

L'Administration, son juge et les droits fondamentaux des étrangers

Zouhair ABOUDAHAB *

Une philosophie et praxis des droits fondamentaux des étrangers devrait se situer en amont de la protection juridictionnelle. Cela suppose que le droit de l'immigration cesse d'être un droit de police pour devenir principalement un droit des personnes.

La question des droits fondamentaux des étrangers reste encore aujourd'hui sujette aux "prérogatives régaliennes de l'Etat". Et même si les libertés fondamentales procèdent de principes du droit naturel selon lesquels tous les hommes, sans distinction de nationalité, possèdent des "droits inaliénables et sacrés" (1), la traduction concrète de ces principes au plan du droit positif fait ressortir l'étranger — dans l'ordre étatique — comme un destinataire *contesté* de ces droits.

Certes, en consacrant l'homme comme destinataire d'une *Loi naturelle* évidemment universelle, la Déclaration de 1789 assoit la légitimité des étrangers à revendiquer le respect de droits fondamentaux (2). Cependant, en vertu de prérogatives tirées de sa souveraineté, de l'intérêt national dont il a la charge — et tel qu'il l'estime — l'Etat délimite la portée de ces droits à l'égard des étrangers (ainsi en est-il, par exemple, de l'exigence d'autorisation préalable pour l'exercice d'un emploi); surtout, par la voie de mesures de police administrative (expulsion) ou de mesures tirées de sa politique d'immigration (refus de séjour, retrait de titres de séjour, reconduite à la frontière, etc.), l'autorité publique est considérée comme fondée à s'immiscer, tout au moins indirectement, dans la substance de ces droits et libertés.

Aussi, l'Administration — bras séculier de l'Etat — a-t-elle traditionnellement, en matière de condition des étrangers, de larges pouvoirs discrétionnaires jadis considérés comme relevant de la "haute police", incontrôlables par le juge.

L'avancée de l'Etat de droit conduira, toutefois, progressivement, à l'assujettissement de l'Administration à certains principes juridiques supérieurs que le

* Docteur en droit, ADATE, Grenoble

juge administratif (3), suivant une évolution générale de son rôle et de son environnement, a érigés, découverts ou investis.

L'Administration contrôlée par son juge

C'est grâce à la théorie des principes généraux du droit (PGD) et, surtout, aux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme, que le Conseil d'Etat — Haute juridiction administrative — contribuera éminemment à la consécration d'un "standard minimum" de droits fondamentaux dans le chef des étrangers ; garanties minimum constituant des limites au pouvoir d'ingérence de l'Administration.

1) La soumission de l'Administration aux P.G.D.

Règles supérieures non-écrites, les P.G.D. sont dégagés (ou inventés ?) par le juge lui-même, en s'appuyant au besoin sur des textes généraux — dont la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946. Les P.G.D. constituent, ainsi, en l'absence de textes précis de droit positif, un point de passage privilégié vers le droit de règles relevant jusque-là de la morale ou de l'équité : par là même le juge impose à l'Administration une certaine éthique (4).

C'est depuis 1940 que "devant le recul des libertés publiques...le Conseil d'Etat, transformant totalement sa méthode, s'est mis à construire cette théorie des principes généraux du droit, ce qu'il s'était jusqu'alors refusé à faire, bien que sa jurisprudence en fût imprégnée" (5). Parmi les principes qu'il dégagait, on peut citer l'égalité des citoyens devant l'autorité publique (égalité des sexes, égalité d'accès aux emplois publics, égalité devant les charges publiques, etc.), la faculté de contester devant le juge la légalité de tout acte administratif, l'interdiction pour l'Administration de licencier une salariée en état de grossesse, etc.

En matière de condition des étrangers, c'est face à des mesures restrictives du regroupement familial que le Conseil d'Etat dégagait en 1978, dans son célèbre arrêt "GISTI", le principe du droit de l'étranger à une vie familiale normale : en vertu de cette règle non-écrite, il annula un décret du gouvernement qui limitait la possibilité du regroupement familial aux seuls membres de famille de l'étranger ne demandant pas l'accès au marché de l'emploi.

Cette décision ouvrit la voie à d'autres P.G.D. dégagés, notamment, à partir de règles non-écrites du droit international, dans les domaines du statut des réfugiés et du droit de l'extradition.

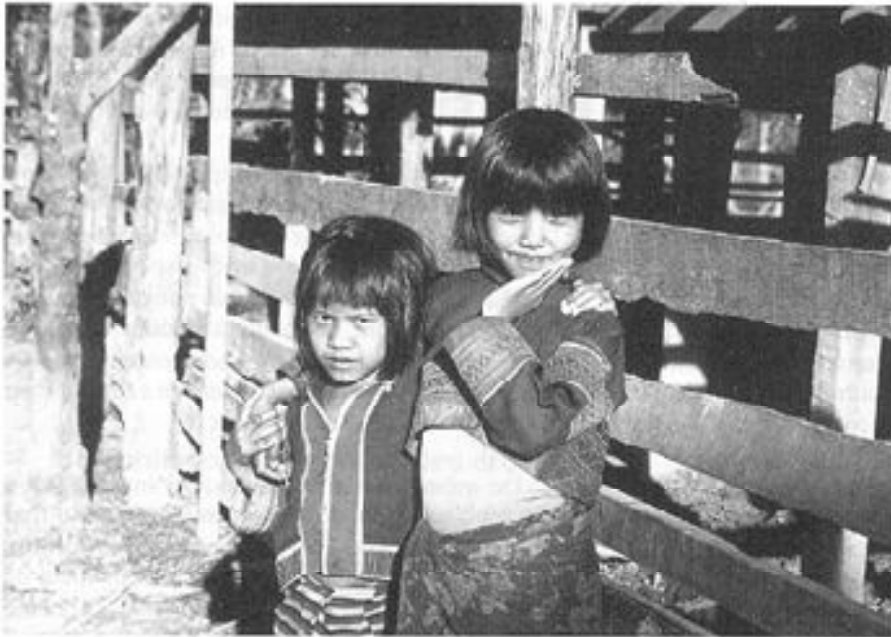
Ainsi, il consacra un principe général du droit international consistant en l'obligation de *maintien de l'unité de famille du réfugié* : non prévu par les stipulations de la Convention de Genève, ce principe conduit à l'attribution de la qualité de réfugié non seulement à la personne répondant à la définition de la Convention, mais également à son conjoint et à ses enfants mineurs dès lors que le mariage a eu lieu avant la demande d'admission au statut (6).

De même, par une méthode d'interprétation téléologique de ladite Convention, le Conseil d'Etat érigea un P.G.D. des réfugiés prohibant l'extradition (celle-ci portant sur les crimes de droit commun) de ces derniers vers leur pays d'origine (7). La même interdiction est érigée en principe général lorsque l'extradition est requise du gouvernement par des Etats dont le système juridique ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. Plus encore, par une démarche contestée dans la doctrine juridique — car usurpant les prérogatives du Conseil Constitutionnel — le Conseil d'Etat consacra un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (PFRLR) interdisant au gouvernement l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée "dans un but politique" (8).

On observera, enfin, sans prétendre aucunement à l'exhaustivité, qu'en matière de prestations sociales, la Haute juridiction administrative annula, en vertu du principe général d'égalité, une décision du Conseil municipal de Paris réservant le bénéfice d'une prestation sociale d'assistance aux seuls nationaux (9).

Cela étant, cette démarche du juge créatrice de normes protectrices des droits des étrangers, souffre une limite importante.

En effet, si dans la hiérarchie des normes les P.G.D. sont supérieurs aux décrets ("valeur supra-décrétale"), ils sont cependant inférieurs aux lois ("valeur infra-législative"). Et face au développement de législations restrictives en matière d'immigration, les P.G.D. ne furent d'aucun secours pour mettre en échec une mesure administrative prise sur le fondement d'une loi préjudiciable aux libertés fondamentales des étran-



gers. Du reste, aucun P.G.D. ne fut consacré dans le chef des étrangers en situation irrégulière !

Aussi, c'est par l'instrument des traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme que le juge, après maintes hésitations "nationalistes", développera un contrôle plus efficace de l'Administration au regard de normes internationales supérieures aux lois.

2) La soumission de l'Administration aux traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme

En matière de garantie des libertés fondamentales des étrangers, c'est certainement la Convention européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.) de 1950, invoquée très fréquemment par les plaideurs, qui occupe la place de premier plan dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. En particulier, son article 8 conduit le juge à exercer non plus un contrôle minime sur les mesures administratives frappant les étrangers (expulsion, reconduite à la frontière, refus de séjour, refus de visas, etc.), mais un contrôle approfondi portant sur le degré d'ingérence administrative dans le droit de ces derniers à la protection de leur vie privée et familiale.

En effet, si la Convention européenne des droits de l'Homme ne dénie aucunement aux Etats leurs droits régaliens de prendre ces mesures, celles-ci ne doivent pas, en revanche, excéder les buts en vue desquelles

elles ont été adoptées, ni porter une atteinte disproportionnée au droit de l'étranger garanti par l'article 8. C'est dire que le juge administratif est conduit à exercer en la matière un *contrôle de proportionnalité*, mettant en balance les droits de l'Etat et les droits de la personne humaine.

Le Conseil d'Etat a fait un usage relativement fréquent de cet article — bien que le privant souvent d'effet à l'égard des étrangers

célibataires — en admettant son applicabilité aux mesures d'expulsion, de reconduite à la frontière, de refus de séjour et de refus de visas... On notera cependant qu'en application des critères du Conseil d'Etat, si la vie familiale, construite en France, peut être poursuivie dans le pays d'origine, une mesure d'éloignement n'est pas considérée en général comme lui portant une atteinte disproportionnée.

"Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants", telles sont les brèves énonciations de l'article 3 de la C.E.D.H. Interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme, le champ d'application de cet article fut étendu par elle aux mesures d'éloignement, dès lors qu'il y a des raisons sérieuses de croire que l'étranger qui en est l'objet sera soumis, dans l'Etat vers lequel il doit être dirigé, à de tels traitements — qu'ils émanent de l'Etat ou de groupes privés.

Ainsi, la Cour de Strasbourg a-t-elle fait application de ces dispositions à l'extradition (10), à l'expulsion (11) et au refoulement des demandeurs d'asile déboutés (12). Et si la charge de la preuve incombe au demandeur (qui doit démontrer que le risque est réel et personnel et qu'il est établi par de motifs sérieux et avérés), le comportement délictueux de l'étranger ne délie pas l'Etat du respect de l'article 3 (13). Ainsi, cet article apparaît, sous réserve de l'établissement de la preuve, comme une norme fondamentale impérative,

s'imposant à l'Etat, et à laquelle aucune dérogation n'est permise.

Bien qu'ayant admis l'applicabilité de l'article 3 en matière de police des étrangers, le Conseil d'Etat n'a conclu à son application que dans de rares affaires (14). On notera toutefois quelques applications audacieuses émanant de tribunaux administratifs, tel celui de Lyon qui annula la décision fixant le pays de renvoi d'une Guinéenne vers son pays d'origine, en considérant que l'excision à laquelle étaient exposés ses enfants constitue un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la C.E.D.H.

A cet égard, on observera que le juge administratif tire de plus en plus conséquence des nécessités de protection de "l'intérêt supérieur de l'enfant" étranger à l'encontre des mesures administratives.

Cette notion d' "intérêt supérieur de l'enfant" est consacrée par l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (C.I.D.E.) dans ces termes : "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".

En vertu de cet article, le Conseil d'Etat annula la décision d'une administration préfectorale refusant l'admission au regroupement familial "sur place" demandée par une ressortissante turque en faveur de son enfant de 4 ans, emmené par elle en France sans respecter la procédure de regroupement familial.

Selon le Conseil d'Etat, dans les circonstances de l'espèce, cette décision administrative "porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et doit être regardée comme contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant" (15).

Les limites du juge et de son office

Nonobstant les récentes réformes de la procédure juridictionnelle (sursis à exécution, constat d'urgence, injonction, astreinte, etc.), la protection des droits fondamentaux par le juge administratif comporte de nombreuses limites.

La première d'entre elles tient au caractère souvent plus théorique qu'effectif de cette protection. On sait la lenteur de la procédure contentieuse et ses aléas : alors que les décisions administratives bénéficient du "privilège du préalable" et de l' "autorité de la chose décidée", les conséquences de ces décisions sur les droits fondamentaux de l'étranger ne seront éventuellement réparées par une annulation juridictionnelle que bien des années après leur adoption. Et ce n'est que rarement que le juge administratif accorde le sursis à exécution ou la suspension des mesures administratives (excepté le cas des arrêtés de reconduite à la frontière dont l'exécution est suspendue en cas de recours devant le tribunal administratif dans les courts délais prévus par la loi).

Un des exemples conduisant à relativiser la protection juridictionnelle peut être illustré par cet arrêt du 4 novembre 1994 (16).

Le requérant avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion en septembre 1990 dont il avait obtenu l'annulation par jugement du tribunal administratif de Paris du 10 juillet 1991, confirmé par le Conseil d'Etat en avril 1992. Muni de son jugement, l'intéressé avait exprimé le désir, depuis son pays d'origine, de revenir en France. Cette autorisation lui était toutefois refusée par la non-délivrance du visa d'entrée sur le territoire national. Saisi en référé, le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris s'est reconnu compétent pour statuer sur cette demande (sur le fondement de l'article 136 du Code de procédure pénale). Mais le Préfet avait décidé d'élever le conflit et le Tribunal des conflits lui donna raison : l'appréciation des conséquences résultant de l'annulation d'un arrêté d'expulsion relève exclusivement des juridictions administratives. L'intéressé décida alors de saisir la juridiction administrative afin que l'Etat soit condamné sous astreinte tant que le jugement de 1991 ne serait pas exécuté. Or, force est de constater les nuances de la réponse du Conseil d'Etat : "l'annulation d'un arrêté d'expulsion fait, en premier lieu, revivre à la date de cet arrêté et pour la durée qui restait à courir à cette date le titre de séjour que l'expulsion avait abrogé". Autrement dit, l'annulation de l'arrêté d'expulsion n'ouvre en réalité aucun droit pour l'étranger à revenir sur le territoire national : si, entre la date de l'expulsion et celle de la décision annulant l'arrêté, la validité du titre de séjour a expiré, l'étranger doit à nouveau satisfaire à l'ensemble des conditions d'entrée sur le territoire et, le cas échéant, solliciter un visa. Or, l'on sait que celui-

ci peut être refusé pour de simples motifs d'opportunité sur lesquels le contrôle du juge ne s'exerce, en principe, que de manière très restreinte.

Notons, ensuite, que l'interprétation par le Conseil d'Etat des normes internationales relatives aux droits de l'Homme, pour pragmatique qu'elle soit, ne leur confère pas toujours leur plein *effet utile*. C'est même une interprétation restrictive qu'adopte la Haute Juridiction s'agissant, par exemple, de l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. S'écartant de l'interprétation de son commissaire du gouvernement et de celle du Comité des droits de l'Homme, le Conseil d'Etat considère que la clause de *non-discrimination* contenue dans le Pacte ne concerne que les droits strictement énumérés par celui-ci. Cette clause, selon le Conseil d'Etat, ne couvre pas les droits à pension. Aussi, bien qu'opérant une cristallisation des pensions de retraite ou d'invalidité à l'égard des ressortissants des pays ayant appartenu à l'Union française ou ayant été placés sous protectorat ou tutelle de la France, la loi de 1959, selon le Conseil d'Etat, ne peut être écartée au regard de l'article 26 du Pacte, quand bien même elle introduit un critère de nationalité dans la jouissance de droits sociaux.

Au terme de ces considérations, il convient d'observer qu'une philosophie et praxis des droits fondamentaux des étrangers doit se situer, d'abord, en amont de la protection juridictionnelle. Cela suppose que le droit de l'immigration lui-même — que le juge interprète et applique — cesse d'être principalement un droit de police pour devenir principalement un droit des personnes.

Cette perspective est-elle envisageable dans le contexte de la communautarisation future de ce droit par le Traité d'Amsterdam ?

En dépit des références aux exigences de protection des droits de l'Homme et aux normes fondamentales contenues dans la C.E.D.H., l'esprit général qui préside à la communautarisation future semble bien reposer sur des considérations sécuritaires tendant à la clôture de l'Espace européen. Et nonobstant la tradition jurisprudentielle protectrice des droits des personnes, dont a su faire preuve la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'étranger paraît en perspective comme un destinataire contesté des droits fondamentaux.

(1) Préambule de la Constitution de 1946

(2) Les sources internes des droits de l'Homme en France excluent d'une manière générale les références à la nationalité. Ainsi, par exemple, l'article 1 de la déclaration de 1789 énonce que "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits" ; le Préambule de la Constitution de 1946 déclare que "le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés" ; l'article 66 de la Constitution de 1958 dispose : "Nul ne peut être arbitrairement détenu", etc.

(3) Nous traiterons ici, essentiellement, du Conseil d'Etat en sa qualité de plus haute juridiction administrative.

(4) P. Weil, *le droit administratif*, PUF, Paris, 1994.

(5) M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, E.D.C.E., 1951, p.19

(6) C.E., Ass., 2 déc. 1994, Mme AGYEPONG, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* p.523

(7) C.E., Ass., 1er avril 1988, BERECIARTUA Echarrri, *Recueil* p.135

(8) C.E. Ass, 3 juillet 1996, Koné

(9) C.E., 30 juin 1989, Ville de Paris et Bureau d'Aide Sociale de Paris c/ Lévy, *Recueil* p.157

(10) Arrêt Soering du 7 juillet 1989

(11) Arrêt Cruz Varas, 20 mars 1991

(12) Arrêt Vilvarajah, 30 octobre 1991

(13) Arrêt du 10 mars 1994, Nasri c/France

(14) Voir notamment C.E. 4 novembre 1996, Préfet du Val d'Oise, reg. n°159631

(15) C.E., 22 septembre 1997, Melle Cinar, reg. n°161364

(16) C.E., 4 novembre 1994, M. Al Joujo, *Recueil* p.492.