



HAL
open science

**Note en vue de l'audition du Conseil national des
barreaux (commission "Libertés et droits de l'Homme")
par le groupe de travail "Stahl" du Conseil d'Etat**

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Note en vue de l'audition du Conseil national des barreaux (commission "Libertés et droits de l'Homme") par le groupe de travail "Stahl" du Conseil d'Etat. [0] Conseil national des barreaux. 2019. hal-02427785

HAL Id: hal-02427785

<https://hal.science/hal-02427785>

Submitted on 4 Jan 2020

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.



COMMISSION LIBERTES ET DROITS DE L'HOMME

NOTE EN VUE DE L'AUDITION PAR LE GROUPE DE TRAVAIL « STAHL » 28 NOVEMBRE 2019

Rédigée par Serge Slama, Professeur de droit public à l'Université Grenoble Alpes, expert auprès de la Commission Libertés et Droits de l'homme du CNB

Contexte : Lettre du Premier ministre au Vice-président du Conseil d'Etat du 31 juillet 2019, commanditant un rapport pour le 15 mars 2020 ; Comité interministériel sur l'immigration et l'intégration 6 novembre 2019 « *20 décisions pour améliorer notre politique d'immigration, d'asile et d'intégration* »

Objet : audition du CNB par le groupe de travail « Stahl » sur l'étude relative à l'organisation des procédures contentieuses en matière de droit des étrangers et d'asile

ELEMENTS DE CONTEXTE

Depuis que la contestation des reconduites à la frontière a été confiée au juge administratif au début des années 1990, le contentieux des étrangers n'a cessé de croître. Comme l'indique la lettre de mission du Premier ministre du 31 juillet 2019 adressé au VP du Conseil d'Etat, à l'origine de ce groupe de travail, **en 2018, ce sont 130 000 OQTF et décisions de transfert « Dublin » qui ont été adoptées par les préfetures.**

Selon le dernier bilan d'activité du Conseil d'Etat, ce contentieux des étrangers représente, toujours en 2018 :

- **pour les TA** : 37,5% des entrées (+13%), soit **79 807 recours d'étrangers** sur un total de 213 029 décisions rendues.
⇒ cela signifie que **61% des décisions préfectorales relatives aux étrangers sont contestées en préfecture**
- **pour les CAA**, en appel des décisions OQTF, ce contentieux représente désormais **près de la moitié** (49,4%, soit **16 693**) des 33 773 requêtes introduites.

- **Seul le Conseil d'Etat** reste, en cassation, préservé de ce contentieux (1 975, soit 20,65%) depuis qu'ont été transférés les appels des APRF (en 2005) et le contentieux des visas (TA de Nantes). Il ne connaît plus que des seuls appels des référés-liberté (qui peuvent concerner des étrangers) et quelques contentieux réglementaires en REP déposés par les associations.

Au bilan, pour 2018, **un total de 98 500 requêtes d'étrangers a été porté devant les juridictions administratives générales**. Il faut ajouter à ces décisions un nombre important de demandes d'admission à l'aide juridictionnelle, généralement accordée dans ce contentieux séjour / éloignement.

Complément : selon le [Livre blanc sur le contentieux des étrangers](#) (SJA, Audition par le groupe de travail, 21 novembre 2019), pour 2019, on prévoit que le contentieux des étrangers représentera plus de **40 % des dossiers devant les TA et plus de 50 % devant les CAA**.

Complément 2 : la CNDA [qui n'est pas dans le champ du GT] a enregistré en 2018 plus de **58 000 recours**. On prévoit environ 60 000 en 2019 et jusqu'à 90 000 en 2020.

Or, depuis trente ans, **la seule réponse qui a été donnée** par les (nombreuses) réformes qui se sont succédées n'a jamais été d'apporter des garanties complémentaires, ni même de simplifier, le contentieux des étrangers (en développant les alternatives au contentieux) mais systématiquement, par empilement successif des réformes et stratification des droits applicables (notamment, depuis 2010, la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dite « retour » ou encore l'impact des directives européennes relatives aux procédures d'asile et, bien évidemment, du règlement « Dublin 3 » de 2013), **de le complexifier et de le rendre illisible et impraticable**, aussi bien pour les étrangers concernés par ces mesures, pour les associations qui les soutiennent, les avocats qui les défendent mais aussi pour les préfetures qui les édictent, les policiers qui les appliquent et les magistrats qui rendent les décisions dans des délais de plus en plus contraints et des conditions procédurales de moins en moins satisfaisantes.

Est-il besoin de rappeler à ce groupe de travail (GT) que le Conseil d'Etat lui-même, en assemblée générale, [dans un avis du 15 février 2018](#) sur le projet de loi « pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif », a, de manière inhabituelle, fait précéder son avis par des « Considérations générales sur l'opportunité et la manière de légiférer » dans lesquelles il soulignait que :

*« 7. Quelques évolutions majeures, dont le Conseil d'État apprécie la pertinence, sont proposées par le projet de loi. Elles se résument pour l'essentiel au choix de privilégier la promptitude de la décision statuant sur la demande d'asile en premier lieu, à celui d'une répartition volontariste des demandeurs d'asile sur l'ensemble du territoire, pour améliorer l'efficacité de leur prise en charge, en deuxième lieu, et à plusieurs mesures visant à lutter contre l'immigration irrégulière, en rendant plus rapide et plus effective la mesure d'éloignement, en troisième lieu. L'essentiel des autres mesures est de nature technique, avec une portée relativement limitée. **Si chacune d'entre elles est justifiée avec précision dans l'étude d'impact, celle-ci - et c'est la deuxième critique que l'on peut adresser à ce document - devrait poser plus clairement un diagnostic d'ensemble. Diagnostic d'autant plus nécessaire que, depuis 1980, 16 lois majeures sont venues modifier les conditions d'entrée et de séjour ou d'asile ; depuis la création du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) en 2005, le législateur est intervenu en moyenne tous les deux ans pour modifier les règles. Le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'État ne peut même pas s'appuyer sur une année entière d'exécution de certaines des mesures issues de la loi n°***

2016-274 du 7 mars 2016 qu'avait précédée la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015, comme le reconnaît l'étude d'impact. S'emparer d'un sujet aussi complexe à d'aussi brefs intervalles rend la tâche des services chargés de leur exécution plus difficile, diminue sensiblement la lisibilité du dispositif et risque d'entraîner à son tour d'autres modifications législatives pour corriger l'impact de mesures qui, faute de temps, n'a pu être sérieusement évalué.

8. A cet égard, le Conseil d'État ne peut que regretter que le projet ne soit pas l'occasion d'une simplification drastique des dispositifs qui, au fil de la sédimentation des dispositions, se multiplient et se déclinent en variantes dont la portée, le régime ou les conditions diffèrent marginalement, sans que cette sophistication n'entraîne un surcroît d'efficacité. Pour s'en tenir au droit de l'éloignement, le CESEDA ne compte aujourd'hui pas moins de neuf catégories différentes de mesures d'éloignement, dont certaines se subdivisent elles-mêmes en sous-catégories, régies par des règles différentes. Le même constat peut être fait pour les régimes d'assignation à résidence applicables aux étrangers, dispersés en six catégories qui, chacune, comportent des nuances et des spécificités. [...] ».

En témoigne non seulement les propos malheureux d'une présidente de CAA appréhendant le contentieux des étrangers comme un « *boulet* », mais aussi les contributions de deux syndicats de magistrats administratifs qui, devant ce GT, évoque, pour l'USMA, des juridictions administratives « **qui croulent sous le poids d'un contentieux des étrangers devenu trop lourd, se trouvent aujourd'hui menacées aussi bien d'asphyxie que d'un syndrome dépressif** » et qui menace cette juridiction d' « **embolie** » (audition du 21 novembre) et le SJA de « **parcours labyrinthe de l'étranger** » (livre blanc SJA, audition du 21 novembre).

Parallèlement le GT n'est pas sans ignorer qu'en application de l'article 52 de la loi du 10 septembre 2018, qui a autorisé le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à une réécriture de la partie législative du CESEDA, **un groupe de travail¹ travaille actuellement à la recodification de la codification de 2005** car celui-ci a subi depuis son adoption d'incessantes modifications le rendant illisible².

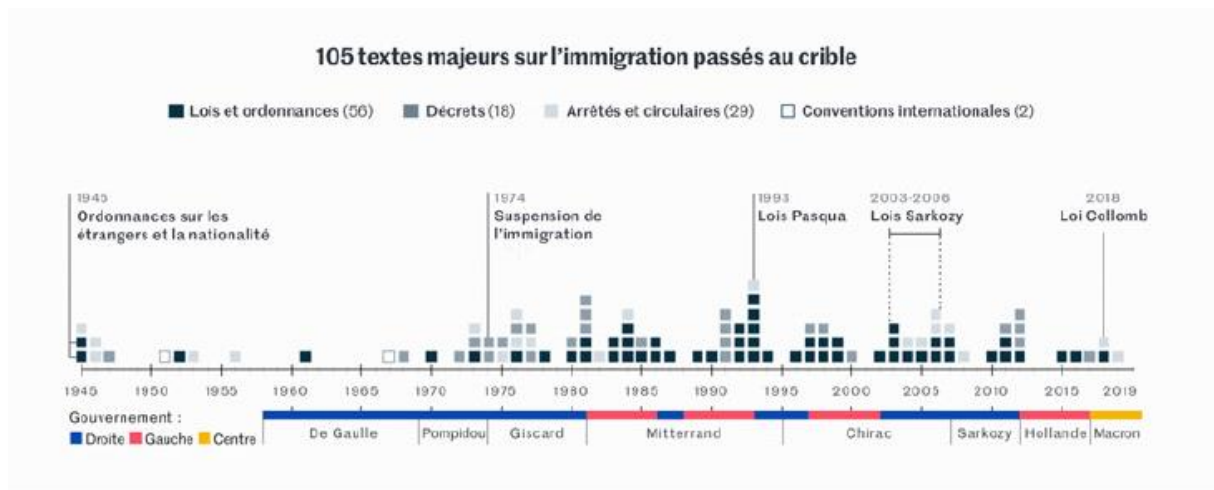
En effet, alors que le CESEDA, entré en vigueur en 2005, a été adopté par une ordonnance de 2004, il a donné lieu depuis son entrée en vigueur en 2005 à **133 modifications** (40 législatives et 93 réglementaires).

6 textes d'ampleur sont intervenus depuis 2010 (loi « Besson » du 16 juin 2011 ; Loi « Valls » du 30 décembre 2012 sur la retenue et les immunités au « délit de solidarité » ; Loi « Valls » du 29 juillet 2015 réformant l'asile ; loi « Cazeneuve » du 7 mars 2016 réformant le séjour ; loi « Warsmann » du 20 mars 2018 sur la bonne application du RAEC et loi « Collomb » du 10 septembre 2018 asile-immigration-intégration).

La mise en œuvre de ces textes a nécessité **pas moins de 35 décrets**. Et alors que tous les décrets d'application ne sont pas adoptés, on évoque déjà un projet de loi « Castaner » et une proposition de loi « Boudié » sur la rétention des enfants accompagnants.

¹ Mis en place par la DGEF [Direction générale des étrangers en France, Molina], dans lequel siège Simon Chassard (membre du CE).

² Cf. la remarquable étude des Décodeurs du Monde : « [Les 100 réformes qui ont durci la condition des immigrés en France](#) », *Le Monde*, 16 nov. 2019.



Dans sa lettre de mission, le Premier ministre insiste, lui-même, sur la « *complexité croissante* » du droit des étrangers qui, selon ses propos, **porteuse** « *d'insécurité juridique* » et qui génère pour l'administration préfectorale et les juridictions administratives une « *charge conséquente et croissante* ». Il souhaite donc qu'il soit possible de « *statuer rapidement et de manière définitive* » sur la situation des étrangers.

A cette fin, il préconise **trois thèmes de réflexion** à ce GT pour faire évoluer les règles contentieuses :

- **Mesures d'organisation et simplifications procédurales, à cadre législatif constant**, en identifiant les difficultés dans la chaîne contentieuse – administration centrale, préfectures, forces de police, associations de défense, avocats, juridictions, bon vouloir de l'étranger, bon vouloir des consulats, etc.
- **Evolutions plus structurelles du contentieux des étrangers, y compris par des réformes législatives** [mais pas constitutionnelle ?], pour permettre un traitement plus rapide et définitif des situations, avec une possible réflexion sur l'office et les pouvoirs du juge administratif [plein contentieux objectif ? développement des pouvoirs du juge dans le cadre de l'injonction ?] ;

Rappelons aussi qu'en novembre 2015, **Odile Piérart** avait remis au Vice-Président du CE (VPCE) d'intéressantes *Réflexions pour la justice administrative de demain*. Ce groupe de travail « Piérart » avait déjà réfléchi à l'éventualité de **faire du recours en matière de droit au séjour un recours de plein contentieux objectif (RPCO)** et s'y était opposé (pp. 37 – 38) en préconisant plutôt de faire évoluer les pouvoirs d'injonction du juge du séjour ; réflexion qui, à notre sens mérite d'être relancée, compte tenu de la possible « Edénisation » du contentieux de l'excès de pouvoir ([CE, sect., 21 déc. 2018, n° 409678, Société Eden, Lebon avec les concl.](#)).

- la réflexion peut également porter sur **le traitement des décisions relatives à l'asile** hors CNDA (éloignement des déboutés du droit d'asile, réadmissions « Dublin », asile en zone d'attente ou en rétention) ou encore, suite à une série de QPC de l'OIP, **sur l'exercice du droit au recours des étrangers détenus**.

NB : les travaux du GT ne portent que sur les juridictions administratives générales (TA/ CAA) et pas sur la CNDA.

Or ces dernières années, pour mettre en œuvre l'ensemble des réformes législatives et tenter de canaliser le contentieux des étrangers, le Conseil d'Etat a souvent préparé des réformes réglementaires qui ont **systematiquement détérioré les conditions d'examen des dossiers séjour/ éloignement d'étrangers** et rendu la **procédure applicable de plus en plus dérogatoire** au mépris des garanties habituellement apportées aux justiciables par la justice administrative :

- développement du **juge unique** dans des **délais contraints** (96 h aujourd'hui) et avec une procédure dérogatoire (essentiellement orale, avocat.e.s de permanence, interprètes, escortes policières, dispositif rendus sur le siège, magistrats honoraires, etc.) ;
- en formation collégiale : **dispense quasi-systématique des conclusions du RAPU** (alors que la dispense était censée être exceptionnelle) ;
- multiplication des ordonnances de « tri » non seulement pour des irrecevabilités formelles mais aussi au « fond ».

On pense en particulier, avec le décret du 23 décembre 2006 aux ordonnances de l'article R. 222-1, 7° qui permet de rejeter par ordonnance présidentielle « [...] *les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé* ».

Ces ordonnances se multiplient, surtout en appel, et empêche bon nombre d'étrangers de bénéficier réellement des garanties du double degré de juridiction ;

- « **normes** » de **productivité dites « Braibant »**, très défavorables aux dossiers des étrangers, qui n'ont pas la même valeur que les dossiers dans d'autres matières et qui contribuent à dévaloriser ce contentieux ;
- **Standardisation des décisions, dossiers d'étrangers traités à la chaîne** par des aides à la décision (assistants de justice, stagiaires, assistants du contentieux) ;
- Alors que jusque-là on constatait un éparpillement au sein de l'ensemble des chambres des TA / CAA du contentieux des étrangers, on constate un phénomène de **spécialisation dans certains TA** voir de **création de chambres dédiées à ce contentieux** ;
- **exceptionnalisation du contentieux des étrangers dans les départements d'outre-mer**, en particulier à Mayotte et en Guyane ;
- neutralisation abusive depuis le début des années 1990 **du contradictoire préalable / droit d'être entendu** avant l'édition de la décision de refus de séjour ou d'OQTF ;
- marginalisation des **commissions du titre de séjour (CTS) ou RAPO inutile** (commission refus de visa).

Témoignent de l'exceptionnalisation du contentieux des étrangers **les deux questionnaires adressés par le secrétariat général adjoint du CE**, David Moreau, aux présidents de TA et CAA, dans le cadre de ce groupe de travail, à propos de cette « étude sur le contentieux des étrangers ».

Le CNB serait intéressé de recevoir la communication de la synthèse réalisée pour le GT à

partir de la remontée de ces questionnaires qui confirmeront sûrement que bien des présidents de TA/ CAA appréhendent le contentieux des étrangers comme un « boulet » procédural.

Toutes ces évolutions procédurales, initiées ou avalisées par le Conseil d'Etat, contribuent à la **maltraitance du contentieux des étrangers dans les juridictions administratives générales.**

Ce **traitement dévalorisé** est souvent justifié par le fait que les recours seraient souvent répétitifs, avec des rédactions considérées comme trop longues et inadaptées, qui ne poseraient pas de « vraies » questions de droit – ce qui justifierait la dispense quasi-systématique des conclusions du RAPU ou le rejet par ordonnances.

Pourtant, c'est le contentieux qui pose **le plus souvent des questions de principes et des difficultés sérieuses** :

- depuis le 1^{er} janvier 2019, 7 des demandes d'avis sur une question de droit posées au CE sur 27 concernaient le droit des étrangers.
- **On dénombre aussi une demi-douzaine de décisions QPC du Conseil constitutionnel**, ayant abouti à des censures ou d'importantes réserves – ce qui fait du contentieux des étrangers, avec le contentieux pénitentiaire et le contentieux fiscal, un des domaines privilégiés de la QPC.

- QPC 2019 en droit des étrangers

- Décision 2019-810 QPC du 25 octobre 2019- *Société Air France* [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national]
- Décision - 2019-807 QPC du 04 octobre 2019- *M. Lamin J.* [Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention]
- Décision - 2019-799/800 QPC - *Mme Alaitz A. et autre* [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme] - du 06 septembre 2019 [Non conformité totale - effet différé]
- Décision - 2019-797 QPC du 26 juillet 2019- *Unicef France et autres* [Création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés]]
- Décision - 2018-768 QPC du 21 mars 2019- *M. Adama S.* [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]

- Le Conseil d'Etat rend également sur recours des ONG (Cimade, Gisti, Unicef, FAS, etc.) des dizaines des circulaires ou des dispositions réglementaires, aboutissant souvent à des censures. Ainsi, la Section est prochainement amenée à trancher un recours du GISTI n°418142 pour déterminer s'il y a lieu, dans le prolongement des jurisprudences sur le « droit souple » (*Fairvesta Numéricable ; Mme Le Pen*) abandonner la jurisprudence du 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, n° 245961, excluant la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre des orientations fixées par l'autorité administrative et redéfinir les critères d'impérativité de l'arrêt *Duvignères* !
- Et si le Conseil d'Etat jouait réellement le jeu du droit de l'Union européenne il poserait bien plus de questions préjudicielles...

C'est dans ce contexte que **le Gisti a décliné l'invitation d'être auditionné par ce GT** car on constate, à l'issue des travaux de chacun de ces groupes de travail du Conseil d'Etat depuis dix ou

quinze ans que

« chaque réforme du CESEDA touchant au contentieux des étrangers a abouti à restreindre toujours plus le droit au recours et à un procès équitable pour les étrangers concernés, sans pour autant parvenir à « maîtriser » les flux contentieux. Et s'il ne peut en être autrement, c'est que les véritables causes de l'explosion du contentieux sont à rechercher dans les choix qui guident la politique d'immigration. / Aussi longtemps que la réglementation restera ce qu'elle est et que les pratiques préfectorales et policières resteront ce qu'elles sont, il est illusoire d'imaginer faire régresser la charge qui pèse sur la juridiction administrative - comme il est illusoire de penser qu'on peut soulager le juge sans sacrifier les garanties de la défense et le droit à un jugement équitable. »

Et nous ne doutons pas que les membres de ce GT ont lu avec intérêt les articles de Danièle Lochak, présidente d'honneur de l'organisation, adressés par le Gisti dans lesquels elle démontre, avec la rigueur qu'on lui connaît, que :

*« La régulation des flux contentieux fait ainsi symboliquement écho à l'objectif de régulation des flux migratoires : dans les deux cas on constate la même obsession des chiffres, à l'aune desquels est mesurée l'efficacité d'une politique ou d'une réforme. Mais cette approche purement quantitative est antinomique avec l'exigence de justice et néglige la fonction protectrice dévolue au juge dans un État de droit » (« Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *Revue française d'administration publique* 2016/3 (N° 159), p. 701-714).*

Il est temps de **rompre avec cette logique délétère** qui à chaque réforme **aggrave** les conditions de traitement des dossiers d'étrangers et **exceptionnalise** les procédures au détriment de tous les acteurs de la chaîne contentieuse (étrangers, avocats, préfetures, policiers, magistrats, etc.) en ne faisant prévaloir que la **culture du chiffre** et la **gestion managériale** des TA/ CAA (plus un président de TA / CAA prend d'ordonnance de tri, plus il est apprécié de sa hiérarchie alors que la multiplication des ordonnances de tri sont le signe de dysfonctionnements et de mauvais traitement des requêtes ou des appels).

Dans cette optique, le CNB entend, selon les informations collectées depuis le début des travaux de ce GT, **écarter les fausses-bonnes solutions** qui ne pourront qu'aggraver cette situation (et aboutir à l'adoption d'une nouvelle réforme de la réforme dans 2 ou 3 ans) (1.) et, dans un esprit constructif, envisager **les pistes**, conformes au droit à un recours effectif et au respect des droits de la défense, **de réformes du contentieux possibles (2.)**.

1. Fausses-bonnes solutions

Au regard des préconisations de la lettre de mission du Premier ministre ou d'idées qui circulent, le CNB entend écarter avec vigueur, comme autant de chiffons rouges, plusieurs fausses-bonnes idées, qui sont en réalité des pistes qui aboutiraient à une détérioration considérable des conditions de traitement du contentieux des étrangers non seulement pour ceux-ci mais également pour tous les acteurs de la chaîne contentieuse, en premier lieu pour les magistrats administratifs :

1.1. Une juridiction administrative spécialisée dans le contentieux des étrangers : idée saugrenue

Imagine-t-on sérieusement une juridiction administrative nationale du contentieux des étrangers qui traiterait **80 000 à 100 000 requêtes par an et dans laquelle devrait être affectée 300 à 400 des magistrats administratifs**, alors même que bénéficiant de l'inamovibilité les conseillers de TA/ CAA ne peuvent être muter contre leur gré ?

Régionaliser la CNDA ?

On connaît tous ici, particulièrement le V-Pr CNDA Beaufaÿs, les difficultés rencontrées par la CNDA (avec 60 000 recours). On évoque d'ailleurs **l'idée de régionaliser la CNDA** (chambres

régionales ou multiplication des audiences foraines) et le GT n'est pas sans ignorer l'opposition du CNB au **développement des vidéo-audiences** qui participent à la détérioration des droits de la défense et la mise à distance des demandeurs d'asile.

Le CNB a donc la conviction que la création d'une juridiction spécialisée dans le contentieux des étrangers, qui exceptionnaliserait encore davantage ce contentieux, est **matériellement impossible** sans démanteler la juridiction administrative générale et poserait **d'importants questions de constitutionnalité et d'organisation** (avec un phénomène de concentration des magistrats et avocats dans le ressort de cette juridiction comme cela existe déjà pour le contentieux des visas au TA et Barreau de Nantes).

Position 1 : opposition à l'idée, saugrenue et contre-productive, de création d'une JAS en contentieux des étrangers

En revanche, une réflexion doit être menée sur **les effets potentiellement contre-productifs d'avoir confié à un seul TA / CAA certains contentieux spécialisés** (refus naturalisation, visas au TA de Nantes) ou **la multiplication des chambres spécialisées** en contentieux des étrangers (TA Bordeaux, TA de Grenoble ?) ou **des pôles de magistrats dédiés** (qui a un effet d'exceptionnalisation et de marginalisation de ce contentieux au sein d'un TA : l'affectation dans ces pôles est ressentie comme un déclassement ou pour les magistrats en début de carrière lors de leur première affectation).

Ne vaudrait-il pas **mieux répartir le contentieux de la naturalisation** (même si cela représente un nombre raisonnable de requêtes [1 500 a priori] et des refus de visas (4 000 requêtes) sur l'ensemble des TA ou sur plusieurs TA dans le ressort d'une même CAA (Nantes) ?

Les refus ou ajournement de naturalisation sont adoptés par les préfetures et donc la compétence des TA ne poserait guère de difficultés.

Pour les refus de visas, il faudrait inventer une clef de répartition (zone géographique ? type de visa ? TA dans le ressort duquel est l'accueillant ?).

NB : au TA de Nantes, tous les référés sont rejetés contre les refus de visa car le TA juge en 3 mois en moyenne. Les dossiers sont répartis entre toutes les chambres, une chambre spécialisée vient d'être créée au surplus. Ce contentieux représente 30% des dossiers.

Position 2 : favorable à la répartition du contentieux des étrangers affectés à un seul TA (Nantes : visas et naturalisation) à l'ensemble ou à d'autres TA et opposition aux chambres ou pôles dédiés au contentieux des étrangers

1.2. Office du juge : le refus de basculement en recours de plein contentieux objectif (RPCO) du contentieux du séjour des étrangers : non à l'ATOMisation du contentieux des étrangers !

L'idée est, de prime abord, **séduisante** : afin de régler définitivement les dossiers de séjour d'étrangers, le contentieux des étrangers basculerait d'un contentieux du REP (recours pour excès

de pouvoir) à un Recours de Plein Contentieux Objectif (RPCO) comme les contentieux du RSA, de la reconnaissance de la qualité de personnes handicapés ou du contentieux des sanctions contre les administrés (CE 2009, *ATOM*), sous l'influence du 6§1 CESDH.

Complément : Exemples de Recours de Plein Contentieux Objectif (RPCO)

- tarification sanitaire et sociale
- statut de réfugié et CRR devenue CNDA (la CRR se prononce d'après l'ensemble des circonstances de fait sur le cas d'une personne : cf. CE, 1982, *Aldana Barrena*),
- contentieux sociaux (aide et action sociale, logement...) de l'art. R. 771-5 CJA (CE, notamment 423001, 3 juin 2019).
- recours contre les décisions des AAI (ex : sanctions du CSA...) et sanctions pécuniaires imposées par décisions ministérielles ;
- recours contre une décision de sanction contre un administré CE, 16 février 2009, *Société Atom*
- Autres exemples : contentieux du permis à points est un RPC (Avis 9 juillet 2010, M. *Berthaud*), recours contre une décision de radiation du bénéfice du RSA aussi (CE avis 337411 du 7 juillet 2010), JA fait basculer l'ensemble de la matière des IMR (CE, 18 déc 2009, *Société Ramig*).

Les avantages sont connus : le juge statue sur la situation du requérant (en fait et en droit) **à la date où il rend sa décision** et non à la date où l'administration a pris sa décision. Il bénéficie d'importants pouvoirs : l'enjeu n'est plus seulement l'annulation de l'acte contrôlé mais aussi la réformation, le pouvoir de substitution, éventuellement de réparation du préjudice, etc.³

Les inconvénients aussi : la **légalité externe est largement neutralisée** (sauf atteinte à des garanties substantielles ou essentielles comme devant la CNDA pour la légalité de décision de l'OPFRA), de sorte que l'inopérance des moyens de légalité externe en matière de droit au séjour des étrangers inciterait l'administration préfectorale à se préoccuper encore moins du respect de ses obligations formelles et procédurales.

Mais, surtout, en droit du séjour des étrangers cela reviendrait à encore **davantage bureaucratiser le contentieux des étrangers**, transformant les TA en bureaux de « préfectures *bis* » et ce, alors même que **le pouvoir discrétionnaire du préfet est**, pour la plupart des titres de séjour, déjà important voire **déterminant** (régularisation, appréciation de la vie privée et familiale ou du caractère exceptionnel d'une situation).

Un tel basculement en RPCO impliquerait donc, pour que le juge administratif puisse exercer son **pouvoir de substitution** et régler définitivement la situation, qu'il exerce ses **pouvoirs d'instruction de manière plus élargie**. Or, on sait que l'Administration préfectorale ne présente pas toujours des observations en défense dans le contentieux des étrangers et qu'elle est rarement présente ou représentée à l'audience. Pourtant, pour se prononcer sur les éléments factuels, **le juge aura besoin d'avoir communication du dossier détenu par la préfecture, de documents complémentaires**, notamment tout ce qui touche à l'ordre public (production du bulletin n° 2 du casier judiciaire national automatisé du demandeur), de vérifier l'authenticité des documents voire, nous y reviendrons, de consulter d'autres autorités ou instances (collège médical de l'OFII pour les

³ Pour un plaidoyer pour le basculement du contentieux des étrangers en RPCO par une rapporteure au tribunal administratif de Strasbourg cf. Anne Dulmet, « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? Réflexions d'une magistrate désarmée », *AJDA* 2016 p. 894

étrangers gravement malades, DIRECCTE pour les salariés étrangers, Commission du titre de séjour pour certaines régularisations).

Une telle instruction, qui empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration et alourdirait considérablement le travail du juge (à moyens constants ?), prendrait un **temps infini** (surtout si l'administration ne répond pas ou si l'étranger ne fait pas diligence) peu compatible avec le délai de 3 mois imparti par la loi au juge administratif pour se prononcer sur l'OQTF.

Pour toutes ces raisons, le GT « Piérart » avait rejeté ce basculement en RPCO en soulignant :
« *sans exclure que des évolutions mesurées soient envisageables, le groupe de travail a finalement considéré **qu'il serait délicat en termes de respect des droits fondamentaux**, de rendre inopérants les moyens de légalité externe dans le contentieux des étrangers, il lui semble qu'une évolution mesurée vers un contentieux du droit au séjour pourrait être envisageable, sous réserve qu'elle fasse l'objet au préalable d'un dialogue approfondi avec le ministère de l'intérieur* ».

Les deux syndicats de magistrats administratifs (SJA, USMA) et les syndicats d'avocats y sont également **fermement opposés**.

En revanche, on envisagera par la suite, dans le contexte de l'arrêt *EDEN* et du développement de l'obligation de « double demande », par la loi de septembre 2018, pour les demandeurs d'asile, **le renforcement du pouvoir d'injonction en contentieux des étrangers pour régler définitivement certains dossiers**. Ce renforcement pourrait se faire par la voie prétorienne par certains avis ou décisions du Conseil d'Etat.

Position 3 : opposition au basculement du contentieux du séjour des étrangers en recours de plein contentieux objectif (RPCO) en raison de ses effets contreproductifs, même si on peut envisager, pour régler définitivement certaines situations de « plein droit » de renforcer le pouvoir d'injonction du juge en REP

1.3. Généralisation des vidéoaudiences : opposition absolue à cette mise à distance et déshumanisation du contentieux des étrangers

Dans le contexte actuel de suspension des vidéo-audiences expérimentales à la CNDA dans les ressorts CAA Nancy et Lyon et de la [mission confiée au conseiller d'Etat, M. Alain Christnacht, \(habitué, après la Nouvelle-Calédonie et Mayotte, aux terrains minés\)](#), le CNB réitère son opposition absolue et résolue au recours aux audiences vidéo sans le consentement des intéressés ([les 17 novembre et 20 décembre 2018 et 15 mars 2019](#)).

De manière contradictoire, après avoir validé ce dispositif de la loi du 10 septembre 2018 (Déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, ce dispositif pour des motifs tirés d'une « bonne administration de la justice et du bon usage des deniers publics»), **le Conseil constitutionnel s'est montré davantage soucieux du respect des droits de la défense et des garanties du procès équitable en censurant le recours à la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire** « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux droits de la défense* » (déc. n°2019-802 QPC du 20 septembre 2019 - *M. Abdelnour B.*).

Ces considérations doivent l'emporter également s'agissant des contentieux des étrangers aussi bien en zone d'attente (JLD ou décision du TA sur le refus d'admission au séjour au titre de l'asile ou sur le refus d'entrée), à la CNDA mais aussi dans le contentieux des OQTF devant le juge des 96h, y compris en outre-mer.

Pour le CNB, il serait difficilement acceptable que votre GT – qui prouverait que ses préoccupations ne sont pas de normaliser le contentieux des étrangers et de respecter les droits de la défense mais purement managériales– **s'il était proposé d'instaurer une vidéo-audience pour les détenus étrangers faisant l'objet d'une OQTF...** (sous le seul prétexte que l'administration pénitentiaire refuse d'organiser les extractions judiciaires. Un juge administratif peut ordonner à l'AP que l'étranger compareisse à l'audience comme pour les assignés à résidence sous l'état d'urgence 2015 – 2017). Les prisons ne sont pas des lieux de justice.

Position 4 : opposition du CNB à la généralisation des vidéo-audiences dans le contentieux des étrangers, en particulier s'agissant des OQTF notifiées à des étrangers en détention

1.4. Remise en cause de l'aide juridictionnelle, de son effet interruptif ou de la possibilité d'appel

L'opposition du CNB est tout aussi réelle sur toute remise en cause du droit des étrangers faisant l'objet d'une OQTF de bénéficier d'une aide juridictionnelle et de l'effet interruptif du recours (pour les OQTF avec délai de départ volontaire).

D'une part, il faut **relativiser la hausse des admissions à l'AJ en contentieux des étrangers (37 407 admissions en 2018)**. En comparaison, on peut constater plus du triplement des admissions en AJ pour les autres contentieux administratifs (72 079 admissions en 2018 contre 21 215 en 2008).

2018 : 37 407 : conditions de séjour des étrangers
72 079 : juridictions administratives

2010 : 37 700 pour les conditions de séjour des étrangers (en baisse de 4,6 %)
34 586 : juridictions administratives

2008 : 44 610 admissions pour les conditions de séjour des étrangers / 21 215 : juridictions administratives

2009 : 39 519 admissions pour les conditions de séjour des étrangers / 29 955 : juridictions administratives

Entre 2008 et 2019, il y a de très importantes variations.

Sources : chiffres clés du Ministère de la Justice (cf ci-joint).

D'autre part, il serait préjudiciable aux étrangers, mais aussi à la qualité des requêtes introduites devant les TA, de remettre en cause **le caractère interruptif de la demande d'AJ** et que dans certains cas, par exemple, des « OQTF 15 jours » s'agissant, essentiellement, des déboutés du droit

d'asile, elles en soient encore aujourd'hui dépourvues.

Le CNB regrette aussi **qu'un « tri » puisse être opéré par certains BAJ** de Cour d'appel, ainsi que l'usage massif des ordonnances de tri particulièrement au niveau de Cour d'appel pour gérer le flux et le tarir.

Il serait tout aussi **hors de question d'abaisser encore la rétribution des avocats au titre de l'AJ** dans certains dossiers contentieux et il semble nécessaire que les mécanismes de versement par les préfectures des frais irrépétibles soient améliorés pour assurer une rémunération effective et dans un délai satisfaisant.

Il serait également tout aussi préjudiciable si votre GT proposait **la suppression de l'appel dans le contentieux des OQTF ou de certaines d'entre elles** ou s'il n'intervenait pas pour mettre fin à l'usage abusif par certains présidents de CAA des ordonnances de « tri » s'agissant de requêtes qui ne sont manifestement pas « manifestement infondées » (jusqu'à 50% des appels). Cela porterait en effet une atteinte majeure au principe fondamental du double degré de juridiction.

Il semble pourtant que le pourcentage d'appel en contentieux des étrangers est équivalent à d'autres matières et si on veut limiter l'appel le meilleur moyen serait d'améliorer la qualité des décisions prononcées par l'administration préfectorale (en développant le contradictoire préalable – cf. infra) et celles rendues par les TA (en rendant exceptionnelles les décisions en JU et la dispense de conclusions du RAPU).

Le CNB est aussi conscient, comme en témoignent les questionnaires adressés aux TA/ CAA, qu'il est nécessaire de renforcer la formation continue des avocats en droit des étrangers et **l'accessibilité de la « spécialité »** afin que les avocats qui pratiquent cette matière la demandent.

La seule solution serait d'une part, de renforcer les moyens des BAJ pour que les délais d'admission à l'AJ restent raisonnables, d'autre part, de développer les mécanismes pré-contentieux pour dégonfler la bulle contentieuse en droit des étrangers.

Position 5 : opposition du CNB à toute remise en cause ou abaissement de l'aide juridictionnelle ou de son effet interruptif en contentieux des étrangers ou à toute remise en cause des possibilités d'appel ou développement des ordonnances de tri en appel

*

* *

2. Pistes de réformes envisageables dans le respect du droit au recours effectif et d'une bonne administration

Afin d'assurer le droit de bonne administration et le droit au recours effectif, il semble nécessaire, pour le CNB, d'envisager les pistes suivantes :

2.1. Développement des mécanismes précontentieux (RAPO, CTS, rétablissement d'un recours général suspensif pour les refus de séjour « secs »)

Depuis le début des années 1990, le Conseil d'Etat a systématiquement neutralisé en droit des étrangers tous les mécanismes visant à assurer le respect du droit à une bonne administration : **contradictoire préalable** (issu 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 inscrit aujourd'hui à l'article L. 121-1 du CRPA)⁴ ou **droit d'être entendu préalablement aux décisions défavorables aux étrangers** (issu notamment des principes généraux du droit de l'UE repris à l'article 41 de la CDFUE), en le « danthonysant » avec la complicité de la CJUE⁵.

Parallèlement, les commissions de séjour, qui avaient été mise en place par la loi « Joxe » en 1989, ont été progressivement marginalisées (avis non obligatoires) et leur composition a évolué défavorablement (dominée par des fonctionnaires et non plus des magistrats), à l'exception des expulsions pour trouble à l'OP (COMEX) et de certains « plein-droit » (Commission du titre de séjour).

Pourtant, rapport après rapport, les solutions préconisées sont – à peu près – les mêmes : pour tenter d'endiguer ou d'assécher le contentieux des étrangers (en épargnant à l'étranger des contentieux inutiles et en évitant que l'administration édicte des décisions manifestement illégales ou ne prenant pas en compte tous les éléments factuels existants notamment la possibilité de délivrance d'un titre de séjour sur un autre fondement : familial, maladie, travail, etc.), il serait utile de réinstaurer des mécanismes précontentieux. Ainsi aussi bien la commission « Mazeaud » que le rapport Schrameck préconisaient de « **créer un mécanisme de recours administratif préalable obligatoire pour certains refus de séjour** »⁶, essentiellement les « plein-droit ».

Il serait donc plus efficace et moins coûteux d'**organiser**, à chaque fois que l'administration préfectorale envisage de refuser le séjour (refus de délivrance, refus de renouvellement et, bien évidemment, retrait de titre), **d'une part, la possibilité pour l'étranger d'être entendu, en présentant dans des délais utiles, ses observations orales ou écrites, d'autre part, que le refus puisse être contesté, par un recours suspensif / conservateur des délais de recours (RAPO), devant une Commission du titre de séjour (CTS).**

Pour que cela puisse avoir un effet utile, **ces commissions devraient être composées autrement**

⁴ CE, Sect, 19 avril 1991, *Préfet de police c/ Demir*, n°120435 ; CE, 14 mars 2001, *Boulabas*, n°208923, au Lebon ; CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n°306821 au Lebon ; CE, avis, 28 novembre 2007, *Barjamaj*, n°307999, au Lebon.

⁵ CJUE, 2ème ch., 10 septembre 2013, *M. G., N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C 383/13 PPU ; CJUE, 11 décembre 2014, C 249/13, *Khaled Boudjlida contre Préfet des Pyrénées-Atlantiques* ; CE 4 juin 2014 *M. Halifa*, n°370515. Cf. Xavier Domino, « Droit d'être entendu et OQTF : un exemple du dialogue entre les jurisprudences » (concl. sur Halifa), *AJDA* 2014 p. 1501 ; Julia Schmitz, « Le principe du contradictoire à la lumière du droit de l'Union européenne : illustration en matière d'éloignement des étrangers », *Droit Administratif* n° 8-9, Août 2014, étude 14 ; Brigitte Jeannot, « Le droit d'être entendu : une application décevante en droit des étrangers », *La lettre du SAF*, octobre 2015.

⁶ 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*, Doc. Fr., coll. « Les études du Conseil d'Etat », 2009.

(outre un représentant de la préfecture ou d'une collectivité locale, des magistrats administratifs ou judiciaires et des personnalités qualifiées issues de la société civile) et que leurs avis soient obligatoires (dans les cas de « plein-droit »).

Il est hors de question d'instaurer un RAPO du même type que celui instauré pour les refus de visas consulaires devant la Commission de recours contre les refus de visas d'entrée en France, dont ni la composition, ni le fonctionnement, ni les pouvoirs ne sont satisfaisants

L'objectif serait de faire baisser le nombre d'OQTF et, par suite, le contentieux des étrangers. Et surtout que les préfectures ne puissent plus se défausser sur les juges administratifs sur les cas délicats dans la mesure où elles savent qu'en tout état de cause le juge est saisi et tranchera la difficulté.

Dans la même perspective, il est proposé de réaménager le régime des **refus de séjour « secs »** (sans OQTF), d'une part en confirmant que le caractère conservatoire des délais du REP du recours administratif (RG ou RH), et d'autre part de prévoir que les recours contre ces refus de séjour sans OQTF (et le cas échéant à la décision implicite de rejet de la demande de titre de séjour), contestables dans le délai de 2 mois, sont jugés dans le délai de 3 mois.

Enfin, il serait nécessaire de clarifier **les rapports informels qui existent aujourd'hui, en-dehors du contradictoire, entre certaines juridictions administratives et préfectures**, qui se trouvent alors privilégiées alors qu'il s'agit de « simples » parties à l'instance, comme l'étranger justiciable. Parallèlement, il serait nécessaire de renforcer également les relations entre les juridictions administratives et les barreaux, par exemple, par l'élaboration d'une « Charte des bonnes pratiques ».

Position 6 : garantir le droit d'être entendu (observations orales ou écrites) préalablement à toute décision de refus de séjour opposé à l'étranger

Position 7 : instaurer un RAPO et / ou étendre le champ des Commissions du titre de séjour de l'article 312-1 CESEDA à tous les « plein-droit », avec évolution de la composition de ces CTS (magistrats, société civile) et le caractère obligatoire de leur avis favorable

Position 8 : réaménager le régime des refus de séjour sans OQTF en garantissant la conservation des délais de recours du REP en cas de RG ou de RH (ou de RAPO s'il est instauré) et le délai de jugement dans les 3 (ou 6) mois.

Position 9 : élaborer une « Charte des bonnes pratiques », entre les juridictions et les organisations représentatives des Avocats

2.2. Simplification du cadre procédural et des délais contre les OQTF

Tout le monde s'accorde à dire que la stratification des législations en raison de la succession de lois de transposition de la directive « retour » de 2008 (lois de 2010, 2016 et 2018), sans remise en cause de la logique du dispositif antérieur (APRF / OQTF ; APRF postales 7 jours / APRF 24h) ont rendu illisibles le CESEDA et complexifier à outrance les procédures contentieuses.

Depuis les lois de 2016 / 2018, il existe, semble-t-il, 26 procédures différentes et 4 délais de recours distincts : 48 h, 15 jours, 30 jours, 2 mois, avec des délais de jugement qui varient également (96 h,

8 jours, 6 semaines, 3 mois, sans délai fixé) et qui sont, en pratique, loin d'être respectés. Les formations de jugement varient également : juge unique des 96 h, formation collégiale avec dispense quasi-systématique des conclusions, formation collégiale de droit commun.

Et alors même que 130 000 OQTF sont prononcées, près de 80 000 contestées devant les TA, en 2017, **le taux moyen d'exécution s'établit à 17,5 %, toutes mesures d'éloignement confondues**. Ce taux chute en-dessous de 15 % pour les OQTF et les décisions de transferts « Dublin ». Force est donc de constater que l'ensemble de ce dispositif est totalement contre-productif.

Cette situation a été aggravée par la loi du 10 septembre 2018, qui a supprimé, dans certains cas (procédures accélérées), **le recours suspensif de plein droit devant la CNDA** pour les demandeurs d'asile dont la demande de protection internationale a été rejetée par l'OFPRA, en instaurant, comme nouvelle « usine à gaz contentieuse », une procédure de sursis à exécution de l'OQTF devant le TA dans l'attente de la décision de la CNDA.

Mesures concernées	Délai de recours	Délai de jugement
OQTF et autres mesures d'éloignement (sauf expulsion) assortie d'une assignation ou d'une rétention	48 heures	Juge unique 96 heures
OQTF sans délai fondée sur les 3°, 5°, 7° et 8° du L. 511-1 I	48 heures	Formation collégiale 3 mois
OQTF sans délai fondée sur les 1°, 2°, 4° et 6° du L. 511-1 I	48 heures	Juge unique 6 semaines
OQTF avec délai fondée sur les 3°, 5°, 7° et 8° du L. 511-1 I	30 jours	Formation collégiale 3 mois
OQTF avec délai fondée sur les 1°, 2°, 4° et 6° du L. 511-1 I	15 jours	Juge unique 6 semaines
Remises Schengen/accords bilatéraux	2 mois	Droit commun
Transfert Dublin III	15 jours	Juge unique 15 jours
Arrêté de reconduite d'office Schengen	2 mois	Droit commun
Arrêté d'expulsion	2 mois	Droit commun
OQTF sans délai pour l'étranger détenu devant faire l'objet d'une libération proche	48 heures	Juge unique 8 jours

Source : USMA

Il est donc indispensable de revenir à la dualité de délai qui a caractérisé longtemps le contentieux des étrangers.

Deux délais sont proposés :

1) **Délai de 72 heures avec juge unique** : uniquement pour les OQTF et les expulsions en

urgence absolue **en cas de placement en rétention** et uniquement s'il y a une perspective d'éloignement rapprochée.

Le délai de jugement serait alors **de 96 h** pour l'aligner sur celle de la décision du JLD. Si le JLD libère l'étranger et qu'il n'y a plus de perspective raisonnable d'éloignement, on renvoie le dossier en formation collégiale.

NB : Le délai de 72 h se justifie par le fait que certaines mesures sont fréquemment notifiées les **vendredis soir**, en l'absence de représentant associatif susceptible de fournir l'assistance indispensable pour introduire le recours avant forclusion.

2) **Délai de 30 jours avec formation collégiale et conclusions du RAPU avec jugement dans les 3 ou 6 mois** : dans tous les autres cas, qu'un délai de départ volontaire soit, ou non, accordé. Cela pourrait concerner aussi les remises/ réadmissions « Dublins » et, le cas échéant, les expulsions, dès lors que le recours suspensif de plein droit serait garanti pour celles-ci.

Les étrangers faisant l'objet d'une assignation à résidence de courte durée sont en effet trop souvent privés du droit au recours car, dans un délai de 48h, ils ne peuvent bénéficier d'une assistance effective.

Par ailleurs, **le principe serait qu'une OQTF ne peut être prise que s'il existe une perspective d'exécution dans de brefs délais**. L'administration doit avoir l'assurance que sa décision sera exécutée pour la prononcer. Une telle mesure aura un effet bénéfique car l'administration préfectorale n'ignore pas, lorsqu'elle les édicte, que la plupart de ses OQTF sont inexécutables. Cela dégonflerait la « bulle » des **OQTF non exécutoires**, qui génère un contentieux n'aboutissant à rien, si ce n'est renvoyer l'étranger dans l'enfer de la *limbo zone*.

Ainsi **les OQTF dites « sèches »** (sans DDV ni assorties d'une mesure de rétention ou d'assignation) **ne seront enrôlées**, à la demande du préfet, **que lorsque que l'administration sera susceptible de démontrer que l'administration préfectorale a les moyens de les exécuter** (laisser-passer consulaire ou document de voyage valide ; moyen de transport vers cette destination).

En revanche, **le juge administratif se prononcerait toujours sur la légalité du refus de séjour, dans le délai de 3 (ou 6 mois ?)**.

Ainsi, le contentieux des étrangers ne sera plus caractérisé par l'urgence que dans des cas d'exécution effective (15 à 20 000 mesures par an environ). La formation collégiale de droit commun retrouvera sa place dans des délais moins contraints.

Position 10 : réduire le contentieux des mesures d'éloignement à deux procédures distinctes : délai de recours de 72h et jugement dans les 96h en cas de placement en rétention ; délai de recours de 30 jours et jugement dans les 3 à 6 mois dans tous les autres cas

Position 11 : interdire le prononcé d'une OQTF sans DDV assortie d'un placement en rétention, si le préfet n'a pas réuni toutes les conditions pour qu'elle puisse être exécutée dans de brefs délais

Juge judiciaire : Par ailleurs, il est nécessaire que dans le cas où l'OQTF ou la décision de remise / réadmission n'a pas été contestée dans les délais devant le TA, en cas de placement en rétention, **le JLD doit avoir la possibilité de contrôler la décision préfectorale d'éloignement qui constitue la base légale de la privation de liberté** (arrêté de rétention administrative), **par la voie de l'exception** ou, en cas de difficulté sérieuse, en posant une question préjudicielle au juge administratif des 96h (par une procédure simplifiée).

Outre-mer : plus qu'ailleurs en France, il est aussi nécessaire de normaliser le contentieux des OQTF ultramarine en instaurant **un recours suspensif de plein droit contre les OQTF**, y compris à Mayotte et à la Guyane. Le référé-liberté suspensif de plein droit, arraché par les associations au Conseil d'Etat sous la menace d'une condamnation par la CEDH au titre de l'article 13 de la CESDH ne suffit pas à garantir un recours réellement effectif faute de délai utile durant lequel l'OQTF peut être contestée avant son exécution d'office (souvent, à Mayotte, dans la journée de l'interpellation de la kwassa-kwassa).

Malgré les nombreux référés portés en appel au Conseil d'Etat, il n'existe toujours pas de recours suspensif de plein droit. Certes, avec l'ordonnance de 2014, le CESEDA s'applique désormais à Mayotte mais le recours suspensif est toujours exclu contre les OQTF et son absence n'est pas compensé par le référé-liberté suspensif de plein droit (adopté sur proposition du Conseil d'Etat) car celui-ci n'est pas accompagné d'un jour franc ou d'un délai de 48h de non-exécution de la mesure qui serait seul à même d'assurer l'effectivité des recours. En outre, à Mayotte est **particulièrement développé le recours à la vidéo-audience du TA de Saint Denis de la Réunion**. Et si le nombre d'enfants placés en rétention a baissé en 2018 (plus de 1000 contre 3000 auparavant), les pratiques de rattachement fictif à un adulte ou de falsification de la date de naissance par la PAF perdurent.

Ainsi, l'Anafé a constaté lors **d'une mission sur place en 2016** une audience vidéo du TA avec un magistrat à Saint Denis s'agissant de la mesure d'éloignement à l'encontre d'une **fillette de 5 ans** (Marwa) fictivement rattachée à un adulte qu'elle ne connaissait pas. Elle n'était pas représentée par un administrateur ad'hoc ni confiée à l'ASE. Il n'y avait pas d'interprète et c'est la greffière qui a fait office de traductrice en Shinmahoré. La qualité de la vidéoconférence était médiocre et une coupure a un lieu en cours d'audience. Malgré tout cela le juge des référés-liberté a confirmé la légalité de l'OQTF contre cet enfant de 5 ans non accompagnée...

Rapport de mission Mayotte du CNB (13 – 14 octobre 2019)

Le recours à la visio audience en audience de référé liberté et devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)

A Mayotte, les référés libertés se tiennent en visio avec le TA de la Réunion tandis que les audiences CNDA se tiennent en visio avec Montreuil (2 fois par semaine).

Les critiques à l'égard de la visio sont les mêmes que celles des avocats en métropole :

- Impossible de distinguer les protagonistes : on ne sait pas si de l'autre côté de l'écran, c'est une femme ou un homme ;

- Le demandeur d'asile doit faire pivot entre l'écran et le greffier ;
- Les interruptions sont nombreuses ;
- Mauvaise sonorisation – lorsque l'interprète est à Montreuil : c'est l'avocat qui est auprès du demandeur d'asile qui doit, comme il le peut, faire l'interprète ;
- La visio audience est d'autant plus difficile avec une population vulnérable, épuisée psychologiquement, qui pense alors « qu'est projeté un match de foot sur grand écran ».

Jusqu'en 2013, la CNDA organisait des audiences foraines à Mayotte, ce qui permettait aux avocats de métropole de s'organiser pour venir assister aux sessions. Aussi, le nombre d'avocats susceptible d'intervenir auprès des demandeurs d'asile était plus important et permettait de répondre aux besoins.

Aujourd'hui, les avocats intervenant en droit des étrangers/droit d'asile à Mayotte ne sont que 3. Et la plupart ne prennent plus de dossiers à l'AJ. Car, la CNDA les désignait alors dans 30 dossiers à la fois, pour des audiences se tenant un mois après, ce qui devenait ingérable.

Expulsion en urgence absolue : Les mêmes considérations doivent l'emporter s'agissant des mesures d'expulsion prise en urgence absolue. Même si le Conseil constitutionnel ne l'a pas garanti au regard de l'article 16 DDHC⁷, le référé-suspension de droit commun n'est pas effectif faute de caractère suspensif de plein droit et les mesures provisoires prononcées n'étaient, jusqu'à une période récente⁸, pas rares⁹. Il est donc nécessaire d'instaurer un recours suspensif de plein droit (recours dans les 72 h et jugement dans les 96h).

Position 12 : dans le cas où l'étranger placé en rétention n'a pas contesté la mesure d'éloignement (OQTF ou réadmission), le JLD doit pouvoir, par la voie de l'exception, contrôler la mesure d'éloignement sur le fondement de laquelle la rétention a été prononcée, au besoin en posant une question préjudicielle en urgence au juge administratif des 96h

Position 13 : normaliser le contentieux des étrangers ultra-marins en instaurant un recours suspensif de plein droit contre les OQTF

Position 14 : instaurer un recours suspensif de plein droit contre les arrêtés d'expulsion en urgence absolue

2.3. Unification et simplification du régime des assignations à résidence

Selon l'USMA / SJA, il existe **6 régimes d'assignation**, répartis dans différentes dispositions du CESEDA et prononcées par différentes autorités / juge :

- l'assignation ordonnée par le JLD (art. L. 552-4 du CESEDA) ;
- l'assignation de « courte durée » (art. L. 561-2), lorsque l'étranger ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable + renvoi par l'article L. 742-2 pour les demandeurs d'asile) ;

⁷ Décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, *M. Nabil F.* [Expulsion en urgence absolue]

⁸ Cf. l'évolution de jurisprudence sur l'Algérie : CEDH, 29 avril 2019, *A. M. c. France*, n°12148/18.

⁹ CEDH, 01 février 2018, *M.A. c. France*, n°9373/15 ; Hélène Hurpy, Mustapha Afroukh, «Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDLF* 2015, chron. n°11 <http://www.revuedlf.com/cedh/eloignement-des-etrangers-terroristes-et-article-3-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme> ; Catherine Gauthier, « Renvoi en Algérie d'une personne condamnée pour terrorisme : le feu vert contesté de la CEDH », *AJDA* 2019 p.1764.

- l'assignation dite de « longue durée » (art. L. 561-1), lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français, ne peut regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays ;
- l'assignation à résidence d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion (art. L. 523-3 à 5 du CESEDA) ;
- l'assignation à résidence du demandeur d'asile faisant l'objet d'une mesure d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire, d'une interdiction administrative du territoire, et dont la demande d'asile est en cours d'examen ou a été présentée postérieurement à la notification de cette mesure, peine ou interdiction (art. L. 571-4 du CESEDA).

Il serait nécessaire **de simplifier ces régimes** en les regroupant tous dans une ou deux dispositions du CESEDA (l'une pour les AR administratives, l'autre pour les AR judiciaires et une dernière pour les AR liées à des expulsions / ITF) avec un régime procédural unifié et simplifié. Il est aussi nécessaire que l'assignation à résidence **devienne réellement la règle** et la rétention réellement la mesure de dernier recours (à l'heure actuelle il y a, semble-t-il, 8000 assignations pour 45 000 placements en rétention).

Position 15 : simplifier et unifier le régime contentieux des assignations à résidence (3 catégories) et faire en sorte qu'elles deviennent, après l'accord du délai de départ volontaire, réellement le principe et la rétention le dernier recours (en vue de l'exécution effective de la mesure d'éloignement)

2.4. OQTF en détention : droit à l'avocat

Suite à des décisions du Conseil constitutionnel dues à l'action de l'OIP (décisions DC n° 2018-741 du 19 octobre 2018 et DC n° 2018-770 du 6 septembre 2018), le législateur a dû, avec la loi du 10 septembre 2018, revoir le régime contentieux des OQTF notifiées en détention.

Le Conseil constitutionnel a en effet estimé qu'en prévoyant un délai de recours de 48h, tandis que le juge devait statuer sur leurs recours dans un délai de 72 heures (5 jours), le législateur n'avait pas opéré une conciliation équilibrée entre le droit au recours effectif et l'objectif poursuivi.

L'article 512-1 du CESEDA prévoit désormais :

*« IV.-En cas de détention de l'étranger, celui-ci est informé dans une langue qu'il comprend, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, qu'il peut, **avant même l'introduction de sa requête**, demander au président du tribunal administratif l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil.*

Lorsqu'il apparaît, en cours d'instance, que l'étranger détenu est susceptible d'être libéré avant que le juge statue, l'autorité administrative en informe le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné qui statue sur le recours dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français selon la procédure prévue au III et dans un délai de huit jours à compter de l'information du tribunal par l'administration ».

Afin de garantir le droit à un recours effectif, il est nécessaire d'organiser la possibilité matérielle pour l'étranger de bénéficier, de la part du président du TA, de l'assistance d'un avocat et d'un interprète **avant même l'introduction de la requête contre l'OQTF**.

Il est nécessaire de garantir pour les détenus étrangers **ce droit à l'assistance d'un avocat**. Ainsi, en principe, l'administration préfectorale devrait, lorsque l'étranger est incarcéré, faire diligence

pour notifier dans des délais utiles **avant la levée d'écrou** pour que l'étranger puisse contester l'OQTF dans le délai de droit commun (30 jours) dès lors que le président de TA lui a donné un accès effectif à un avocat. **Mais comment désigner l'avocat ? à l'AJ ? Système de permanence ?**

Il semble également nécessaire de **garantir la conservation du délai de recours tant que l'avocat n'a pas été désigné.**

Il faudrait aussi que **le président du TA ordonne à l'administration pénitentiaire l'extraction de l'étranger détenu en vue de l'audience.**

En détention, les OQTF sans DDV doivent être prohibées car elles sont absurdes.

Et, si l'OQTF est notifiée, **après la levée d'écrou**, l'étranger devrait toujours avoir la possibilité, lors du placement en rétention, de contester l'OQTF dans le délai de 48h.

Position 16 : garantir le droit au recours effectif pour les OQTF en détention. Avant la levée d'écrou, celles-ci doivent être notifiées en temps utile et avec accès obligatoire et préalable à un avocat en détention. Les délais ne doivent commencer à courir que lorsque l'avocat est désigné par le président de TA. Celui-ci doit ordonner l'extraction judiciaire à l'Administration pénitentiaire.
En cas de notification après la levée d'écrou, elles doivent toujours pouvoir être contestées.

2.5. Développement du pouvoir d'injonction constructive, aux fins de régularisation à un autre titre, du juge de l'OQTF

Le GT « Piérart » proposait, au lieu de développer le RPCO en contentieux du séjour / éloignement, de :

« Faire évoluer de manière mesurée le contentieux des titres de séjour vers un contentieux du droit au séjour, en prévoyant que le juge statue sur l'ensemble des fondements du droit au séjour examinés par l'autorité administrative, en tenant compte d'éléments de fait ou de droit intervenus postérieurement à la décision attaquée, la demande de titre de séjour présentée en préfecture par l'étranger l'étant sur l'ensemble des fondements applicables à la situation de celui-ci, tels qu'ils ressortent du formulaire de la demande présentée en préfecture par l'étranger ».

On a l'esprit le cas typique de l'étranger, arrivé en France à 16 / 17 ans, qui fait ses études en France sous couvert du statut d'étudiant étranger et qui, échouant dans ses études, essuie un refus de séjour assorti d'une OQTF alors qu'il vit en France depuis 6 ou 7 ans, qu'il a toutes ses attaches en France, qu'il vit en concubinage avec un ou une Française et qui, le cas échéant, souffre de problèmes de santé et bénéficie d'un travail alimentaire.

Dans ce cas-là, si le TA rejette le recours contre le refus de séjour « étudiant » assorti d'une OQTF il pourrait constater l'existence d'une atteinte à l'article 8 de la CESDH qui justifierait la délivrance d'un titre de séjour « vie privée et familiale ».

Au regard des récentes jurisprudences du Conseil d'Etat (en particulier l'arrêt *Eden*¹⁰ et *Américains accidentels*¹¹), **nous proposons une « american-edenisation » du contentieux des étrangers** (sur

¹⁰ CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678.

¹¹ CE, Ass., 19 juillet 2019, *Américains accidentels*, n° 424216 : saisi d'un recours contre le refus d'abroger un acte

un air de *Born in the USA* entonné par le Pr Duthout de Montcru) mais en permettant au juge administratif jugeant de la légalité d'une décision de refus de séjour, assortie ou non d'une OQTF, **de prononcer des injonctions constructives** examinant les autres fondements possibles permettant à l'étranger de bénéficier d'un droit au séjour afin de régler définitivement sa situation.

Cela va dans le sens de la loi du 10 septembre 2018 qui encadre strictement les cas de « double-demande » asile-séjour (cf. [ce rapport d'étudiantes du M2 DH de Nanterre pour EUCLID](#)).

Cela semble aller aussi dans le sens des réflexions esquissés par la rapporteure publique, Sophie Roussel, dans ses conclusions sur *Eden*¹².

Concrètement, lorsqu'un TA ou une CAA envisagerait d'annuler une décision de refus de titre de séjour, il ne se contenterait pas de donner injonction à un simple réexamen mais se prononcerait, au regard des demandes faites par l'étranger en préfecture ou d'éléments présentés et justifiés dans sa requête, sur son droit au séjour à un autre titre, et ce **à la date de sa décision**.

Si la délivrance du titre de séjour relève du pouvoir discrétionnaire du préfet ou de la consultation d'une autre autorité (DIRECCTE, comité médical de l'OFII, consultation du casier judiciaire, etc.), le juge donnerait, dans le cadre de son pouvoir d'injonction, dans la même logique que l'arrêt *AC* ! de 2004, un délai strict (3 mois) pour apporter son appréciation. A défaut de réponse de l'administration en temps utile, le juge déciderait, s'il y a lieu, ou non, de délivrer le titre demandé avec le prononcé d'astreintes, en réglant définitivement la question.

Position 17 : renforcer le pouvoir d'injonction du juge du refus de titre de séjour en lui accordant un pouvoir d'examiner tous les fondements et éléments factuels, **à la date de sa décision**, qui justifierait la délivrance d'un titre de séjour sur un autre fondement que celui demandé. Ce pouvoir d'injonction renforcé ne se substituerait pas au pouvoir discrétionnaire du préfet ou aux consultations prévues par la loi mais permettrait de l'encadrer dans des délais contraints afin de régler définitivement le droit au séjour de l'étranger

Cela suppose de simplifier les règles de délivrance des titres de séjour, en limitant le pouvoir discrétionnaire du préfet pour objectiver les conditions de délivrance et en uniformisant les formulaires de demandes de titres.

Il est nécessaire aussi d'encadrer les impossibilités matérielles d'obtenir un RDV (numérique) en préfecture, les refus d'enregistrement, le renvoi sur des numéros d'appels téléphoniques par réellement gratuits...

réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir se prononce **au regard des règles applicables à la date de sa décision**.

¹² « Le requérant, le juge et la hiérarchie des demandes », *RFDA* 2019 p.281.

Annexe I

Récapitulatif des positions

Position 1 : opposition à l'idée, saugrenue et contre-productive, de création d'une JAS en contentieux des étrangers

Position 2 : favorable à la répartition du contentieux des étrangers affectés à un seul TA (Nantes : visas et naturalisation) à l'ensemble ou à d'autres TA et opposition aux chambres ou pôles dédiés au contentieux des étrangers

Position 3 : opposition au basculement du contentieux du séjour des étrangers en recours de plein contentieux objectif (RPCO) en raison de ses effets contreproductifs, même si on peut envisager, pour régler définitivement certaines situations de « plein droit » de renforcer le pouvoir d'injonction du juge en REP

Position 4 : opposition du CNB à la généralisation des vidéo-audiences dans le contentieux des étrangers, en particulier s'agissant des OQTF notifiées à des étrangers en détention

Position 5 : opposition du CNB à toute remise en cause ou abaissement de l'aide juridictionnelle ou de son effet interruptif en contentieux des étrangers ou à toute remise en cause des possibilités d'appel ou développement des ordonnances de tri en appel

Position 6 : garantir le droit d'être entendu (observations orales ou écrites) préalablement à toute décision de refus de séjour opposé à l'étranger

Position 7 : instaurer un RAPO et / ou étendre le champ des Commissions du titre de séjour de l'article 312-1 CESEDA à tous les « plein-droit », avec évolution de la composition de ces CTS (magistrats, société civile) et le caractère obligatoire de leur avis favorable

Position 8 : réaménager le régime des refus de séjour sans OQTF en garantissant la conservation des délais de recours du REP en cas de RG ou de RH (ou de RAPO s'il est instauré) et le délai de jugement dans les 3 (ou 6) mois.

Position 9 : élaborer une « Charte des bonnes pratiques », entre les juridictions et les organisations représentatives des Avocats

Position 10 : réduire le contentieux des mesures d'éloignement à deux procédures distinctes : délai de recours de 72h et jugement dans les 96h en cas de placement en rétention ; délai de recours de 30 jours et jugement dans les 3 à 6 mois dans tous les autres cas

Position 11 : interdire le prononcé d'une OQTF sans DDV assortie d'un placement en rétention, si le préfet n'a pas réuni toutes les conditions pour qu'elle puisse être exécutée dans de brefs délais

Position 12 : dans le cas où l'étranger placé en rétention n'a pas contesté la mesure d'éloignement (OQTF ou réadmission), le JLD doit pouvoir, par la voie de l'exception, contrôler la mesure d'éloignement sur le fondement de laquelle la rétention a été prononcée, au besoin en posant une question préjudicielle en urgence au juge administratif des 96h

Position 13 : normaliser le contentieux des étrangers ultra-marins en instaurant un recours suspensif de plein droit contre les OQTF

Position 14 : instaurer un recours suspensif de plein droit contre les arrêtés d'expulsion en urgence absolue

Position 15 : simplifier et unifier le régime contentieux des assignations à résidence (3 catégories) et faire en sorte qu'elles deviennent, après l'accord du délai de départ volontaire, réellement le principe et la rétention le dernier recours (en vue de l'exécution effective de la mesure d'éloignement)

Position 16 : garantir le droit au recours effectif pour les OQTF en détention. Avant la levée d'écrou, celles-ci doivent être notifiées en temps utile et avec accès obligatoire et préalable à un avocat en détention. Les délais ne doivent commencer à courir que lorsque l'avocat est désigné par le président de TA. Celui-ci doit ordonner l'extraction judiciaire à l'Administration pénitentiaire.

En cas de notification après la levée d'écrou, elles doivent toujours pouvoir être contestées.

Position 17 : renforcer le pouvoir d'injonction du juge du refus de titre de séjour en lui accordant un pouvoir d'examiner tous les fondements et éléments factuels, à la date de sa décision, qui justifierait la délivrance d'un titre de séjour sur un autre fondement que celui demandé. Ce pouvoir d'injonction renforcé ne se substituerait pas au pouvoir discrétionnaire du préfet ou aux consultations prévues par la loi mais permettrait de l'encadrer dans des délais contraints afin de régler définitivement le droit au séjour de l'étranger