



HAL
open science

Médiation en droit des étrangers : l'être et le néant

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Médiation en droit des étrangers : l'être et le néant. Philippe Gréciano. Justice et droits de l'homme: les enjeux de la médiation internationale, Mare & Martin, pp.287-308, 2025, 978-2-84934-181-0. hal-01647306

HAL Id: hal-01647306

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647306v1>

Submitted on 10 Jan 2025

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.

Médiation en droit des étrangers : l'être et le néant

Par Serge Slama, maître de conférences en droit public à l'Université Evry Val d'Essonne, membre du CREDOF-CTAD UMR 7074

« La philosophie de Sartre conduit à se poser la question de la responsabilité et de l'engagement. [...] Sartre nous a appris des choses sur nous-mêmes en tant que philosophe et, d'autre part, il a mené des combats personnels qui étaient presque toujours des combats pour la liberté, jamais pour être pris en main, déresponsabilisé par un système. Il est l'anti-système fait homme »

Stéphane Hessel, *Citoyen sans frontières*, Pluriel, 2011, p.45¹.

Parmi ses nombreuses vies, Stéphane Hessel revendique comme figure « dominante » celle de « médiateur ». Dans sa carrière de diplomate ou ses trajectoires de militant et de citoyen engagé il s'est en effet souvent retrouvé en situation de vouloir « rapprocher les personnes » en encourageant « les convergences » ou en rapprochant « ceux que tout oppose »². Il avait une conception large de la médiation. A l'image de la « médiation humanitaire », on peut considérer qu'elle désigne toute « action d'information, de communication et de sensibilisation menée par certaines institutions » pour rapprocher des parties opposées ou des populations dans le cadre d'un conflit³.

S'agissant de l'immigration, son action la plus connue en cette qualité est sa participation au « collège des médiateurs », selon l'appellation donnée par Ariane Mnouchkine, à cet aéroport de personnalités prestigieuses (Raymond et Lucie Aubrac, Paul Bouchet, Edgard Morin, Laurent Schwartz, Noël Copin, Germaine Tillion, Paul Ricoeur, Jacqueline Costa-Lascoux, Monique Chemillier-Gendreau, etc.) chargé de négocier avec le gouvernement Juppé pour arracher « le plus grand nombre possible » de régularisations lors du mouvement de sans-papier de 1996⁴. A la suite de l'évacuation de l'église St Ambroise et du gymnase Japy en mars 1996, puis – à coups de haches et de béliers – de l'église St Bernard en août 1996, des centaines de sans-papiers trouvent refuge à la Cartoucherie de Vincennes⁵. La directrice du Théâtre du Soleil sollicite alors Stéphane Hessel pour animer ce collège et négocier la régularisation de sans-papiers sur la base de critères. Le collège intercède alors auprès du gouvernement pour défendre la cause des sans-papiers⁶ en liaison avec leurs porte-parole (Ababacar Diop et Madjiguène Cissé) et les associations qui les soutiennent (Gisti, Cimade,

¹ Dans *Indignez-vous !* (Indigènes éditions, 2011, p.13), il rappelle l'importance de Sartre dans sa formation intellectuelle en particulier *La Nausée*, *Le Mur* et *l'Etre et le néant*.

² Stéphane HESSEL, *Citoyen sans frontières* (Conversations avec Jean-Michel Helvig), Pluriel, 2011 (1^{ère} éd. Fayard, 2008), pp.235-245.

³ Mathieu GUIDERE « La médiation humanitaire multilingue », *Revue française de linguistique appliquée* 1/ 2011 (Vol. XVI), p. 51-62 URL : www.cairn.info/revue-francaise-de-linguistique-appliquee-2011-1-page-51.htm.

⁴ *Ibid.*, p.245.

⁵ L'évacuation de l'église St Bernard sera l'une des sources d'influence de « *Et soudain, des nuits d'éveil* », créée par Hélène Cixous et mise en scène par Ariane Mnouchkine en décembre 1997 et jouée jusqu'en 1999 par la troupe du Théâtre du Soleil à La Cartoucherie de Vincennes.

⁶ Johanna SIMEANT, *La cause des sans-papiers*, Presses Sciences Po., 1998

MRAP, Droit devant !, Droit au logement, etc.)⁷. Il initie aussi des assises de l'immigration en décembre 1996 au Sénat. Face à l'intransigeance du gouvernement, en particulier du ministre de l'intérieur, Jean-Louis Debré, cette « *pseudo-médiation* »⁸ aboutit à un échec⁹. Toutefois, elle a préparé le terrain au rapport de la Commission Weil en 1997¹⁰, à la régularisation sur critères de près de 80 000 sans-papiers par le gouvernement Jospin en 1997-1998 et à certains dispositifs de régularisation de la loi « Chevènement » de mai 1998¹¹.

Le parcours d'immigration et les expériences de Stéphane Hessel dans ce domaine sont eux-mêmes révélateurs de ce que le droit français peut produire de pire à l'égard des étrangers. S'agissant du parcours d'immigration, il est né à Berlin le 20 octobre 1917, le jour même de la Révolution d'Octobre en Russie, d'une mère allemande de lignée protestante et d'un père d'une famille juive polonaise laïcisée depuis son installation à Berlin. Jeune écrivain et traducteur des grands auteurs français, son père, Franz Hessel, fréquente le milieu parisien des poètes et écrivains depuis 1906 et y rencontre et épouse Helen Grund en 1913. Se noue alors une histoire romanesque entre ses parents et Henri-Pierre Roché que ce dernier immortalisera dans *Jules et Jim*¹². C'est à partir de l'âge de 7 ans que Stéphane Hessel vit en France, lorsque sa mère rejoint son amant en 1924. Alors qu'il ne parle pas le français à son arrivée, il est scolarisé à l'école communale de Fontenay aux Roses puis à l'Ecole alsacienne et obtiendra le bac philo en juillet 1933 à 16 ans. Sa mère débat alors, « *non sans difficultés* », avec « *son statut de citoyenne allemande résidant en France et travaillant pour le compte d'un employeur allemand* »¹³.

En application de la loi du 10 août 1927, il obtient sa naturalisation par décret en octobre 1937, soit après sa première admission à titre d'élève étranger¹⁴ à l'Ecole normale supérieure en juillet 1937¹⁵. Deux ans plus tard, après une licence de philo et son décret de naturalisation

⁷ « Stéphane Hessel : Défenseur infatigable des sans-papiers », *Le Monde.fr*, 27 février 2013 ; « Chronologie d'une révolte : Sans-papiers, la lutte continue », *Plein droit* n° 34, avril 1997 URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article3739>

⁸ Stéphane HESSEL, *Danse avec le siècle*, Le Seuil, coll. Points, 2011 (1^{ère} éd. 1997), p.407 (v. sur cet épisode le *Post scriptum* de cet ouvrage, p.309-409).

⁹ Le gouvernement proposait la régularisation de moins de 15% des cas examinés. Stéphane Hessel a alors des mots très durs à l'égard de l'actuel président du Conseil constitutionnel : « *Jean-Louis Debré est allé plus loin encore [que Pasqua] dans la chasse aux « irréguliers ». C'est son obsession lamentable, son refus borné de saisir les perches qui lui ont été tendues en 1996, qui ont en fin de compte soulevé l'indignation d'une partie croissante de l'opinion publique* » (*ibid.*, p.361).

¹⁰ Patrick WEIL, *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration : rapports au Premier ministre*, La Documentation française, 1998.

¹¹ « Loi Chevènement : Beaucoup de bruit pour rien », *Plein Droit* n°47-48, janvier 2001. URL : <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/47-48/sommaire.html>

¹² Henri-Pierre Roché, *Jules et Jim*, Gallimard, 1953. Le roman sera magnifiquement adapté au cinéma par François Truffaut en 1962.

¹³ Stéphane HESSEL, *Danse avec le siècle*, Le Seuil, coll. Points, 2011 (1^{ère} éd. 1997), p.49.

¹⁴ Soixante ans plus tard le Conseil d'Etat a confirmé la légalité de cette condition de nationalité pour bénéficier du statut d'élève-fonctionnaire à Normale en estimant que « *la circonstance que certains élèves de l'Ecole normale supérieure intègrent, à l'issue de leur scolarité, des corps de chercheurs ou d'enseignants ouverts aux étrangers sans aucune condition de nationalité ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, autoriser le pouvoir réglementaire à déroger aux dispositions précitées de la loi du 13 juillet 1983* » (CE, 3 novembre 2003, *GISTI*, n°244045, aux tables).

¹⁵ Dans *Citoyen sans frontières* (préc. p.43), Stéphane Hessel affirme que la demande de naturalisation a été « *faite pour moi par ma mère dès 1927, afin que je l'obtienne le plus tôt possible. Il fallait à l'époque dix ans de résidence dans le pays, et avoir l'âge requis, qui était de vingt ans. Ma demande était donc en cours quand j'ai été reçu au concours de Normale sup, en juillet 1937. Mais le décret est tombé le 20 octobre, date précise de mon vingtième anniversaire [...]* ». Or, si avant la loi du 10 août 1927 il y avait bien une condition de stage de dix ans (avec la formalité d'admission à domicile), à compter de cette loi la naturalisation est possible pour les étrangers âgés de dix-huit révolus dès lors qu'ils justifient « *d'une résidence non interrompue pendant trois années en France* » (article 6). Pour un mineur de moins de 21 ans, la naturalisation devait être demandée par le représentant légal (avec l'autorisation du mineur à partir de 16 ans). Il aurait donc pu être naturalisé plutôt

« signé par Léon Blum »¹⁶, il sera de nouveau admis rue d'Ulm et pourra donc bénéficier du statut d'élève fonctionnaire¹⁷. Mobilisé à St Maixent en septembre 1939, dans un régiment de Normaliens, il se marie avec Vitia Mirkine-Guetzévitch, fille du célèbre professeur de droit constitutionnel d'origine russe¹⁸. A l'issue de la « drôle de guerre » dans une unité cycliste d'infanterie il est fait prisonnier et s'évade une première fois¹⁹. Il rejoint alors sa femme à Toulouse, puis s'inscrit en fac à Montpellier puis se rend à Marseille pour gagner Londres en mars 1941²⁰, via le Maroc et le Portugal avec l'aide de l'américain Varian Fry²¹.

Son père et son frère connaissent un destin plus tragique. Exfiltré d'Allemagne à la suite de la nuit de Cristal en 1938, Franz Hessel trouve refuge à Paris. Lors de la débâcle, il suit son ex-femme et son fils aîné à Sanary-Sur-Mer, dans la villa d'Aldous Huxley. Comme les autres réfugiés des pays de l'est, le père et le frère de Stéphane Hessel sont interpellés par la police française dès le début de la guerre en qualité de ressortissants d'un pays « ennemi » et internés au camp des Miles, près d'Aix²². Ils seront libérés grâce à l'intervention d'un diplomate du Quai d'Orsay. Peu après sa libération Franz Hessel, dont l'état de santé s'est aggravé aux Miles, décède²³.

Les expériences de Stéphane Hessel dans le domaine de l'immigration seront plus heureuses que ce traitement réservé par la République à ses réfugiés politiques. En 1961 il accepte de présider l'Association française pour la formation des travailleurs africains et malgaches (AFTAM), poste auquel lui succède son compagnon de la Libération André Postel-Vinay. Paul Dijoud, qui remplace ce dernier comme secrétaire d'Etat à l'immigration en 1974, nomme Stéphane Hessel à l'Office national pour la promotion culturelle des immigrés (ONPCI). Après sa carrière d'ambassadeur, à la demande de Michel Rocard, il participe en 1991 à la création du Haut Conseil de l'Intégration. Lorsque Nicolas Sarkozy sera ministre de l'intérieur puis président il n'aura de cesse de dénoncer l'inhumanité de la politique du chiffre en soutenant l'action de RESF (Réseau éducation sans frontières) sur la régularisation des enfants étrangers

et ne pas à avoir à passer deux fois l'ENS. V. not. *Comment devenir français ? Loi du 10 août 1927 sur la nationalité*, Société générale d'immigration, 1927 [http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6155960r].

¹⁶ S. Hessel, *Danse...*, préc., p.51.

¹⁷ Curieusement il ne lui a alors pas été opposé les dispositions de la loi du 19 juillet 1934, adoptées dans un contexte de mobilisations corporatistes xénophobe et antisémite des étudiants en droit, qui prévoyaient que le naturalisé ne peut être nommé « à des fonctions publiques rétribuées par l'Etat » pendant dix ans à partir du décret qui lui a conféré la naturalisation (article 6 de la loi du 10 août 1927).

¹⁸ Né à Kiev en 1892, le professeur Boris Mirkine-Guetzévitch fuit pour des motifs politiques le régime soviétique en 1920 pour trouver refuge en France. Naturalisé en 1933, il se réfugie à Toulouse au début de la guerre. Craignant la déportation lors de l'Occupation allemande en raison de son origine juive, il s'exile une seconde fois, avec sa famille, à New-York et contribue à créer l'École libre des hautes études de New York. Il partagera sa vie académique entre la France et les Etats-Unis jusqu'à sa mort en 1955.

¹⁹ Convaincu qu'un prisonnier ne peut avoir qu'un seul objectif en tête : s'évader, il s'évade à trois autres reprises en déportation après son interpellation en juillet 1944 comme résistant.

²⁰ Aucune des biographies consultées n'indique si Stéphane Hessel a fait l'objet d'une procédure de déchéance de nationalité comme de nombreux Français naturalisés à partir de 1936 sur le fondement de la loi de 1927 et un certain nombre de résistants exilés à Londres (De Gaulle, Cassin, Mendès, etc.).

²¹ Depuis Marseille, aidé par le vice-consul américain Hiram Bingham IV et au nom de l'International Rescue Committee dirigé par Eleanor Roosevelt, ce journaliste américain a sauvé plusieurs milliers de Juifs et militants antinazis en les aidant à fuir l'Europe et le régime de Vichy (v. son récit : *Surrender on Demand*, Random House, New-York, 1945 publié en France sous le titre *La Liste noire*, 1999, Plon puis *Livrer sur demande...*, *Quand les artistes, les dissidents et les Juifs fuyaient les nazis (Marseille, 1940-1941)*, Éditions Agone, Marseille, 2008). Il a été fait juste parmi les Nations. V. aussi, Stéphane HESSEL, *Tous comptes faits... ou presque*, Editions de Noyelles, 2012, p.72.

²² Anne GRYNBERG, *Les camps de la honte : les internés juifs des camps français (1939-1944)*, La Découverte, 1991.

²³ Sur les conditions d'internement dans ces camps par la République durant l'hiver 1939-1940 et l'absurdité des pratiques des préfetures à l'égard des réfugiés v. la description saisissante d'Arthur KOESTLER, lui-même interné à Rolland Garros et au Vernet alors qu'il était ressortissant d'une puissance neutre (la Hongrie) : *Scum of earth*, Londres V. Gollancz, 1941 (*La lie de la terre*, Charlot, 1946, p.147). Arthur Koestler, comme Arthur Benjamin (que Stéphane Hessel rencontre à Marseille en septembre 1940 peu avant son suicide), sont des connaissances de la famille Hessel.

scolarisés et de leurs familles sans-papiers en 2006, sur la régularisation des expulsés du squatt de Cachan, qui aboutit à la régularisation de l'essentiel des intéressés suite d'une médiation, ou encore pour dénoncer la brutalité policière et les quotas d'expulsion en 2008. Etrangement il n'était pas libre-circulationniste, alors même que c'est un droit inscrit dans la déclaration universelle des droits de l'homme, puisqu'il admettait (avec humanité) la rétention et l'éloignement des sans-papiers. Dans *Indignez-vous !* il appelait néanmoins les jeunes à s'indigner « *sur le traitement fait aux immigrés, aux sans-papiers, aux Roms* »²⁴. On constate donc qu'après avoir subi, lui et sa famille, l'absurdité du droit des étrangers dans sa jeunesse, Stéphane Hessel n'a eu de cesse de promouvoir un droit plus respectueux des droits de l'homme et a joué un rôle de médiateur en ce sens. En 1989, le gouvernement Rocard, dont Stéphane Hessel était proche, institue en ce sens une « commission du séjour des étrangers », composée de magistrats judiciaire et administratif, qui devait être saisie à chaque fois que le préfet envisageait de refuser le renouvellement d'une carte de séjour temporaire ou la délivrance d'une carte de résident²⁵ permettant un dialogue préalable. Cette médiation entre l'étranger et l'administration préfectorale n'a cessé depuis d'être mise à l'index par les différentes modifications du Code des étrangers pour être quasi-supprimée aujourd'hui²⁶. On a assisté en effet à une marginalisation progressive de la commission de séjour chargée de remettre un avis au préfet, à l'origine obligatoire, avant que ne soit prononcée une décision de refus de séjour (I.) et à la négation par le Conseil d'Etat de tout contradictoire préalable avant le prononcé d'une mesure d'éloignement à l'exception des expulsions (II.).

I. Commission de séjour : un mécanisme de dialogue préalable aux refus de séjour progressivement marginalisé

Après avoir été créée par la loi Joxe adoptée sous le gouvernement Rocard en 1989 la commission de séjour, qui assurait une médiation entre les étrangers et l'administration préfectorale par le truchement d'un avis rendu par des magistrats (A.), ce mécanisme de dialogue préalable a été progressivement mise à l'index par les modifications successives du statut des étrangers (B.).

A. La création des commissions de séjour, forme de médiation assurée par des magistrats entre l'administration et les étrangers

La loi « Joxe » n°89-548 du 2 août 1989 a institué dans les départements une ou plusieurs (pour les départements de plus de 500 000 habitants) commissions du séjour des étrangers. Ces commissions étaient destinées à « *renforcer la sécurité juridique des étrangers*

²⁴ Stéphane HESSEL, *Indignez-vous !*, préc. p.13.

²⁵ Article 18 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 créé par l'article 8 de la loi n°89-548 du 2 août 1989.

²⁶ Nous ne traitons dans cet article que les mécanismes de médiation intégrés dans le processus de décision et non les mécanismes existants par ailleurs, comme par exemple celle que peut réaliser le Défenseur des droits, à la suite du Médiateur de la République et de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). V. S. SLAMA, « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? » in J. CHEVALLIER (dir.), « Le Défenseur des droits », *RFAP* 2011 139, pp.461-476.

régulièrement installés en France ou ayant vocation à y demeurer de façon durable »²⁷. Lorsque le préfet envisageait de refuser renouvellement d'une carte de séjour temporaire ou la délivrance de certaines cartes de séjour – en particulier la carte de résident²⁸ - il devait saisir cette commission exclusivement composée de magistrats (deux magistrats judiciaires et un magistrat administratif). Le chef du service des étrangers à la préfecture assurait les fonctions de rapporteur auprès de cette commission. L'étranger était convoqué au moins quinze jours avant la réunion pour être entendu devant elle, assisté le cas échéant d'un interprète, d'un conseil ou de toute personne de leur choix (membre d'une association, syndicaliste, etc.). Il pouvait demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle.

S'il ne disposait pas d'un titre de séjour, ou si celui-ci était périmé, l'étranger était pourvu d'un récépissé valant autorisation de séjour pendant toute la durée de la procédure, jusqu'à la décision du préfet. Les débats de la commission étaient publics. L'étranger pouvait faire valoir toutes les raisons qui militaient pour l'octroi d'un titre de séjour. Un procès-verbal enregistrant ses déclarations était transmis, avec l'avis motivé de la commission, au préfet qui adoptait la décision en étant lié par l'avis rendu.

En cas d'avis favorable de la commission à l'octroi ou au renouvellement du titre sollicité, le préfet devait obligatoirement délivrer le titre. En revanche, en cas d'avis défavorable, il refusait le titre de séjour et invitait l'étranger à quitter le territoire dans le délai d'un mois (sauf s'il jugeait opportun, malgré tout, de délivrer un titre de séjour sur le fondement de son pouvoir discrétionnaire).

Ce dispositif de médiation préalable réalisé par l'intermédiaire de magistrats était donc particulièrement protecteur des étrangers et utile pour prévenir les contentieux inutiles. Surtout que ce dispositif bénéficiait alors à une part significative des étrangers sollicitant la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour chaque année au-delà même de ceux bénéficiaires d'un titre de séjour de « plein droit » depuis la loi « Dufoix » du 17 juillet 1984²⁹. Ce contradictoire préalable répondait aussi et surtout au principe de bonne administration puisqu'instruits de l'avis délivré par des magistrats dans le cadre d'un dialogue préalable avec les étrangers et leurs défenseurs les préfets ne pouvaient, pour les catégories concernées, refuser le séjour qu'après une réelle prise en compte de leur situation personnelle et familiale et avec des motifs sérieux. La composition de la commission par trois magistrats, dont un magistrat administratif, pesait en effet sur la tête du préfet comme une épée de Damoclès s'il s'aventurait à contester la délivrance du titre³⁰. Parallèlement, compte tenu de l'avis favorable de la commission, l'étranger contestant devant un tribunal administratif le refus de séjour avait assez peu de chances de succès. A cette époque le nombre de refus de titres s'élevait à quelques milliers par an contre près de 50 000 aujourd'hui alors que le nombre d'étrangers admis pour la première fois au séjour chaque année en France (environ 200 000) et séjournant

²⁷ Rapport SUCHOD n°710, Doc. AN, annexe au procès-verbal de la séance du 25 mai 1989, p. 47 ; phrase reprise telle quelle dans la circulaire Joxe du 2 août 1989, JO 8 août cité par Dominique TURPIN, « Titres de séjour », *Répertoire de droit international*, août 2004, n°60.

²⁸ Sur le périmètre CE 1er févr. 1995, *Serhual*, Rec. CE, table p. 832. La carte de résident représente près de 80% du « stock » de titres de séjour.

²⁹ En 1984 a été adoptée une loi sur le « titre unique » de séjour qui prévoyait la délivrance et le renouvellement de « plein droit » d'une carte de résident à certaines catégories d'étrangers ayant d'importantes attaches familiales avec la France (v. Patrick WEIL, *La France et ses étrangers : l'aventure d'une politique d'immigration (1938-1991)*, Calmann-Lévy, 1991, p. 176 et Danièle Lochak, « 1984 : une réforme improbable », *Plein droit* n° 100 « De plein droit », mars 2014 URL <http://www.gisti.org/spip.php?article3830>).

³⁰ Le préfet pouvait déférer au juge administratif l'avis qui le liait, invoquant notamment une erreur manifeste d'appréciation (CE 29 déc. 1995, *Ghazouani*, Rec. CE, p. 474) voire, exceptionnellement, assortir sa requête d'une demande de sursis à exécution (par exemple en cas d'avis favorable au renouvellement d'une carte de séjour temporaire sollicité par un étranger dont la présence sur le territoire constituait une menace grave pour l'ordre public). V. D. Turpin, étude *préc.*

en France (environ 2,6 millions) est stable³¹. Le contentieux contre les décisions de refus de séjour assortis d'une invitation de quitter le territoire français était faible alors qu'aujourd'hui plus d'une mesure d'obligation de quitter le territoire français (OQTF) sur deux est contestée devant le juge administratif. Le taux d'exécution de ces décisions, particulièrement lorsqu'elles sont assorties d'un délai de départ volontaire, reste pourtant faible (10 à 20% de ces mesures sont réellement exécutées).

Pourtant, malgré les avantages que présente une telle médiation dans le processus de décisions administratives, surtout s'agissant de décisions ayant un tel retentissement dans la vie des intéressés (la régularité ou l'irrégularité du séjour), elle a été depuis 1993 progressivement mise à l'index.

B. Une mise à l'index progressive du rôle des commissions de séjour

Le gouvernement de Cohabitation d'Edouard Balladur, avec Charles Pasqua à la Place Beauvau, a entrepris de déconstruire cet édifice protecteur pour laisser de nouveau « *place à un système où le pouvoir discrétionnaire et l'arbitraire régnaient en maître* »³². D'une part, la loi du 24 août 1993 a supprimé le caractère contraignant de ces avis en réduisant cette commission à un rôle purement consultatif. D'autre part, le périmètre des catégories de titres de séjour concernés par cette procédure préalable a été réduit aux seuls refus de délivrance des cartes de résident délivrées de « plein droit » ainsi qu'aux étrangers protégés ceux une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière. En application de textes et accords particuliers, la procédure bénéficiait aussi aux citoyens de l'Union européenne et de l'Espace économique européen avant tout refus de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour ainsi qu'aux ressortissants tunisiens³³.

Comme il n'y avait plus guère d'utilité au maintien d'une commission dont l'avis a été juridiquement marginalisé et dont le champ de compétence recouvrait essentiellement les titres de séjour délivrés de plein droit³⁴, Jean Louis Debré, ministre de l'intérieur, n'a aucune difficulté à obtenir du Parlement la suppression pure et simple, par la loi du 24 avril 1997, de cette institution. A ce moment-là seules quelques associations de défense du droit des étrangers « *ont vainement manifesté leur indignation, car, même sérieusement amputées par la loi Pasqua, les commissions départementales de séjour n'en demeuraient pas moins une garantie, certes mince mais ultime, pour certaines catégories d'étrangers, en particulier ceux abusivement dénommés « non expulsables mais non régularisables* »³⁵ », comme le rappelle Marie Hénocq³⁶.

³¹ L'admission au séjour - les titres de séjour », 2013 URL : <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/content/download/63398/456111/file/Admission-au-sejour.pdf> .

³² Marie HENOCQ, « La commission alibi », *Plein droit*, 2001, n° 47-48, p. 30 URL : www.cairn.info/revue-plein-droit-2001-1-page-30.htm.

³³ En application du décret n°94-211 du 11 mars 1994 (citoyen de l'UE), du décret n° 94-113 du 1er févr. 1994 (ressortissants de l'EEE) et de l'avenant du 19 déc. 1991 à l'Accord bilatéral franco-tunisien du 17 mars 1988 (pour les Tunisiens).

³⁴ 60 % de dossiers concernant des parents d'enfants français, le plus souvent pour défaut d'entrée ou de séjour irréguliers, et 25 % des conjoints de Français, soit pour entrée ou séjour irréguliers, soit pour absence de communauté de vie effective (D. TURPIN, étude *préc.*, n°65).

³⁵ Les « ni expulsable-ni régularisable » est une catégorie, forgée par les médias, correspondant à des étrangers qui sont protégés contre une mesure d'éloignement en application de textes internationaux (articles 3 ou 8 de la CEDH) ou nationaux mais qui n'ont pas de « droit » à une régularisation prévue par la loi (le préfet peut néanmoins toujours les régulariser sauf trouble à l'ordre public ou polygamie comme l'a rappelé le Conseil d'Etat en août 1996 dans son avis rendu sur l'affaire St Bernard).

³⁶ Marie HENOCQ, *art. préc.*

La loi « Chevènement » du 11 mai 1998 a, certes, rétabli une « *commission du titre de séjour* » avec une composition différente (le second magistrat judiciaire étant remplacé par une personne qualifiée « *désignée par le préfet pour sa compétence en matière sociale* »)³⁷. Si la saisine était alors toujours obligatoire lorsque le préfet envisageait de refuser la délivrance ou le renouvellement d'une carte de séjour temporaire de l'article 12 bis (carte « vie privée et familiale » délivrée de plein droit) ou d'une carte de résident ; en revanche le préfet n'est dès lors plus tenu de suivre l'avis recueilli. En outre, la disposition a exclu l'application de cette procédure outre-mer. Certes cette commission a alors de nouveau joué un rôle de médiation puisque composée de magistrats et de personnalités qualifiées dans le domaine elle restait un lieu de dialogue préalable à la décision de refus. Mais en pratique dès cette époque cette commission est marginalisée dans le processus de décision.

Mais par la suite, sa mise en l'index s'est aggravée. En ce sens, la loi « Sarkozy » de 2003 a rendu les magistrats minoritaires en rajoutant aux trois membres de la loi 1998 deux autres personnalités au profil moins favorable aux étrangers (une autre personnalité nommée par le préfet « *pour sa compétence en matière de sécurité publique* » et un représentant des maires du département³⁸). Qui plus est, à sa demande, le maire de la commune dans laquelle réside l'étranger concerné, ou son représentant, peut désormais être entendu³⁹. Saisi de la constitutionnalité de cette disposition qui, selon les auteurs de la saisine, faisait « *perdre son indépendance* » à cette commission, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il s'agit là d'une simple « *commission administrative de l'État à caractère consultatif* »⁴⁰, autrement dit un démembrement de l'Etat et du processus décisionnel. Seul progrès avec cette loi : les compétences de la Commission ont été étendues aux hypothèses, de plus en plus nombreuses, de retrait du titre de séjour d'étrangers ayant fait venir leur conjoint ou leurs enfants hors de la procédure du regroupement familial, ainsi qu'à toutes les questions relatives aux titres de séjour dont le préfet peut estimer utile de la saisir.

La loi « Hortefeux » de 2007 a achevé cette évolution puisque la commission a perdu le semblant d'autonomie qu'elle conservait avec la présence de deux magistrats. Les deux magistrats sont en effet évincés et la loi n'y a maintenu plus qu'un représentant des maires et deux personnalités qualifiées « *désignées par le préfet* »⁴¹. Pour bien s'assurer de la main mise sur la commission le président de la commission est choisi, parmi ses membres, par le préfet et le chef du service des étrangers assure toujours les fonctions de rapporteur⁴². Ainsi, comme le note Alexis Spire, « *lorsqu'une décision de refus est prise il n'est prévu aucun espace ni aucun temps pour une éventuelle négociation. La seule voie de conciliation, ouverte par l'instauration des commissions du titre de séjour en 1989, est tombée en désuétude dans la plupart des préfectures* »⁴³. Le travail d'observation dans les préfectures du sociologue rejoint donc le constat du juriste : le législateur a successivement dépecé les commissions du séjour de la loi « Joxe » de tous ses attributs protecteurs des étrangers pour être progressivement

³⁷ Article 12 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 issu de l'article 7 de celle du 11 mai 1998.

³⁸ « *un maire ou son suppléant désignés par le président de l'association des maires du département ou, lorsqu'il y a plusieurs associations de maires dans le département, par le préfet en concertation avec celles-ci et, à Paris, du maire, d'un maire d'arrondissement ou d'un conseiller d'arrondissement ou de leur suppléant désigné par le Conseil de Paris* » (Article 12 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifié par l'article 19 de la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003).

³⁹ Sur ce phénomène de « municipalisation » du droit des étrangers qui s'accroît à partir de 1998-2003 : Christophe DAADOUCHE, *La commune et les étrangers*, éd. Le Moniteur, 2004. Plus largement : Olivier LECUCCQ, Hubert ALCARAZ, *Collectivités territoriales et intégration des étrangers. Perspectives de droit comparé*, L'Harmattan, coll. BibliothèqueS de droit, 20013.

⁴⁰ Cons. constit., décis. n°2003-484 DC du 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 33.

⁴¹ Article L312-1 du CESEDA issu de l'article 21 de la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007.

⁴² Article R312-6 du CESEDA.

⁴³ Alexis SPIRE, *Accueillir ou Reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Ed. Raisons d'agir, 2008, p.50.

transformée au mieux en bureau des étrangers de rattrapage et au pire en « *commission alibi* »⁴⁴.

Les cas de consultation obligatoire de cette commission ont d'ailleurs été réduits⁴⁵ : elle doit être saisie, pour avis, uniquement lorsque le préfet envisage de refuser de délivrer ou de renouveler la carte de séjour temporaire « *vie privée et familiale* » de plein droit (CESEDA, art. L. 313-11), la carte de séjour « *vie privée et familiale* » ou « *salarie* » attribuée pour considérations humanitaires ou motifs exceptionnels (CESEDA, art. L. 313-4), ou la carte de résident de plein droit (CESEDA, art. L. 314-11 et L. 314-12). Il en va de même pour le retrait du titre de séjour d'un étranger qui a fait venir son conjoint ou ses enfants en dehors de la procédure de regroupement familial (CESEDA, art. L. 431-3)⁴⁶.

S'agissant de l'obligation de saisir la commission, la jurisprudence du Conseil d'Etat est paradoxale et tend à la marginaliser encore davantage. En effet, il ne suffit pas que l'étranger *estime* appartenir aux catégories pour lesquelles la consultation est obligatoire, encore faut-il qu'il *démontre* relever *effectivement* de leur champ d'application. Autrement dit, il doit justifier au préalable remplir « *les conditions de procédure et de fond* » énoncées par la loi pour obtenir la délivrance ou le renouvellement des titres de séjour considérés⁴⁷. Comme le note Olivier Lecucq, cela implique « *une certaine indétermination des cas de figure où la commission doit intervenir, car l'administration pourra toujours estimer que l'intéressé n'apporte pas la preuve qu'il appartient aux catégories considérées ou que les éléments fournis à cette fin sont insuffisants* »⁴⁸.

C'est en réalité un jeu de dupes : un étranger qui saisit le préfet d'une demande de titre de séjour délivrable de plein droit en qualité, par exemples, de conjoint de Français ou de parent d'enfant français, pense *a priori* remplir les conditions légales pour l'obtenir et s'attend donc en cas de refus de bénéficier de la garantie procédurale que constitue la commission du titre de séjour. A l'inverse, un préfet qui envisage de refuser un titre de séjour estime que l'étranger ne remplit pas les conditions légales pour l'obtenir et donc qu'il n'a pas, en tout état de cause, à saisir la commission. Or, en la matière, c'est le préfet qui a le dernier mot et pouvoir de décider de la saisir, et dans l'immense majorité des cas, de ne pas la saisir. La jurisprudence est donc tautologique lorsque le Conseil d'Etat juge que « *le préfet n'est tenu de saisir la commission du titre de séjour, lorsqu'il envisage de refuser un titre mentionné à l'article L. 312-2 [du CESEDA] que du cas des étrangers qui remplissent effectivement l'ensemble des conditions de procédure et de fond auxquelles est subordonnée la délivrance d'un tel titre, et non de celui de tous les étrangers qui se prévalent des articles auxquels les dispositions de l'article L. 312-2 [...] renvoient* ». Il a pourtant récemment confirmé cette jurisprudence pour le refus d'une carte de séjour temporaire à un conjoint de Français en se fondant sur le défaut de production d'un visa de long séjour sans avoir à saisir la commission du titre de séjour⁴⁹. Et, en tout état de cause, le préfet n'est jamais obligé de suivre l'avis rendu par cette commission composée par un élu et par des personnalités qu'il a choisies et nommées... Qui

⁴⁴ M. HENOCO, *art. préc.*

⁴⁵ Article L. 312-2 du CESEDA.

⁴⁶ Olivier LECUCQ, « Étranger (II - Contentieux de l'entrée et du séjour) », *Répertoire de contentieux administratif*, 2013, n°160.

⁴⁷ CE, 19 mai 2000, *Azzouni*, n°205236 et article R. 312-2 du CESEDA. V. aussi : CE 14 avr. 1999, *Min. Intérieur c/ M. Charif*, n°169003 à propos d'un conjoint de Français en cessation de communauté de vie ; CE, sect., 27 mai 1994, *M. Mong'Anabola*, n°143079, RFDA 1995. 124, concl. R. Abraham : à propos d'un requérant ne justifiant pas d'un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20 % au titre de l'accident dont il a été victime ; CE, sect., 27 mai 1994, *M. Durmus X.*, n°118879, RFDA 1995. 124, concl. R. Abraham : à propos d'un requérant ne justifiant pas avoir sa résidence habituelle en France depuis plus de quinze ans ou depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans.

⁴⁸ O. LECUCQ, *étude préc.*, n°165.

⁴⁹ CE 13 déc. 2013, *Min. Intérieur*, n°361575, AJDA 2013. 2520, obs. D. Poupeau.

plus est, dans les autres cas que ceux relevant de l'article L. 312-2 le préfet n'est *jamais* tenu de saisir la commission.

L'absence de dialogue préalable obligatoire entre administration préfectorale et étranger est d'autant plus avérée que le Conseil d'Etat a, parallèlement, neutralisé en droit des étrangers la portée du décret « Le Pors » du 28 novembre 1983, repris par l'article 24 la loi « DCRA » du 12 avril 2000 et l'article 5 du décret du 6 juin 2001. Ces textes prévoient que lorsqu'elle envisage de prendre une décision défavorable relevant de la loi de 1979 (ce qui est le cas pour les décisions en matière de police), l'administration doit mettre à même l'administré de présenter préalablement des observations écrites ou orales. Or, le juge administratif estime qu'une demande de titre de séjour *émane* de l'étranger, quand bien même la loi impose à ce dernier de le faire⁵⁰, sous peine d'irrégularité de séjour et, jusqu'à une période récente, de sanctions pénales. Par suite il ne bénéficie pas de cette garantie qui imposerait que l'administration écoute ce que l'étranger a à dire *avant* de lui refuser un titre de séjour (et non *après*, c'est-à-dire devant le juge administratif puisqu'une mesure sur deux est déférée au TA)

Ainsi, plus de vingt ans après leur création même lorsque leur saisine est obligatoire la consultation de la commission relève *de facto* du bon vouloir du préfet. Cette commission du titre de séjour n'est donc plus qu'un fantôme dissimulé dans l'ombre du préfet. Ce système est totalement contre-productif car des décisions n'ayant pas pris en compte tous les éléments personnels et familiaux, et erronés en droit, sont adoptées illégalement alors que si elles avaient fait l'objet d'un dialogue ou d'une médiation préalable elles n'auraient pas été prises ou leur vice aurait été préalablement purgé. Le résultat est que ces dix dernières années les préfectures sont devenues des usines à production de sans-papiers – en prononçant environ 50 000 décisions de refus assorties d'OQTF dont 10% sont exécutées et 15 à 20% sont annulées par les juridictions administratives⁵¹.

Les remèdes pour dégonfler cette bulle contentieuse sont également connus. Rapport après rapport les solutions préconisées sont – à peu près – les mêmes : la simplification du droit des étrangers, le retour des « plein-droit » et le développement des mécanismes pré-contentieux. En ce sens il a été préconisé de créer un mécanisme de recours administratif préalable obligatoire pour certains refus de séjour⁵². Il serait donc plus efficace et moins coûteux, humainement et pour les budgets de l'Etat, d'organiser un contradictoire préalable à l'édition des décisions de refus de séjour et même de revenir à la médiation préalable assurée par des magistrats telle qu'elle existait en 1989. Mais cela aurait pour effet de faire chuter de manière importante le nombre de reconduites à la frontière de sans-papiers, conséquence qu'aucun ministère de l'intérieur ne voudrait assumer. Pourtant cela serait d'autant plus utile que le Conseil d'Etat nie l'obligation d'instaurer un contradictoire préalable au prononcé d'une mesure d'éloignement, à l'exception des expulsions.

⁵⁰ CE, 9 juillet 2003, *Préfet de Police c/ Mme Krstic*, n°253776, au Lebon ; CE, 9 janvier 2004, *Préfet du Val d'Oise c/ Mme Kerroumi*, n°247915 ; CE 7 oct. 1994, *M. Gomes de Oliveira*, n°127516.

⁵¹ Selon un rapport du secrétariat général du comité interministériel de contrôle de l'immigration : « *Les annulations de procédure d'éloignement par les juges judiciaire ou administratif ont représenté, en 2009, 33,8 % des échecs enregistrés lors de la mise à exécution des mesures d'éloignement. Ce taux est de 35,6 % pour l'année 2010* » (*Les orientations de la politique de l'immigration et de l'intégration*, décembre 2011, p.76).

⁵² Commission « Mazeaud » sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008, p. 160 ; Olivier Schrameck, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'Etat, 2009, p.4.

II. La négation de tout dialogue préalable au prononcé d'une mesure d'éloignement, sauf pour les expulsions

Lorsque la loi « Joxe » a créé en 1989 les commissions de séjour, elle a pris en réalité comme modèle les commissions départementales d'expulsion qui existent depuis 1945 en cas d'éloignement d'un étranger en raison d'un trouble caractérisé à l'ordre public⁵³. Ainsi, sauf dans ce cas de l'expulsion, l'éloignement d'un étranger n'a pas à être précédé d'un contradictoire préalable (A.). Le débat a néanmoins été récemment relancé en raison de l'application pour les OQTF, qui sont des décisions de « retour » au sens du droit de l'Union européenne, d'un principe général de droit de respect des droits de la défense qui suppose d'entendre l'administré préalablement à l'édiction de la mesure (B.).

A. L'absence de contradictoire préalable au prononcé d'une mesure d'éloignement hormis en cas d'expulsion

En 1981, alors que le Conseil constitutionnel venait de censurer le texte de la loi « Bonnet » qui avait tenté de légaliser la rétention administrative sans contrôle du juge judiciaire⁵⁴, la loi « Defferre » du 29 octobre 1981 a renforcé l'indépendance de cette commission (appelée la « COMEX ») en prévoyant l'intervention de deux magistrats judiciaires et d'un magistrat administratif. Le chef du service des étrangers à la préfecture assure dès lors les fonctions de rapporteur et que, convoqué quinze jours avant la réunion publique, l'étranger est entendu, assisté le cas échéant d'un conseil et d'un interprète en ayant droit à l'aide juridictionnelle. Qui plus est, dans le cas où la commission émettait un avis défavorable à l'expulsion, celle-ci ne pouvait être prononcée par le préfet en situation de compétence liée⁵⁵.

A une époque où le droit des étrangers était encore très empreint d'idéologie et un terrain d'affrontement privilégié entre droite et gauche, dans un contexte d'apparition du Front national, cette disposition de l'article 24 de l'ordonnance de 1945 n'a cessé d'être modifiée au gré des alternances. Dès 1986, Charles Pasqua affaiblit les garanties offertes aux étrangers en instance d'expulsion d'une part en supprimant le caractère obligatoire de l'avis défavorable de la COMEX et d'autre part en permettant au préfet de se dispenser purement et simplement de la consulter dans des circonstances d'urgence absolue et lorsque la présence de l'étranger sur le territoire français « constitue pour l'ordre public une menace présentant un caractère de particulière gravité »⁵⁶. En 1989 la loi « Joxe » rétablit la rédaction de 1981 en rendant de nouveau obligatoire l'avis de la COMEX⁵⁷, ce qui est de nouveau supprimé en 1993 lors du retour de Charles Pasqua au ministère de l'intérieur⁵⁸. Les lois ultérieures maintiennent à peu près en l'état cette organisation (article Article L.522-1 du CESEDA depuis la codification en 2005⁵⁹). Entre temps le débat sur les expulsions s'est tari : désormais la « double peine », selon

⁵³ Frantz Spachner, *La condition légale des étrangers en France*, 1952, p.35.

⁵⁴ Cons. constit., Décision n° 79-109 DC du 09 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*.

⁵⁵ Article 24 de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France modifié par l'article 5 de la loi n°81-973 du 29 octobre 1981.

⁵⁶ Article 24 et 26 de l'ordonnance de 1945 modifiés par l'article 6 de la loi n°86-1025 du 9 septembre 1986.

⁵⁷ Article 24 de l'ordonnance de 1945 modifié par les articles 3 et 12 de la loi n°89-548 du 2 août 1989.

⁵⁸ Article 24 de l'ordonnance de 1945 modifié par l'article 16 de la loi n°93-1027 du 24 août 1993.

⁵⁹ Le décret n°2013-533 du 24 juin 2013 clarifie la procédure de consultation de la commission départementale d'expulsion.

l'expression consacrée⁶⁰, ne représente qu'un procédé subsidiaire d'éloignement⁶¹ réservé à quelques « terroristes », à des islamistes et à de gros délinquants⁶². Mais surtout parallèlement a été « inventé » en 1986 une mesure d'éloignement spécifique aux sans-papiers : l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF – article 22 de l'ordonnance de 1945).

Suite à une censure de la loi « Joxe » du 2 août 1989, une loi « Marchand » du 10 janvier 1990 a également créé le « juge de la reconduite à la frontière » (ou « juge du 22bis »), juge administratif saisi dans les 24 heures et chargé de juger de la légalité de ces APRF dans un délai de 48 heures⁶³. Toutefois, compte tenu de l'urgence, le Conseil d'Etat a alors neutralisé la portée du principe général des droits de la défense⁶⁴, repris à l'article 8 du décret « Le Pors » du 28 novembre 1983, en jugeant que dans la mesure où « *il résulte de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relatives à la reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, telles qu'elles ont été modifiées par les lois des 2 août 1989 et 10 janvier 1990, et notamment des dispositions des articles 22 et 22 bis qui ouvrent un recours suspensif devant le juge administratif, organisent les garanties dont bénéficie l'étranger pour pouvoir exercer utilement ledit recours, et fixent les délais dans lesquels ces recours doivent être présentés et jugés, que le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des arrêtés de reconduite et par suite, exclure l'application des dispositions [...] de l'article 8 du décret du 28 novembre 1983* »⁶⁵.

Si cette absence de contradictoire préalable est compréhensible au début des années 1990 alors que contrôle du juge administratif intervenait rapidement (dans les 72 heures du prononcé de la mesure) et que les cas de reconduite sont étaient relativement restreints, son maintien vingt ans après est acabrant⁶⁶. En effet depuis 2007 les OQTF se sont substituées aux APRF non plus seulement comme un mesure d'éloignement autonome mais *comme une mesure accompagnant une décision de séjour*. Or il peut s'écouler plusieurs mois – et intervenir des changements de circonstance – entre le moment où le refus de séjour assorti d'une OQTF a été édicté et le moment où le juge administratif se prononce⁶⁷. Il n'est pas rare non plus que des OQTF se succèdent dans le temps au gré de leur caducité (après un an) et des interpellations de l'étranger. Le bon sens voudrait donc qu'à chaque OQTF l'administration permette à l'étranger de présenter ses observations orales ou écrites *avant* d'édicter la mesure d'éloignement. Cela aurait dû d'autant plus s'imposer que depuis la transposition de la directive « retour » de décembre 2008 par la loi « Besson » de juin 2011

⁶⁰ Lilian Mathieu, *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, La Dispute, coll. « Pratiques politiques », 2006.

⁶¹ En 2010, 212 arrêtés d'expulsion ont été prononcés.

⁶² Pour atténuer ce que les associations dénonçaient comme étant une « double peine » et se mettre en conformité avec les exigences de la CEDH, les différentes lois ont développé les catégories d'étrangers protégés de l'expulsion à l'article L.522-3 du CESEDA.

⁶³ Article 22 bis de l'ordonnance 1945 créé par la loi n°90-34 du 10 janvier 1990.

⁶⁴ CE, Section, 5 mai 1944, *dame veuve Trompier-Gravier* au GAJA.

⁶⁵ CE, Sect, 19 avril 1991, *Préfet de police c/ Demir*, n°120435 ; AJDA 1991. 641, concl. contr. A.-M. Leroy, Lebon ; CE, 14 mars 2001, *Boulaïas*, n°208923, au Lebon.

⁶⁶ CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n°306821 au Lebon ; CE, avis, 28 novembre 2007, *Barjamaj*, n°307999, au Lebon.

⁶⁷ Entre le dépôt de la demande de titre de séjour en préfecture et le refus de titre de séjour assorti d'une OQTF il peut se passer plusieurs mois (et même plusieurs années pour les demandeurs d'asile). A compter de l'OQTF avec délai de départ volontaire, l'étranger bénéficie d'un délai de 30 jours pour saisir le juge administratif et ce dernier se prononce en formation collégiale avec rapporteur public (sauf dispense de conclusions) dans un délai de trois mois (délai non assorti de sanctions et qui est fréquemment dépassé).

l'OQTF peut être assortie, dans certains cas, d'une interdiction de retour sur le territoire français.

Mais en raison de la jurisprudence du Conseil d'Etat maintenue envers et contre tout⁶⁸, l'étranger n'est entendu contradictoirement que devant le juge administratif *après l'édition de l'OQTF*. De manière encore plus invraisemblable, la même jurisprudence a été appliquée aux citoyens de l'Union européenne et à leurs membres de famille⁶⁹. La seule exception, en droit de l'éloignement, à la mise à l'écart systématique des obligations résultant de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 concerne les reconduites « Schengen », qui relèvent de règles différentes⁷⁰.

Ce débat a néanmoins relancé depuis que le tribunal administratif de Lyon a rendu, en formation élargie, deux jugements reconnaissant aux étrangers le bénéfice du droit d'être entendu par l'administration avant l'édition d'une mesure d'OQTF en s'appuyant sur le principe général du droit d'être entendu découlant du droit de l'Union européenne au titre du respect des droits de la défense et de la bonne administration de la justice⁷¹. Eclairée par de remarquables conclusions⁷², la juridiction lyonnaise a néanmoins ouvert la voie, été suivie par plusieurs juridictions et suscité des questions préjudicielles.

B. Un droit d'être entendu préalablement à une mesure d'éloignement imposé par le droit de l'Union européenne

Ce principe du contradictoire préalable (*Audiatur et altera pars* ou *Audi alteram partem*) découle du principe des droits de la défense. En droit de l'Union européenne il est aussi rattaché de longue date au droit de « *bonne administration* »⁷³, consacré sous forme de principe général du droit de l'Union européenne et décliné à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour les « *affaires traitées [...] par les institutions, organes et organismes de l'Union* ». Avec l'arrêt *M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform* ce droit d'être entendu préalablement a été appliqué à la procédure d'asile. Les trois composantes du droit de bonne administration, ainsi que celles des articles 47 (droit au procès équitable et au recours effectif) et 48 (présomption d'innocence), ont été rattachées aux « *principes fondamentaux du droit de l'Union européenne* » assurant le respect des droits de la défense⁷⁴.

Dans cette décision, la Cour de Luxembourg insiste sur « *l'importance* » qu'elle attache de longue date au droit d'être entendu, « *sa portée très large dans l'ordre juridique de l'Union* »

⁶⁸ CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n°306821 au Lebon ; CE, avis, 28 novembre 2007, *Barjamaj*, n°307999, au Lebon.

⁶⁹ CE, avis, 26 novembre 2008, *Silidor*, n°315441, au Lebon ; *AJDA* 2009. 270, concl. M. Guyomar.

⁷⁰ CE, 24 novembre 2010, *Eddomairi*, n°344411, au Lebon ; *AJDA* 2011. 804, note O. Lecucq ; *RTD eur.* 2011. 490, obs. A. Bouveresse.

⁷¹ TA de Lyon, 28 février 2013, n° 1208055, *Ancuta Dumitru* (citoyenne de l'UE) et n° 1208057, *Lareille Lunda Makiese* (ressortissante de pays tiers), RFDA 2013 p. 839, concl. Henri Stillmunkes. V. Serge SLAMA, « Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 19 mars 2013 URL : <http://wp.me/p1Xrup-116>

⁷² Henri STILLMUNKES, « L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le droit d'être entendu et la police des étrangers », RFDA 2013 p. 839.

⁷³ Loïc AZOULAI, Laure CLEMENT-WILZ « La bonne administration » in *Droit administratif européen* sous la direction de Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2^e éd., 2013 ; Diana-Urania GALETTA « Le champ d'application de l'article 41 de la Charte (droit à une bonne administration) », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, mars 2013.

⁷⁴ CJUE, 1^{re} ch., 22 nov. 2012, *M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-277/11, pts 81-89 ; Europe 2013, comm. 19, F. Gazin ; *GDR-ELSI* du 1 décembre 2012 par J. Petin.

et le fait que « *ce droit doit s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief* » (pt 84)⁷⁵. Pour la Cour, le respect de ce droit s'impose « *même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité* » (pt 86). Quant à la portée de ce droit, elle mentionne qu'il doit être garanti « *à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts* » (pt 87)⁷⁶ et qu'il implique « *également* » que « *l'administration prête toute l'attention requise aux observations ainsi soumises par l'intéressé en examinant, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce [...]* » (pt 88). On constate donc que le droit de l'Union européenne est particulièrement protecteur et que dès lors qu'une décision d'un Etat membre fait grief et entre dans le champ d'application du droit de l'UE, elle doit faire l'objet d'un dialogue préalable entre l'administration et l'administré.

Néanmoins, très rapidement, des juridictions administratives françaises, particulièrement des cours d'appel, ont neutralisé la portée de ce principe en droit français, avant même que la Cour de justice n'ait répondu à la demande de question préjudicielle⁷⁷.

Généralement, elles ont considéré que si les OQTF constituent bien la « *mise en œuvre* » du droit de l'UE car ce sont des décisions de « *retour* » au sens de la directive 2008/115/CE ; néanmoins, selon elles, le droit d'être entendu n'oblige pas à inviter préalablement l'administré à présenter des observations orales ou écrites pour adopter cette décision. C'est à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement de prendre *spontanément* l'initiative de demander à être entendu, sans avoir besoin d'en être informé par l'administration. Plus largement ces juridictions estiment que « *les garanties apportées dans le cadre de la procédure administrative contentieuse suffisent à assurer « pleinement le respect des droits de la défense, au sens du principe fondamental que sous-tend les articles 41, 47 et 48 de la Charte [...]* »⁷⁸. Cela revient à dupliquer la jurisprudence du Palais Royal qui, depuis 1991, a systématiquement neutralisé la portée du principe général du respect des droits de la défense dans la phase pré-contentieuse⁷⁹. La plupart des CAA estiment aussi que lorsqu'il formule une demande de titre de séjour, un étranger ne peut ignorer que le préfet en cas de refus peu prendre une décision d'obligation de quitter le territoire français⁸⁰.

Cette position ne fait néanmoins pas l'unanimité et cette difficulté a suscité des questions préjudicielles⁸¹. Dans ces affaires françaises la procédure accélérée n'a cependant – et malheureusement pas été demandée. C'est d'autant plus dommage que la première de ces deux questions interroge expressément sur la compatibilité de la jurisprudence du Conseil d'Etat au droit de l'Union européenne en demandant à la Cour si « *le caractère suspensif de la procédure contentieuse devant la juridiction administrative permet-il de déroger au caractère préalable de la possibilité pour un étranger [sic] en situation irrégulière de faire connaître son point de vue quant à la mesure d'éloignement défavorable qui est envisagée à son égard ?* ».

⁷⁵ Voir, notamment, CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association/Commission*, 17/74, pt 15 ; CJUE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, pt 42 ; CJUE 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, pt 36.

⁷⁶ Voir, également, CJUE, 9 juin 2005, *Espagne/Commission*, C-287/02, pt 37 ; CJUE 21 décembre 2011, *France/People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, pts 64 et 65.

⁷⁷ V. pour un plaidoyer en faveur de cette position : Marc CLEMENT, « *Droit d'être entendu, droit de la défense et OQTF* », *GDR-ELSJ*, 29 avril 2013 URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/29/asile/droit-detre-entendu-droit-de-la-defense-et-obligation-de-quitter-le-territoire-a-propos-de-larret-caa-lyon-du-14-mars-2013-m/>

⁷⁸ CAA de Lyon, 14 mars 2013, n°12LY02737, cons. 10 à 15 ; CAA Bordeaux, 1^{ère} ch., 4 avril 2013, X., n°12BX01849.

⁷⁹ CE, Sect., 19 avril 1991, *Préfet de police c/ Demir*, n°120435.

⁸⁰ CAA Bordeaux, 16 juillet 2013, n°13BX00601 ; CAA Nancy, 1^{er} juillet 2013 n°13NC00058, CAA Nantes, 27 juin 2013 C. 12NT02014, CAA Marseille, 18 juin 2013, n°12MA04450.

⁸¹ TA de Melun, 8 mars 2013, *Mme Sophie Mukarubega*, n°1301686 enregistrée sous le n°C-166/13 et TA de Pau, 30 avril 2013, *M. Khaled Boudjlida*, n° 1300264, enregistrée sous le n°C-249/13.

Parallèlement, le 5 juillet 2013, la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle du *Raad van State* (Conseil d'Etat néerlandais). L'urgence a cette fois-ci été demandée et accordée dans la mesure où le ressortissant d'un pays tiers était maintenu en rétention. Manifestement moins distants avec le droit de l'UE, les juges néerlandais ne doutaient pas, contrairement à certains de leurs homologues français, de l'existence et de l'applicabilité aux décisions de retour « de l'obligation d'assurer le droit d'être entendu au regard du droit de l'Union » mais s'interrogeaient « seulement » sur « les conséquences » attachées à une telle violation lors de l'adoption d'une décision de prolongation d'une rétention. La décision rendue sur rapport du juge français, et membre du Conseil d'Etat, Jean-Claude Bonichot, vient télescoper les procédures françaises.

Dans cette décision⁸², la Cour de justice constate d'abord que si les auteurs de la directive « retour » ont encadré de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants des pays tiers en situation irrégulière en ce qui concerne tant la décision d'éloignement (décision écrite, motivée, voies de recours effectives) que celle de leur rétention (décision écrite, motivée, contrôle juridictionnel), ils n'ont en revanche pas précisé si et dans quelles conditions devait être garanti le droit d'être entendu, ni les conséquences à tirer de la méconnaissance de ce droit. La Cour relève seulement que la directive comporte, à son article 15 § 2 dernier alinéa, une exigence, de caractère général, de remise en liberté pour le cas où la rétention ne serait pas légale. Dans ce contexte normatif, la Cour reconnaît que s'il est loisible aux Etats membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de permettre l'exercice des droits de la défense des ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière selon les mêmes modalités que celle retenues pour régir les situations internes, ces modalités doivent néanmoins être conformes au droit de l'Union et, notamment, ne pas remettre en cause l'effet utile de la directive.

S'appuyant ensuite sur sa jurisprudence, la Cour rappelle que les droits de la défense - droit d'être entendu et droit d'accès au dossier -, figurent au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte. Cette affirmation est cependant aussitôt nuancée par le rappel, d'une part, que le respect des droits de la défense n'apparaît pas comme une prérogative absolue mais peut comporter, sous certaines conditions, des restrictions dans un but d'intérêt général⁸³. D'autre part, elle estime que l'existence d'une violation des droits de la défense doit être appréciée dans le contexte factuel et juridique de l'adoption de la mesure contestée⁸⁴.

Par voie de conséquence, selon l'interprétation de la Cour, une violation du droit d'être entendu n'entraîne pas systématiquement l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause. Il faut que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent⁸⁵. Ainsi, une éventuelle violation du droit d'être entendu n'emporte pas nécessairement annulation de la décision en litige. Le requérant doit établir que cette violation a eu un effet sur le sens de la décision. La charge de la preuve pèse sur celui-ci et non sur l'administration.

⁸² CJUE, 2ème ch., 10 septembre 2013, *M. G., N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C 383/13 PPU.

⁸³ Par ex. pour répondre à des impératifs d'urgence en matière de protection de la santé publique, CJCE 15 juin 2006, *Dokter e.a.*, n° C-28/05.

⁸⁴ CJUE 18 juill. 2013, *Commission c/ Kadi*, nos C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

⁸⁵ V. dans le même sens CE 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, Lebon ; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier.

Cette solution laisse donc au juge national – en l’occurrence le juge administratif – l’entière responsabilité de l’appréciation de l’incidence de l’irrégularité constatée sur le sens de la décision contestée. La Cour de justice estime ne pas à avoir à se prononcer sur les conditions de l’existence d’une violation de l’obligation d’assurer le droit d’être entendu au sens du droit de l’Union mais seulement sur les conséquences d’une telle violation – comme le demandait la question préjudicielle. La Cour a néanmoins largement renvoyé à la marge d’appréciation du juge national⁸⁶.

Les décisions qu’elle rendra prochainement sur les deux questions préjudicielles émanant de tribunaux administratifs français pourront donc l’amener à clarifier cette question et plus largement s’il y a lieu de remettre en cause la jurisprudence du Conseil d’Etat qui depuis 1991 a balayé tout dialogue préalable entre l’administration préfectorale et l’étranger lorsqu’elle édicte une mesure d’éloignement. Ce que tout personne soucieuse du bon fonctionnement de l’administration et de la protection des droits des étrangers – comme l’était Stéphane Hessel – ne peut que regretter.

⁸⁶ AJDA 2013 p. 2307, chron. M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère.