

La théorie de la voie de fait doit-elle être abandonnée ?

Jerry Sainte-Rose, Avocat général

La présente affaire illustre les difficultés de coordination entre l'action menée par l'autorité administrative au titre de la police des étrangers et l'intervention du juge pénal. L'énoncé des faits se caractérise, comme on le verra, par une succession et un enchevêtrement de décisions prises tant par l'Administration que par les tribunaux répressifs, le séjour irrégulier des étrangers sur le territoire national restant fondamentalement un délit et pouvant donner lieu à des comportements pénalement punissables.

Cette même affaire pourrait être l'occasion pour votre Tribunal de procéder à un réexamen de sa jurisprudence relative à la voie de fait. Ce réexamen avait paru souhaitable, mais vous avez décidé de le différer jusqu'à l'adoption de la loi sur les procédures d'urgence devant la juridiction administrative. Or cette dernière a été promulguée le 30 juin 2000 et entrera en vigueur le 1er janv. 2001 (D. 2000, Lég. p. 304).

Ressortissant marocain, M. Habderahim B... est entré en France en 1988, soit à l'âge de douze ans, au titre de la procédure de regroupement familial. De 1991 à 1995, il s'est rendu coupable de dégradations volontaires, de recel et de vol à main armée, ce dernier méfait ayant entraîné sa condamnation à une peine d'emprisonnement de trente-six mois dont vingt-sept mois fermes. Cela explique pourquoi la commission de séjour des étrangers du département des Hauts-de-Seine a émis, le 18 mars 1996, un avis défavorable à la délivrance d'une carte de résident au titre d'enfant d'un étranger titulaire de la carte de résident. Pour des motifs du même ordre, le bénéfice de la circulaire Chevènement a été refusé à l'intéressé.

M. B... a alors fait l'objet de deux décisions du préfet des Hauts-de-Seine auxquelles on pouvait s'attendre : tout d'abord, un arrêté du 17 avr. 1998 lui refusant un titre de séjour, puis un second arrêté du 8 octobre suivant prescrivant sa reconduite à la frontière.

Le 14 mars 1994, M. B... a refusé de prendre un avion à destination de son pays d'origine, commettant ainsi le délit prévu par l'art. 27 de l'ordonnance du 2 nov. 1945. Placé le même jour sous mandat de dépôt, il a été condamné le 18 juin 1994 par le Tribunal correctionnel de Créteil, statuant selon la procédure de comparution immédiate, à une peine de trois mois d'emprisonnement assortie de la peine complémentaire de trois ans d'interdiction de territoire.

Libéré le 14 août 1999 après avoir purgé sa peine, M. B... s'est vu notifier un arrêté préfectoral du 10 août ordonnant son placement en rétention, mesure qui fut prolongée dès le lendemain par un juge du Tribunal de Créteil pour une durée maximale de cinq jours expirant le 21 août. L'arrêté de reconduite a été exécuté dès le 18 août.

A s'en tenir à ces seuls faits, tout est simple. Mais deux éléments vont contribuer à compliquer quelque peu la situation du susnommé.

Tout d'abord, le jugement du Tribunal correctionnel de Créteil du 18 juin 1999 a été frappé d'appel par le condamné dès le 21 juin et le lendemain par le ministère public.

Saisie d'une demande de mise en liberté, la Cour d'appel de Paris l'a rejetée par un arrêt du 23 juill. 1999.

A la date du 12 oct. 1999 et alors que M. B..., ayant purgé sa peine, avait déjà été reconduit à la frontière, la cour d'appel, statuant par défaut, a confirmé le jugement entrepris.

L'affaire aurait pu s'arrêter là. Mais M. B... a fait opposition et la cour d'appel a décidé que son recours serait examiné à son audience du 19 avr. 2000.

Désireux de comparaître en personne à l'audience, M. B... a présenté le 9 févr. 1999 au consul général de France à Fès une demande de visa de court séjour. Un refus lui a été opposé le 23 mars 2000.


Il semble qu'il ait formulé un recours hiérarchique devant le ministre des Affaires étrangères. Celui-ci s'est rapproché du parquet général de la Cour d'appel de Paris qui a estimé, dans un fax daté du 3 avr. 2000, d'une part, que la comparution en personne de M. B... n'était pas indispensable dans la mesure où il lui était loisible de se faire représenter par un avocat et, d'autre part, que la condamnation à une peine d'interdiction du territoire faisait obstacle à la délivrance du visa.

C'est, dans ces conditions, que M. B... a assigné, le 10 avr. 2000, devant le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris, le ministre des Affaires étrangères aux fins de voir constater l'existence d'une voie de fait.

Un déclinatoire de compétence a été présenté le 14 avr. 2000 par le préfet de police.

Estimant que la décision litigieuse constituait un trouble suffisamment grave pour caractériser une voie de fait, le juge des référés a rejeté le déclinatoire de compétence et a ordonné au ministre de délivrer un visa à M. B... pour lui permettre d'être présent à l'audience de la cour d'appel.

Le préfet de police a élevé le conflit dans le délai légal de quinze jours.

Avant de se prononcer sur la question du bien ou du mal-fondé de l'arrêté de conflit, il convient d'abord de constater la nullité de l'ordonnance de référé. En effet, selon une jurisprudence constante, vous déclarez nulles et non avenues les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire qui, tout en rejetant le déclinatoire de compétence, statuent sur le fond du litige, en méconnaissance des art. 7 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828 (cf., par ex., T. confl., 20 févr. 1994, *Madaci et Youbi*, Lebon, p. 602 ; D. 1995, Jur. p. 193, note Didier .

Sur le fond, il apparaît clairement qu'au regard de votre jurisprudence traditionnelle le refus de visa opposé à M. B..., en admettant même qu'il soit illégal, n'est pas pour autant constitutif d'une voie de fait. Il est à peine besoin de rappeler qu'il existe deux catégories de voie de fait (cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, 14e éd., t. 1er, n° 1088-1091 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12e éd., p. 439).

Suivant une classification établie par le doyen Hauriou, on distingue la voie de fait « par manque de procédure » et la voie de fait « par manque de droit ».

A la première hypothèse se rattachent les cas où l'Administration procède à l'exécution forcée d'une de ses décisions lorsque les conditions requises à cette fin ne sont pas réunies, et que l'exécution de la décision administrative porte une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale (cf. T. confl., 2 déc. 1902, *Sté immobilière de Saint-Just*, Lebon, p. 713).

Il y a « manque de droit » au sens où l'entendait le doyen Hauriou lorsque la voie de fait résulte non d'un agissement de l'Administration, mais d'une décision administrative, et que, tout à la fois, cette décision porte une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, et est manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire (cf. T. confl., 4 juin 1940, *Sté Schneider et Cie*, Lebon, p. 243 ; 11 févr. 1947, *Cts Perrin*, *ibid.*, p. 501), ou, plus généralement, à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative (cf. T. confl., 13 juin 1955, *Sté industrielle de transports automobiles*, <sup>2</sup>

Lebon, p. 621).

L'application, en l'espèce, de la jurisprudence qui vient d'être citée ne soulève pas, à nos yeux, de difficulté majeure.

Ce qui est tout d'abord en cause, c'est l'appréciation du degré d'illégalité dont serait entachée une décision administrative, à savoir la décision du consul général de France à Fès opposant un refus de visa d'entrée en France à M. B....

Or, avons-nous dit, une décision administrative n'est constitutive d'une voie de fait qu'à la double condition de porter gravement atteinte à une liberté fondamentale et de n'être manifestement pas en mesure d'être rattachée à un pouvoir de l'Administration. Il est évident que cette dernière condition n'est pas satisfaite au cas présent.

En matière d'étrangers, la jurisprudence de votre Tribunal comporte de nombreux exemples où a été admis le rattachement à des textes fondant les pouvoirs de l'Administration : T. confl., 3 déc. 1979, *Fentrouci*, Lebon, p. 579, à propos d'un arrêté d'expulsion ; 1<sup>er</sup> mars 1993, *Akiana*, *ibid.*, p. 394, D. 1993, IR p. 93, à propos d'un refus de récépissé de carte de séjour ; 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris*, Lebon, p. 528, D. 1997, Jur. p. 567, note Legrand, à propos d'un refus d'entrée sur le territoire et d'une consignation à bord d'un bateau substituée à un placement en zone d'attente ; 17 avr. 2000, *Mme Boussebha*, Dr. adm. 2000, n° 136, D. 2000, IR p. 137, à propos de l'opposition à l'embarquement d'une étrangère projetant de retourner dans son pays en laissant en France ses deux enfants en situation irrégulière.

Et lorsque la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire a été admise dans un contentieux relatif à la rétention d'un étranger dont la mesure d'éloignement avait été rapportée de façon irrégulière par l'autorité administrative, vous vous êtes fondés non sur la théorie de la voie de fait, mais sur une interprétation des termes de l'ordonnance du 2 nov. 1945 (T. confl., 5 juin 2000, *Yldirim*, Bull. civ. 2000, n° 13 ; D. 2000, IR p. 272).

S'agissant de la délivrance d'un visa, la compétence de l'autorité administrative est affirmée avec netteté par plusieurs textes de droit interne : l'art. 5 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 ; l'arrêté ministériel du 10 avr. 1984 pris sur le fondement de ladite ordonnance ; le décret du 13 janv. 1947 modifié qui concerne plus spécialement les compétences des chefs de poste consulaire.

Sans doute, cette compétence s'exerce-t-elle dans le cadre défini sur le plan intergouvernemental par la convention de Schengen du 19 juin 1990 et, sur le plan communautaire, en fonction des normes prises en application du Traité de Maastricht puis du Traité d'Amsterdam. Vérifications faites, il s'avère que, dans ce cadre, les ressortissants marocains sont astreints à l'exigence d'un visa.

Le fondement des pouvoirs de l'autorité administrative est tellement peu contestable qu'il n'est pas nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si la décision de refus de visa est ou non légale.

Il est arrivé à votre Tribunal de procéder de la sorte dans le passé et de se dispenser ainsi d'une recherche qui, dès lors que le juge des conflits a écarté l'éventualité d'une voie de fait, appartient au seul juge de la légalité des actes administratifs. Dans un cas de ce genre, ce juge est le Conseil d'Etat, seul compétent en premier et en dernier ressort pour connaître des recours en annulation dirigés contre des actes nés en dehors du champ de compétence territoriale des tribunaux administratifs.

Tout au plus, peut-on rappeler les grandes lignes de sa jurisprudence en la matière. Si le Conseil d'Etat reconnaît à l'autorité administrative un large pouvoir d'appréciation (cf. CE, 28 févr. 1986, *Ngako Jeuga*, Lebon, p. 49), il n'en exerce pas moins un contrôle minimal de légalité incorporant donc la recherche d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation. En outre, depuis que les requérants ont été admis à se prévaloir de la violation des stipulations

de l'art. 8 Conv. EDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale (cf. CE, 10 avr. 1992, *Aykan, Lebon*, p. 153 ; D. 1992, IR p. 147 ; AJDA 1992, p. 372, chron. C. Maugué et R. Schwartz), le contrôle a gagné en efficacité.

Nous n'avons pas trouvé cependant de décision directement transposable au cas de M. B.... Quoi qu'il en soit, c'est à bon droit que le préfet de police a élevé le conflit.

Cela étant, votre Tribunal doit-il, d'ores et déjà, se prononcer sur le devenir de la voie de fait compte tenu des deux éléments que constituent, d'une part, la position plus que restrictive que vous avez prise à l'égard de cette notion perçue par les membres du Conseil d'Etat comme une survivance sans autre justification que pragmatique et dont il fallait s'accommoder aussi longtemps que le juge administratif ne serait pas doté de pouvoirs analogues à ceux dont dispose le juge judiciaire des référés, d'autre part, la réforme des procédures d'urgence notariée précisément devant le juge administratif par la loi du 30 juin 2000.

Dans l'attente de cette réforme, votre Tribunal a, de façon méthodique et depuis une décennie, resserré à l'extrême la notion de voie de fait.

Lorsque est contestée la mesure même qui a été exécutée, il sera bien rare que l'Administration ne trouve pas un texte auquel elle pourra rattacher cette mesure, fût-ce en l'interprétant largement comme le démontre votre arrêt précité du 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris*.

Lorsque est en cause l'exécution d'office d'une décision, il doit être vérifié que cette exécution n'est à aucun titre autorisée. A défaut et serait-elle par elle-même illégale, l'exécution contestée ne saurait être qualifiée de voie de fait. On citera à cet égard votre arrêt *Madaci et Youbi* du 20 juin 1994.

De même, s'agissant de la prévention des voies de fait, a-t-on exigé l'existence d'une menace précise à jour fixé, notion utilisée, après le second conflit mondial, en matière de réquisitions de logement et qui a été reprise dans vos arrêts du 4 nov. 1996, *Vanères et Laure Robert*, Gaz. Pal., 20 déc. 1997.

Enfin, du fait de l'évolution des textes, la juridiction administrative a été dotée de moyens d'action vis-à-vis de l'Administration au moins aussi forts que ceux dont dispose le juge judiciaire en cas de voie de fait : pouvoir d'injonction étendu par la loi du 8 févr. 1995 ; pouvoirs d'urgence définis par l'art. L. 521-2 CJA issu de la loi du 30 juin 2000 : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Faut-il considérer que cette disposition de la loi porte le coup de grâce à la théorie de la voie de fait et la rend désormais inutile ?

Nous hésitons, malgré tout, à préconiser l'abandon d'une jurisprudence plus que séculaire et cela pour diverses raisons.

En premier lieu, il est possible que les lois destinées à assurer un meilleur fonctionnement de la juridiction administrative n'apportent pas, dans la pratique, tous les résultats escomptés. Il serait, dans ces conditions, prématuré de renoncer à la notion de voie de fait qui permet au justiciable de faire intervenir le juge judiciaire dans deux hypothèses bien déterminées : le recours à l'exécution forcée de la part de l'Administration dans les cas non autorisés ; la censure d'actes administratifs quasi inexistantes.

En deuxième lieu, une lecture attentive de la loi du 30 juin 2000 et des travaux préparatoires montre que le législateur n'a pas entendu voir disparaître la théorie de la voie de fait. Si l'art.

L. 521-2 CJA permet au juge des référés administratif de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le comportement qui serait censuré émanerait d'une autorité administrative ayant agi « dans l'exercice d'un de ses pouvoirs ».

Cela laisse supposer *a contrario* qu'il y a place pour une compétence du juge judiciaire de saisir celui-ci et on devrait assister, à terme, au tarissement de contentieux qui, dans le passé, ont été portés à tort devant la juridiction de l'ordre judiciaire.

La perspective de voir s'éloigner certaines anomalies n'implique pas pour autant que votre Tribunal renonce d'ores et déjà à une théorie juridique qui, même dans les cas limités où elle est susceptible de recevoir application, conserve sa force exemplaire vis-à-vis de l'Administration.

En définitive, nous concluons : 1° à la confirmation de l'arrêté de conflit pris le 2 mai 2000 par le préfet de police ; 2° à la nullité de la procédure engagée par M. B... contre le ministre des Affaires étrangères devant le Tribunal de grande instance de Paris.

**Mots clés :**

COMPETENCE ADMINISTRATIVE \* Voie de fait \* Etranger \* Visa d'entrée

ETRANGER \* Visa d'entrée \* Refus \* Interdiction du territoire français \* Recours \* Voie de fait