

RAPPORT FRANÇAIS

rapporteur

Christine MAUGÜÉ
Maître des Requêtes au Conseil d'Etat
Rapporteur National

PREMIER CAS

CONDITION DE DELIVRANCE D'UN TITRE DE SEJOUR ET DE TRAVAIL À UN ETRANGER EXTRACOMMUNAUTAIRE

A - EXAMEN DE LA LEGISLATION APPLICABLE AUX DONNEES DE FAIT

Le cadre juridique du droit des étrangers en France résulte de textes de droit interne, dont le principal est l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, sensiblement remaniée depuis 1945, et de conventions internationales. Un grand nombre de conventions bilatérales ont ainsi fixé des règles particulières pour les ressortissants des Etats co-contractants, généralement plus favorables que le droit commun ; d'autre part certaines grandes conventions multilatérales ont des incidences sur le droit des étrangers (telle la convention de Genève sur les réfugiés de 1951, la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et le traité de Rome de 1957). Enfin des principes généraux du droit, principes non écrits dégagés par le juge, régissent également cette matière.

1. Les règles de droit commun applicables au séjour et au travail du conjoint extracommunautaire d'un français figurent dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Ce conjoint bénéficie, au même titre que certaines autres catégories d'étrangers, d'un régime spécifique par rapport au régime normalement applicable aux étrangers en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement.

2. L'article 15 de l'ordonnance de 1945 prévoit ainsi que la carte de résident, titre de séjour valable pour dix ans, renouvelable de plein droit et qui confère à son titulaire le droit d'exercer la profession de son choix sur le territoire français, est délivrée de plein droit à certaines catégories d'étrangers, dont les conjoints de ressortissants français.

Toutefois la rédaction de cet article, et en particulier celle de son alinéa 1° consacré aux époux des ressortissants français, a été souvent modifiée par le législateur en fonction des changements de majorité politique :

- la rédaction de l'article 15 1° issue de la loi du 9 septembre 1986 a ainsi ajouté deux conditions à la délivrance de plein droit d'une carte de résident aux conjoints des français: un délai de un an de mariage et l'existence d'une communauté de vie effective.

- considérée comme inefficace contre les mariages de complaisance, l'exigence d'une durée de mariage et d'une communauté de vie effective a été supprimée par la loi du 2 août 1989 et la carte de résident a été à nouveau délivrée sans condition aux conjoints des ressortissants français.

- la dernière modification de l'article 15 1° résulte de la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Désormais la carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger marié depuis au moins un an avec un ressortissant de nationalité française, à condition que la communauté de vie entre les époux n'ait pas cessé, que le conjoint ait conservé la nationalité française et, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, qu'il ait été transcrit préalablement sur les registres de l'état civil français. D'autre part la carte peut quand même être refusée, alors que les conditions du 1° sont remplies, si la présence de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public.

3. D'autre part la loi du 17 juillet 1984 qui a modifié les dispositions de l'ordonnance de 1945 relatives aux différentes catégories de titres de séjour qui peuvent être délivrés aux étrangers a été interprétée par le juge administratif, au vu de ses travaux préparatoires, comme imposant aux étrangers relevant de l'article 15 de

l'ordonnance et susceptibles comme tels de se voir octroyer une carte de résident de plein droit l'obligation d'être entrés régulièrement en France et d'y séjourner régulièrement (Conseil d'Etat, 26 septembre 1986, GISTI). Aussi le juge a-t-il estimé que le décret du 4 décembre 1984 pris en application de cette loi avait pu légalement subordonner l'octroi de plein droit d'une carte de résident à la condition que les étrangers soient entrés régulièrement en France (arrêt GISTI mentionné ci-dessus) : ce faisant le décret s'est borné à reprendre l'une des deux conditions résultant implicitement de la loi de 1984.

4. Il faut également tenir compte, à côté de ces dispositions de droit interne, des conventions bilatérales qui lient la France à d'autres Etats et qui, ainsi que le précise l'article 2 de l'ordonnance de 1945, se substituent à l'ordonnance pour leurs dispositions qui y dérogent. Ces conventions comportent généralement des stipulations plus favorables en matière de délivrance de titres de séjour, notamment pour des raisons familiales.

La plus importante de ces conventions est l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, modifié en 1978 et en 1985, qui régit de manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France ainsi que les règles concernant la nature et la durée de validité des titres de séjour qui peuvent leur être demandés et les conditions dans lesquelles leurs conjoints et leurs enfants mineurs peuvent s'établir en France.

S'agissant du Maroc, il n'existe pas de convention à portée aussi générale : les deux textes importants sont la convention de main d'oeuvre franco-marocaine du 1er juin 1963 et l'accord franco-marocain du 10 novembre 1983 relatif à la circulation des personnes qui dispense l'admission sur le territoire français des ressortissants marocains de la formalité du visa. Mais d'une part l'accord franco-marocain a été suspendu par une décision du gouvernement français prise en octobre 1986 et à ce jour toujours en vigueur, et d'autre part aucun de ces textes ne comporte de dispositions dérogeant aux règles relatives au séjour des étrangers issues de l'ordonnance de 1945.

5. Quant aux conventions multilatérales applicables, seul le traité de Rome édicte des règles relatives au séjour des étrangers, pour les ressortissants communautaires. La convention européenne des droits de l'homme ne traite pas du séjour des étrangers en tant que tel mais a quand même une incidence indirecte sur la situation juridique des étrangers dans la mesure où elle reconnaît des droits généraux dont peuvent se prévaloir tous les individus, indépendamment de leur nationalité.

6. C'est donc essentiellement par rapport au droit interne que doit être examinée la demande de carte de résident déposée par le conjoint marocain d'une ressortissante française.

Dans le cas d'espèce le ressortissant marocain en cause est entré régulièrement en France et y séjourne régulièrement, sous couvert d'abord d'un visa touristique de trois mois, encore valable à la date de la demande de titre de séjour, puis d'une autorisation provisoire de séjour délivrée, en application de l'article 4 du décret du 30 juin 1946 (lui-même pris en application de l'ordonnance de 1945), à l'occasion du dépôt de la demande de carte de séjour. Les conditions préalables à la délivrance de plein droit d'une carte de résident sont donc bien remplies. Pour déterminer la réponse que l'administration devait faire à la demande de titre de séjour, il y a lieu de distinguer selon qu'elle a pris sa décision avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 1989 :

• **si la décision de l'administration a été prise avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 1989**
- et tel sera normalement le cas puisque la demande a été présentée en avril 1989, soit trois mois avant l'entrée en vigueur de la loi -, la demande de carte de résident ne pouvait qu'être rejetée faute pour l'étranger de remplir les conditions de délai de mariage et de communauté de vie effective alors requises par l'article 15 1° de l'ordonnance de 1945 (depuis la loi du 9 septembre 1986). En effet d'une part le ressortissant marocain a déposé sa demande de carte juste après son mariage et d'autre part l'enquête diligentée par le préfet a révélé qu'il n'y avait jamais eu de vie commune entre les époux.

- **si la décision a été prise après l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 1989** - tel sera le cas si l'administration n'a pas répondu à la demande de titre de séjour (dans ce cas une décision implicite de rejet naîtra à l'expiration d'un délai de quatre mois, soit au mois d'août 1989) ou si l'administration prend une décision explicite avant l'expiration du délai de quatre mois mais après l'entrée en vigueur de la loi de 1989 -, la carte de résident devait être délivrée de plein droit à cet étranger puisque les conditions de délai de mariage et de communauté de vie effective ont été supprimées par la loi de 1989.

- **la demande n'aura en tout état de cause pas à être examinée au regard des dispositions de la loi du 24 août 1993**, la décision de l'administration ayant de toute façon été prise bien avant l'adoption de cette loi.

Il découle de ces considérations que le préfet a pu à bon droit rejeter la demande de carte de résident s'il a pris sa décision avant le 4 août 1989, date d'entrée en vigueur des dispositions issues de la loi du 2 août 1989, mais qu'il n'avait apparemment pas de raison valable pour s'opposer à cette demande dès lors que celle-ci devait être examinée sur le fondement de la loi du 2 août 1989. Nous verrons toutefois ci-dessous qu'il a quand-même pu dans ce cas refuser légalement la carte de résident dans la mesure où il était établi que le mariage était purement fictif.

B - REPONSES AUX QUESTIONS POSEES

Dans l'hypothèse à étudier, le préfet a refusé de délivrer une carte de résident au ressortissant marocain et celui-ci conteste la légalité de cette décision de refus par la voie contentieuse.

1. Devant quelle juridiction l'étranger peut-il contester la décision de l'administration ?

Les étrangers doivent contester les décisions de refus de séjour devant les tribunaux administratifs, juges administratifs de premier ressort. Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel siège l'autorité qui a pris la décision attaquée. Les décisions d'octroi ou de refus de titre de séjour et de travail étant prises par les préfets de département, l'ensemble des tribunaux administratifs pourront être concernés. Ces tribunaux resteront compétents même si la décision a fait l'objet, avant d'être déférée au tribunal, d'un recours administratif hiérarchique (il n'y a pas lieu de prendre en considération le siège de l'autorité qui a statué sur ce recours).

L'appel des jugements des tribunaux administratifs doit être porté devant le Conseil d'Etat jusqu'au 1er octobre 1995. A compter de cette date, les cours administratives d'appel deviendront compétentes pour connaître de l'ensemble des appels des jugements provoqués par les recours pour excès de pouvoir se rapportant aux actes non réglementaires (prévu par la loi du 31 décembre 1987, le transfert de ce contentieux a été programmé par le décret du 17 mars 1992 en trois tranches successives ; le contentieux des décisions individuelles concernant les étrangers fait partie de la troisième tranche, qui sera transférée au 1er octobre 1995). Toutefois le Conseil d'Etat restera compétent pour juger les appels enregistrés devant lui avant cette date.

2. L'étranger a-t-il besoin pour saisir la juridiction compétente de recourir à un avocat et quel est le coût final de la procédure?

La contestation de la décision de refus d'un titre de séjour ou de travail relève de la catégorie des recours en excès de pouvoir dans la mesure où elle met en cause la légalité d'un acte administratif. Or les recours en excès de pouvoir sont toujours dispensés de l'obligation de ministère d'avocat, quel que soit le niveau de juridiction devant lequel ils sont portés.

La procédure est donc complètement gratuite, si l'on excepte le droit de timbre de 100 F par requête prévu par la loi du 30 décembre 1993. Si l'étranger se fait quand même assister d'un avocat, le coût de la procédure dépendra évidemment de la complexité de l'affaire. A titre purement indicatif, on peut évaluer le

montant moyen des honoraires à 8 ou 10 000 F. Toutefois des possibilités d'aide juridictionnelle existent pour les requérants dont les ressources sont inférieures à certains plafonds et dont les recours ne sont pas manifestement irrecevables ou infondés. Peuvent bénéficier de cette aide les étrangers à condition qu'ils résident en France "habituellement et régulièrement" (articles 4 et 6 de la loi du 10 juillet 1991).

3. Le recours est-il suspensif ?

Les recours exercés devant les juridictions administratives n'ont pas de caractère suspensif et le caractère exécutoire des décisions administratives a été qualifié par le Conseil d'Etat de "règle fondamentale du droit public" (Assemblée 2 juillet 1982, Huglo et autres). Il est vrai que quelques rares textes législatifs ont dérogé à cette règle en donnant aux recours un caractère suspensif, mais ceci ne concerne pas les recours contre les décisions refusant des titres de séjour.

En revanche tout requérant dispose de la faculté de demander au juge d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision de l'administration jusqu'au jugement du recours en annulation. Il lui appartient de saisir le juge de conclusions à fin de sursis à exécution. Le juge ordonne le sursis des décisions administratives lorsque deux conditions sont remplies: les décisions doivent causer aux intéressés un préjudice difficilement réparable et la requête doit être assortie de moyens sérieux.

Toutefois le juge ne considère comme recevables que les demandes qui se rapportent à des décisions exécutoires : il ne se reconnaît pas le pouvoir d'ordonner le sursis à l'exécution des décisions de rejet, sauf lorsque le maintien de ces décisions entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement (Conseil d'Etat, Assemblée 3 janvier 1970, Amoros et autres). S'agissant des demandes de titre de séjour, le juge estime que les décisions qui les rejettent ne modifient pas la situation de fait et de droit des demandeurs lorsque ceux-ci sont en situation irrégulière ; dès lors une demande de sursis à exécution est irrecevable (Conseil d'Etat, Section 13 novembre 1987, Tang Kam Keung). Il en va autrement des demandes déposées par des personnes se trouvant en situation régulière: le Conseil d'Etat estime que dans ce cas le refus de titre de séjour a pour effet de modifier leur situation de droit et de fait et que la demande de sursis est recevable (Conseil d'Etat, 1er juillet 1977, M'Sird, pour un étranger demandant le renouvellement d'une autorisation provisoire de séjour ; Conseil d'Etat, Mme Pawlowski, 9 mars 1990, pour un étranger titulaire d'une autorisation provisoire de séjour et demandant la délivrance d'une carte de séjour temporaire). Le préjudice causé par un refus de titre de séjour est toujours considéré comme difficilement réparable et le sursis est accordé si la requête est assortie de moyens sérieux.

Dans le cas d'espèce la demande de sursis serait jugée recevable dans la mesure où le ressortissant marocain, muni d'un visa touristique puis d'une autorisation provisoire de séjour délivrée à l'occasion du dépôt de la demande de carte de résident, était bien dans une situation régulière au moment de sa demande de titre de séjour. Le préjudice serait d'autre part considéré comme difficilement réparable. L'octroi de la décision de sursis dépendrait donc de l'appréciation portée par le juge sur le sérieux des moyens invoqués par le requérant.

Les décisions de sursis interviennent toujours rapidement, après les quelques mois nécessaires au respect du caractère contradictoire de la procédure. Les décisions statuant au fond interviennent elles aussi relativement rapidement car le contentieux des étrangers est traité de manière prioritaire par le juge administratif. Aussi n'est-il pas rare de voir des délais de jugement inférieurs à une année devant les tribunaux administratifs et de un à deux ans devant le Conseil d'Etat.

4. Quelles dispositions le requérant peut-il invoquer devant le juge pour obtenir la protection du droit qu'il invoque à mener une vie familiale normale ?

a. Les sources du droit à mener une vie familiale normale.

Aucun texte de droit interne ne reconnaît en tant que tel le droit des étrangers à mener une vie familiale normale en France. Néanmoins des textes français ont une incidence directe sur la vie familiale des étrangers

dans la mesure où ils assurent une protection particulière à certaines catégories d'étrangers en raison notamment de leurs liens familiaux ou de l'ancienneté de leur établissement en France. L'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose ainsi que la carte de résident est délivrée de plein droit à des étrangers en raison de leur situation familiale ; le décret du 29 avril 1976, modifié par le décret du 4 décembre 1984 et relatif au regroupement familial, prévoit que l'autorisation d'entrée et de séjour en France des conjoints et des enfants ne peut être refusée que pour un certain nombre de motifs limitativement énumérés, principalement tirés des nécessités de l'ordre public et de la santé publique (le séjour est donc un véritable droit et la jurisprudence interprète strictement les cas de refus).

Le droit des étrangers à mener une vie familiale normale figure en revanche en tant que tel parmi les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif. Dans une décision GISTI du 8 décembre 1978, le Conseil d'Etat a érigé au rang de principe général du droit le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France de mener une vie familiale normale, droit qui "comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs". En se fondant sur ce droit, le Conseil d'Etat a admis qu'un étranger légalement bigame était en droit de faire venir à ses côtés ses deux épouses (Assemblée 11 juillet 1980, Ministre de l'intérieur c/Montcho). Mais un ressortissant marocain conjoint d'une française ne peut se prévaloir d'un tel droit à l'encontre d'une décision de refus de titre de séjour puisque ce droit est reconnu aux étrangers régulièrement établis en France, c'est-à-dire ayant reçu l'autorisation de séjourner et travailler, et ne peut donc être invoqué à l'appui d'une demande de séjour que par les familles de ces étrangers.

La convention européenne des droits de l'homme est le seul texte de droit positif à reconnaître d'une manière générale le droit des individus à mener une vie familiale normale. Selon le premier paragraphe de l'article 8 de la Convention, "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance" ; le second paragraphe dispose cependant qu'"il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui". Le Conseil d'Etat a jugé que les étrangers pouvaient se prévaloir de cet article à l'encontre des refus de titre de séjour (Section 10 avril 1992, Marzini). Le juge exerce, sur le fondement de cet article, un contrôle de proportionnalité entre la gravité des atteintes portées à la vie familiale des étrangers et la nécessité de la défense des intérêts publics énumérés à l'article 8.

b. La combinaison de ces dispositions

Un étranger auquel est refusé un titre de séjour peut donc invoquer plusieurs dispositions pour faire reconnaître par le juge qu'il y a eu atteinte à son droit à mener une vie familiale normale et il appartient au juge administratif de combiner entre elles les dispositions ainsi invoquées. Le plus souvent ces dispositions sont compatibles et se complètent harmonieusement. Mais il n'est pas exclu que des conflits naissent entre ces différentes normes, qu'il s'agisse des règles ou principes de droit interne ou bien d'une règle interne et d'une règle internationale.

En cas de conflit entre deux règles de droit interne, le juge fera prévaloir la norme hiérarchiquement la plus élevée. Si le conflit concerne les rapports entre un texte de droit interne et le principe général du droit à mener une vie familiale normale reconnu par l'arrêt GISTI de 1978, la solution dépendra de la valeur du texte en cause: s'il s'agit d'un texte réglementaire, le juge fera prévaloir le principe général du droit (dans cet arrêt GISTI le juge a annulé un décret interdisant le regroupement familial lorsque les membres de la famille demandent à accéder au marché du travail), à condition toutefois que le requérant ait songé à exciper de l'illégalité du texte réglementaire ; s'il s'agit d'un texte de niveau législatif, le juge fera prévaloir ce texte car il s'interdit d'écarter une loi au profit d'un principe général du droit, ne voulant pas s'ériger en censeur du législateur.

En cas de conflit entre une règle de droit interne et une règle internationale, la solution ne présente guère non plus de difficulté: non seulement l'article 55 de la Constitution consacre la prééminence des traités sur les lois sous réserve de leur application par l'autre partie et habilite de ce fait le juge à écarter une loi

incompatible avec un traité, mais de plus une disposition particulière de l'ordonnance du 2 novembre 1945, son article 2, précise que "les étrangers sont, en ce qui concerne leur séjour en France, soumis aux dispositions de la présente ordonnance sous réserve des conventions internationales... y apportant dérogation". Dès lors qu'une convention internationale existe et qu'un étranger s'en prévaut, le juge doit la faire prévaloir sur la législation interne.

Le juge administratif devra donc examiner le cas échéant si, alors même qu'un étranger ne remplit pas les conditions requises par l'ordonnance de 1945 pour obtenir un titre de séjour, la décision rejetant sa demande ne méconnaît pas l'article 8 de la convention européenne. Si tel était le cas, le refus de délivrance de titre de séjour devrait être annulé. Une telle situation est toutefois relativement peu probable dans la mesure où le législateur a lui-même décidé d'octroyer de plein droit la carte de résident dans la plupart des cas où la vie familiale est en cause. Quelques hypothèses de contradiction entre la législation interne et la convention européenne ne sont quand-même pas à exclure: ainsi, par exemple, de l'étranger marié à un ressortissant français et qui vit avec lui mais dont l'entrée ou le séjour est irrégulier.

c. application au cas d'espèce.

S'agissant du cas d'espèce, le juge devrait normalement considérer que le refus de titre de séjour ne porte aucune atteinte à la vie familiale de l'intéressé... dans la mesure où celui-ci ne peut se prévaloir d'une vie familiale réelle en France. Non seulement les apparences ne plaident pas en faveur d'une vie familiale -entré en France sous couvert d'un visa touristique, le ressortissant marocain a épousé deux mois plus tard une française-, mais de plus l'enquête diligentée par le préfet a révélé qu'il n'y avait jamais eu de vie commune entre les époux et que le mariage n'a été consenti par l'épouse que contre une rémunération. C'est donc en vain que ce ressortissant marocain se prévaudrait de la méconnaissance de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme à l'encontre du refus du préfet de lui délivrer une carte de résident de plein droit.

5. Le juge administratif saisi peut-il censurer l'attitude de l'administration qui refuse de tenir compte d'un mariage dont elle conteste la réalité et porter lui-même une appréciation sur le caractère fictif ou non de l'union matrimoniale ? Peut-il saisir une autre juridiction de cette question ?

- Dans un récent avis, M. Abihilali, du 9 octobre 1992, le Conseil d'Etat a considéré qu'"il appartient au préfet, s'il est établi de façon certaine lors de l'examen d'une demande de carte de résident présentée par le conjoint étranger d'un ressortissant de nationalité française que le mariage a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour, de faire échec à cette fraude et de refuser à l'intéressé la carte de résident". Ce faisant il a entendu permettre aux préfets de lutter contre la pratique des mariages de complaisance qui constitue un détournement de la législation sur le droit au séjour.

A travers le contrôle qu'il exerce sur les décisions de refus de titre de séjour, le juge administratif sera conduit indirectement à porter une appréciation sur le caractère fictif ou non de l'union matrimoniale. Le juge aura en effet à examiner si le préfet a pu à bon droit, au vu des éléments de preuve dont il disposait, regarder comme fictif un mariage que l'autorité judiciaire n'a pas annulé et refuser pour ce motif le titre de séjour demandé. La difficulté, pour le préfet, consiste à établir le caractère manifeste de la fraude, le Conseil d'Etat exigeant qu'il soit établi de manière certaine que le mariage a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour. Dans le cas d'espèce, la fraude sera très probablement considérée comme établie, l'enquête de police diligentée par le préfet ayant révélé que l'épouse du ressortissant marocain n'a consenti au mariage que contre une rémunération de 20 000 F et qu'il n'y a jamais eu de vie commune entre les époux ; dans ces conditions le juge estimera que le préfet a pu à bon droit rejeter la demande de carte de résident alors même que l'intéressé remplissait apparemment les conditions requises pour la délivrance de plein droit d'une telle carte.

Toutefois le rôle du juge se borne à examiner les moyens de preuve retenus par l'administration pour regarder le mariage comme inopposable. Il ne lui appartient pas en revanche de prendre lui-même position sur la valeur du mariage. Car de deux choses l'une: ou bien l'administration ne fournit au juge que des éléments qui, même s'ils peuvent faire naître quelques doutes, ne suffisent pas à établir la fraude, et la décision de refus devra être annulée ; ou bien elle fournit des éléments qui paraissent au juge suffisamment probants, et dans ce cas il

n'y aura pas de difficulté sérieuse de nature à justifier un renvoi préjudiciel à l'autorité judiciaire. Il n'y a donc pas de place, en principe, pour une question préjudicielle à l'autorité judiciaire.

- Il reste que l'intervention des récentes lois des 24 août et 30 décembre 1993 relatives à la maîtrise de l'immigration pose la question du maintien de la jurisprudence Abihilali, et donc de la faculté pour l'administration de refuser de tenir compte d'un mariage dont elle conteste la réalité.

Ces lois ont en effet introduit dans le code civil de nouvelles dispositions destinées à remédier à la faiblesse des moyens dont disposaient les officiers d'état civil et la justice pour s'opposer aux mariages de complaisance. Elles ont en particulier créé un nouveau cas de nullité du mariage, en cas de fraude à la loi, à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public (article 190-1 nouveau introduit dans le code civil par l'article 31 de la loi du 24 août 1993), et instauré un véritable contrôle préventif de la validité des mariages (il résulte de l'article 175-1 nouveau du code, également introduit par l'article 31 de la loi du 24 août, que le ministère public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage, et de l'article 175-2 nouveau, introduit par l'article 9 de la loi du 30 décembre, qu'il peut être sursis à la célébration d'un mariage pour une durée n'excédant pas un mois lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale).

Dans ces conditions, l'administration pourra-t-elle continuer à exercer de son côté un contrôle a posteriori sur la validité des mariages à l'occasion de la délivrance des titres de séjour ? Ne faut-il pas considérer que le renforcement des pouvoirs de la justice en matière de lutte contre les mariages de complaisance a eu implicitement mais nécessairement pour conséquence de dessaisir l'administration du travail de contrôle qu'elle effectuait en aval ? Ou bien peut-on admettre que l'administration et la justice contribuent chacun dans leur domaine à lutter contre la pratique des mariages de complaisance ? C'est au juge administratif qu'il appartiendra de trancher cette question, sans doute prochainement.

6. En cas d'annulation de la décision de refus, soit en première instance soit en appel, l'administration a-t-elle l'obligation de délivrer la carte de résident demandée et si oui, quels sont les moyens dont dispose le juge pour l'obliger à s'acquitter de ses obligations ?

Les parties sont tenues d'exécuter les jugements prononcés. Il en va notamment ainsi pour l'administration. Aucune considération, relevant de l'opportunité ou du droit, ne peut justifier l'inexécution de la chose jugée.

L'effet de l'annulation d'une décision de refus de titre de séjour est que le préfet se trouve à nouveau saisi de plein droit de la demande de titre de séjour, sans que celle-ci ait à être renouvelée. En raison de l'effet rétroactif de l'annulation, le préfet est en effet réputé n'avoir pas répondu à la demande. Sa nouvelle décision doit être prise sur la base de la situation de droit et de fait existant à la date de cette nouvelle décision, compte étant tenu des motifs du jugement d'annulation. Le contenu de cette décision pourra donc légalement être le même que celui de la décision annulée si le préfet se fonde sur de nouveaux éléments de preuve établissant de manière certaine le caractère fictif du mariage (telle pourrait être par exemple le cas d'une enquête de police diligentée entre temps par le préfet).

L'exécution de la chose jugée ne passera donc pas nécessairement par l'octroi du titre de séjour. Mais si l'administration prend une nouvelle décision de rejet illégale, l'étranger est assuré d'en obtenir l'annulation par le juge. Même chose pour toutes les mesures de refus illégales que pourrait continuer à prendre le préfet. La persistance du préfet à refuser illégalement le titre de séjour serait analysée par le juge comme une méconnaissance de la chose jugée.

L'étranger pourrait dans ce cas recourir aux divers moyens qui existent pour inciter l'administration à exécuter les décisions du juge administratif : saisine de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, après un délai de trois mois (décret du 30 juillet 1963 modifié par un décret du 15 mai 1990) ; saisine du médiateur de la République (loi du 3 janvier 1973) ; demande de condamnation de l'administration à une astreinte, au terme d'un délai d'attente de six mois (loi du 16 juillet 1980) ; enfin dispositif de paiement forcé

(loi du 16 juillet 1980), mais qui ne trouve à s'appliquer que si le jugement inexécuté porte condamnation de l'administration à une somme d'argent, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'autre part il pourrait demander au juge administratif de condamner l'administration à réparer le préjudice que son comportement dilatoire lui a causé.

DEUXIEME CAS:

DEMANDEUR D'ASILE AUQUEL LE BENEFICE DU STATUT DE REFUGIE EST CONTESTE ET QUE L'ADMINISTRATION VEUT RECONDUIRE À LA FRONTIERE

A - EXAMEN DE LA LÉGISLATION APPLICABLE AUX DONNEES DE FAIT

Le droit d'asile repose en France sur un triple fondement: constitutionnel, conventionnel et législatif.

Le 4ème alinéa du préambule de la Constitution de 1946, incorporé à la Constitution de 1958 par l'effet du renvoi opéré par le préambule de cette dernière, reconnaît que "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République". Cette affirmation n'est pas seulement une déclaration d'intention de nature politique, mais constitue une règle de droit positif à laquelle le législateur est tenu de se conformer. Le Conseil constitutionnel a eu récemment l'occasion de rappeler la valeur constitutionnelle du droit d'asile: sa décision du 13 août 1993 a censuré la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France au motif que les dispositions excluant toute possibilité de saisine de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides par les étrangers dont la demande d'asile relève de la compétence de principe d'un autre Etat en vertu de la convention de Schengen, de la convention de Dublin ou d'un engagement international similaire méconnaissent le principe du droit d'asile (cette décision est directement à l'origine de la dernière révision de la Constitution française, intervenue le 25 novembre 1993).

Le principe constitutionnel du droit d'asile est mis en oeuvre concrètement par des conventions internationales auxquelles la France a adhéré et par des dispositions législatives. Le fondement conventionnel du droit des réfugiés résulte pour l'essentiel de la convention du Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, ratifiée par la France en 1954. Cette convention définit la plupart des règles de fond applicables aux réfugiés et, pour commencer, définit la notion même de réfugié. Le fondement législatif du droit des réfugiés est constitué quant à lui par la loi du 25 juillet 1952 qui crée une administration spécialisée pour gérer l'essentiel des questions relatives aux réfugiés, sous la forme d'un établissement public, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Cet organisme agit en liaison étroite avec le délégué en France du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés. Enfin des dispositions réglementaires revêtent une grande importance pratique: ainsi par exemple du décret du 2 mai 1953 relatif à l'OFPRA pris pour l'application de la loi de 1952.

La question posée concerne l'admission au séjour des demandeurs d'asile en France. L'article 15 10° de l'ordonnance de 1945 dispose qu'une carte de résident est délivrée de plein droit "à l'étranger qui a obtenu le statut de réfugié en application de la loi du 25 juillet 1952 portant création d'un Office français de protection des réfugiés et des apatrides". Mais qu'en est-il de l'admission au séjour des demandeurs d'asile, c'est-à-dire des étrangers auquel le bénéfice du statut de réfugié n'a pas encore été reconnu et qui souhaitent trouver protection sur le territoire français ?

B - REPONSES AUX QUESTIONS POSEES

Dans l'hypothèse à étudier, un ressortissant de Côte d'Ivoire a séjourné en France de 1980 à 1989, pour suivre des études supérieures, sous couvert d'une carte de séjour temporaire qui lui avait été délivrée en sa qualité d'étudiant. Désireux de travailler à la fin de ses études, il a sollicité une carte de séjour en qualité de salarié. Le préfet a refusé de lui délivrer ce titre de séjour et l'a invité à quitter le territoire français dans un délai d'un mois. L'intéressé a alors demandé l'asile politique et a adressé à cette fin une demande d'admission au statut de réfugié à l'OFPRA. Mais avant que l'office ait statué sur cette demande et au motif que cette demande était dilatoire, l'administration a pris un arrêté de reconduite à la frontière dont la légalité est contestée par la voie contentieuse.

1. Quelles sont les juridictions compétentes pour statuer en premier ressort, en appel ou en cassation sur la demande de l'étranger d'admission au statut de réfugié et sur la légalité de la mesure de reconduite à la frontière ?

a. sur les demandes d'admission au statut de réfugié.

L'autorité normalement compétente pour reconnaître aux demandeurs d'asile la qualité de réfugié et leur délivrer le titre qui le constate est l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Créé par la loi du 25 juillet 1952, l'OFPRA est un établissement public administratif chargé d'une part de reconnaître la qualité de réfugié à toute personne répondant à la définition de l'article 1er de la Convention de Genève et d'autre part d'exercer la protection juridique et administrative des réfugiés. En cas de refus les demandeurs peuvent se pourvoir devant une juridiction administrative spécialisée, créée par la loi de 1952, la commission de recours des réfugiés. Les décisions de la commission peuvent être frappées de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Toutefois l'OFPRA et la commission de recours des réfugiés n'ont pas, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat (Section 9 novembre 1966, Toumbouros), le monopole de la compétence pour la reconnaissance de la qualité de réfugié : le juge administratif de droit commun est également compétent pour se prononcer par voie d'exception sur la qualité de réfugié du demandeur, à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision administrative dont la légalité est affectée par cette qualité (c'est le cas, par exemple, d'un décret d'extradition). Les juridictions de l'ordre judiciaire appliquent également cette jurisprudence (Cass.crim. 21 septembre 1984, Lujambio Galdeano). La justification en est que l'attribution de la qualité de réfugié est considérée comme ayant un caractère purement recongnitif : un étranger est un réfugié dès lors qu'il répond à la définition de la convention de Genève et avant même que cette qualité lui soit reconnue par une quelconque autorité publique ; lorsque l'OFPRA lui délivre un titre, il ne fait que reconnaître sa qualité mais ce n'est pas la décision de l'OFPRA qui fait de lui un réfugié ; aussi l'intéressé peut-il à tout moment et devant n'importe quelle juridiction, sans même avoir saisi l'OFPRA, se prévaloir de sa qualité de réfugié pour obtenir les avantages qui en découlent. Il reste que c'est l'OFPRA et la commission des recours des réfugiés qui sont compétents pour connaître des demandes tendant directement à l'admission au statut de réfugié.

b. sur les mesures de reconduite à la frontière.

La loi du 9 septembre 1986 a donné aux préfets le pouvoir de décider la reconduite à la frontière des étrangers se trouvant en situation irrégulière sur le territoire français, mettant ainsi fin au système antérieur selon lequel la reconduite à la frontière ne pouvait résulter que d'une décision judiciaire. Les arrêtés de reconduite à la frontière doivent être contestés en premier ressort devant les tribunaux administratifs et en appel devant le Conseil d'Etat. Le transfert aux cours administratives d'appel, à compter du 1er octobre 1995, de l'ensemble des litiges relatifs aux recours pour excès de pouvoir contre les actes non réglementaires n'affectera pas la compétence d'appel du Conseil d'Etat pour connaître des jugements relatifs aux décisions de reconduite à la frontière dans la mesure où cette compétence résulte d'un texte spécifique, la loi du 10 janvier 1990.

2. L'étranger a-t-il besoin pour saisir ces autorités ou juridictions de l'assistance d'un avocat ? Doit-il présenter sa demande dans la langue du pays d'accueil ? Quel sera le coût de la procédure ?

Les recours contre les arrêtés de reconduite à la frontière ont le caractère de recours pour excès de pouvoir et sont de ce fait dispensés du ministère d'avocat. Les recours formés devant la commission des recours des réfugiés contre les décisions de l'OFPRA sont eux aussi dispensés du ministère d'avocat, bien qu'ayant le caractère de recours de plein contentieux⁽¹⁾. En revanche les recours en cassation formés contre les décisions de cette commission doivent, comme tous les recours en cassation, être présentés par un avocat.

Les recours formés devant la commission de recours des réfugiés comme devant le juge administratif ordinaire doivent être rédigés en langue française, à peine d'irrecevabilité. Il s'agit là d'une règle générale de procédure récemment rappelée par un arrêt de Section Quillevère (Conseil d'Etat, 22 novembre 1985). De plus le décret du 2 mai 1953 relatif à l'OFPRA a prévu explicitement que les recours formés contre les décisions du directeur de l'office devaient être établis en langue française (Conseil d'Etat, Demoiselle Wijenayake Mudalige, 22 mars 1989). Le Conseil d'Etat en a déduit que la commission des recours n'était tenue de prendre en considération les pièces annexées à la demande que si ces pièces étaient établies en langue française ou si, établies en langue étrangère, elles étaient accompagnées d'une traduction en langue française certifiée conforme (Conseil d'Etat, 27 septembre 1985, Avakian).

La procédure est complètement gratuite puisque le ministère d'avocat n'est pas obligatoire⁽²⁾. Les requérants ont en fait uniquement à payer le droit de timbre de 100 F prévu par la loi du 30 décembre 1993. Encore les recours devant la commission des recours en sont-ils dispensés puisque l'article 44 de la loi du 30 décembre 1993 n'a soumis au droit de timbre que les requêtes déposées devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat.

Si un réfugié ou un étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière recourt quand même à un avocat, le coût de la procédure variera évidemment en fonction de la complexité de l'affaire. Là encore on peut évaluer, à titre tout à fait approximatif, le montant moyen des honoraires à 8 ou 10 000 F. Des possibilités d'aide juridictionnelle existent, dans les conditions définies par la loi de 1991. Etant réservée aux étrangers en situation régulière, l'aide juridictionnelle ne peut être accordée aux étrangers qui font l'objet de mesure de reconduite à la frontière.

3. Ces recours ont-ils le caractère suspensif de plein droit ou par l'effet de conclusions à fin de sursis à exécution ?

Le principe de l'effet non suspensif des recours est une règle fondamentale du droit public, ainsi que l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat (Assemblée 2 juillet 1982, Huglo et autres). Pourtant les recours formés tant contre les décisions de l'OFPRA que contre les décisions de reconduite à la frontière ont un caractère suspensif de plein droit.

S'agissant des **recours formés contre les décisions de l'OFPRA**, le Conseil d'Etat leur a reconnu un effet suspensif par deux décisions d'Assemblée récentes (13 décembre 1991, Nkodia et Préfet de l'Hérault c/Dakoury). Aucune disposition expresse ne confère un tel caractère à ces recours. Néanmoins le juge a déduit des principes posés par la convention de Genève et la loi du 25 juillet 1952 que les demandeurs d'asile déjà présents sur le territoire français ont droit à une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été **définitivement statué** sur leur demande, c'est-à-dire jusqu'à la décision de la commission des recours quand elle a été saisie (voir ci-dessous la réponse au point 4). Dans un second temps le droit au séjour provisoire des

(1) C'est l'arrêt de Section Aldana Barrena du 8 janvier 1982 qui leur a reconnu ce caractère. Les recours de pleine juridiction sont en principe astreints au ministère d'avocat. Mais la commission des recours des réfugiés est une juridiction administrative spécialisée et le décret du 2 mai 1953 qui régit la procédure devant elle n'impose pas le recours à un avocat.

(2) L'article 17 du décret du 2 mai 1953 précise d'ailleurs expressément que la procédure devant la commission des recours est gratuite.

demandeurs d'asile a été reconnu par le législateur lui-même, à travers la loi du 24 août 1993, sous certaines réserves (voir également la réponse au point 4). Ce droit au séjour est valable "jusqu'à ce que l'office français de protection des réfugiés statue et, si un recours est formé devant la commission des recours, jusqu'à ce que la commission statue" (article 3 introduit dans l'ordonnance de 1945 par la loi de 1993). Le caractère suspensif des recours contre les décisions de l'OFPRA a ainsi été consacré par voie législative. Il subsiste toutefois deux catégories d'étrangers pour lesquels les recours contre les décisions de l'OFPRA n'auront pas de caractère suspensif : ceux qui, n'ayant pas droit à l'asile territorial, sont quand même présents sur le territoire national et ceux qui ont saisi l'OFPRA depuis un autre pays.

En revanche les pourvois en cassation contre les décisions de rejet de la commission des recours des réfugiés restent sans effet sur le droit au séjour des étrangers déboutés de leur demande par la commission (Conseil d'Etat, 17 mai 1991, *Ministre de l'intérieur c/Camara*). Il appartient donc aux intéressés de former des conclusions explicites à fin de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat. En tant qu'elles sont dirigées contre la décision du directeur de l'OFPRA, de telles conclusions sont jugées irrecevables dans la mesure où la commission n'a pas à apprécier la légalité de cette décision mais à se prononcer elle-même sur le droit de l'intéressé à la qualité de réfugié par une décision qui se substitue à celle du directeur de l'office (Conseil d'Etat, 29 janvier 1986, *Kodia*). Le Conseil d'Etat a d'autre part longtemps estimé, faisant application de la jurisprudence *Amoros* rappelée ci-dessus, que de telles conclusions étaient également irrecevables en tant qu'elles étaient dirigées contre la décision de rejet de la commission des recours (décision *Kodia* précitée).

Mais on peut se demander si la reconnaissance récente du droit au séjour provisoire des demandeurs d'asile ne conduira pas le juge à revenir sur la solution d'irrecevabilité de la demande de sursis d'une décision de rejet de la commission des recours. Le maintien de la décision de la commission est en effet de nature à entraîner une modification de la situation de droit des intéressés, qui étaient jusque là en situation régulière en France sous le couvert d'une autorisation provisoire de séjour⁽¹⁾. Si la demande de sursis est jugée recevable, il faudra alors appliquer le régime général du sursis à exécution des jugements, qui est le même que celui applicable aux demandes de sursis à exécution des décisions administratives: exigence d'un préjudice difficilement réparable et existence d'au moins un moyen sérieux. La première condition sera sans doute toujours considérée comme remplie.

S'agissant des **recours contre les arrêtés de reconduite à la frontière**, le législateur leur a expressément conféré un caractère suspensif. La loi du 10 janvier 1990 a inséré dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 22 bis définissant une procédure d'urgence pour le traitement du contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière. Selon cet article, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement peut en demander dans les 24 heures l'annulation au président du tribunal administratif, son recours doit être jugé dans les 48 heures et l'arrêté ne peut être exécuté avant que le président ait statué.

En revanche les appels des jugements des présidents de tribunaux administratifs, qui doivent être formés dans un délai d'un mois, ne sont pas suspensifs. Il appartient donc aux intéressés d'assortir leur appel de conclusions à fin de sursis à exécution de la décision d'éloignement. Le Conseil d'Etat a reconnu le droit pour un étranger de déposer en appel une demande tendant au sursis à l'exécution d'une décision de reconduite à la frontière nonobstant le caractère exceptionnel de la procédure créée par le législateur (Assemblée 29 juin 1990, *Engin et Hablani*). De telles conclusions sont privées d'objet si l'étranger a été reconduit à la frontière (cas de figure de la décision *Hablani*) ; mais si l'étranger est demeuré présent sur le territoire français en dépit de la mesure de reconduite, les conclusions à fin de sursis sont recevables et il doit y être fait droit s'il existe un moyen sérieux (le sursis a été rejeté dans la décision *Engin* en l'absence d'un tel moyen), le préjudice étant toujours considéré comme difficilement réparable.

(1) On a rappelé ci-dessus que le Conseil d'Etat jugeait recevables des conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision de refus de titre de séjour lorsqu'elles étaient déposées par un étranger en situation régulière (Conseil d'Etat, 1er juillet 1977, *M'Sird*, pour un étranger demandant le renouvellement d'une autorisation provisoire de séjour ; Conseil d'Etat, *Mme Pawlowski*, 9 mars 1990, pour un étranger titulaire d'une autorisation provisoire de séjour et demandant la délivrance d'une carte de séjour temporaire).

4. Dès lors que le précédent titre de séjour détenu par l'étranger en qualité d'étudiant est venu à expiration et que le titre de travailleur salarié lui a été refusé, quelle est sa situation en attendant qu'il ait été statué sur sa demande de statut de réfugié par l'administration ou par le juge ?

a. tout étranger ayant demandé le statut de réfugié bénéficie d'une autorisation provisoire de séjour en France.

Pendant longtemps la situation des demandeurs d'asile n'a été régie en France que par voie de circulaire. La circulaire du Premier ministre du 17 mai 1985 réglait de façon très complète la situation des demandeurs d'asile. Elle avait notamment posé comme règle générale qu'une autorisation provisoire de séjour devait être délivrée aux étrangers sollicitant la reconnaissance de la qualité de réfugié et qu'elle devait être prorogée jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur leur demande, c'est-à-dire jusqu'à la décision de la commission des recours des réfugiés ou jusqu'à l'expiration du délai ouvert aux demandeurs pour contester la décision de l'OFPRA. Toutefois cette circulaire dont la base juridique était tout à fait incertaine ne constituait pas un fondement solide pour déterminer la situation des demandeurs d'asile en France⁽¹⁾.

Ce n'est que tardivement que la situation des demandeurs d'asile a fait l'objet d'éclaircissements. Le droit au séjour des demandeurs d'asile a été consacré d'abord par la jurisprudence, puis par le législateur :

- **la reconnaissance jurisprudentielle**

Dans un premier temps le droit au séjour provisoire des étrangers demandeurs d'asile a été dégagé par le juge administratif, par les décisions Nkodia et Dakoury du 13 décembre 1991. Le Conseil d'Etat a estimé que les demandeurs d'asile présents sur le territoire français ont le droit de s'y maintenir régulièrement jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur leur demande d'admission au statut de réfugié. Les documents provisoires qui leur sont délivrés au moment de leur demande de reconnaissance de la qualité de réfugié doivent être regardés comme autorisant le séjour régulier des intéressés. Cette autorisation provisoire est un titre de séjour régulier, même si elle ne fait pas partie des titres énumérés par l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Le juge a déduit l'existence de ce droit provisoire au séjour pendant l'examen de la demande d'asile de la combinaison du Préambule de la Constitution de 1946, de la convention de Genève et de la loi du 25 juillet 1952. Prises à la lettre ces dispositions ne garantissent aucun droit au maintien provisoire sur le territoire pour le demandeur d'asile (le Préambule de la Constitution de 1946 se borne ainsi à proclamer le principe général selon lequel "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République"). Mais le juge, faisant prévaloir l'esprit de ces textes, a estimé que la reconnaissance d'un droit provisoire au séjour pendant l'examen des demandes d'asile devait en être nécessairement déduite pour que soit donné une portée effective au droit d'asile garanti par la Constitution. Dénier le droit au séjour provisoire des demandeurs d'asile en attendant que leur demande de reconnaissance du statut de réfugié ait été examinée aurait en effet porté atteinte à la substance même du droit d'asile.

- **la consécration par la loi du 24 août 1993**

Dans un second temps le législateur a voulu "codifier" les principes dégagés par le juge administratif et a à cette fin reconnu explicitement le droit des demandeurs d'asile à séjourner en France jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande de reconnaissance du statut de réfugié. La loi du 24 août 1993 a ainsi complété l'ordonnance de 1945 en distinguant entre l'asile territorial et la reconnaissance de la qualité de réfugié. L'asile territorial est l'admission à l'entrée ou au séjour sur le territoire national d'un étranger qui demande qu'on lui reconnaisse la qualité de réfugié. La reconnaissance de la qualité de réfugié est l'octroi du statut de réfugié au

(1) Dans ses conclusions sous les affaires Nkodia et Préfet de l'Hérault contre Dakoury évoquées ci-dessous, le commissaire du gouvernement Ronny Abraham a montré que cette circulaire était illégale car entachée d'un vice de forme et d'incompétence. D'une part la circulaire ne portait pas le contreseing du ministre de l'intérieur, pourtant compétent pour prendre certaines des mesures que comportait nécessairement son application ; d'autre part le Premier ministre ne disposait d'aucune habilitation législative pour consacrer ce principe à valeur législative qu'est le droit au séjour provisoire des demandeurs d'asile.

demandeur d'asile admis à séjourner sur le territoire. L'accès du territoire au demandeur d'asile est de droit sauf dans quatre cas: quand un autre Etat est responsable de l'examen de la demande d'asile ; quand le demandeur d'asile est admissible dans un pays tiers ; quand la présence en France du demandeur d'asile constitue une menace grave pour l'ordre public ; quand la demande d'asile est frauduleuse, abusive ou dilatoire (article 31 bis nouveau de l'ordonnance de 1945).

Les étrangers admis au titre de l'asile reçoivent deux titres de séjour: dans un premier temps, lorsqu'ils ont été admis à séjourner en France pour solliciter le bénéfice du statut de réfugié, un document provisoire de séjour leur est délivré, qui leur permet de déposer une demande auprès de l'OFPRA ; dans un second temps, lorsque l'office a été saisi de leur demande de reconnaissance du statut de réfugié, une nouvelle autorisation provisoire de séjour leur est délivrée, qui est renouvelée jusqu'à ce que l'Office statue ou, si un recours est formé devant la commission des recours des réfugiés, jusqu'à ce que cette commission statue.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que le ressortissant ivoirien en cause bénéficie normalement d'une autorisation de séjour provisoire en France du seul fait de sa demande d'admission au statut de réfugié. Peu importe donc que cette demande ait été déposée alors que l'intéressé était déjà présent, et ce depuis longtemps, sur le territoire français : ni la jurisprudence ni la loi n'attache d'importance à cet élément.

b. L'autorisation provisoire de séjour ne vaut plus par elle-même autorisation de travail

Ni le juge ni le législateur n'ont abordé la question du droit au travail des demandeurs d'asile pendant l'examen de leur demande de reconnaissance du statut de réfugié. Seules des circulaires sont venues préciser les règles applicables aux demandeurs d'asile qui souhaitent travailler.

La circulaire du Premier ministre du 17 mai 1985 a ainsi prévu que l'autorisation provisoire de séjour délivrée au demandeur d'asile valait par elle-même autorisation de travail. Point n'était donc besoin pour les étrangers demandeurs d'asile d'entreprendre des démarches spécifiques pour pouvoir exercer une activité professionnelle en France. Mais la circulaire modificative du 26 septembre 1991 a disjoint le droit au séjour du droit au travail et une autorisation de travail est désormais délivrée (ou refusée) aux demandeurs d'asile par un acte distinct, compte tenu notamment de la situation de l'emploi. En l'absence de cette autorisation, les demandeurs d'asile ne peuvent donc exercer d'activité professionnelle en France.

Dans la mesure où la demande d'asile du ressortissant ivoirien a été déposée en 1989, soit bien avant la modification de la circulaire, le seul fait d'avoir déposé une demande de reconnaissance du statut du réfugié confère à cet étranger le droit d'exercer une activité salariée en France. Si sa demande avait été déposée après l'intervention de la circulaire du 26 septembre 1991, l'administration aurait pu lui opposer la situation de l'emploi en France pour ne pas lui délivrer d'autorisation de travail. Et si des doutes peuvent également être émis sur la légalité de ces nouvelles dispositions⁽¹⁾, encore faudrait-il, à défaut d'un recours pour excès de pouvoir présenté directement contre la circulaire de 1991, que l'étranger auquel elle est opposée pense ou bien à en contester la légalité par voie d'exception à l'occasion de la contestation d'un refus d'autorisation de travail ou bien demande à l'administration de l'abroger, sur le fondement de la jurisprudence *Compagnie Alitalia* (Assemblée 3 février 1989)⁽²⁾.

(1) Le grief tiré de l'incompétence du Premier ministre n'est sans doute pas fondé cette fois-ci, la mise en place d'un régime d'autorisation de travail des demandeurs d'asile n'ayant sans doute pas de caractère législatif. En revanche l'argument tiré du vice de forme paraît toujours valable, en l'absence de tout contreseing des nouvelles dispositions par le ministre du Travail.

(2) Cette décision érige en principe général du droit l'obligation pour l'administration de faire droit aux demandes d'abrogation des textes réglementaires illégaux, que ces textes aient été illégaux depuis leur signature ou qu'ils le soient devenus du fait de circonstances de fait ou de droit postérieures.

5. Si l'étranger s'est vu refuser le statut de réfugié par l'OFPRA, le juge prend-il en compte, pour apprécier la légalité de ce refus, la situation dans le pays d'origine ou dans un autre pays où l'étranger peut avoir séjourné antérieurement ? Peut-il tenir compte du caractère répétitif ou manifestement dilatoire de la demande ?

La commission des recours des réfugiés exerce un contrôle étendu sur la légalité des décisions de refus de la qualité de réfugié. Elle recherche en particulier si les craintes de persécutions invoquées par le demandeur et que l'OFPRA a considérées comme non établies ou insuffisantes ne justifiaient pas en réalité la reconnaissance de la qualité de réfugié. A cet égard la difficulté principale est de faire la distinction entre les "vrais" réfugiés, pouvant prétendre être persécutés pour des opinions politiques ou religieuses ou des raisons ethniques et donc se réclamer de la convention de Genève, et les "faux" réfugiés, qui sont des réfugiés économiques.

a. Le juge tient en principe compte uniquement de la situation dans le pays d'origine, sauf dans certains cas

Le juge ne considère pas le passage par un pays tiers comme un motif suffisant de refus du statut de réfugié. Le simple fait que le demandeur d'asile ait, après avoir quitté son pays, séjourné préalablement dans un autre pays ne saurait fonder à lui seul le refus de la reconnaissance de la qualité de réfugié (Conseil d'Etat, Assemblée 16 janvier 1981, Conte). Et pour apprécier les risques de persécution invoqués par le demandeur d'asile, la commission des recours ne tient compte que de la situation du pays dont le demandeur a la nationalité et non de celle d'autres pays où il aurait séjourné antérieurement (Conseil d'Etat, 27 mars 1981, Tran Saty).

Toutefois le juge devrait être conduit à infléchir sa jurisprudence et admettre dans certains cas le passage par un pays tiers comme un motif suffisant de rejet d'une demande d'asile, compte tenu des évolutions législatives récentes. Les lois du 4 août et 30 décembre 1993 permettent en effet désormais, après la modification constitutionnelle du 27 novembre 1993, de refuser l'admission sur le territoire national, sans possibilité de recours à l'Office de protection des réfugiés et apatrides, lorsque l'examen de la demande d'asile relève d'un des Etats signataires des conventions de Dublin et de Schengen. Lorsque les candidats au statut de réfugié proviennent de certains pays tiers considérés comme sûrs, l'administration peut donc légalement s'opposer à leur entrée sur le territoire national et à leur dépôt d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

b. il peut être tenu compte du caractère répétitif ou manifestement dilatoire de la demande

S'agissant d'autre part de la prise en compte du caractère répétitif ou manifestement dilatoire de la demande de reconnaissance du statut de réfugié, le juge dans un premier temps et le législateur dans un second temps ont réservé l'hypothèse de l'abus de droit :

- **la voie jurisprudentielle**

Tout en reconnaissant dans les décisions Nkodia et Dakoury le droit au séjour provisoire des demandeurs d'asile, le Conseil d'Etat a posé certaines limites à ce droit. Il a ainsi exclu de son bénéfice les étrangers en situation irrégulière dont les demandes ont manifestement pour seul objet de faire échec à une mesure de reconduite à la frontière. Dans ce cas, les préfets peuvent décider légalement de reconduire à la frontière les intéressés sur le fondement de l'article 22-3° de l'ordonnance de 1945, qui vise "l'étranger auquel la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour temporaire a été refusé (et qui) s'est maintenu sur le territoire au-delà d'un mois à compter de la date de notification du refus". Il appartient au juge saisi d'un recours contre cet arrêté d'apprécier le caractère manifestement dilatoire de la demande d'asile et de statuer en conséquence sur la légalité de l'arrêté.

Ce caractère manifestement dilatoire pourra être notamment révélé par les circonstances dans lesquelles la demande a été formée. Ainsi si l'étranger ne se prévaut de la qualité de réfugié qu'après que sa situation irrégulière a été découverte, ou bien lorsqu'il a été informé qu'une procédure devant aboutir à son expulsion ou à sa reconduite à la frontière était engagée contre lui, ou encore si l'intéressé, définitivement débouté une première fois, saisit à nouveau l'OFPRA, on pourra soupçonner l'objet dilatoire de la demande (le Conseil d'Etat a ainsi regardé comme abusives plusieurs demandes qui avaient été déposées alors qu'une précédente demande

venait juste d'être rejetée par l'OFPPRA et que les intéressés ne faisaient état d'aucun fait nouveau (Décisions du président de la section du contentieux, 27 janvier 1992, Geyik et Bari). Si de plus l'étranger ne produit aucun élément de nature à étayer la réalité des craintes qu'il allègue, le préfet pourra prendre une mesure d'éloignement sans attendre.

• la loi du 24 août 1993

Après avoir reconnu explicitement le droit au séjour temporaire des demandeurs d'asile, le législateur a lui aussi assorti l'exercice de ce droit de certaines limites, notamment pour faire obstacle aux demande d'asile qui "reposent sur une fraude délibérée ou constituent un recours abusif aux procédure d'asile ou ne sont présentées qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente" (article 31 bis 4° de l'ordonnance de 1945)⁽¹⁾. Dans ce cas l'admission en France de l'étranger est normalement refusée. Néanmoins le législateur a réservé "le droit souverain de l'Etat français" d'accorder quand même l'asile aux étrangers qui se trouvent dans cette situation (avant-dernier alinéa de l'article 31 bis) : simplement ce pouvoir de régularisation ne constitue qu'une faculté, son usage est laissé à l'appréciation entièrement discrétionnaire des préfets et les étrangers ne peuvent se prévaloir d'aucun droit à en bénéficier.

Mais si l'étranger est déjà présent sur le territoire français, il a quand même le droit de se maintenir en France jusqu'à la notification de la décision de l'OFPPRA. L'article 32 bis introduit dans l'ordonnance de 1945 dispose ainsi qu'aucune mesure d'éloignement ne peut être mise à exécution contre cet étranger avant la décision de l'office, la saisine de l'OFPPRA ayant un caractère suspensif. Le préfet peut donc prendre un arrêté de reconduite à la frontière dans mesure ou l'intéressé, n'étant pas admis à séjourner, est dans une situation irrégulière ; mais ce n'est qu'après l'intervention de la décision de l'office que l'étranger pourra être effectivement reconduit à la frontière, s'il s'agit d'une décision de rejet ; et si l'office reconnaît la qualité de réfugié à cet étranger, le préfet doit abroger l'arrêté de reconduite qu'il a pris.

c. application au cas d'espèce

Le juge examinera les craintes de persécution alléguées par le demandeur d'asile uniquement à l'égard de son pays d'origine, la Côte d'Ivoire. Les circonstances dans lesquelles a été déposée sa demande d'asile - après sept années d'études supérieures passées en France et alors qu'une carte de séjour temporaire "salarié" venait juste d'être refusée à l'intéressé et que l'administration l'invitait en conséquence à quitter le territoire français - font peser un sérieux doute sur son bien-fondé. Il y a donc de fortes chances que le juge considère cette demande comme ayant un caractère manifestation dilatoire, sauf à ce que l'intéressé établisse par ailleurs le bien-fondé de ses craintes de persécution dans son pays d'origine.

• **si le juge estime que cette demande d'asile avait bien un caractère abusif**, il rejettera le recours déposé contre l'arrêté de reconduite à la frontière. Cependant, dans la mesure où l'intéressé est déjà présent sur le territoire français, l'administration ne pourra procéder à l'éloignement de l'étranger qu'une fois intervenue la décision de l'OFPPRA rejetant sa demande de bénéfice du statut de réfugié (application de l'article 32bis second alinéa de l'ordonnance de 1945).

• **si le juge considère que cette demande d'asile n'était pas dilatoire**, il annulera l'arrêté de reconduite à la frontière et l'étranger bénéficiera d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur sa demande d'admission au statut de réfugié, c'est-à-dire le cas échéant jusqu'à l'intervention de la décision de la commission des recours des réfugiés (article 32 bis premier alinéa de l'ordonnance). Une fois intervenue cette décision, de deux choses l'une : ou bien l'étranger aura été admis au bénéfice du statut de réfugié, et une carte de résident de plein droit lui sera délivrée sur le fondement de l'article

(1) Ainsi que cela a été rappelé ci-dessus, le législateur a assorti le droit d'asile de trois autres limites également importantes. L'accès au territoire français du demandeur d'asile peut ainsi être refusé, en vertu de l'article 31 bis 1°, 2° et 3° de l'ordonnance de 1945 : quand un autre Etat est responsable de l'examen de la demande d'asile en application de plusieurs accords internationaux conclus essentiellement entre membres de la Communauté européenne (convention de Dublin du 15 juin 1990, convention de Schengen du 19 juin 1990...) ; quand le demandeur d'asile est admissible dans un pays tiers ; quand la présence pour la France du demandeur d'asile constitue une menace grave pour l'ordre public.

15 10° de l'ordonnance de 1945 ; ou bien il aura été débouté de sa demande et, se trouvant alors dans une situation irrégulière, il devra quitter le territoire français sous peine de faire l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire ou de reconduite à la frontière (sur le fondement de l'article 22 3° de l'ordonnance de 1945, en cas de maintien sur le territoire au-delà d'un délai d'un mois) (article 32 ter de l'ordonnance).

• Enfin **si la décision de l'OFPRA intervient avant que le juge ait statué sur la légalité de la mesure de reconduite à la frontière et si cette décision reconnaît la qualité de réfugié**, le préfet abrogera l'arrêté de reconduite et délivrera sans délai la carte de résident prévue à l'article 15 10° de l'ordonnance (deux dernières phrases de l'article 32 bis second alinéa).

6 Pour apprécier la légalité de la mesure de reconduite à la frontière, le juge tient-il compte de la situation qui existe dans le pays de destination ?

La légalité interne d'une mesure de reconduite à la frontière s'apprécie in abstracto. Le juge doit vérifier que l'étranger se trouvait bien dans l'une des situations énumérées à l'article 22 de l'ordonnance de 1945 et susceptibles de justifier sa reconduite à la frontière et que la mesure ne porte pas une atteinte excessive à la vie familiale de l'intéressé (Conseil d'Etat, Assemblée 19 avril 1991, Mme Babas) ni ne comporte des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour sa situation personnelle ou familiale (Conseil d'Etat, Assemblée 29 juin 1990, Imanbaccus).

Il reste que les arrêtés de reconduite à la frontière sont souvent assortis de la désignation d'un pays de destination. Saisi de conclusions contre ces dispositions, le juge a considéré qu'elles constituaient une décision distincte de la mesure de reconduite à la frontière, même si la désignation du pays de destination figure la plupart du temps sur l'arrêté de reconduite à la frontière lui-même, et que cette décision était susceptible de recours (Président de la section du contentieux, 17 décembre 1990, Ouedjedi). La décision imposant un pays de destination peut ainsi être annulée si la situation dans ce pays est de nature à faire courir des risques importants à l'étranger, mais sans qu'en soit affectée la légalité de la mesure de reconduite prise par ailleurs.

Le législateur a consacré cette jurisprudence en précisant, dans l'article 27 ter introduit par la loi du 24 août 1993 dans l'ordonnance de 1945, que "la décision fixant le pays de renvoi constitue une décision distincte de la mesure d'éloignement elle-même". Il a également précisé que le recours contre cette décision n'était suspensif que s'il était présenté en même temps que le recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière que la décision fixant le pays de renvoi vise à exécuter.

7. Que se passe-t-il si l'étranger, au lieu d'avoir séjourné précédemment sous le couvert d'un titre régulier et de fournir des indications précises sur son état civil et son pays d'origine, refuse de donner des précisions ou prétend avoir perdu tout document d'identité ?

Il est notoire que les mesures d'éloignement des étrangers, et en particulier les arrêtés de reconduite à la frontière, ne sont exécutés que dans une proportion très faible. Dans un colloque récent sur l'Etat de droit au quotidien, le préfet chargé de la coopération internationale en matière de réglementation transfrontalière relevait que sur plus de 42.000 mesures d'éloignement prises en 1992, 20% seulement ont pu être exécutées. Si plusieurs facteurs contribuent à l'inexécution de la loi (volonté des étrangers de se soustraire à toute force à l'exécution des mesures d'éloignement, phénomènes de clandestinité...), les défauts d'identification constituent en pratique la principale cause d'inapplication de la loi.

Lorsque un étranger refuse de donner des précisions sur son état civil ou prétend avoir perdu tout document d'identité, l'administration peut en effet difficilement exécuter une mesure d'éloignement prise à son encontre dans la mesure où elle n'a pas les moyens de prouver aux autorités du pays qu'elle désigne pour accueillir cet étranger qu'il s'agit bien de l'un de leurs ressortissants (dans la pratique le pays de renvoi est presque toujours le pays dont l'intéressé est ressortissant). Dans ces conditions ces autorités refoulent les étrangers qui leur sont ainsi adressés. Il s'en suit des négociations permanentes et épineuses des services

préfectoraux avec les consulats et représentants des organisations internationales pour établir l'identité des intéressés et faire accepter leur renvoi dans leur pays d'origine.

Les dispositions introduites par le législateur dans l'ordonnance de 1945 pour préciser les conditions dans lesquelles est fixé le pays de destination de l'étranger risquent d'avoir peu de portée sur ce phénomène d'inexécution des mesures d'éloignement. La loi du 24 août 1993 a introduit dans l'ordonnance de 1945 un article 27 bis déterminant le pays vers lequel est éloigné "l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou qui doit être reconduit à la frontière" : il s'agit soit "du pays dont il a la nationalité, sauf si l'OFPRA ou la commission des recours des réfugiés lui a reconnu la qualité de réfugié ou s'il n'a pas encore été statué sur sa demande d'asile", soit "du pays qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité", soit "d'un autre pays dans lequel il est légalement admissible". Or le choix du pays dont l'intéressé est ressortissant comme celui d'un pays dans lequel il est légalement admissible supposent que l'étranger ait pu être correctement identifié par l'administration.

Dans la présente affaire aucun problème d'identification ne se pose. Séjournant en France depuis plusieurs années sous couvert de cartes de séjour temporaires régulièrement renouvelées, ce ressortissant de Côte d'Ivoire est parfaitement identifié par l'administration française. L'arrêté de reconduite à la frontière pris à son encontre devrait donc pouvoir être exécuté sans difficulté dans l'hypothèse où le juge administratif, concluant au caractère dilatoire de sa demande d'accès au statut de réfugié, ne jugerait pas illégale cette mesure d'éloignement.