

La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 « relative au droit des étrangers en France » ou les illusions du législateur 8 septembre 2016, p. 1720-1726, n° 29/7698^e

Michel **Bouleau**, Magistrat administratif
RECUEIL DALLOZ

L'essentiel

La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France n'aura qu'un effet très limité sur la matière qu'elle veut régir. Celle-ci a en effet été affectée au cours des dernières années par une évolution substantielle caractérisée par un triple mouvement d'effacement de la norme législative, de subjectivisation de l'office du juge et d'affirmation d'un pouvoir administratif. Cette évolution, dans laquelle le juge administratif a joué un rôle déterminant et qu'illustre la place essentielle prise à tous les niveaux par la possibilité d'une « régularisation », a eu pour effet de priver le législateur de la réalité du pouvoir qui, constitutionnellement, devrait être le sien en la matière.

Encore une fois, et comme il le fait maintenant de manière récurrente, le Parlement a donc délibéré pour fixer de nouvelles règles en matière de séjour des étrangers et la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, publiée au *Journal officiel* du 8 mars 2016, entrera ainsi en vigueur conformément au calendrier fort complexe défini par son article 67. Selon son exposé des motifs, le projet de loi dont elle est issue se donnait le triple objectif de sécuriser les parcours d'intégration, de contribuer à l'attractivité de la France et de garantir tout à la fois l'effectivité des mesures d'éloignement et la protection des libertés individuelles dans le respect des directives européennes. Les ambitions étaient donc grandes.

Pourtant, qui a l'occasion de mettre en œuvre ce droit des étrangers, si essentiellement déterminé aujourd'hui par ces droits dits « fondamentaux » que plus personne ne semble se souvenir qu'il n'y pas si longtemps, il se définissait comme une police spéciale dont le cadre était quasi exclusivement législatif et réglementaire, ne peut qu'être convaincu de l'inanité de l'exercice.

Bien sûr, certaines des mesures envisagées ne sont pas sans intérêt. Il en est ainsi notamment de la création de titres pluriannuels qui devrait, en effet, permettre à une administration qui, faute de pouvoir se livrer à une instruction approfondie lorsque le renouvellement de titres de courte durée intervient trop rapidement, n'avait pas toujours les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause, de prendre avec un peu de recul des décisions plus pertinentes au regard de la situation des pétitionnaires. Et peut-être pourra-t-on éviter, par exemple, que des étudiants dont les titres annuels ont été renouvelés sans examen pendant des années se voient refuser un nouveau renouvellement au moment même où il peut être soutenu que leurs demandes étaient bien sérieuses.

Mais voilà aussi sans doute ce à quoi se borne pour l'essentiel l'apport du législateur et qui définit aujourd'hui son champ d'intervention. Il n'a plus guère pour fonction, ce législateur jadis souverain, que de fixer un cadre formel, celui de l'édition des mesures de délivrance de titres, des mesures d'éloignement consécutifs à un refus et des diverses décisions accompagnant, le cas échéant, ce refus. Pour le reste, soit donc l'essentiel, ce qui détermine le « droit au séjour », il y a quelque chose de vain et de désespérément dérisoire dans cette énième modification de la loi, tant il est évident qu'elle sera sans grande conséquence de fond dans le traitement des demandes, et donc sans guère d'effet quant à ce qui est supposé être l'objet d'un dispositif constamment remis sur le métier : une régulation des flux migratoires

conforme à l'intérêt national.

La réalité est qu'en cette matière, législative par nature, le législateur est aujourd'hui hors-jeu. Et il nous semble que la démonstration de cette incongruité peut être faite.

L'approche qui est proposée ici de la problématique du droit des étrangers pourra paraître excessivement marquée par une vision contentieuse de la question mais, en réalité, ce point de vue n'introduit pas de biais car, en cette matière plus qu'en toute autre, la perspective contentieuse est un élément toujours présent dans l'édition des décisions individuelles. Et, par ailleurs, c'est de fait très largement dans le cadre déterminé par le juge que l'autorité administrative, au demeurant plus ou moins convaincue elle-même de la légitimité et du bien-fondé de ce cadre prétorien, prend ses décisions, avec cette conséquence, inhérente à la nature même du cadre d'analyse ainsi défini, que ce n'est plus en fonction d'une analyse juridique, procédant par qualification des situations individuelles au regard des catégories juridiques définies par le législateur, que sont aujourd'hui traitées les demandes de séjour mais au terme d'une approche essentiellement subjective des cas d'espèce⁽¹⁾.

Les trois dernières décennies ont, en effet, été marquées par un mouvement de recomposition du champ du droit des étrangers (au sens matériel) qui s'est opéré par la voie prétorienne et le rend, en l'état, très peu sensible aux interventions législatives. On peut même soutenir que, gouverné par le juge, il est, en l'état, quasiment irréformable par la voie de l'action politique.

Trois éléments, tous déterminés par l'action du juge et qui miroitent les uns par rapport aux autres, mais que l'on distinguera pour les besoins de l'exposé, concourent à ce résultat :

- institutionnellement, la place, proprement prégnante, prise par la régularisation ;
- matériellement, la nature des références déterminant la décision qui, de moins en moins normatives, ont pour effet de rabattre toute analyse sur la seule question des conséquences des décisions sur la situation personnelle des individus ;
- fonctionnellement, la place croissante du contrôle dit « de proportionnalité ».

I - L'empire de la régularisation

Dès qu'elles paraissent problématiques, les demandes présentées par les étrangers sont, quel qu'ait été leur fondement, et même si cela ne transparaît pas dans la motivation des décisions, envisagées dans la perspective d'une éventuelle « régularisation » dont l'hypothèse ne doit jamais apparaître comme écartée. La régularisation en matière de séjour est à ce point entrée dans les habitudes qu'elle revêt un caractère d'évidence tel qu'il semble exclu de s'interroger encore sur ses fondements. Pourtant, cette possibilité⁽²⁾ d'une régularisation par l'autorité administrative, consistant en la délivrance d'une autorisation administrative instituée par la loi dans des conditions que la loi ne prévoit pas, qui est une des singularités, apparemment si naturelle, du droit des étrangers, est une hérésie qui remet en cause ce qu'était l'orthodoxie (dira-t-on républicaine ?) quant aux pouvoirs de l'administration et à l'office du juge.

Avant de s'interroger sur le rôle du juge en la matière, il convient d'avoir à l'esprit, car elle ne peut pas être sans effet sur les choix jurisprudentiels, cette spécificité du contentieux des étrangers qu'est son asymétrie. Alors qu'habituellement, un champ contentieux se définit par un partage entre la contestation des décisions positives et celle des décisions négatives, en la matière ne se rencontrent que des contestations de décisions « négatives » par les étrangers ou les associations s'étant donné pour objet la défense de leurs intérêts. La totalité des décisions positives est hors champ du contentieux des étrangers. En tout autre domaine, on ne

manquerait pas de s'interroger sur une telle situation et ses possibles effets. Un juge de l'excès de pouvoir borgne est-il, en effet, en situation de remplir son office et d'assurer, sans distorsion, l'application effective du droit, de tout le droit ? Oui, sans doute, lorsqu'il intervient dans un cadre strictement normé par lequel il consent à être contraint, à défaut ; mais non si, comme en la matière, il définit son intervention à partir des cas d'espèce.

La possibilité d'une régularisation de la situation des étrangers est d'abord apparue, de manière modeste, et encore raisonnable, comme celle d'une régularisation au regard des règles d'admission sur le territoire, tenues comme n'étant ni substantielles, ni impératives et ne devant pas être rédhitoires pour un étranger qui était en situation de pouvoir remplir les conditions de fond de délivrance d'un titre de séjour.

Si l'on veut remonter un peu dans le temps, ce qui peut être nécessaire puisque certains rapporteurs publics⁽³⁾ invoquent cet arrêt pour, à défaut de pouvoir en donner les fondements doctrinaux, conférer un peu de profondeur historique à ce pouvoir de régularisation, on doit se référer à l'arrêt *Sieur Da Silva et CFDT* du 13 janvier 1975⁽⁴⁾. Mais ce sera pour constater que la perspective dans laquelle se plaçait alors le Conseil d'État était des plus restrictives puisqu'il s'agissait seulement de régler la question posée par les étrangers qui, se trouvant déjà en situation régulière à un autre titre sur le territoire français, souhaitaient y travailler et ne pouvaient produire un contrat de travail qui aurait dû être visé avant leur entrée, en posant le principe qu'il est possible à l'autorité administrative d'accorder l'autorisation de travail sollicitée, en procédant à la régularisation nécessaire. L'arrêt dit seulement qu'une circulaire ministérielle ne peut compétemment exclure la possibilité d'une régularisation de cette nature. Il n'est expressément question que de l'exercice du pouvoir qui appartient « normalement » à l'administration, dans tous les cas où une disposition expresse applicable en l'espèce ne le lui interdit pas, de régulariser les « procédures pendantes devant elle ». On observera au passage qu'à cette époque, pas si lointaine, une régularisation, même si limitée, n'apparaît nullement comme chose aussi « normale » que le dit l'arrêt puisque celui-ci a été rendu sur ce point aux conclusions contraires de M. Dondoux. Il faut d'ailleurs s'attarder un instant sur ces très intéressantes conclusions. M. Dondoux y relevait le paradoxe d'un usage très général de la régularisation en matière de titre de salarié, alors qu'il était clair pour lui que la circulaire de 1953 qui la prévoyait était « dépourvue de valeur juridique » et que les seuls textes applicables, l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et son décret d'application n° 46-1340 du 5 juin 1946, non seulement n'envisageaient pas la régularisation, mais l'excluaient nécessairement. Il en déduisait naturellement qu'une limitation du champ de cette régularisation sans fondement juridique ne pouvait se heurter à aucun obstacle juridique, et ne concevait apparemment pas un seul instant, alors qu'il n'a pas laissé la réputation d'un commissaire du gouvernement dépourvu d'audace conceptuelle, que l'administration pût méconnaître l'étendue de sa compétence en estimant qu'elle ne devait pas toujours envisager une régularisation.

On peut penser que par cet arrêt, qui n'a été fondateur que rétrospectivement, le Conseil d'État avait seulement admis l'existence d'un pouvoir de régularisation des conditions de l'entrée en France pour les besoins de la cause, parce qu'il lui paraissait inopportun d'imposer à des travailleurs résidant déjà, régulièrement, sur le territoire d'en sortir pour aller faire viser un contrat (alors, cela étant, que le gouvernement de l'époque avait manifestement estimé, lui, qu'il y avait lieu de rendre vaines les tentatives de contournement des règles d'entrée sur le marché de l'emploi national que la perspective d'une telle régularisation a pour effet de rendre possibles). Mais si cet arrêt n'a en lui-même, par ce qu'il tranche expressément, qu'une portée limitée, il énonce déjà les propositions qui seront les bases du raisonnement développé

ultérieurement, d'une part, la pétition de principe selon laquelle rien n'interdit *a priori* d'envisager une régularisation, et d'autre part, l'affirmation selon laquelle ce pouvoir « appartient normalement » à l'autorité administrative. Or le fait est que, se saisissant de l'outil qu'il ainsi avait forgé, le Conseil d'État a, sans jamais expressément assumer ce glissement, élargi son champ au point de le faire changer de nature. D'abord, en le portant au-delà du seul domaine de l'immigration de travail, où il était apparu (sa jurisprudence étant au demeurant en phase avec la volonté de l'exécutif de passer d'une régularisation envisagée jusqu'alors au nom de l'intérêt, supposé, de l'économie nationale à une régularisation conçue comme moyen de résorber, avec l'engagement implicite de ne plus laisser se reproduire une telle situation, un stock de « sans-papiers » que l'on n'envisage pas de pouvoir éloigner) ensuite, et surtout, en glissant des conditions procédurales aux conditions de fond.

Une première étape est marquée par l'arrêt *Ministre de l'intérieur contre Bouriah* (5) qui, se bornant apparemment à décliner la jurisprudence *Da Silva*, va déjà au-delà puisque, dépassant le cadre d'un pouvoir susceptible d'être gracieusement mis en œuvre, il voit une erreur de droit dans le fait d'opposer un refus à une demande de titre pour le seul motif que les conditions légales ou conventionnelles de sa délivrance ne sont pas remplies. Une nouvelle étape est franchie avec l'arrêt *Diop* (6). C'est apparemment toujours dans la perspective d'une régularisation « procédurale » que se situe cet arrêt puisque l'hypothèse était celle d'un retard dans le dépôt d'une demande de renouvellement de titre et qu'il n'est fiché que comme permettant de ne pas tenir compte de ce retard, mais il va en réalité beaucoup plus loin car, d'une part, il n'y est clairement plus question de la seule régularisation d'une procédure pendante devant l'autorité administrative, mais de régularisation de la « situation » de l'intéressé, et, d'autre part, cette affirmation d'une erreur de droit s'exprime dans une hypothèse très particulière. Cet arrêt marque, en effet, un revirement qui infirme radicalement une jurisprudence antérieure toute récente (7), qui disait précisément le contraire, en affirmant, dans ce qui était strictement le même cas de figure, une compétence liée et en l'affirmant comme résultant, sans conteste, du texte applicable (8). Cet arrêt est déterminant car il exprime clairement la volonté délibérée, et c'est tout le sens des conclusions de M^{me} Leroy, de faire triompher une ligne jurisprudentielle (au demeurant surinterprétée pour les besoins de la démonstration) sur l'évidence de la norme. Il intervient à un moment où le juge se croit autorisé à s'émanciper par rapport aux normes qui auraient l'inconvénient de le contraindre et adopte une posture morale le plaçant en surplomb de ces normes, y compris, le cas échéant, lorsqu'elles sont législatives (9). C'est en vain que l'on chercherait dans l'avis émis par le Conseil d'État le 22 août 1996 sur une saisine du ministre de l'intérieur, désireux de savoir quelle était la portée des obligations pouvant résulter pour les préfets de leur pouvoir de régulariser, le fondement de ce pouvoir et les règles qui pourraient en définir les contours. Cet avis est d'ailleurs une chose étonnante. Le Conseil d'État commence, en effet, par poser le principe du caractère oxymorique d'un « droit à régularisation », simple faculté exercée à titre gracieux (mais sous le contrôle du juge et donc pas « purement gracieux », ce qui implique qu'il doit bien y avoir là quelque chose comme un droit si un refus peut être sanctionné), avant d'établir un lien entre régularisation et droit à un examen particulier, lien que l'on conçoit mal car habituellement ce droit est celui de voir sa situation spécifiquement examinée mais dans le cadre des règles applicables, et on n'en déduit pas spontanément une hypothèse de régularisation. En réalité, on croit comprendre que la régularisation est alors surtout comprise comme le moyen d'articuler le droit national avec des exigences conventionnelles et plus particulièrement celle qui résulte, en matière de vie privée et familiale, des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui est affaire de cas d'espèce, comme le relève, pertinemment, cet avis. Avis qui se termine d'ailleurs par un paragraphe dont on aimerait avoir la clef d'interprétation

tant il obscurcit la notion même de légalité, et qu'il convient de citer *in extenso* : « il est d'autant plus utile que le gouvernement exerce, dans les situations où ce droit (au respect de la vie familiale) est en cause, l'examen individuel qui lui incombe de toute façon que les mesures de régularisation éventuelles cessent alors de relever de l'opportunité pour se situer sur le terrain de la légalité ».

Mais, malgré cette absence de tout cadre conceptuel, un contexte de réception d'une régularisation tous azimuts s'est créé et, au fil des décisions, c'est une régularisation déterminée par la situation personnelle du demandeur qui va s'instituer. Ce processus est notamment illustré par l'arrêt *Aidara* ¹⁰ qui relève l'erreur manifeste d'appréciation dont serait entaché un refus de régularisation compte tenu des circonstances de l'arrivée en France et du séjour de l'intéressée. À partir de ce moment, on peut poser comme hypothèse que la régularisation doit quasiment toujours être envisagée et s'impose si un refus est constitutif d'une « erreur manifeste d'appréciation » (sur la définition de laquelle on reviendra).

On a donc assisté, en quelques années, à la consécration par la voie prétorienne d'un pouvoir de l'administration de délivrer un titre de séjour à qui ne remplit pas les conditions légales ou réglementaires pour l'obtenir pouvant aller jusqu'à une obligation de délivrer ce titre pour des motifs que la loi n'a pas envisagés.

Est-il un autre domaine où l'on admettrait l'existence d'un pouvoir purement administratif qui non seulement ne trouve son fondement dans aucune loi mais s'autorise même, lorsqu'il n'est pas requis de ce faire par le juge, à ignorer superbement l'intention la plus expresse du législateur ? Et n'est-il pas étonnant que l'on ne trouve nulle part, et notamment jamais dans les conclusions prononcées devant la haute assemblée, qui se bornent à invoquer l'autorité des précédents ou l'opportunité de l'existence du pouvoir de régularisation, de démonstration des éventuels fondements constitutionnels de ce pouvoir ? Il est pourtant des cas où l'existence d'un tel pouvoir est parfaitement plaidable. Il est, en effet, des matières dans lesquelles le fondement d'un pouvoir de nature proprement administrative tient en quelque sorte à la nature des choses parce qu'il est inhérent à la fonction exécutive et que l'exercice de cette fonction l'implique donc nécessairement, tel par exemple le pouvoir réglementaire autonome en matière de police qui avait dû être reconnu au président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ¹¹ et dont avait continué à bénéficier, en qualité de chef de l'exécutif, le président du conseil de la IV^e République ¹². Mais est-on, en l'occurrence, dans une telle hypothèse ? En dehors des situations, qui répondent, elles seules, à ces exigences naturelles de la fonction exécutive, où pour des motifs tenant aux intérêts de l'État et pour des raisons, soit de haute politique, soit de basse police, il convient d'accorder un droit au séjour à quelques élus, rien en réalité ne justifie qu'en matière de délivrance de titres de séjour, l'autorité administrative n'agisse pas strictement dans le cadre qu'a défini un législateur seul compétent pour ce faire. Il ne peut être exclu que le cadre législatif peine à suivre les évolutions des phénomènes migratoires, des nécessités économiques ou du contexte juridique, mais les procédures législatives ne sont pas si contraignantes et si lentes que les nouvelles normes qui s'imposeraient (ce dont il importe d'ailleurs en premier lieu de délibérer publiquement) ne puissent être adoptées en temps utile. Au-delà d'une période transitoire et hors nécessité imposée par l'urgence, la pérennité d'un pouvoir proprement administratif dans un domaine régi par un dispositif législatif est-elle autre chose qu'un désordre ¹³ ?

II - Un cadre d'analyse sans contenu normatif

Le premier phénomène à prendre en compte est l'usage effréné en la matière d'une erreur manifeste d'appréciation conçue d'une manière toute particulière. Le débat sur la question de savoir si l'erreur manifeste d'appréciation, qui n'était à l'origine que le marqueur du type de

contrôle opéré par le juge sur une opération de qualification juridique, relevait toujours de cette opération qui consiste à faire entrer des circonstances de fait dans une catégorie juridique ou si l'erreur manifeste d'appréciation serait d'une tout autre nature et témoignerait d'une appréciation globale du juge sur la pertinence (pour ne pas dire l'opportunité) d'une décision administrative est sans doute dépassé. Il faut néanmoins constater que, même procédant d'une appréciation globale sur une décision, l'erreur manifeste d'appréciation se qualifie habituellement en analysant les motifs d'une décision, son objet et ses effets proprement juridiques. En matière de contentieux des étrangers, ce n'est plus réellement ce cadre d'analyse qui est mis en œuvre, soit que, comme dans l'arrêt *Aidara* précité, rien ne soit dit quant à ce sur quoi porte l'erreur commise, soit que cette erreur soit caractérisée comme portant sur la gravité des conséquences de la décision sur la situation personnelle de l'intéressé, sans que cette situation à prendre en compte soit juridiquement qualifiée. Cette prise en compte des conséquences, ou de la gravité de celles-ci, apparaît comme une spécificité du contentieux des étrangers. En d'autres domaines, c'est habituellement dans les motifs d'une décision que gît l'erreur manifeste, le cas échéant dans l'atteinte « manifestement excessive », eu égard à l'objet de cette décision, à des libertés protégées. L'erreur manifeste quant aux conséquences sur la situation personnelle, intrinsèquement subjective, est le parfait moyen pour le juge d'annuler toutes les décisions qu'il n'aurait pas prises lui-même sous le seul contrôle de l'opinion, de même nature, que pourrait avoir un juge supérieur.

Par ailleurs, au premier rang des références, vient évidemment, érigée en valeur suprême devant laquelle tout ou presque doit céder, la vie privée et familiale des intéressés au sens supposé de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴. On se bornera sur ce point, qui à lui seul mériterait une thèse, à deux observations. Pour constater, d'une part, que, là aussi, c'est par un glissement jamais réellement justifié en droit que l'on est passé de la reconnaissance comme ingérence (notion qui définit le champ de l'art. 8) de la mesure d'expulsion pour un motif d'ordre public¹⁵, à celle de l'éloignement consécutif à un refus de titre de séjour¹⁶, au simple refus de séjour opposé à qui n'a jamais été autorisé à se maintenir sur le territoire et ne peut faire valoir que la remise en cause d'une situation de fait dans laquelle l'État n'a pas de part¹⁷ (et je dois avouer être de ceux qui ont toujours du mal à voir une ingérence, à proprement parler, dans le simple refus de la puissance publique d'entériner une situation de fait irrégulière, qui n'a jamais été juridiquement protégée et dans laquelle s'est délibérément maintenu l'intéressé). Pour relever, d'autre part, que la référence à la notion de « vie familiale normale », pivot de l'arrêt *GISTI*¹⁸, n'est plus que rarement utilisée. Sans doute est-elle encore trop contraignante, en ce qu'elle suppose un effort de définition d'un standard auquel on rapporterait les situations individuelles, alors qu'il est infiniment plus commode de ne juger jamais que des cas d'espèce.

Cette mise en place d'un cadre essentiellement subjectif a trouvé un aboutissement, sur lequel il y a lieu de s'arrêter un instant tant il est exemplaire du nouveau mode de raisonnement qui prévaut, dans le contrôle par le juge des décisions de refus de séjour au regard de l'article 3, § 1, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant dont les stipulations prévoient que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». On sait après quelles hésitations et au prix de quelles palinodies, de nature à faire d'ailleurs peser un doute sérieux sur l'efficacité de la grille de lecture mise en œuvre, les juridictions suprêmes ont déterminé lesquelles des stipulations de cette Convention devaient être tenues comme d'effet direct. Mais, une fois reconnu ce caractère à l'article 3, § 1,

par l'arrêt *M^{lle} Cinar* (19), encore fallait-il admettre que les mesures de police prises à l'encontre des parents pour des motifs extérieurs à l'enfant et dont celui-ci n'est en rien l'objet, entrent dans le champ des mesures « qui concernent » l'enfant. Ce fut fait sans hésitation, avec la même force de l'évidence qui, en cette matière, emporte tout et dispense d'inutiles exégèses des textes, et consacré par l'arrêt du 25 juin 2014 (20) qui pose en principe que « les stipulations du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990, qui peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, sont applicables non seulement aux décisions qui ont pour objet de régler la situation personnelle d'enfants mineurs mais aussi à celles qui ont pour effet d'affecter, de manière suffisamment directe et certaine, leur situation ». Si on se réfère aux conclusions sous cet arrêt de M. Crepey, on devra constater que celles-ci sont essentiellement auto-référencées (en ce sens que ne sont invoqués que des précédents à partir desquels il y aurait lieu d'extrapoler) et que leur auteur, qui avoue ne pas s'être livré à une analyse de droit comparé, n'adopte aucune démarche interprétative des stipulations conventionnelles en cause. La question n'est manifestement pas de savoir ce que ces stipulations peuvent avoir comme sens mais quel sens il est opportun de leur donner. Ces choix hasardeux laissent toutefois entier le problème de leur portée. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Cinar*, M. Abraham relevait comme un argument contre l'effet direct de l'article 3, § 1, le caractère « relativement » général de la norme et le fait que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant « comporte une part de subjectivité et que son application à des actes individuels ne conduit pas toujours à des solutions évidentes », mais il écartait immédiatement cet argument au motif que le juge se heurtait déjà à ce genre de difficultés pour l'application des principes généraux du droit (ce qui est tout à fait discutable s'agissant des plus anciens de ces principes qui sont de nature à déterminer une analyse objective) ou de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « qui a donné lieu à une jurisprudence subtile et tout en nuances ». On fait pourtant là un pas supplémentaire dans la subjectivité, car même si l'on réussit à donner un sens opératoire à ce « primordiale », qui ne peut réellement renvoyer au sens habituel de ce qualificatif, qui mettrait l'intérêt de l'enfant au-dessus de tout, la difficulté immédiate à laquelle on se heurte est celle de l'absence de tout contenu proprement matériel de ces stipulations. Constatation qui serait rédhibitoire en tout autre domaine. Par quel raisonnement en effet, ayant au moins les apparences d'une certaine logique juridique, peut-on confronter, pour en apprécier la légalité, une décision administrative individuelle à cette très vague et indirecte obligation du caractère « primordial » dans l'examen d'une situation administrative de l'élément « intérêt supérieur » de l'enfant ? Car le texte ne dit pas que le supposé intérêt de l'enfant est transcendant au point qu'une fois défini, il devrait en conséquence l'emporter sur toute autre considération, mais seulement qu'il doit être pris en compte dans l'examen auquel procède l'autorité qui prend la décision. Cependant, comme par hypothèse personne n'est capable de dire ce que peut vraiment signifier « accorder une importance primordiale » dans le processus d'édiction d'un refus de séjour, comment donc savoir si tel a été le cas et à partir de quels éléments en juger ? Et l'on s'aperçoit que ce qui pouvait, à la limite, avoir un sens dans le champ étroit des mesures concernant proprement la situation, juridique, de l'enfant lui-même n'en a strictement plus aucun lorsque l'on cherche contre toute raison à l'étendre à toutes les mesures susceptibles d'avoir un effet indirect sur sa situation concrète. De cette impossibilité de motiver en logique il résulte des décisions aux rédactions incertaines, qui tendent au degré zéro du raisonnement juridique, et qui nous apprennent qu'il ressort des pièces du dossier, ou qu'il n'en ressort pas, au choix, que l'autorité administrative a accordé, ou n'a pas accordé, une importance primordiale à l'intérêt de l'enfant.

Reste enfin, mais elle est presque seconde, et au demeurant jamais traitée explicitement, la

question de savoir ce que peut bien être l'intérêt supérieur de l'enfant. Qui, dès que l'on sort du champ restreint des mesures de protection, peut s'en prétendre capable ? Qui est d'ailleurs légitime à déterminer, car c'est de cela dont il s'agit souvent, s'il vaut mieux être élevé dans la culture et la religion de ses parents (question qui pour un fidèle de cette religion ne peut appeler qu'une réponse positive) ou bien si, même résidant dans le pire quartier, il est préférable de bénéficier, vaille que vaille, des bienfaits de notre système éducatif, d'un « niveau de vie » plus élevé et de la plus longue espérance de vie que notre système de santé permet encore d'espérer raisonnablement ? Cette dernière hypothèse est celle que tout Occidental matérialiste, s'il en juge d'après ce que seraient ses propres préférences, devrait presque nécessairement privilégier. À moins qu'il ne se réfère aux bienfaits de sa civilisation, mais cela, sauf peut-être s'agissant du statut de la femme, il n'osera pas l'avouer, ou pas même le concevoir. Et le résultat est que l'on peut apprendre au détour d'une décision qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas interrompre une scolarité qui en est, déjà, à la grande section de maternelle et que, par voie de conséquence, il ne peut être déceimment envisagé de refuser un titre de séjour aux parents, quelle que soit par ailleurs l'irrégularité de leur situation...

III - Le contrôle de proportionnalité

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le débat sur la pertinence d'un contrôle de proportionnalité qui tend à envahir tout le champ du contentieux de l'excès de pouvoir et notamment à se substituer en matière de police à un contrôle de l'adéquation qui était en réalité d'une tout autre nature. On se bornera à constater qu'une proportionnalité est un principe d'action proprement creux, en ce sens que, se définissant comme un rapport, il n'a pas en lui-même de contenu pouvant permettre de qualifier une situation. Il n'a de portée que par le choix fait des proportions idoines. Dans cette mesure, il est de nature à permettre très facilement au juge d'habiller ses choix subjectifs sous les apparences d'un raisonnement juridique et d'écarter, au nom de l'opportunité, une norme trop contraignante. On ne peut toutefois, me semble-t-il, contester qu'il suppose, pour avoir une relative pertinence, que, sans aller jusqu'à être quantifiés par application d'une unité de mesure commune, les motifs et les effets d'une décision puissent relever d'une grille d'analyse permettant la comparabilité que l'appréciation d'une proportion suppose *a priori*. Or, si les motifs d'une expulsion, les risques de trouble à l'ordre public liés à la présence d'un étranger sur le territoire et son objet, la préservation de cet ordre public, peuvent être rapportés à ses effets sur les droits de l'intéressé parce qu'au moins les premiers peuvent être précisément identifiés dans chaque cas d'espèce, il n'en va plus de même lorsqu'il s'agit de rapporter les effets d'un refus de titre à ses motifs et à son objet. Un refus de titre n'a pas d'autre motif (hors le cas très marginal d'une menace pour l'ordre public) que le constat de ce que les conditions de sa délivrance ne sont pas remplies et d'autre objet que le respect de principe des règles qui ont été déterminées en la matière par le législateur, le respect de la loi comme un but en soi parce que celle-ci est supposée définir l'intérêt général. Force est de constater que cet objet paraît bien abstrait et lointain à qui, ce qui est, il faut l'admettre, de plus en plus fréquent parmi les juges, n'ayant pas su se faire une doctrine de l'application de la norme, ne la conçoit plus comme devant être, dans l'exercice de son office, le souverain bien et veut considérer d'abord, et par-dessus tout, les conséquences concrètes et pitoyables qui peuvent en résulter pour les individus soumis à des règles cruelles. Il faut, si ce n'est de la vertu, du moins un effort constant pour faire triompher son surmoi de juge et pour ne pas céder à la facilité irresponsable de paraître avant tout « humain » aux yeux des autres comme aux siens.

Ce, d'autant plus que ce qui est pris en compte pour apprécier la légalité de la mesure en cause n'est plus, comme ce pouvait être le cas en matière de police, l'atteinte à une liberté publique juridiquement définie et protégée mais quelque chose de beaucoup plus indéterminé, la

gravité des conséquences sur la situation personnelle de l'intéressé si l'on est sur le seul terrain de l'erreur manifeste d'appréciation ou cette vie privée et familiale, nulle part définie et dont le contenu et même le sens varient au gré des circonstances. Il ne s'agit plus même d'une démarche dialectique entre la mesure et ses effets, mais de la détermination directe d'un droit par la « disproportion » des effets d'un refus⁽²¹⁾. Comment éviter que, dans ces conditions, le contrôle du juge ne soit souvent autre chose que l'expression de sa subjectivité. La prise en compte prépondérante, voire exclusive, des droits personnels des individus, dans une démarche radicalement différente de celle qui avait vu le juge administratif jouer un rôle central dans la définition des libertés publiques, abolit toute possibilité d'une dimension ou perspective collective. Une justice administrative pour laquelle la notion d'intérêt général et l'idée que celui-ci puisse être déterminé par l'État semblent ne plus être pertinentes a-t-elle encore une raison d'être ?

Le paradoxe est que, s'il peut arriver à l'autorité administrative de s'inquiéter du flou dans lequel elle doit décider, elle trouve aussi avantage à une situation qui fait dans une large mesure du droit des étrangers une coproduction du juge et de l'administration à laquelle le législateur n'a pas part. La conséquence de l'existence d'un pouvoir proprement administratif résultant de la marge considérable d'appréciation laissée à l'autorité administrative et de la possibilité d'une régularisation est, en effet, l'institution de fait d'un quasi-pouvoir réglementaire du ministre de l'intérieur. N'apparaît-il pas en effet assez naturel, et même nécessaire pour réguler l'action des services et pour limiter dans une certaine mesure le risque d'arbitraire inhérent à ce pouvoir des préfets, que celui-ci soit encadré⁽²²⁾ ? Et qui est mieux à même de le faire que le ministre de l'intérieur qui a déjà pris l'habitude, à l'occasion notamment de campagnes de régularisation régulièrement menées, d'adresser des circulaires auxdits préfets ? Les circulaires, et plus particulièrement les circulaires de régularisation, sont donc devenues une pratique permanente, chaque ministre de l'intérieur ayant quasiment la sienne. Le Conseil d'État⁽²³⁾ a préféré ne pas suivre la cour d'appel de Paris qui, confirmant dans cette voie le tribunal administratif de Paris, avait reconnu à certaines au moins des orientations définies dans ces circulaires le caractère de « lignes directrices » dont les intéressés auraient pu utilement se prévaloir. Mais cet arrêt a seulement pour effet de priver les intéressés de la possibilité d'invoquer utilement ces circulaires en soutenant, soit qu'il devait leur en être fait application, soit qu'il devait y être dérogé dans leur cas pour des motifs d'intérêt général ou eu égard à la spécificité de leur situation, et il ne met en rien en cause la possibilité d'édicter de telles circulaires et la portée qu'elles ont, de fait, dans le traitement des demandes. La réalité est celle de l'exercice d'un pouvoir normatif par le ministre de l'intérieur, pouvoir dont on n'aurait pas osé le doter expressément et dont on peinerait à trouver le fondement constitutionnel.

IV - Qu'en conclure ?

Au bout du compte, lorsque l'autorité administrative, qui ne devrait prendre les décisions individuelles qui ressortissent à sa compétence que pour l'application des lois, a le pouvoir, ayant été habilitée à cet effet par le juge qui s'est institué lui-même en dispensateur de compétences, de « régulariser » au-delà de ce que le législateur a expressément prévu et le fait sur les fondements mouvants de stipulations conventionnelles détournées de leur sens par ce même juge, lorsque le ministre de l'intérieur a le pouvoir non seulement d'encadrer ce pouvoir administratif mais de substituer en réalité le cadre qu'il définit à celui que la loi a prévu, et que le juge est là non plus pour veiller à ce que la République soit administrée conformément aux lois qu'elle s'est données mais pour proclamer le bien qu'il a lui-même défini, qu'a-t-on encore besoin d'un législateur ?

Le résultat inévitable de cette absence d'un véritable cadre normatif a été parfaitement illustré par l'étude réalisée par le site Village de la justice qui, par l'usage d'algorithmes dont la pertinence n'a pas été contestée, a mis en évidence l'extrême écart statistique (que rien dans la structure des contentieux ne peut expliquer) qui existe en la matière entre les formations de jugement quant au sens des décisions. L'exercice est contestable sous certains de ses aspects, son approche accrocheuse sous la forme d'une interrogation sur l'impartialité du juge est inepte et le critère de la présidence de la formation de jugement n'est pas pertinent dès lors il s'agit de formations collégiales (la dispersion est d'ailleurs bien évidemment encore plus grande, si possible, en cas de juge unique), mais ce que cet exercice révèle de la part, essentielle, de la subjectivité de la formation de jugement dans le sens de la décision est tout à fait instructif. Car s'il n'y a pas, à proprement parler, partialité, qui peut nier qu'il n'y ait souvent parti-pris, parti-pris qui est parfois purement et simplement idéologique mais qui est aussi, et le plus souvent, celui de se soumettre à l'air du temps en donnant plus de poids aux situations individuelles qu'à une norme collective exprimant l'intérêt général ? Le résultat est qu'à l'évidence ce n'est plus en la matière le cadre juridique objectif qui fait la décision mais le hasard qui vous fait tomber sur un juge plutôt que sur un autre. Qui peut se satisfaire d'une telle situation ⁽²⁴⁾ ? Est-ce donc cela « l'État de droit » ?

Mots clés :

ETRANGER * Réforme * Loi du 7 mars 2016 * Régularisation * Pouvoir administratif

(1) Quand on parle ici de subjectivisation du contentieux des étrangers, ce n'est pas tant dans la perspective de cette évolution (que certains appellent de leurs vœux) qui verrait un abandon du cadre de l'excès de pouvoir et l'instauration en la matière d'un contentieux de pleine juridiction, voire d'un contentieux des droits, que pour illustrer la part essentielle d'une approche subjective du juge qui ne conçoit plus une situation que dans ses dimensions individuelles sans définir de cadre normatif. D'une certaine manière, il est des contentieux des droits plus objectifs (parce que les attributs de ces droits font l'objet d'une définition précise et commune) que le contentieux des étrangers en son état actuel, lors même qu'il est supposé relever encore de l'excès de pouvoir.

(2) Qu'il faut distinguer radicalement de celle qui, comme dans le cas du permis de construire dit « de régularisation », permet d'accorder *a posteriori* une autorisation qui n'a pas été sollicitée, alors qu'elle aurait dû l'être, lorsque les conditions de fond requises pour sa délivrance sont remplies.

(3) Par ex., M^{me} Bourgeois-Machureau dans ses concl. ss CE, sect., 4 févr. 2015, n° 383267 ⁽²⁵⁾, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, D. 2016. 336, obs. F. Jault-Seseke ⁽²⁶⁾ ; AJDA 2015. 191 ⁽²⁷⁾, et 443 ⁽²⁸⁾, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ⁽²⁹⁾ ; RFDA 2015. 471, concl. B. Bourgeois-Machureau.

(4) CE 13 janv. 1975, n° 90193 ⁽³⁰⁾.

(5) CE 24 févr. 1982, n° 362324 ⁽³¹⁾.

(6) CE 7 oct. 1991, n° 100639 ⁽³²⁾.

(7) CE 27 janv. 1989, n° 90842, *Hassan, Lebon* 39 ⁽³³⁾.

(8) Et il faut quand même une certaine mauvaise foi (voire un peu plus) pour refuser

d'admettre qu'une disposition du Décr. n° 46-1574, 30 juin 1946 d'application de l'Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945, expressément modifiée en 1984 dans le sens d'un durcissement de sa rédaction (puisque l'on était passé d'un « la carte de séjour peut être refusée » à « la délivrance d'un titre de séjour *est refusée* à l'étranger qui ne remplit pas les conditions... »), correspond à l'une des hypothèses envisagées antérieurement où il ne peut y avoir régularisation parce que celle-ci est expressément exclue !

(9) Ce dont l'arrêt *Nicolo* lui a donné les moyens (CE 20 oct. 1989, n° 108243 [📄](#), D. 1990. 135 [📄](#), note P. Sabourin [📄](#), et 57, chron. R. Kovar [📄](#) ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long [📄](#) ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié ; Rev. crit. DIP 1990. 125, concl. P. Frydman, et 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch [📄](#)).

(10) CE 16 oct. 1998, n° 147141 [📄](#).

(11) CE 8 août 1919, n° 56377, *Labonne*, Lebon 737 [📄](#).

(12) CE, ass., 13 mai 1960, n° 44334, *Restaurant Nicolas*, Lebon 324.

(13) Le Conseil d'État est néanmoins si satisfait de ce pouvoir administratif qu'il a institué que lorsque le législateur, prenant acte de ce que les différentes catégories de droit au séjour qu'il a défini ne permettaient peut-être pas de prendre en compte toutes les situations, intervint pour définir lui-même les contours d'une « régularisation » pour des motifs exceptionnels (par ce qui allait devenir l'art. L. 313-14 CESEDA) et mit en place ce qui aurait pu être regardé comme le fondement légal de ce pouvoir administratif, il n'envisagea pas la solution aussi pratique que juridiquement fondée qui eût consisté à rabattre toute possibilité de régularisation sur ce seul fondement, mais rappela immédiatement que ce pouvoir ne saurait faire obstacle « à l'exercice, par l'autorité administrative, du pouvoir discrétionnaire qui lui appartient, dès lors qu'aucune disposition expresse ne le lui interdit, de régulariser la situation d'un étranger, compte tenu de l'ensemble des éléments de sa situation personnelle dont il justifierait » (CE 8 juin 2010, n° 334793 [📄](#), *Sacko*, D. 2010. 2868, obs. N. Joubert [📄](#) ; AJDA 2010. 1123 [📄](#)). Où l'on voit combien il est difficile à un pouvoir prétorien d'admettre modestement l'effacement de son œuvre.

(14) On peut s'étonner de ne pas trouver ici plus de développements sur l'influence que peuvent avoir les instruments du droit de l'Union ou les jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg mais leur effet matériel demeure en réalité encore limité. S'agissant de la Cour de Strasbourg, ce n'est pas d'abord par elle que s'est fait sentir l'effet de la Convention, le Conseil d'État ayant fait de l'art. 8 et de ses implications en la matière une interprétation anticipant largement sur la jurisprudence d'une Cour qui s'était raisonnablement refusé dans un premier temps à prétendre dériver un droit au séjour de la protection accordé par ledit article (V., sur ce pt, CEDH 19 févr. 1996, n° 23218/94, *Gül c/ Suisse*, AJDA 1996. 1005 [📄](#), et 1998. 37, chron. J.-F. Flauss [📄](#) ; RTD civ. 1996. 1025, obs. J.-P. Marguénaud). S'agissant du droit de l'Union, outre celui de compliquer les procédures d'éloignement, il a surtout eu pour conséquence de faire disparaître, en application d'une interprétation inattendue de la directive « retour » et avec la complicité de la Cour de cassation, le délit de séjour irrégulier. Mais il est vrai que la Charte des droits fondamentaux est loin d'avoir produit tous ses effets...

(15) CE, ass., 19 avr. 1994, n° 107470 [📄](#), *Belgacem*, D. 1991. 399 [📄](#), note X. Prétot [📄](#) ; AJDA 1991. 551 [📄](#), note F. Julien-Lafferrière [📄](#), et 1992. 15, chron. J.-F. Flauss [📄](#) ; RFDA 1991. 497,

concl. R. Abraham, et 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin.

(16) CE, ass., 19 avr. 1991, n° 117680, *Babas*, Lebon 162 ; D. 1991. 399, note X. Prétot ; AJDA 1991. 551, note F. Julien-Lafferrière, et 1992. 15, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 1991. 497, concl. R. Abraham, et 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin.

(17) CE, sect., 10 avr. 1992, n° 120573, *Marzini*, Lebon 154 ; AJDA 1992. 372, et 332, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RFDA 1993. 541, concl. M. Denis-Linton.

(18) CE, ass., 8 déc. 1978, n° 10097.

(19) CE 22 sept. 1997, n° 161364, D. 1998. 297, obs. C. Desnoyer ; AJDA 1997. 815 ; RFDA 1998. 562, concl. R. Abraham ; RDSS 1998. 174, note F. Monéger ; RTD civ. 1998. 76, obs. J. Hauser.

(20) CE 25 juin 2014, n° 359359, *Ngombe Ewola*, D. 2015. 450, obs. F. Jault-Seseke ; AJDA 2014. 1415.

(21) Démarche que le législateur se croira obligé de consacrer par le 7° de l'art. L. 313-11 CESEDA. Ces dispositions constituent d'ailleurs, en réalité, plus que l'art. L. 313-14 du même code, un mécanisme, intégré dans la loi, de régularisation à la discrétion de l'administration. Sous le contrôle du juge il est vrai, mais celui-ci y trouve surtout les moyens de faire aisément prévaloir sa propre appréciation subjective.

(22) Dans la limite du moins où les préfets ne sont pas devenus des agents subalternes de l'Union mettant en œuvre le droit de celle-ci comme cela résulte d'une interprétation prétorienne par la Cour de Luxembourg du champ de l'art. 51 Charte UE que le Conseil d'État a, au nom du « dialogue des juges », complaisamment faite sienne (4 juin 2014, n° 370515, *M. Halifa*, D. 2015. 450, obs. K. Parrot ; AJDA 2014. 1183, et 1501, concl. X. Domino ; RTD eur. 2014. 952-1, et 952-11, obs. D. Ritleng).

(23) *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, préc.

(24) Les remèdes possibles à cette désolante dispersion (qui ne peut que porter atteinte à la crédibilité de la justice administrative dans l'esprit du public) risquent d'être pires que le mal. Une tentative de définition de standards plus précis par la jurisprudence, outre qu'elle est difficilement envisageable de fait compte tenu tant des critères et des modes de raisonnement mis en œuvre que de la complexité des circonstances d'espèce, changerait radicalement le sens même de la jurisprudence. On basculerait alors dans une culture du précédent incompatible dans son principe avec une orthodoxe conception de l'excès de pouvoir. Quant à l'autre solution cherchant à sauver, statistiquement, les apparences (notoirement plus ou moins mise en œuvre d'ores et déjà par la Cour nationale du droit d'asile), qui consisterait à fixer des lignes directrices en termes de pourcentages de rejet et d'annulation, est-elle bien compatible avec une fonction juridictionnelle ? Et que faire des juges déviants ?

©