par excellence du juge unique.

Lorsque le législateur a créé, en 1990, un recours suspensif contre l'arrêté de reconduite à la frontière, il l'a confié à un juge unique. C'est également à un juge unique qu'ont été confiés, en 2006, les recours contre les OQTF lorsqu'elles n'accompagnaient pas un refus de séjour ou lorsque la personne était placée en rétention. Depuis la réforme de 2011, lorsque la personne est placée en rétention – donc, très souvent –, c'est un juge unique qui statue non seulement sur l'OQTF, le pays de retour, le placement en rétention³⁴, mais aussi, le cas échéant, par voie

³⁰ Jean-Marc Sauvé, « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la “critique managériale” » *RFDA* 2012, p. 613.

³¹ Olivier Lecucq, article précité.

³² Elsa Costa, « Des chiffres sans les lettres. La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA* 2010, p. 1623. L'auteure s'exprime en tant que présidente du Syndicat de la juridiction administrative.

³³ Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2015, Tome V : Juridictions administratives et administrations financières, Doc. Sénat n° 114, 20 novembre 2014, p. 13 et s.

³⁴ La loi du 7 mars 2016 a toutefois ôté au juge administratif la compétence pour statuer sur la décision de placement en rétention : à compter du 1^{er} novembre 2016 cette décision devra être contestée devant le JLD.

d'exception, sur le refus de séjour³⁵ et sur l'interdiction de retour sur le territoire français.

Cette extension progressive du domaine de compétence du juge unique est encore confirmée par la loi du 7 mars 2016. Alors que la réforme de 2011 avait laissé subsister la compétence de la formation collégiale pour statuer sur une OQTF lorsque la personne n'est pas placée en rétention, c'est désormais un juge unique qui statuera, dans un délai de six semaines au lieu de trois mois, sur les recours contre une OQTF dans les cas où l'OQTF n'accompagne pas un refus de séjour, pour lesquels – rappelons-le – le délai de recours est réduit à quinze jours au lieu de trente.

L'évolution affecte aussi le contentieux de l'asile. Jusqu'à présent, seul l'étranger qui se voyait refuser l'accès au territoire au titre de l'asile comparaisait devant un juge unique selon le schéma habituel : saisine dans les 48 heures et jugement dans les 72 heures. La loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile a institué un juge unique au sein même de la Cour nationale du droit d'asile pour connaître des recours contre les décisions de l'OFPRA lorsque la personne a été placée en procédure dite « accélérée » – une procédure susceptible de s'appliquer dans un nombre important d'hypothèses³⁶. Cette orientation vers un circuit court – puisque le juge devra dans ce cas statuer dans un délai de cinq semaines au lieu de cinq mois, désormais, dans la procédure normale – et vers une audience à juge unique a été critiqué par le HCR³⁷ qui a rappelé son attachement à la collégialité : à ses yeux, le jugement par un juge unique ne présente pas les mêmes garanties qu'une formation collégiale – une formation collégiale dans laquelle, rappelons-le, siège un juge assesseur désigné par le HCR, qui n'est donc plus présent. Ces innovations procédurales font bon marché de « la réalité d'une demande d'asile, si complexe et difficile à exprimer et à étayer pour celui qui a fui son pays, si particulière à instruire et à juger tant l'enjeu humain est prégnant »³⁸.

La généralisation du juge statuant seul permet assurément de désencombrer le prétoire et d'accélérer le traitement des affaires qui ont ainsi une chance d'être jugées dans des délais plus « raisonnables ». Mais à quel prix ? Les garanties auxquelles ont droit les justiciables ne sont-elles pas sacrifiées sur l'autel du rendement ? La décision rendue par un juge unique, qui ne bénéficie donc pas de la « confrontation des idées et des perceptions », n'est-elle pas plus fragile ?³⁹ Même si l'indépendance et l'impartialité n'ont pas de raison d'être plus mises en doute lorsque le juge statue seul que lorsqu'il statue collégalement, il n'en demeure pas moins que le jugement rendu par un seul juge accroît les risques de disparité de traitement entre les justiciables : tous les avocats peuvent témoigner de l'influence qu'est susceptible d'avoir sur le sort de leur client la personne du juge qui va connaître de son affaire. Un risque dont l'impact est encore accru en l'absence – fréquente – de voies de recours, ou lorsque le recours en appel ou en cassation n'est pas suspensif.

³⁵ Si l'étranger est placé en rétention alors qu'il avait déjà intenté un recours contre le refus de séjour et l'OQTF, il peut introduire un nouveau recours contre son placement en rétention (NB : à compter du 1er novembre 2016, la décision de placement en rétention ne pourra être contestée que devant le JLD), l'OQTF et les décisions annexes (refus de délai de départ volontaire, IRTF), mais le tribunal initialement saisi reste compétent pour juger en formation collégiale la requête dirigée contre le refus de séjour.

³⁶ L'article L. 723-2 du *Ceseda* énumère la très longue liste d'hypothèses où l'Office doit ou peut statuer en « procédure accélérée » – nouveau nom de la procédure dite précédemment « prioritaire ». Outre les ressortissants originaires de pays considérés comme « sûrs », la procédure peut concerner par exemple le demandeur soupçonné d'avoir menti sur son identité ou sa nationalité, celui dont la demande n'est pas suffisamment pertinente ou dont les déclarations sont manifestement incohérentes et contradictoires ou encore celui qui a refusé de donner ses empreintes digitales, qui a présenté sa demande d'asile tardivement, qui n'a demandé l'asile qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement, etc.

³⁷ Note du HCR sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile, octobre 2014.

³⁸ « Réforme du droit d'asile : une machine à débouter et expulser », tribune du SJA, de l'USM, du SAF et du SM, *Libération*, 3 décembre 2014.

³⁹ Bertrand Seiller, « Le juge unique », *AJDA* 2012, p. 1205.

En résumé, l'efficacité recherchée est appréciée ici encore de façon principalement quantitative, à l'aune des progrès réalisés en termes de productivité et de rapidité, sans égards pour la qualité de la justice rendue⁴⁰.

B. La raréfaction des conclusions

Le juge unique, de surcroît, est bien seul. Initialement, toutes les affaires jugées par un magistrat statuant seul, sauf celles réglées par voie d'ordonnance, bénéficiaient au moins du deuxième regard que constitue l'intervention du rapporteur public. Aujourd'hui, dans les hypothèses – nombreuses, on l'a vu – où l'affaire est jugée selon la procédure d'urgence, il n'y a pas de conclusions.

Mais l'évolution affecte aussi la procédure collégiale, de sorte que l'absence de conclusions est en voie de devenir la norme pour l'ensemble du contentieux des étrangers. On sait que la loi du 17 mai 2011 et le décret d'application du 23 décembre 2011 ont prévu la possibilité pour la formation collégiale ou le magistrat statuant seul de dispenser le rapporteur public de prononcer ses conclusions dans une série de matières, tant en première instance qu'en appel. Parmi celles-ci, énumérées à l'article L. 732-1-1 du code de justice administrative, figurent le contentieux des naturalisations et le contentieux de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers, expulsion exclue.

Cette réforme, selon le vice-président du Conseil d'État, vise à permettre au rapporteur public de se recentrer sur son « cœur de métier » et d'éviter « de se disperser, voire de s'épuiser, sur des dossiers qui posent des questions récurrentes dans un cadre juridique parfaitement déterminé » et ne présentent aucune difficulté sur le plan du raisonnement juridique ou de l'appréciation des faits⁴¹. Mais comment concilier cette idée du caractère parfois superflu des conclusions du rapporteur public avec la défense et illustration de l'institution à laquelle s'est livré le Conseil d'État devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Marc-Antoine c. France*⁴² ? Le gouvernement français – mais c'est évidemment le Conseil d'État qui tenait la plume – rappelait dans ses observations⁴³ « la contribution essentielle du rapporteur public à la qualité de la décision de justice » ; il le présentait comme « un rouage essentiel de la collégialité, conçue comme un gage d'exhaustivité dans le traitement des dossiers », qui concourt à éviter les erreurs et les omissions » ; il insistait sur « sa contribution à l'équité de la procédure » et sur le fait que son intervention apportait « un gain considérable en termes de contradiction et de transparence de la procédure » ; au point que sa fragilisation constituerait un recul pour les droits des justiciables.

Si vraiment le rapporteur public joue un rôle aussi essentiel au service des justiciables, comment peut-on justifier qu'on se dispense de ses conclusions dans un certain nombre de contentieux, qui concernent en priorité les catégories de justiciables les plus vulnérables ? L'argument selon lequel l'absence de conclusions peut être compensée ou même avantageusement suppléée par « une plus grande place laissée au cours de l'audience à l'expression orale des parties »⁴⁴ ne convainc guère dans le cas du contentieux des étrangers : l'urgence ne favorise guère l'échange approfondi d'arguments, a fortiori lorsque les requérants doivent s'exprimer dans une langue qu'ils maîtrisent mal ou doivent passer par l'intermédiaire d'un interprète. Plutôt que d'une « revalorisation » du rapporteur public, la réforme conforte l'évolution vers une « justice à deux vitesses » où les contentieux dits « de masse » seront traités avec des garanties juridictionnelles toujours plus réduites, au détriment de l'égalité devant la justice⁴⁵.

⁴⁰ Anne Weber, « Le juge administratif unique, nécessaire à l'efficacité de la justice administrative ? », *RFAP* 2008/1, n° 125, p. 179.

⁴¹ Interview de Jean-Marc Sauvé, *Daloz actualité*, 6 mars 2011.

⁴² CEDH, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, Req. n° 54984/09

⁴³ Observations initiales du 16 mars 2012.

⁴⁴ Interview précitée de Jean-Marc Sauvé, *Daloz actualité*.

⁴⁵ Elsa Costa, « Des chiffres sans les lettres... », précité.

Le couperet des ordonnances de tri

Le code de justice administrative prévoit la possibilité pour le juge de statuer seul par voie d'ordonnance sans conclusions du rapporteur public et sans audience dans une série d'affaires ne présentant pas de réelles difficultés juridiques telles que les désistements, les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence du juge administratif ou manifestement irrecevables⁴⁶. Mais le décret du 23 décembre 2006 a étendu cette possibilité au rejet des requêtes « ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou qui ne sont manifestement pas assortis de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé » (art. R. 222-1, 7°). Cet ajout non seulement élargit considérablement le champ d'application de la procédure mais en modifie sensiblement la philosophie : il ne s'agit plus de se livrer à un constat objectif mais de « trier » les requêtes sur la base d'une appréciation beaucoup plus subjective.

En matière d'asile, également, les textes prévoient que, devant la CNDA, le président ou un président de section peut rejeter par ordonnance les demandes qui ne présentent « aucun élément sérieux susceptible de remettre en cause les motifs de la décision de l'OFPRA » (art. R. 733-4, 5° du Ceseda). Une possibilité que déplore le HCR pour qui l'appréciation des demandes « implique une appréciation du fond de l'affaire, que l'oralité des débats et la collégialité permettraient de rendre complète, transparente et pleinement effective »⁴⁷.

Aux yeux du vice-président du Conseil d'État, l'extension de la procédure de l'ordonnance aux requêtes manifestement mal fondées procéderait « d'une vision concrète du service rendu qui permet d'éviter aux demandeurs, dont la requête est vouée au rejet, de devoir attendre plusieurs mois, voire plusieurs années, avant d'en être informé »⁴⁸. Vision concrète ou vision angélique ? Vision contestable en tous cas, et qui a été contestée de l'intérieur même de la juridiction administrative⁴⁹ tant le procédé va à l'encontre de tous les principes fondamentaux qui régissent la procédure contentieuse : la collégialité, le contradictoire, la publicité des audiences.

La méconnaissance de ces principes laisse le champ libre à la subjectivité du juge, d'autant qu'il est difficile, au vu d'une requête souvent sommaire, de préjuger de son devenir, le requérant pouvant la compléter en cours d'instance, produire des pièces nouvelles ou soulever des moyens nouveaux. Au-delà, la tentation est grande, dans les juridictions les plus saturées, d'utiliser l'ordonnance de tri comme un moyen de désencombrer les rôles au prix d'une entrave supplémentaire à l'exercice du droit de recours.

En pratique l'impression pour les justiciables et leurs avocats est celle d'une loterie, tant le résultat du tri s'avère aléatoire, selon le magistrat qui jugera, selon la juridiction saisie. Certes, une ordonnance de tri peut être contestée, mais seulement par la voie d'un recours en cassation devant le Conseil d'État : ce qui suppose le ministère d'avocat alors que l'aide juridictionnelle n'a guère de chance d'être accordée sur une ordonnance de tri en raison du caractère principalement factuel du litige.

*

« À défaut d'avoir su jusqu'à présent réguler le flux des entrées, on cherche à tout prix à accroître le flux des sorties ». L'allègement des procédures vise en effet à préserver les tribunaux administratifs qui ploient sous l'afflux de requêtes. Mais cet allègement se traduit par « le sacrifice des garanties procédurales, avec le risque d'une moindre qualité des décisions rendues qui en découle »⁵⁰.

⁴⁶ Art. R. 122-12 du CJA, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, et R. 222-1 pour les tribunaux et les cours.

⁴⁷ Dans sa note précitée sur le projet de loi sur l'asile, le HCR dit regretter le maintien de cette procédure.

⁴⁸ Jean-Marc Sauvé, allocution de clôture au colloque de Cergy-Pontoise, précité.

⁴⁹ Voir l'article précité d'Elsa Costa, présidente du SJA. L'USMA (Union syndicale des magistrats administratifs), de son côté, a intenté – sans succès – un recours contre le décret du 22 février 2010, notamment en tant qu'il a introduit l'article R. 222-34 nouveau dans le CJA.

⁵⁰ Anne Weber, article précité.

EN GUISE DE CONCLUSION : A DIAGNOSTIC FALLACIEUX, REMÈDES FALLACIEUX

Pour expliquer le développement exponentiel du contentieux des étrangers et l'encombrement des juridictions qui en résulte, certains ont cru devoir crier haro sur les avocats et sur les associations. Le rapport Mazeaud, par exemple, dénonce « l'instrumentalisation de la justice par des tactiques contentieuses, souvent inspirées par des professionnels spécialisés et des groupes militants », qui exploitent la complexité de la législation et les failles qu'elle recèle. La saisine du juge permettrait en effet de gagner du temps en raison de l'effet suspensif des recours, maximisant les chances de l'étranger de rester sur le territoire français pendant plusieurs mois ou plusieurs années⁵¹.

Outre que cette description fait bon marché du fait que les personnes menacées d'éloignement ont bien souvent des raisons légitimes de vouloir rester en France et qu'on ne saurait faire grief à quiconque d'utiliser pleinement les moyens de droit qui lui sont reconnus par les textes, elle est de surcroît fallacieuse : car, globalement, les recours qui permettraient de faire « traîner » les choses en longueur ne sont justement pas suspensifs, donc n'autorisent pas le maintien sur le territoire français, sinon de façon irrégulière, tandis que les recours qui ont un caractère suspensif sont jugés selon une procédure d'urgence, voire expéditive⁵².

Le même rapport reconnaît que les services de police surchargés commettent beaucoup d'erreurs lors des interpellations, lors de la notification de l'arrêté de reconduite et lors du placement en rétention, que les décisions d'éloignement sont souvent mal préparées ou mal rédigées. Il en tire la conclusion que ces erreurs, dans la mesure où elles exposent l'administration à être désavouée par le juge, constituent une incitation supplémentaire au recours puisque les chances d'annulation sont plus élevées, « ce qui boucle le cercle vicieux »⁵³. Mais le requérant est-il « incité » à faire un recours, n'y est-il pas plutôt acculé ?

Rejeter la faute sur les requérants, leurs avocats ou les associations n'est pas sérieux : les causes de l'explosion du contentieux sont à rechercher ailleurs.

Elles sont à rechercher d'abord et avant tout dans les choix politiques qui ont été faits en matière d'immigration et sur lesquels on ne s'attardera pas, sinon pour rappeler que la lutte contre l'immigration irrégulière n'en est qu'une des facettes, la plus visible, l'autre étant la précarisation du droit au séjour des étrangers résidant régulièrement en France et le rétrécissement des voies d'accès régulières au territoire pour ceux qui auraient vocation, sur le fondement des principes internationalement reconnus (droit d'asile, droit au respect de la vie familiale), à s'y établir. Cela signifie que, parmi les personnes à qui le droit au séjour est refusé ou retiré et à qui l'on impose de quitter le territoire, nombreuses sont celles qui ont des raisons impérieuses d'y demeurer et pour lesquelles le recours contentieux est véritablement *la* dernière chance pour faire obstacle à une mesure qui peut bouleverser leur vie, pas simplement une « opportunité » à saisir, comme le suggèrent les rapports précités.

Certains avancent que la multiplication des voies de recours mises en place par le législateur et spécifiques au contentieux des étrangers, marquées notamment par leur caractère suspensif, constituerait de véritables incitations au contentieux et que, pour un certain nombre de requérants, la saisine du tribunal ne serait qu'une étape de plus pour obtenir des papiers dans la continuité de la procédure administrative après celles du dépôt du dossier et de son traitement par la préfecture⁵⁴. Le constat n'est pas faux. Mais là encore la responsabilité n'en incombe pas à

⁵¹ Rapport de la Commission Mazeaud : « Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire », La Documentation française, 2008, p. 64.

⁵² Certes, le recours contre une OQTF accompagnant un refus de séjour et avec délai de départ volontaire est suspensif et ne relève pas de la procédure d'urgence ; mais dès l'instant où le délai a expiré ou a été supprimé la personne peut être placée en rétention et la procédure d'urgence reprend ses droits.

⁵³ *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁴ Odile Pierart, présidente du TA de Cergy-Pontoise, Note sur le contentieux des étrangers et la juridiction administrative, contribution au rapport Mazeaud précité, p. 182.

des requérants inconscients conseillés par des avocats malhonnêtes ou des militants associatifs activistes : c'est l'ensemble du système qui fait que le recours au juge apparaît comme une dernière chance à saisir – dernière chance aussi parce qu'elle n'est désormais utilisable dans la majorité des cas qu'en toute dernière extrémité, alors que la mesure d'éloignement a déjà été prononcée.

Parmi les éléments de ce système qui concourent à rendre la voie contentieuse inéluctable, il faut mentionner l'absence de toute autre possibilité de défendre sa cause devant l'administration. L'auteur du constat précédent relève, à juste titre cette fois, « l'insuffisance, voire l'inexistence, de dialogue avec l'administration ». La consultation de la commission du titre de séjour est devenue résiduelle et ses avis, facultatifs, ne sont pas nécessairement suivis. Il convient aussi de rappeler ici la disparition du recours gracieux et hiérarchique qui permettaient de régler bon nombre de situations en amont de la saisine du juge : le recours administratif ne prorogeant plus les délais et n'ayant aucune chance d'aboutir avant l'expiration du délai de recours contentieux ramené à trente jours lorsque le refus de séjour s'accompagne d'une OQTF, il est devenu inutile ; et dans le cadre de la procédure d'urgence il est tout simplement exclu.

Aussi longtemps, par conséquent, que la réglementation restera ce qu'elle est et que les pratiques préfectorales et policières resteront ce qu'elles sont, il est illusoire d'imaginer faire régresser la charge qui pèse sur la juridiction administrative. Mais il est tout aussi illusoire de penser qu'on peut soulager le juge sans sacrifier les garanties de la défense et le droit à un jugement équitable.

C'est ce qu'on s'est efforcé de montrer dans les développements qui précèdent. On voudrait insister, pour terminer, sur le caractère pervers d'une situation qui, au-delà du dérèglement qu'entraîne l'inflation du contentieux des étrangers sur le fonctionnement des juridictions, revient à enrôler le juge au service de la politique de maîtrise des flux migratoires. Les magistrats ne sont pas seulement réticents à l'égard d'un contentieux considéré comme « peu attrayant », « indésirable et envahissant », ; ils ont aussi le sentiment « de ne plus être que les animateurs d'un guichet supplémentaire dans la gestion de l'immigration irrégulière ». Or cette impression subjective correspond à une réalité objective : les tribunaux administratifs se retrouvent « dans la position ambiguë d'instances de jugement intervenant dans une gestion presque exclusivement policière des migrants »⁵⁵.

Soumis à des normes de rendement, le juge subit de plus la pression implicite d'un gouvernement qui, anxieux de voir les mesures d'éloignement exécutées, est enclin à considérer l'instance juridictionnelle comme une entrave à l'efficacité de sa politique. En témoigne la lecture du rapport annuel au Parlement où sont mentionnées, parmi les « obstacles à la mise en œuvre des mesures d'éloignement »⁵⁶, « les annulations de procédure par la justice pénale ou administrative » avec cette phrase récurrente qui énonce que « les annulations juridictionnelles de procédures d'éloignement ont été à l'origine [en telle année] de XX % des échecs enregistrés ». Curieuse conception du rôle du juge dans un État de droit...

Ce qui est certain c'est que l'augmentation du nombre des recours n'est le signe ni du renforcement du contrôle juridictionnel sur l'action administrative, ni du perfectionnement de l'État de droit. Il est pour l'essentiel la conséquence de la précarisation croissante du droit au séjour des étrangers et du peu d'empressement de l'administration, pressée par la politique du chiffre, à respecter les garanties prévues par les textes.

⁵⁵ Nicolas Fischer, « Contentieux de pauvres pour techniciens du droit », *Plein droit. La revue du Gisti*, n° 94, octobre 2012.

⁵⁶ Voir par exemple le rapport sur « Les orientations de la politique d'immigration », La Documentation française, décembre 2007 ou le 9^e rapport, intitulé « Les chiffres de la politique de l'immigration et de l'intégration », remis en décembre 2012 et qui porte sur l'année 2011. Dans le 10^e rapport, intitulé « Les étrangers en France », qui porte sur l'année 2012, on ne parle plus d'obstacles mais de « sécurité juridique et opérationnelle des éloignements », mais le lien entre la censure juridictionnelle et l'échec est conservé.