

LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE EN DROIT DES ÉTRANGERS

Charlotte IMBERT

Mémoire
Master II Droit public fondamental

*Sous la direction de Madame Émilie Barbin
Professeur à l'Université Grenoble Alpes
&
Monsieur Cédric Meurant
Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3*

N° 40



Université Jean Moulin Lyon 3

Faculté de droit

Année universitaire 2024-2025

LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE EN DROIT DES ÉTRANGERS

Étude de l'investissement politique du droit des étrangers par les administrations

**Mémoire de recherche présenté dans le cadre du
Master 2 Droit public fondamental par**

Charlotte IMBERT

Sous la direction de Madame Émilie Barbin
Professeure agrégée de droit public à l'Université Grenoble Alpes

et de Monsieur Cédric Meurant

Maître de conférences en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon III
Directeur-adjoint de l'Équipe de droit public de Lyon

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier mes deux directeurs de mémoire, dont les conseils avisés, et la disponibilité ont été d'une aide précieuse tout au long de ce travail.

Monsieur le Professeur Meurant, je vous remercie sincèrement pour la patience et la clarté avec lesquelles vous avez su répondre à chacune de mes interrogations, aussi naïves soient-elles, toujours avec une bienveillance attentive et encourageante. Madame la Professeure Barbin, je vous remercie vivement d'avoir accepté de codiriger ce mémoire et pour la confiance que vous m'avez accordée.

Je souhaite également adresser mes remerciements à Madame la Professeure Chamard-Heim, directrice du Master Droit public fondamental, dont la disponibilité, à chaque instant et pour chaque projet, me rend profondément reconnaissante.

À mes sœurs, ma mère, mon père, votre soutien sans faille, vos mots d'encouragements m'ont été d'une aide dont je ne pourrai mesurer l'ampleur. Vous m'inspirez, chaque jour, et je ne réalisera jamais pleinement à quel point vous avoir à mes côtés est une chance. À mes chers grands-parents, et aux sœurs que je n'ai jamais eues, Louise, Adelle et Noémie, j'adresse les mêmes mots.

Enfin, mes doux amis, j'ai aujourd'hui, et demain encore, une pensée toute particulière pour vous. Vous avez rendu la réalisation de ce mémoire tellement plus aisée, tellement plus apaisante. Vos blagues, vos rires, mes larmes, votre soutien sont d'une richesse humaine que tout un chacun pourrait jalousser. Merci à chacun de vous.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
<i>Ass.</i>	<i>Assemblée</i>
<i>Arch. Phil. Droit</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CASF</i>	<i>Code de l'action sociale et des familles</i>
<i>CESDHLF</i>	<i>Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales</i>
<i>CESEDA</i>	<i>Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile</i>
<i>CGCT</i>	<i>Code général des collectivités territoriales</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des communautés européennes</i>
<i>CJUE</i>	<i>Cour de justice de l'Union européenne</i>
<i>Cne</i>	<i>Commune</i>
<i>Concl.</i>	<i>Conclusions</i>
<i>Cons. Const.</i>	<i>Conseil constitutionnel</i>
<i>Cour EDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>CRPA</i>	<i>Code de relations entre le public et l'administration</i>
<i>Dir.</i>	<i>Sous la direction de</i>
<i>Dpt.</i>	<i>Département</i>
<i>RDA.</i>	<i>Revue Droit administratif</i>
<i>Doc. Fr.</i>	<i>La documentation française</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>JCP A.</i>	<i>La semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>Min.</i>	<i>Ministre</i>
<i>OQTF</i>	<i>Obligation de quitter le territoire français</i>

<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Œuvre déjà citée</i>
<i>Ord.</i>	<i>Ordonnance</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal administratif</i>
<i>Lebon</i>	<i>Publié aux Tables du Recueil Lebon</i>
<i>Lebon T.</i>	<i>Mentionné aux Tables du Recueil Lebon</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>V.</i>	<i>Voir</i>

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin du mémoire)

PARTIE I. GÉNÉALOGIE DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE EN DROIT DES ÉTRANGERS

Chapitre I. La difficile construction juridique de la désobéissance administrative

Section 1. La désobéissance administrative, un phénomène qui ne peut théoriquement exister

Section 2. Essai d'appréhension théorique de la désobéissance administrative

Chapitre 2. L'émergence de la désobéissance administrative dans l'ordre juridique

Section 1. L'exploitation des dysfonctionnements structurels par l'administration pour désobéir

Section 2. La désobéissance immédiatement fondée sur une conviction personnelle

PARTIE II. L'ÉVOLUTION DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE

Chapitre I. La difficile résorption de la désobéissance administrative

Section 1. La difficile prévention de la désobéissance administrative : les mécanismes non juridictionnels

Section 2 . La difficile censure juridictionnelle de la désobéissance administrative

Chapitre II. Les effets juridiques de la désobéissance administrative

Section 1. La désobéissance administrative au service des droits des étrangers

Section 2. La désobéissance administrative au mépris des droits

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Né d'un État libre, et membre du souverain [...]. Heureux chaque fois que je médite sur les gouvernements, de trouver toujours dans mes recherches de nouvelles raisons d'aimer celui de mon pays »¹.

« C'est vous qui me rendez le séjour de mon pays insupportable ; c'est vous qui me ferez mourir en terre inconnue »².

« J'ai décidé de le renvoyer dans son pays [...], qu'importent les décisions des uns et des autres »³. Tels sont les mots par lesquels un ancien ministre de l'Intérieur affirmait refuser d'exécuter une mesure provisoire ordonnée par la Cour européenne des droits de l'Homme, lui enjoignant de ne pas exécuter une décision d'expulsion édictée à l'encontre d'un ressortissant ouzbek. Invoquant le caractère « radicalisé » et « très dangereux »⁴ de l'individu, l'argument sécuritaire l'avait alors emporté sur le respect des engagements internationaux de la France. Ce geste illégal, politiquement assumé, soulève une interrogation fondamentale : la force de la règle de droit lorsque l'administration, ici à son plus haut niveau, choisit de s'en affranchir. Un tel comportement s'inscrit dans une dynamique plus large, que cette étude se propose d'analyser : celle de la désobéissance administrative.

Dotée d'une charge presque mystique, la désobéissance fait partie de ces notions fantasmées, qui fascinent autant qu'elles divisent. Elle désignait originellement le refus volontaire, par un individu, d'appliquer ou de respecter une norme. Sa grande postérité tient sans doute à Sophocle qui, dans *Antigone*, faisait le récit d'une jeune femme prête à affronter la mort pour assurer le respect du droit divin, en offrant à son frère défunt une sépulture que Créon lui interdisait. À travers ce récit, on constate que l'acte désobéissant cristallise une tension irréductible entre le droit positif et le droit naturel. Ce conflit avec le droit lui-même explique pourquoi, à l'origine, la doctrine s'en détournait : penser juridiquement la désobéissance revenait à admettre l'existence d'un « droit contre le droit, hostile à lui-même, qui s'autodétruit »⁵, ce qui semblait alors difficilement envisageable.

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, chapitre 1, Flammarion, 1762, p. 9.

² J.-J. ROUSSEAU, *Les Confessions*, Livre VIII, Launette & Cie, 1889, p. 396.

³ Déclaration de l'ancien ministre de l'Intérieur, relayée par l'Agence France-Presse.

⁴ V. en ce sens, article paru au journal *Sud-Ouest*, 13 décembre 2023, « Ouzbek expulsé : Darmanin fera "tout pour qu'il ne puisse pas revenir" en France malgré la décision du Conseil d'État ».

⁵ D. GROS, « Qu'est ce que le droit de résistance à l'oppression ? », in, Gros. D, Camy. O, « Le droit de résistance à l'oppression », in, *Le genre humain*, Seuil, 2005, p. 20.

Mais son irrésistibilité a néanmoins forcé sa théorisation juridique. En effet, comme l'a souligné Thomas Hobbes, il est impossible de retirer « *la liberté qu'a chacun d'user comme il le veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de sa propre vie, et en conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propres, comme le moyen le plus adapté à cette fin* »⁶. C'est Henry David Thoreau qui, en 1866, en propose une véritable formalisation, en introduisant la notion de désobéissance civile ; que John Rawls définit finalement comme l' « *acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement* »⁷. Elle s'accomplit conformément au sentiment de justice de son auteur, mais plus largement « *de la majorité de la communauté* »⁸.

Ainsi, la désobéissance civile se fonde nécessairement sur des considérations extra-juridiques, que la doctrine rattache le plus souvent au droit naturel. Si la prétention à définir ce dernier de manière univoque semble illusoire, tant les conceptualisations varient selon les auteurs, certaines constantes peuvent néanmoins être dégagées. Il est en effet toujours le droit qui s'oppose au droit positif, lequel varie selon l'évolution des mœurs. Il renvoie ainsi à un ensemble de principes tenus pour supérieurs, réputés inaltérables, car fondés sur l'humanité même des individus et non sur la volonté du législateur⁹. Ce faisant, il est un ensemble de droits « *que chaque individu possède du fait de son appartenance à l'humanité et non du fait de la société dans laquelle il vit* »¹⁰. Dès lors, il est souvent décrit comme exprimant « *des règles du juste et de l'injuste qu'il est souhaitable de voir* »¹¹ et des « *principes ou données élémentaires dans la morale* »¹².

En somme, la désobéissance, en se fondant sur ce droit, cherche nécessairement à transgresser une norme positive au nom de valeurs jugées supérieures, telles que l'équité, la morale, ou la justice. Elle renvoie, en d'autres termes, à la « *nature des choses* »¹³, à ce que chacun peut intuitivement percevoir comme juste ; concept difficile à cerner avec précision, et dont la véritable supériorité par rapport au droit positif demeure également incertaine.

L'acte civilement désobéissant s'accomplissant nécessairement contre l'État, duquel émane la loi positive, il n'a toujours été pensé que comme l'acte de l'individu et jamais comme celui de l'État qui, sauf à nourrir

⁶ T. HOBbes, *Léviathan*, Dalloz, 1999, p. 128.

⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, trad. C. Audard, 1987, p. 405.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Définition du dictionnaire juridique de Serge Braudo

¹¹ P. OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, Joubert, 1846, p. 67

¹² J. DABIN, « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », *Revue Philosophique de Louvain*, 1928, n° 20, p. 419.

¹³ M. JOSÉ FALCÓN, M.-J. TELLA, « La désobéissance civile », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997, n° 39.

d'étranges penchants autodestructeurs, ne saurait vouloir se fragiliser lui-même. Dans cette perspective, l'illégalité d'un acte étatique a toujours été interprétée comme une erreur, somme toute humaine, ou, *a maxima*, comme une violation isolée de la règle de droit. Mais la désobéissance, quant à elle, paraît si antinomique de la survie même de la puissance publique qu'elle n'a jamais été véritablement envisagée comme pouvant venir d'elle-même. Si la désobéissance ne peut être celle de l'État, elle ne peut non plus être celle des institutions administratives, qui, en tant qu'émanations directes de l'État, sont « *créées par celui-ci pour gérer les affaires publiques* »¹⁴.

En son sens organique, l'administration désigne « *l'ensemble des organes assurant la fonction administrative qui, au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif, soit par un lien de subordination directe dans le cadre étatique, soit par la soumission à son contrôle* »¹⁵. On distingue classiquement deux administrations différentes : l'administration d'État, placée sous l'autorité du pouvoir exécutif¹⁶, qui incarne l'expression de la collectivité nationale ; et l'administration décentralisée, plus autonome, qui représente les collectivités locales. S'agissant de l'administration d'État, celle-ci est structurée, schématiquement, en deux niveaux : les organes centraux, constitués principalement des ministres et de leurs administrations centrales¹⁷ ; et les organes déconcentrés, placés sous l'autorité des préfets. Notons à ce stade que cette dernière distinction organique n'emporte toutefois pas de différence de finalité, car « *l'administration de l'État est une, et s'exerce au nom et pour le compte d'une seule et même personne juridique, l'État* »¹⁸.

Ces deux formes d'administration sont composées d'agents publics, eux-mêmes répartis en deux sous-catégories. D'une part, certains agents exercent une fonction de représentation : soit de l'État, comme les préfets ou sous-préfets¹⁹, soit des collectivités. Qualifiés d'autorités administratives²⁰, ces agents disposent du pouvoir d'adopter des actes juridiques engageant la personne morale qu'ils représentent²¹. D'autre part, certains agents sont chargés de l'exécution concrète des ordres de leurs supérieurs hiérarchiques. Ce sont des agents d'exécution, en contact direct avec les administrés²², et dont l'intervention se manifeste par des actes matériels²³.

¹⁴ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, tome 1, PUF, 1976, p. 5.

¹⁵ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, 18^e Éd., 2024, pp. 26-27.

¹⁶ M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, Dalloz, 2017, p. 35.

¹⁷ J. RIVERO, *Droit administratif*, pref. de J. WALINE, Dalloz, 2011, p. 282.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Ceux-ci ont la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois, aux termes de l'art. 72 de la Constitution.

²⁰ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 23.

²¹ *Ibid.*

²² L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, Dalloz, 2005, Préf.

²³ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 24.

Toutefois, qu'il s'agisse de l'administration d'État²⁴ ou de l'administration décentralisée²⁵, l'acte qu'édicte l'agent est toujours juridiquement réputé émaner de l'administration elle-même. Cette imputation découle du principe selon lequel « *il n'y a pas de personnes physiques de droit public* »²⁶ : les agents, en leur qualité de représentants, appartiennent à l'entité et l'incarnent nécessairement. C'est précisément pour cette raison qu'il est question, dans cette étude, de désobéissance administrative et non de désobéissance civile. Car si l'acte désobéissant procède toujours d'une initiative individuelle, le lien organique et fonctionnel qui unit l'agent à l'administration impose que cet acte soit juridiquement, mais aussi symboliquement²⁷, rattaché à l'entité publique elle-même. Ainsi, même lorsque l'analyse portera sur la désobéissance de l'agent, cet abus de langage devra toujours être compris comme renvoyant à la désobéissance de l'administration.

Mais avant même d'envisager la désobéissance administrative, il faut encore comprendre pourquoi elle n'a jamais été pensée jusque-là. Outre le fait que les administrations sont, dans l'exercice de leurs fonctions, nécessairement soumises au droit en vertu du principe de légalité²⁸, l'obstacle majeur réside probablement dans le statut et le rôle de l'agent au sein de l'administration.

En effet, les agents publics, dans l'exercice de leurs fonctions, sont astreints à l'accomplissement des « *buts de la personne morale* »²⁹ ; ce qui doit se comprendre comme l'accomplissement des buts de l'État, déterminés par « *un peuple organisé [...] sous une puissance souveraine* »³⁰. Autrement dit, lorsqu'ils exercent leur mission, ceux-ci ne sauraient pourvoir d'objectifs propres, car leur mission est intrinsèquement finalisée par les objectifs de l'État³¹. Ils sont donc limités « *par une règle générale antérieure et supérieure à eux* »³², et doivent se borner à « *assurer l'exécution d'une volonté publique, exprimée par un représentant* »³³. S'agissant des agents gouvernants, leur mission est, certes, moins finalisée ; puisque, comme l'explique Léon Duguit, les gouvernants

²⁴ En ce sens, J. RIVERO explique que « *dans la déconcentration, la décision est toujours prise au nom de l'État par un de ses agents : il y a seulement une substitution d'un agent local au chef de la hiérarchie* » (J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., p. 263).

²⁵ En ce sens, J. RIVERO explique que « *dans la décentralisation, la décision n'est plus prise au nom et pour le compte de l'État pas un de ses agents, mais au nom et pour le compte d'une collectivité locale par un organe qui émane d'elle* » (*Ibid.*).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ce point sera précisé dans la suite du développement.

²⁸ CRPA, art. L. 110-2.

²⁹ Conformément à la définition de l'administration de L. DE FOURNOUX, lequel la définit comme « *l'activité consistant à prendre des décisions orientées vers la réalisation des buts des personnes morales de droit public, décisions associant, à des degrés divers, une pluralité de personnes ayant qualité d'agents publics* » (L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'administration*, G. ECKERT (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 2020, p. 17).

³⁰ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, tome 1, Giard & Brière, 1903, p. 1.

³¹ L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'administration*, op. cit., p. 15.

³² L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 369.

³³ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 384.

se distinguent des simples agents³⁴ par la capacité volitive des premiers, opposée à l'incapacité des seconds. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont dépourvus de tout devoir juridique³⁵, car bien qu'ils soient investis de plus larges pouvoirs, ceux-ci doivent toujours « *employer cette plus grande force à un certain but, [ce qui] implique un pouvoir objectif, qui est en fait organisé, réglementé et sanctionné* »³⁶.

C'est en grande partie en raison de cette finalisation de l'action administrative que la transposition de la notion de désobéissance civile aux administrations demeure théoriquement inenvisageable. Dès lors que l'action des agents est finalisée par les buts de l'État — lesquels ne sauraient, sauf à entretenir une logique autodestructrice, inclure la transgression volontaire des normes —, la désobéissance apparaît, par principe, incompatible avec l'exercice de la fonction publique.

Toutefois, ce rejet théorique mérite d'être interrogé. Comment, en effet, qualifier autrement que comme une forme de désobéissance le refus exprimé par le ministre de l'Intérieur d'exécuter la mesure provisoire édictée par la Cour européenne des droits de l'Homme ? Puisque dans ce cas précis, toutes les composantes de l'acte désobéissant sont réunies : il s'agit de s'affranchir d'une norme (la mesure provisoire), volontairement (puisque'il affirme avoir lui-même décidé de s'en affranchir), au nom d'un principe qu'il juge supérieur (le prétexte sécuritaire). Selon nous, reconnaître la portée désobéissante de ce type de comportement semble essentiel, car il peut apparaître comme l'expression la plus manifeste de l'excès de pouvoir. Le parti pris de cette étude est justement d'envisager l'idée que l'administration soit capable de désobéissance, laquelle n'est alors plus une désobéissance civile mais une désobéissance administrative .

Pour mieux saisir les conditions d'émergence de ces comportements, il nous semble pertinent de focaliser l'analyse sur un domaine particulièrement éclairant : le droit des étrangers. En effet, les spécificités de cette matière³⁷ en font un terrain particulièrement favorable à l'apparition de désobéissances, comme l'illustre le cas évoqué en introduction de cette étude. Le choix de circonscrire l'analyse à cette discipline s'inscrit ainsi dans une perspective pédagogique : il s'agit de clarifier, à partir d'un exemple paradigmique, les implications plus larges de cette forme de désobéissance.

Le droit des étrangers se définit comme l'ensemble des règles législatives et réglementaires encadrant l'entrée, le séjour et l'expulsion des ressortissants étrangers sur le territoire. Il n'est véritablement apparu qu'à

³⁴ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 369.

³⁵ Devoir juridique est l'expression employée par L. DUGUIT (op. cit., p. 361).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Qui seront précisées dans la suite du développement.

partir de 1945, année durant laquelle il est décidé de créer un régime juridique unique applicable à l'ensemble de la politique migratoire. À ce stade, il faut souligner que ce droit a une nature particulière : il est à la fois hypertrophié et très instable ; et son histoire montre qu'il n'a cessé d'évoluer « *en fonction des orientations politiques et économiques menées par les gouvernements successifs* »³⁸. Lorsque la main-d'œuvre manque, l'accueil se fait dans des conditions facilitées pour l'étranger, et lorsque le taux de chômage explose, le régime se durcit sensiblement. Ainsi, lorsque l'ordonnance du 2 novembre 1945 fut promulguée, il s'agissait alors de combattre « *le manque d'hommes* » et « *la faiblesse de la natalité française* »³⁹. Mais la dynamique politique actuelle n'est sans doute plus la même. Car, depuis la création du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après, CESEDA) en 2004⁴⁰, face à un flux migratoire jugé incontrôlable, le régime juridique est désormais destiné à permettre une immigration « *choisie* »⁴¹, « *à la carte* »⁴², « *maîtrisée* »⁴³. En somme, l'objectif est désormais de sélectionner plus rigoureusement les individus autorisés à séjourner régulièrement sur le territoire.

Ainsi façonné par la vie nationale, le droit des étrangers est donc d'une nature éminemment politique, car il se structure en fonction des orientations migratoires définies par les autorités publiques. C'est là sa première spécificité. Cela s'explique sans doute par le fait que l'immigration, avant d'être un objet de droit, était une thématique strictement politique. Comme évoqué ci-dessus, aucune loi en la matière n'avait jamais été adoptée jusqu'en 1945 ; seules existaient des pratiques administratives, autonomes du législateur, destinées à gérer l'arrivée d'individus sur le territoire national. Dans ce cadre, les propos tenus par Jean-Louis Debré résonnent tout particulièrement : selon lui, appliquer la loi des étrangers, c'est surtout « *[essayer] de régler ces problèmes en dehors de toute considération politique ou politique* »⁴⁴, plutôt que d'y réussir systématiquement.

Ce droit a vocation à s'appliquer aux étrangers. Aujourd'hui, le CESEDA le définit comme la personne qui n'a pas la nationalité française, soit qu'elle ait une nationalité étrangère, soit qu'elle n'ait pas de nationalité⁴⁵. Cette définition appelle à une remarque nécessaire : juridiquement, l'étranger n'est envisagé que négativement, par sa différence avec le national. Ce qui semble témoigner de ce que la qualification juridique de l'étranger

³⁸ M.-S. VACHET, « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *L'Homme & la Société*, 2018, n° 206, pp. 265-287.

³⁹ V. en ce sens, article paru au journal *Le Monde Diplomatique*, « *Pour qui furent construits les grands ensembles ?* ».

⁴⁰ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁴¹ Déclaration de N. SARKOZY, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire et président de l'UMP, sur les propositions de l'UMP en matière d'immigration, d'intégration et d'emploi, à l'Assemblée nationale le 9 juin 2005.

⁴² Entretien de J.-L. DEBRÉ, ministre de l'intérieur, à *TF1* le 21 août et à *RTL* le 22 août 1996, sur la situation des sans-papiers de l'église Saint-Bernard (Paris) et sur les conditions d'application des lois sur l'immigration.

⁴³ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

⁴⁴ Entretien de J.-L. DEBRÉ, ministre de l'intérieur, à *TF1* le 21 août et à *RTL* le 22 août 1996, *op. cit.*

⁴⁵ CESEDA, art. L. 111-1.

correspond à une « *certaine vision que la société peut avoir de “l'autre”* »⁴⁶. Or, en matière migratoire, cette vision semble profondément altérée. En effet, par construction politique et sociale, l'étranger est majoritairement représenté comme un individu distinct de nous, profondément différent ; ce que Jean-Louis Debré incarnait de manière paradigmatique par ces propos : « *est-ce que vous acceptez que des étrangers viennent chez vous, s'installent chez vous et ouvrent votre frigidaire, se servent ?* »⁴⁷. De « *bruit et [d']odeur* »⁴⁸ différente, capable de « *rendre le travailleur français fou* »⁴⁹, l'étranger est systématiquement désigné par son extranéité, son extériorité. Cette extranéité, au départ politique, s'est finalement traduite en une distinction juridique, dite catégorielle⁵⁰, que le Conseil constitutionnel avait résumée d'une manière non équivoque : « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »⁵¹.

Cette distinction catégorielle porte alors en germe une seconde spécificité essentielle du droit des étrangers et, plus largement, de la question migratoire, à savoir sa haute dimension souveraine. En effet, l'extériorité mentionnée précédemment se rapporte précisément à celle de l'étranger par rapport à l'État et, par conséquent, à la souveraineté de ce dernier. Définie comme le « *pouvoir suprême de domination de l'État sur les personnes qui entrent dans le cercle de sa juridiction* »⁵², cette notion entretient un lien étroit avec la question migratoire, puisque l'étranger est, par essence, celui qui franchit les frontières de ce cercle. Et parce qu'il constitue un « *point aveugle administratif* »⁵³, sa présence sur le territoire peut également être perçue comme un danger potentiel pour la souveraineté de l'État. C'est cette construction politique, d'un lien irréfragable entre immigration et souveraineté, qui fonde alors la compétence quasi exclusive des services de l'État en la matière.

⁴⁶ M.-S. VACHET, « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *op. cit.*, p. 265 à 287.

⁴⁷ V. en ce sens, article paru au journal *Le Monde*, 30 avril 1997, « *Le Frigidaire de M. Debré et la baignoire de M. Le Pen* ».

⁴⁸ Propos relayés par le journal *Le Monde*, 21 juin 1991, « *Au RPR : dire tout haut ce que chacun pense tout bas* ».

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Expression utilisée par C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES (C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, C. LAZZERI, S. BARBOU (dir.), thèse de doctorat, philosophie, Université Paris Nanterre, 2019, p. 7).

⁵¹ CC, décision n° 93-325, 13 août 1993 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2.

⁵² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Léviathan, 1994, PUF, p. 53.

⁵³ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, p. 40.

En effet, en droit des étrangers, les administrations de l'État, « *fortes de leurs pouvoirs souverains* »⁵⁴, détiennent un quasi-monopole des compétences ; notamment en matière d'admission à l'entrée de l'étranger⁵⁵, de son accès au séjour régulier⁵⁶, ainsi que de son éloignement⁵⁷ et, le cas échéant, de sa rétention⁵⁸. Toutefois, certaines compétences relèvent d'autres structures : soit rattachées aux services centraux de l'État, comme les autorités consulaires pour la délivrance des visas ; soit aux autorités décentralisées, comme les départements en charge de l'accueil des mineurs non accompagnés⁵⁹.

Spécifiquement en droit des étrangers, les administrations bénéficient de pouvoirs discrétionnaires dans l'accomplissement de leurs compétences. Le fait qu'elles bénéficient de tels pouvoirs est encore une conséquence de la dimension régaliennes de la question migratoire, puisque, comme le souligne Louis Dubouis, « *la souveraineté n'est pas seulement une qualité de l'État, mais le titre à l'exercice discrétionnaire de compétences* »⁶⁰. Ce pouvoir se définit comme la faculté, reconnue à l'administration, de choisir librement entre plusieurs options légales face à une situation de fait donnée⁶¹. Il s'agit alors d'un pouvoir de choix⁶², dont l'intensité varie « *selon que la loi laisse plus ou moins d'éléments de la décision à la libre appréciation de l'administration* »⁶³.

Or, le législateur semble avoir précisément souhaité consacrer cette liberté d'appréciation. D'abord en instaurant une police administrative, voire une haute police administrative, selon certains auteurs⁶⁴, fondée sur un régime d'autorisation. Mais surtout en maintenant une « *grande imprécision* »⁶⁵ dans le contenu des normes applicables aux administrations. En effet, comme l'explique Charles Eisenmann, le fait pour une notion de ne pas être précisément définie par le législateur offre une plus grande liberté de choix à celui qui a la charge de mettre en œuvre la loi⁶⁶. C'est particulièrement vrai pour la notion d'ordre public, au contenu « *contingent et*

⁵⁴ Formule employée dans le CESEDA, dans le commentaire situé en prémissse du livre VI, consacré aux décisions d'éloignements (CESEDA, Dalloz, 15^e Éd., 2025, p. 784).

⁵⁵ Bien que les autorités consulaires et diplomatiques soient compétentes pour délivrer le visa (art. R. 312-2 du CESEDA), celles-ci restent rattachées, en la matière, aux administrations de l'État : d'une part, c'est le ministre en charge de l'immigration qui fixe la liste des documents exigibles par ces autorités (art. R. 311-1 du CESEDA) ; d'autre part, les recours administratifs contre les refus de visa se font devant une commission placée auprès du ministre des affaires étrangères et du ministre de l'Intérieur (art. D. 312-3 du CESEDA).

⁵⁶ Aux termes de l'art. R. 431-20 du CESEDA, le préfet de département est compétent (pour Paris, il s'agit du préfet de police).

⁵⁷ Aux termes de l'art. R. 613-1 du CESEDA, le préfet de département est compétent (pour Paris, il s'agit du préfet de police).

⁵⁸ Aux termes de l'art. R. 741-1 du CESEDA, le préfet de département est compétent (pour Paris, il s'agit du préfet de police).

⁵⁹ Ces compétences feront l'objet d'une étude plus approfondie dans le développement.

⁶⁰ L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », in, *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 216.

⁶¹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 9^e Éd., 2021, p. 236.

⁶² C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, 2014, p. 245.

⁶³ J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., p. 70.

⁶⁴ S. LAACHER, « L'hospitalité entre raison d'état et principe universel », in, *VEI, enjeux. Accueillir les migrants*, 2001, n° 125, p. 1.

⁶⁵ V. TCHEN, *Droit des étrangers*, LexisNexis, 3^e Éd., 2024, p. 64.

⁶⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., pp. 106-107. Notons qu'il parle, en l'espèce, du juge ; mais le propos semble largement applicable aux administrations.

relatif »⁶⁷, soustraite à toute définition exhaustive⁶⁸, qui irrigue l'ensemble de la matière. Mentionné à quarante et une reprise dans le CESEDA, « soit pour restreindre ou exclure le droit au séjour ou l'accès des étrangers à une protection internationale, soit pour agraver les hypothèses et conditions de leur éloignement du territoire »⁶⁹, sa récurrence traduit le danger supposé⁷⁰ que représenterait l'étranger dès son entrée sur le sol national. Elle confère ainsi à l'administration une marge de manœuvre importante pour apprécier à partir de quand une présence étrangère constitue, selon elle, une menace suffisamment significative à l'ordre public pour justifier l'usage de ses pouvoirs.

Mais l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu, y compris en droit des étrangers. Ce pouvoir ne doit, en principe, être envisagé que comme un pouvoir d'opportunité⁷¹ parmi plusieurs possibilités prédéterminées, laquelle prédetermination peut venir du législateur, ou de l'administration centrale via son pouvoir d'instruction⁷². En sus, ce pouvoir ne doit pouvoir être exercé que pour autant qu'il reste accompli aux fins de satisfaire l'intérêt public⁷³. Autrement dit, même lorsqu'elle dispose d'une certaine latitude, l'administration reste tenue d'agir en vue des finalités qui lui sont assignées : sa mission demeure nécessairement finalisée.

Pour autant, il s'agit dans cette étude de montrer que l'administration, notamment à travers l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁷⁴, dispose d'un espace de liberté favorable à l'expression de volontés individuelles. Cet espace n'est pas réservé aux échelons supérieurs : il irrigue l'ensemble de la chaîne administrative, jusqu'à l'agent dit subalterne, et ce en dépit du rôle classiquement exécutant qui lui est assigné. Le constat formulé par Jean Rivero, selon lequel « tout est décidé par le subalterne, auteur de l'acte », trouve en matière migratoire un écho singulier, puisque c'est lui qui, aux portes du guichet, gère de la manière la plus immédiate l'immigration. À l'instar des agents-gouvernants, il peut tirer du droit des étrangers une « forme locale de pouvoir »⁷⁵, plus

⁶⁷ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 352.

⁶⁸ P. HENRIOT, « Droit des étranger-ères : de quoi « l'ordre public » est-il le nom ? », *Délibérée*, 2022, n° 17, pp. 59-66.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ V. TCHEN, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 65.

⁷¹ M. HAURIQU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e Éd., 2002, p. 351.

⁷² En ce sens, M. HAURIQU explique qu' « il est nécessaire de remarquer, pour donner une explication complète du pouvoir discrétionnaire, que l'administration, dans la gestion des services et l'accomplissement de sa tâche quotidienne, n'est pas soumise qu'à la loi et à des règles extérieures, qu'elle est soumise également à des directives internes » (*Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 354).

⁷³ M. HAURIQU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 355.

⁷⁴ Nous verrons toutefois dans cette étude que la désobéissance peut également intervenir dans le cas où l'administration est en situation de compétence liée.

⁷⁵ A. SPIRE, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, p. 260.

marquée que dans d'autres domaines, laquelle endosse pour cette étude une fonction architectonique, car elle constitue précisément le siège des actes administratifs désobéissants.

Le propos est alors de dire qu'il existe un certain *hiatus* entre la reconnaissance d'autant de pouvoirs discrétionnaires et l'impératif de l'agent de ne faire valoir que la volonté publique. Comme déjà évoqué, ce *hiatus* ne devrait pas exister, car la volonté reste prédéterminée, mais l'articulation entre pouvoir discrétionnaire et accomplissement de la volonté étatique se brouille en matière migratoire, car sa charge politique et symbolique imprègne les esprits, y compris ceux des agents publics. Ce que nous souhaitons ici souligner est le fait qu'en dépit de l'imputation de l'acte administratif à l'administration, l'acte reste l'initiative de l'agent, lequel demeure un individu doté d'une volonté propre. Comme le souligne Maurice Hauriou, lorsqu'il dispose de pouvoirs discrétionnaires, l'agent ne perçoit la loi que comme une « *limite extérieure* » et non comme un « *principe d'action* », ce qui lui permet de conserver une certaine « *autonomie* » et « *liberté* »⁷⁶. C'est dans cet espace autonome que l'agent peut statuer selon « *son propre sentiment, personnel et libre* »⁷⁷. En d'autres termes, rien n'exclut que l'octroi de pouvoirs discrétionnaires permette à l'agent de choisir entre plusieurs possibilités légales, auxquelles s'ajoutent les possibilités personnelles qu'il s'offre lui-même. C'est en tout cas ce que souligne Charles Eisenmann, selon lequel ces pouvoirs « *permettent à leur titulaire de faire valoir et prévaloir des volontés personnelles* »⁷⁸.

Il convient d'indiquer, à ce stade de l'analyse, que l'accomplissement d'une volonté personnelle, à travers le pouvoir discrétionnaire, ne signifie pas nécessairement que l'acte soit illégal. En effet, bien que l'administration soit tenue à un devoir d'impartialité⁷⁹, lequel se définit comme l'obligation de « *peser sans acceptation des choses ou des personnes, les raisons pour et contre* »⁸⁰, il paraît opportun d'aborder la notion de volonté à un niveau plus métaphysique, pour comprendre la force avec laquelle celle-ci s'impose à tout individu, y compris l'agent public.

Comme le démontre Arthur Schopenhauer, l'individu « *peut faire ce qu'il veut, mais il ne peut pas vouloir ce qu'il veut* » ; ce constat semble, en tout état de cause, également assimilable à l'agent, lequel n'est jamais qu'un individu incorporant l'appareil administratif. Cela signifie, au fond, que la volonté individuelle de l'agent, même sincèrement orientée vers l'exécution de la loi, demeure traversée par des déterminations intérieures qui échappent à la rationalité juridique : « *la culture et la socialisation* » de l'agent « *imprègnent les différentes étapes*

⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 352.

⁷⁷ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 107.

⁷⁸ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 7.

⁷⁹ CGFP, art. L. 121-1.

⁸⁰ *L'Encyclopédie*, « *Impartial* », tome 8, Briasson David, Le Breton & Durand, 1766, p. 584.

de son activité »⁸¹. Ainsi, même la volonté d'exécuter fidèlement la volonté générale peut être altérée, ou du moins infléchie, par l'esprit de l'agent lui-même. C'est dans ce contexte que Louis de Fournoux explique que « *l'impartialité radicale, humaine, absolue, n'est pas humaine* »⁸². Elle est d'autant moins atteignable en droit des étrangers, dont il a été vu jusque-là que son ressort hautement politique irrigue la discipline. Comme le constate en effet Smaïn Laacher, « *parler en France de l'immigration [...] c'est immanquablement décliner, sciemment ou non, des préférences politiques, des goûts esthétiques et des jugements moraux* »⁸³; or ce constat semble également valoir au moment même de l'adoption d'une décision. Dans ce contexte, les propos de Jean-Louis Debré résonnent à nouveau : lorsqu'il affirme « *essayer de régler ces problèmes en dehors de toute considération politique ou politicienne* », il ne fait que confirmer l'impossibilité pour l'agent, même s'il tente de l'être, de rester purement objectif.

Partant, sauf à largement sous-estimer la force de la volonté individuelle, le seul fait qu'un acte administratif traduise, même partiellement, la volonté personnelle de son auteur ne saurait suffire à le qualifier d'illégal. Car en poussant ce raisonnement à son paroxysme, on pourrait alors conclure que tout acte administratif, dans la mesure où il traduit une volonté, particulièrement en matière migratoire, serait illégal.

C'est pourquoi, dans la perspective de cette étude, il convient de partir du principe que l'accomplissement de volontés personnelles ne devient véritablement problématique que lorsqu'il se traduit par une illégalité dans le contenu substantiel de l'acte, ce qui n'est pas certain, car une volonté personnelle peut tout à fait être conforme à la loi : tel est ainsi le cas lorsque l'intention de l'agent est d'exécuter la loi ou qu'elle rejoint les motifs légaux. Il en résulte que la volonté personnelle n'est pas, par nature, légale ou illégale ; le plus juste est sans doute de dire que cela dépend des circonstances.

C'est probablement l'une des raisons pour lesquelles le juge administratif s'est toujours davantage attaché au contenu et à la forme de l'acte qu'à l'examen de ses buts, à l'exception notable du détournement de pouvoir. En effet, historiquement, lorsqu'un acte poursuivait un but dévoyé, le juge le censurait rarement sur ce terrain : il mobilisait d'autres moyens, d'autres vices de légalité. Mais dans ces cas, la volonté dissidente qu'il traduit était euphémisée, parce que ces vices neutralisent nécessairement les buts de l'acte. En ce sens, l'incompétence, l'erreur de droit, le vice de procédure ou de forme sont autant de moyens qui, pour le profane comme pour le juriste, dissimulent le fait que l'illégalité ait pu être volontaire.

⁸¹ J. MOREL, V. PAQUET, « Sur l'idéal de neutralité en recherche », in, *Et si la recherche scientifique ne pouvait pas être neutre ?*, 2017, pp. 55-66.

⁸² L. DE FOURNOUX, *Le principe d'impartialité de l'administration*, op. cit., p. 7.

⁸³ Article publié sur le site de la Fondation Jean Jaurès, 20 juin 2023, « État, immigration et délit d'hospitalité ».

Cette étude choisit délibérément de prendre le contrepied de cette approche objectivante, en appréciant la volonté dissidente et illégale de l'agent. C'est précisément dans cet espace qu'émerge la désobéissance.

« *Violations du droit manifestes* »⁸⁴, « *relation de distance et de défiance à l'égard de la règle de droit* »⁸⁵, « *pratiques aux marges de la légalité* »⁸⁶, « *transgression pure et simple de la loi* »⁸⁷, « *droit insuffisamment présent* »⁸⁸, « *interprétation du droit parfois très éloignée des règles* »⁸⁹, « *mépris des engagements internationaux* »⁹⁰; sont autant d'expressions qui renvoient, *in fine*, au même constat selon lequel la pratique des services des étrangers se déploie parfois hors du cadre légal. Et c'est bien « *la mauvaise volonté de l'administration* »⁹¹ ou, à l'extrême, « *le mépris, la ruse, l'acharnement* »⁹² de l'agent qui permet de comprendre que cette illégalité est parfois volontaire.

A priori transposée à l'administration, la désobéissance pourrait être définie comme l'acte par lequel un agent public refuse, de manière consciente et revendiquée, de mettre en œuvre une règle, qu'elle soit législative, juridictionnelle ou supra-légale, au motif qu'il la juge injuste. Toutefois, la désobéissance administrative se distingue par sa finalité, car elle n'est pas nécessairement accomplie à des fins jugées collectivement supérieures. Elle peut souvent, surtout en droit des étrangers, permettre la satisfaction d'une conviction personnelle, politique. Mais avant même d'en préciser les composantes, il convient d'abord d'autonomiser cette notion par rapport à trois notions voisines : la désobéissance au sens du CGFP, la désobéissance civile et le détournement de pouvoir.

Tout d'abord, le Conseil d'État a reconnu en 1944⁹³ l'obligation pour le fonctionnaire de désobéir à l'ordre donné manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public⁹⁴. Toutefois, ce

⁸⁴ N. FERRE, « Victoires volées », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 228.

⁸⁵ J.-G. CONTAMIN, E. SAADA, A. SPIRE, K. WEIDENFELD, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, La Documentation française, 2009, p. 64.

⁸⁶ F. ROUSSEL, « L'étrange relégation du contentieux des étrangers par l'administration », in, *Contributions à la journée d'étude organisée à l'ENS le 23 juin 2008*, disponible en ligne.

⁸⁷ A. SPIRE, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, op. cit., p. 179.

⁸⁸ J.-M. DELARUE, « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », in, R. ABRAHAM, P. BON, P. CASSIA, J.-C. BONICHOT (dir.), *Juger l'administration, administrer la Justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetouille*, Dalloz, 2007, p. 219.

⁸⁹ A. SPIRE, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, op. cit., p. 260.

⁹⁰ G. NOIREL, « Réfugiés et sans-papiers : la République face au droit d'asile XIX^e-XX^e siècle », *Population*, 1999, n° 54-4-5, p. 114.

⁹¹ J.-M. BELORGEY, « L'insuffisance des outils d'exécution », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 265 ; A. MARION, « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 25.

⁹² Propos tenus oralement par F. BERNARD en 1960, retranscrits par J.-M. BELORGEY (J.-M. BELORGEY, « L'insuffisance des outils d'exécution », op. cit., p. 265).

⁹³ CE, 10 novembre 1944, *Sieur Langneur*, n° 71-856, *Lebon* p. 288.

⁹⁴ Lequel devoir figure désormais à l'art. L. 121-10 du CGFP.

devoir ne recouvre que partiellement la notion de désobéissance administrative telle qu'elle sera entendue dans cette étude. D'une part, il ne vise que les instructions émanant du supérieur hiérarchique, à l'exclusion de toute autre norme, alors que la désobéissance administrative peut s'exercer à l'encontre de n'importe quelle norme intégrée dans l'ordre juridique, y compris la loi ou la décision de justice. D'autre part, il ne concerne que le fonctionnaire, au stade de l'exécution d'un ordre, tandis que la désobéissance peut, selon notre analyse, résider dans l'ordre lui-même. Enfin, la désobéissance du fonctionnaire suppose qu'elle soit accomplie pour satisfaire un intérêt jugé supérieur, tandis que la désobéissance administrative n'est pas nécessairement accomplie à des fins vertueuses. Pour ces raisons, ce devoir ne sera mobilisé que marginalement dans notre démonstration.

S'agissant du détournement de pouvoir, ou détournement de procédure, il est encore aujourd'hui la qualification juridique qui s'impose lorsqu'un acte administratif est édicté aux fins de satisfaire un but dévoyé. Défini comme un « *vice de but* »⁹⁵, le détournement de pouvoir correspond à l'hypothèse dans laquelle l'auteur de l'acte poursuit un but qui ne « *correspond pas à la finalité assignée à l'action administrative* »⁹⁶. Il suggère l'existence d'une « *intention coupable* », d'un « *but interdit* »⁹⁷. À ne pas se méprendre, cette qualification constitue déjà, en elle-même, une avancée considérable, puisqu'elle porte en elle la reconnaissance que l'agent puisse poursuivre des finalités propres, et qu'il n'est pas un simple exécutant. Mais ces composantes posent néanmoins deux problèmes.

Premièrement, le but poursuivi doit être hautement problématique, illicite, ce qui en limite grandement le champ d'application et l'efficacité contentieuse. Son champ d'application est d'autant plus restreint que l'acte ne pourra être annulé pour détournement de pouvoir que si le but illégal constitue le but déterminant de la décision⁹⁸. En d'autres termes, la présence d'un intérêt privé demeure juridiquement indifférente, tant que « *l'objet principal de la mesure est bien l'intérêt général* »⁹⁹.

Secondement, ce vice n'admet pas le fait que la volonté de l'agent s'oppose, fondamentalement, à celle du législateur ou du juge. Le but sera qualifié de détourné non pas parce qu'il revendique l'injustice de la règle ou son inadéquation à une conviction personnelle, mais parce qu'il ne se conforme pas au but légal¹⁰⁰. La critique de la norme en tant que telle, son rejet au nom de considérations politiques ou morales, n'entre pas en ligne de

⁹⁵ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 718.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ V. en ce sens, CE, 5 mai 1972, *Ferdinand*, n° 79994.

⁹⁹ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 718.

¹⁰⁰ En ce sens, J. RIVERO écrit que « *le détournement de pouvoir est le vice qui entache un acte par lequel l'administration, en méconnaissance de ces règles, a poursuivi un but différent de celui que le droit lui assignait, détournant ainsi de sa fin légale le pouvoir qui lui était confié* » (J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., p. 213). V. p. ex., CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, *Lebon* p. 641.

compte dans la qualification du vice. Au fond, tout se passe comme si, au stade de l'adoption de l'acte, il ne pouvait jamais y avoir de volonté désobéissante ; comme si l'agent ne contestait jamais, fondamentalement, la norme. La nuance peut sembler ténue, mais elle est pourtant fondamentale.

La désobéissance semble alors être une notion plus englobante. En effet, l'illégalité ne réside pas uniquement dans le fait que l'agent aurait poursuivi un but différent de celui fixé par le législateur ; elle découle surtout du fait que l'agent choisit délibérément de méconnaître une norme aux fins de satisfaire, plus qu'un intérêt, une conviction personnelle. Certes, ces situations sont proches, car en transgressant sciemment la règle, l'agent trahit nécessairement l'intention du législateur ; mais il existe néanmoins une distinction importante à souligner. La désobéissance ne suggère pas seulement l'usage dévoyé d'un pouvoir assigné à un certain but, mais également la méconnaissance volontaire d'une norme distincte. L'agent ne se contente pas de détourner un pouvoir : il choisit sciemment de méconnaître une règle juridique, laquelle peut être étrangère à celle qu'il prétend appliquer. Dès lors, si un détournement de pouvoirs renvoie nécessairement à une forme de désobéissance, certaines désobéissances ne sont, elles, pas constitutives d'un détournement de pouvoirs ; c'est ici que réside l'intérêt de construire cette théorie.

Par exemple, certaines collectivités territoriales ont, par communiqué, exprimé leur intention de ne pas appliquer certaines dispositions de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, qu'ils estiment « *injuste[s] et inefficace[s]* »¹⁰¹. Si ce refus se concrétise effectivement, il semble difficile, mais pas impossible, de le qualifier de détournement de pouvoir. En effet, dans la mesure où la collectivité se contente de rester inactive, sans mettre en œuvre les dispositions contestées, l'on peine à y voir un détournement de pouvoir, lequel suppose, par définition, un acte positif de l'autorité, une « *action de changer le cours, la direction* »¹⁰². Il en va de même pour toute situation dans laquelle l'administration s'abstient délibérément de mettre en œuvre une norme légale ou une décision juridictionnelle. En revanche, si ces autorités refusent sciemment d'appliquer ces dispositions en raison de leur caractère perçu comme injuste, toutes les composantes de la désobéissance semblent alors réunies. Dans cette mesure, qualifier cet acte comme tel serait peut-être plus approprié.

Une fois faite la distinction entre ces notions, il faut encore comprendre pourquoi il est pertinent de distinguer la désobéissance civile de la désobéissance administrative. En effet, si l'on admet que l'agent puisse

¹⁰¹ V. en ce sens, article paru au journal *France Bleu*, 20 décembre 2023, « *Le département de la Dordogne refuse d'appliquer la loi immigration “injuste et inefficace”* ».

¹⁰² Définition du mot détournement dans le *Dictionnaire Le Robert*, disponible en ligne.

désobéir, pourquoi considérer ici que ce n'est pas l'individu qui désobéit civilement, mais l'agent qui désobéit administrativement ? Bien qu'il agisse au nom de l'État, l'agent demeure un individu comme les autres, à ceci près qu'il est lié à l'État par un statut ou un contrat. La réponse tient peut-être davantage dans la portée symbolique qu'il y aurait à reconnaître, en droit, une forme de résistance administrative autonome, distincte de la désobéissance civile. En effet, les conséquences semblent suffisamment significatives pour devoir en valoriser la portée.

D'abord, l'agent public est présumé agir au service de l'intérêt général¹⁰³, en mettant en œuvre la volonté générale, notamment incarnée par la loi. Dès lors, admettre que l'agent puisse désobéir, c'est encore admettre qu'il agisse dans un sens contraire à la volonté générale. Mais ce premier argument n'est pas décisif, car, depuis la décision *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* de 1985¹⁰⁴, la loi n'incarne la volonté générale que dans le respect de la Constitution, ce qui signifie que la loi n'incarne plus la volonté générale si elle est contraire au texte constitutionnel. Dans cette perspective, il deviendrait concevable que la désobéissance d'un agent à une loi inconstitutionnelle soit, en réalité, une forme d'obéissance supérieure à la volonté générale. Néanmoins, une telle hypothèse demeure marginale, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, en particulier depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008, tend à assurer la conformité des lois à la Constitution. Le risque pour l'agent de devoir exécuter une norme manifestement inconstitutionnelle est donc plus que limité.

Ensuite, puisque « *l'État et l'organe ne font qu'un* », et que « *l'État ne peut exister que par le moyen de son organe* »¹⁰⁵, la désobéissance de l'agent serait, véritablement, autodestructrice. En effet, admettre qu'un agent puisse désobéir reviendrait, poussé à l'extrême, à reconnaître en lui une autorité autonome, potentiellement tyrannique¹⁰⁶. Comme le souligne Jellinek, « *si par la pensée on supprime l'organe, il ne faut point dire qu'il reste un État ; c'est le néant juridique* »¹⁰⁷. Ce scénario, certes paroxystique, permet néanmoins de mettre en lumière l'un des risques inhérents à la désobéissance administrative : la négation du droit par celui-là même qui est censé le mettre en œuvre, voire l'élaborer. Mais là encore, sauf à surévaluer la propension des agents à désobéir, cet argument est loin d'être décisif.

¹⁰³ Notons que cette obligation ne fait pas partie de celles mentionnées au CGFP. Mais comme l'affirme D. TABUTEAU, « *L'intérêt général est la justification première de la faculté dont dispose l'administration de recourir à des prérogatives de puissance publique* » (D. TABUTEAU, *Discours d'introduction du colloque sur l'intérêt général dans le cadre des entretiens du contentieux*, 28 novembre 2023).

¹⁰⁴ CC, décision n° 85-197, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

¹⁰⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, tome 2, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 219.

¹⁰⁶ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 265.

¹⁰⁷ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, op. cit., p. 219.

L'intérêt réside surtout dans le fait que, comme brièvement mentionné, la déclinaison administrative de la désobéissance se distingue par ses finalités. En effet, si la désobéissance civile suppose nécessairement une résistance accomplie au nom d'une cause tenue pour juste par une large majorité, celle de l'administration ne poursuit pas toujours des objectifs aussi consensuels. Dans bien des cas, surtout en droit des étrangers, l'acte de désobéissance ne vise pas à servir une cause supérieure incontestable, mais relève plutôt de la manifestation de convictions personnelles, souvent politiques.

Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que, dans la majorité des cas, l'agent dissimule sa volonté dissidente, ce qui tend à révéler que l'objectif poursuivi est étranger à l'intérêt général ; d'autant plus lorsque la désobéissance se matérialise par un refus répété d'appliquer une décision de justice. En effet, dans le cas où l'agent persiste à ne pas appliquer une décision juridictionnelle, dont le contenu révèle pourtant sans équivoque l'existence d'une grave illégalité, alors il y a de grands doutes sur le bien-fondé dudit but. Tel est notamment le cas du refus du préfet des Alpes-Maritimes de s'abstenir d'interdire par voie d'arrêté des manifestations pro-palestiniennes, en dépit des censures juridictionnelles systématiques, qui disposaient que ces mesures portaient une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales d'expression et de réunion¹⁰⁸.

Dans ce cadre, l'agent tirerait profit de sa position et des pouvoirs qu'il en retire pour poursuivre une fin dont il sait pertinemment qu'elle serait désavouée par le plus grand nombre. L'utilisation détournée de ces pouvoirs se manifeste à deux stades distincts de son action.

D'abord, en amont de l'adoption de tout acte, par le refus d'appliquer une norme ou une décision de justice¹⁰⁹ qui doit pourtant être appliquée. C'est alors l'inertie, ou inaction, volontaire de l'administration qui concrétise une volonté désobéissante. Dans ce cas, l'agent exploite une caractéristique propre à l'inaction : son impalpabilité qui, par nature, échappe souvent à l'observation et rend alors sa contestation plus difficile. Cette insaisissabilité s'inscrit dans un contexte plus large d'opacité des pratiques administratives, particulièrement marqué en matière migratoire. Cette opacité a d'ailleurs constitué un obstacle méthodologique majeur dans le cadre de cette étude, en rendant plus incertaine l'appréhension exhaustive du phénomène¹¹⁰.

Ensuite, au stade de l'adoption d'une décision sciemment illégale. Le cas échéant, il s'appuie notamment sur le privilège du préalable, principe selon lequel les actes de l'administration sont présumés légaux et

¹⁰⁸ Cet épisode juridictionnel s'est étendu d'octobre 2023 (TA Nice, 28 oct. 2023, n° 2305339), à fin décembre 2023 (TA Nice, 30 déc. 2023, n° 2306478).

¹⁰⁹ Notons que l'inexécution volontaire des décisions de justice fera l'objet d'une présentation plus approfondie dans le développement.

¹¹⁰ Sur ce point, nous renvoyons au chapitre II de cette étude.

immédiatement exécutoires¹¹¹. Conscient que sa décision produira des effets avant tout contrôle juridictionnel, l'agent peut ainsi atteindre ses objectifs, en dépit de leur illégalité.

En toutes hypothèses, que l'agent cherche à tirer profit du privilège du préalable ou à « *passer en force* »¹¹², il semble toujours inapproprié de qualifier l'acte de désobéissance selon sa connotation civiliste, car cela risquerait d'en atténuer la gravité, en projetant sur l'agent et l'administration la connotation positive attachée à cette notion.

Pour ces trois raisons, il paraît nécessaire de penser la résistance de l'agent comme autonome. C'est le sens symbolique attaché à cette reconnaissance qui justifie le choix méthodologique de cette étude. Elle permettrait de reconnaître, au-delà de la simple illégalité, une forme de faute morale imputable à l'agent, laquelle faute est encore aujourd'hui très rarement reconnue, au regard de la faible effectivité du détournement de pouvoir¹¹³. Cette qualification remplirait ainsi une fonction dissuasive : elle responsabilisera l'agent non seulement juridiquement, mais aussi socialement, par l'altération de l'image dont il bénéficie. Sa portée stigmatisante est alors non négligeable. Elle contribuerait, fût-ce partiellement, à corriger ce « *problème fondamental de l'État* » que Paul Ricoeur décrivait de la manière suivante :

« *Nous ne savons pas, et personne ne sait, comment combiner d'une façon intelligente et humaine le droit des gens, et son fondement de droit réciproque à l'hospitalité, avec la structure binaire du politique : national-étranger. Nous ne le savons pas.* »¹¹⁴

La désobéissance administrative pourrait ainsi se définir comme « *la persistance ostensible de l'administration dans l'illégalité [...] à des fins plus ou moins collectives, mêlant convictions et ambitions* »¹¹⁵. Elle permettrait de viser des cas plus larges que le détournement de pouvoir, en y intégrant la violation d'une norme distincte de celle que l'agent doit exécuter. Elle permettrait, en outre, de déconstruire la « *sagesse* »¹¹⁶ supposée de l'administration, en intégrant le fait que la désobéissance administrative n'est pas que celle accomplie à des fins dites vertueuses, si tant est que l'on puisse véritablement distinguer ce qui est vertueux de ce qui ne l'est pas.

¹¹¹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 53 et 286.

¹¹² E. BARBIN, « La désobéissance administrative », *Droit administratif*, 2024, n° 4, n° 39.

¹¹³ En ce sens, J. RIVERO parle de *déclin* du détournement de pouvoir (J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., p. 213) ; de manière sans doute plus accusatrice, D. TRUCHET déplore le fait que « *le juge ne fait aucun effort pour découvrir un détournement de pouvoir* » (D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 243) ; enfin, J. PETIT et P.-L. FRIER expliquent plus sobrement que sa reconnaissance est *rare* (J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 719).

¹¹⁴ P. RICOEUR, « *Étranger, moi-même* », in, *L'Immigration : défis et richesses*, Bayard Éditions, Centurion, 1998, pp. 93-106.

¹¹⁵ E. BARBIN, « La désobéissance administrative », op. cit.

¹¹⁶ A. VIVEN, *Études administratives*, tome 1, Guillaumin, 3^e Éd., 1859, p. 331.

Il résulte de tout ce qui a été dit une perspective analytique féconde, qui est celle de comprendre ce qu'est, précisément, la désobéissance administrative, en s'essayant à une conceptualisation de cette notion à travers l'analyse de la gestion par les administrations de l'immigration. Cette interrogation s'avère, en effet, d'autant plus pertinente en droit des étrangers, discipline dans laquelle l'emprise des logiques politiques altère profondément la consistance juridique des normes. Au fond, pour reprendre la formule du doyen Carbonnier, le droit des étrangers est peut-être trop humainement imprégné pour « *prétendre à l'alcôve de la ligne droite* »¹¹⁷.

Dans une perspective pédagogique, l'étude ne portera que sur l'accueil, le séjour et l'éloignement de l'étranger. Ce qui signifie que la question de la rétention, ainsi que celle de l'asile, sont exclues du champ de la recherche. Ce choix méthodologique s'explique par le fait que ces deux domaines relèvent de régimes juridiques et de pratiques administratives qui diffèrent substantiellement de ceux relatifs à l'admission et à l'éloignement. Leur inclusion risquerait de diluer la portée de l'analyse, en raison de leurs spécificités, qui exigent des approches distinctes.

L'analyse sera structurée autour des deux temps juridiques qui rythment la trajectoire de la désobéissance administrative : son insertion dans l'ordre juridique et sa théorique sortie de vigueur.

En effet, toute volonté transgressive, qu'elle s'exprime par un acte administratif ou par l'inaction de l'agent, doit d'abord intégrer l'ordre juridique pour produire les effets qui permettront d'en révéler l'illégalité. En s'intéressant ainsi aux conditions d'émergence de ce comportement (**Partie I**), nous verrons que le droit positif lui-même, par sa structure, n'en est pas totalement étranger.

Mais une fois entrée en vigueur, et malgré la nécessité de la résorber, la désobéissance ne disparaît pas immédiatement de l'ordre juridique : elle y déploie ses effets, parfois durablement. Il conviendra alors d'analyser les rapports complexes qu'un tel acte entretient avec le droit tout au long de sa vie juridique (**Partie II**).

¹¹⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e Éd., 2001, p. 8.

PARTIE I. GÉNÉALOGIE DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE EN DROIT DES ÉTRANGERS

En premier lieu, toute tentative de conceptualisation d'une notion impose d'en retracer la généalogie, c'est-à-dire d'en analyser les conditions d'émergence.

La désobéissance administrative se manifeste, dans la majorité des cas, soit par l'abstention délibérée d'un agent, soit par l'édition d'un acte administratif qui, bien que formellement valide, contrevient substantiellement au droit en vigueur. Dans ce second cas, l'acte, souvent à portée individuelle, emprunte alors la procédure classique d'entrée en vigueur. Dès lors, il ne s'agit pas tant de décrire la procédure d'adoption de ces actes que de comprendre comment, et pourquoi, l'acte désobéissant peut prendre forme.

Avant même de s'intéresser aux causes et finalités qui expliquent la concrétisation de ces actes — dont l'hétérogénéité ne saurait masquer l'ironie du constat selon lequel le droit lui-même, par construction, n'est pas totalement étranger à leurs émergences (**Chapitre II**) —, il convient d'abord de comprendre comment de tels comportements peuvent juridiquement apparaître, en procédant à une approche théorique préliminaire de cette notion (**Chapitre I**).

Chapitre I. La difficile construction juridique de la désobéissance administrative

En tant que phénomène se construisant contre le droit, la conceptualisation juridique de la désobéissance administrative se heurte à de nombreuses impasses. Au-delà des réserves exposées en introduction, ce sont surtout les fondements théoriques classiques du droit public qui ont freiné, et freinent encore, l'élaboration d'une telle notion. Si les postures doctrinales dominantes n'excluent pas formellement l'hypothèse d'un tel comportement, elles reposent néanmoins sur des principes qui occultent la possibilité de la concevoir.

Ainsi, si ce phénomène se déploie paradoxalement en rupture avec les acquis théoriques (**Section 1**) ; les quelques évolutions doctrinales, éclairées par les leçons de l'Histoire, permettent une appréhension juridique plus accessible, quoique toujours fragile (**Section 2**).

Section 1. La désobéissance administrative, un phénomène qui ne peut théoriquement exister

« *Vous nous avez donné notre axiomatique, notre méthodologie et vous nous avez obligés à penser la science du droit par rapport à l'unité de son objet.* »¹¹⁸

En évoquant ainsi l'héritage kelsénien, Georges Vedel rappelle que la science du droit, en France, s'est construite par la neutralisation axiologique de la discipline. C'est dans ce cadre que la désobéissance administrative, en tant que phénomène en tension avec cette méthode, demeure difficilement conceptualisable. D'une part, l'approche positiviste du droit fait obstacle à toute contestation de la norme fondée sur un motif extra-juridique (**I**) ; d'autre part, la conception classique de l'administration refuse à celle-ci toute volonté propre, pourtant nécessaire à la désobéissance (**II**).

I. L'impossible désobéissance dans l'approche positiviste du droit

« *Lorsque j'obéis à la règle, je ne choisis pas. Je suis la règle aveuglément.* »¹¹⁹

Cette citation de Ludwig Wittgenstein illustre parfaitement l'essence du positivisme juridique, lequel, par sa neutralité méthodologique, empêche de penser la désobéissance. En s'attachant à une lecture strictement

¹¹⁸ G. VEDEL, « Éloge de Hans Kelsen », p. 3 (cité par S. PINA, « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *Arch. Phil. Droit*, 2015, n° 58, pp. 373-392).

¹¹⁹ L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2014, p. 132.

objective du droit, excluant toute appréciation de la norme à l'aune de son contenu (**A**), cette doctrine prolonge cette logique en envisageant l'administration elle-même comme une entité dépourvue de toute capacité volitive (**B**).

A. L'imperméabilité du positivisme à la critique de la règle de droit

Plus que d'empêcher de penser la désobéissance de l'administration, l'approche positiviste empêche, dans ses postulats, de penser la désobéissance de quiconque. En effet, en définissant des critères de validité de la norme exclusivement objectifs, c'est-à-dire détachés de toute considération relative à son contenu substantiel (**1**), elle neutralise l'idée même d'une confrontation de la règle à une norme jugée supérieure (**2**).

1. L'objectivation de la norme dans l'approche kelsénienne du droit

Les critères objectifs d'existence de la norme. Synthétiser la pensée kelsénienne en quelques lignes, avec l'assurance d'en faire une restitution pleinement conforme à sa *Théorie pure du droit*, est une entreprise délicate. Afin de ne pas égarer le lecteur, il s'agira de s'essayer à l'explication la plus claire et limpide possible.

Hans Kelsen affirme que la validité d'une norme repose exclusivement sur des conditions formelles, c'est-à-dire objectives : sa conformité à une norme supérieure au sein d'un système juridique hiérarchisé (première condition) et son édiction par une autorité compétente (deuxième condition). Au sommet du système hiérarchisé, existe une norme non définie par l'auteur, la *Grundnorm*, destinée à assurer la cohérence et l'unité de l'ordre juridique. Dans cette perspective, le contenu de la norme ne conditionne sa validité que si celui-ci serait contraire à une norme supérieure.

Il ajoute par ailleurs, en tant que condition *sine qua non* de la norme, son efficacité. Notion particulièrement floue, et dont l'auteur n'a donné que peu d'indices permettant de mieux en appréhender le contenu¹²⁰, elle renvoie en réalité au fait que la norme doit être « *appliquée et obéie* »¹²¹. Cela signifie qu'une norme n'est valide que pour autant qu'elle est obéie par les sujets du droit auxquels elle est destinée. C'est dans ce cadre qu'il affirme que « *supposer valide un ordre étatique auquel le comportement effectif des individus ne se conforme d'aucune manière* » serait « *absurde* »¹²².

L'indifférence du contenu de la règle de droit. En ne définissant une norme que par rapport à sa validité objective, Hans Kelsen entend soustraire le droit à toute forme de jugement axiologique. Cette

¹²⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS affirme en effet : « *Après avoir eu recours à la notion d'efficacité sans définition précise et en entretenant le flou notamment avec celle d'effectivité* » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Penser l'efficacité de la norme », *Keio Hôgaku*, 2014, n° 29, pp. 368-378).

¹²¹ H. KELSEN, *La Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, trad. C. EISENMANN, p. 286.

¹²² H. KELSEN, « Das Wesen des Staates », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, n° 1, p. 8.

neutralisation axiologique repose sur l'idée que les valeurs humaines, d'une part, ne sont pas susceptibles de vérification¹²³; d'autre part, sont excessivement contingentes et variables pour servir de fondement normatif.

Cela implique que le monde des valeurs, de la philosophie, de la politique ne peut en aucun cas servir à valider ou invalider une règle de droit. Cherchant à « épurer » sa théorie « *de toute idéologie politique* »¹²⁴, l'auteur neutralise tout élément subjectif dans l'appréciation de la norme, la réduisant à une question de validité. Ainsi, la norme ne peut être ni juste ni injuste, mais uniquement valable ou non valable. C'est précisément parce que les considérations humaines ne sauraient conditionner la validité de la norme que celle-ci est présentée comme pure.

Mais l'existence d'un système de valeurs n'est pas niée par l'auteur. Ce monde-là existe, il est d'ailleurs dominant et n'est pas dépourvu de toute pertinence, mais il ne saurait trouver sa place dans le système juridique. C'est justement par cette neutralisation des conceptions morales et philosophiques que la pensée positiviste fait de la désobéissance une notion difficilement concevable (2).

2. *L'impossible désobéissance dans la conception objective de la règle de droit*

L'intégration valide de la norme dans le système juridique est donc indifférente à son contenu. Le droit est conçu comme unique, en ce sens qu'il n'existe que le droit positif, mais tout le droit positif. Il n'existe donc pas, dans un même espace juridique, des règles valides morales, religieuses, naturelles, philosophiques ou encore politiques. Ces règles, sauf à ce qu'elles aient été intégrées à l'ordre juridique positif par son édiction par une autorité compétente et sa conformité aux normes de valeurs supérieures, ne sont que virtuelles.

Cette conception unitaire du droit empêche mécaniquement toute confrontation de la loi positive à d'autres règles invalides au sens kelsénien du terme. La norme étant soit valable, soit non valable, la tierce-option n'existe pas. La seule possibilité d'invalider la règle est de prouver que celle-ci n'a pas été édictée par l'autorité compétente, ou bien qu'elle n'est pas conforme à une règle de droit supérieure. Or, dans cette hypothèse, le sujet de droit ne ferait que constater l'invalidité de la norme, il ne lui désobéirait pas au sens philosophique et civiliste du terme.

Dès lors, en réfutant la possibilité d'une telle confrontation, la doctrine positiviste rend nécessairement difficile, voire théoriquement incompatible, l'admission d'une faculté de désobéir. C'est la raison pour laquelle les concepts d'obéissance et de désobéissance sont totalement absents des ouvrages doctrinaux. Selon ces auteurs,

¹²³ A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, n° 67, pp. 95-117.

¹²⁴ En ce sens, v. H. KELSEN, *La Théorie pure du droit*, op. cit., p. 3.

la règle s'impose presque comme une évidence¹²⁵, ce qui les amène à s'abstenir de mentionner « *tout impératif relatif à l'obéissance ou à la désobéissance* »¹²⁶. Synthétisant la pensée positiviste, Emmanuel Picavet écrit ainsi qu'elle « *privilégie le modèle de l'obéissance inconditionnelle et [...] passe sous silence [...] la possibilité du choix conscient de la désobéissance moralement motivée* »¹²⁷.

L'impossibilité du choix conscient de la désobéissance s'impose ainsi tant à l'individu qu'à l'agent, dans la mesure où l'administration, dans la pensée positiviste, est perçue comme une entité strictement objective (B).

B. L'imperméabilité du positivisme à la critique administrative de la règle de droit

Postulant une « *capacité administrative d'une essence secondaire et d'ordre foncièrement subalterne* »¹²⁸, la doctrine positiviste peine à concevoir l'idée que l'administration puisse être dotée d'une volonté désobéissante. C'est moins une impossibilité totale qu'une difficulté théorique, liée à une conception de l'administration comme pure exécutante, dénuée de volonté propre (A) et ne pouvant s'exprimer que par la norme — par définition, conforme et obéissante (B).

I. Le positivisme légaliste et la conception strictement exécutante de l'administration

Le positivisme légaliste et la supériorité du pouvoir législatif. Le positivisme de Carré de Malberg ajoute au positivisme kelsénien une dimension supplémentaire : celle du légitimisme. L'auteur affirme en effet la supériorité de la loi, entendue comme la norme votée par le Parlement, sur toute autre norme juridique, à l'exception de la Constitution. Selon lui, la législation constitue le seul acte juridique incarnant la volonté générale, c'est-à-dire le seul acte véritablement représentatif. C'est à ce titre que la loi fonde la validité des normes qui lui sont inférieures.

Son apport en la matière réside moins dans la conception légaliste du pouvoir, laquelle imprégnait déjà fortement la pensée politique française, que dans la conception légaliste du positivisme juridique. En effet, lorsque Carré de Malberg écrit sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, il ajoute au positivisme le fait qu'il ne puisse être opposé à la loi souveraine aucune règle, car « *il ne peut exister de droit proprement dit antérieurement à la loi de l'État* »¹²⁹. Le législateur, unique représentant de la volonté générale, détient seul un

¹²⁵ En ce sens, E. PICAVET explique que le positivisme « *nous demanderait de considérer comme un devoir évident, et en quelque sorte "donné", l'obéissance à ce à quoi nous ne pouvons guère désobéir* » (E. PICAVET, « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », *Droit et philosophie*, 2004, n° 67, pp. 583- 605).

¹²⁶ O. PFERSMANN, « Entre certitude morale et discontinuité stricte : la raison d'État en Allemagne après 1945 », *Cités. Secrets et raison d'État*, 2023, n° 94, pp. 81-94.

¹²⁷ E. PICAVET, « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », *op. cit.*, pp. 583-605.

¹²⁸ E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, S. RIALS (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 1997, pp. 285-333.

¹²⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Sirey, 1920, p. 57 (note 6) et p. 207 (note 8).

véritable pouvoir normatif, c'est-à-dire une capacité décisionnelle autonome. Comme le disait Henry Berthélemy, « *le législateur seul veut, et peut vouloir librement et commander arbitrairement. [...]. Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire* »¹³⁰.

Le positivisme légaliste et la conception strictement exécutante de l'administration. En postulant la supériorité du législateur, Carré de Malberg postule dès lors l'infériorité du pouvoir réglementaire, lequel n'est qu'un organe exécutant les volontés légales. C'est dans ce contexte qu'Éric Maulin dit de l'administration, émanation du pouvoir exécutif, qu'elle n'est dotée que d'une « *capacité d'une essence secondaire et d'ordre foncièrement subalterne* »¹³¹. Cette conception trouve d'ailleurs un écho symbolique dans la dénomination même de « *pouvoir exécutif* ».

Face à l'incontestable essor du pouvoir réglementaire, surtout à partir du début du XX^e siècle, Carré de Malberg affirmait toutefois que sa théorie n'en était nullement fragilisée. Car cet essor, dit-il, n'existe que parce que le législateur a accepté de déléguer une partie de ses pouvoirs à l'administration. Autrement dit, les compétences du pouvoir réglementaire restent entièrement prédéterminées par la volonté légale. Dans cette perspective, il affirme que « *si l'on tient absolument à parler de matières réglementaires, il faut dire que la matière du règlement, c'est de l'exécution* »¹³², car les normes produites par l'administration ne sont jamais que des « *normes secondaires, dérivées* »¹³³. De même, René Capitant, devant l'Assemblée nationale, lui assurait en 1948 que « *le règlement, le décret, se définit uniquement par sa subordination à la loi* »¹³⁴.

Dans cette vision, l'administration ne dispose d'aucun espace réel de liberté. Lorsqu'elle agit, elle se trouve inévitablement en situation de compétence liée : elle ne détermine ni ne pense ce qu'elle doit faire ; elle fait et exécute. La loi s'impose à elle comme une évidence, au même titre qu'à l'individu. Dès lors que l'administration, strictement exécutante, n'a aucune volonté autonome de celle du législateur, toute volonté de désobéissance à la norme devient, par construction, difficilement envisageable. Cet obstacle propre au positivisme légaliste de Carré de Malberg trouve un prolongement dans l'œuvre de Hans Kelsen, pour qui l'État lui-même ne peut être pensé que juridiquement (2).

¹³⁰ H. BERTHÉLEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, pp. 226-227.

¹³¹ E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, op. cit., pp. 285-333.

¹³² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 2, Sirey, 1922, pp. 578-579.

¹³³ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, 2011, n°79, pp. 623-636.

¹³⁴ Cité par ÉMILIEN QUINART dans « Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine », *Droits. Parenté, mœurs et droit*, 2020, n°72, p. 147.

2. La positivisme kelsenien et la conception strictement juridique de l'administration

L'État et son administration, entièrement régis par le droit. Le dernier obstacle positiviste à la reconnaissance d'une faculté administrative de désobéir réside dans la conception exclusivement juridique que Hans Kelsen se fait de l'État. Par conception exclusivement juridique, il faut entendre que l'État n'est pas envisagé comme une entité préexistante au droit, mais qu'il est entièrement constitué par celui-ci ; il « *se présente comme une entité juridique, gouvernée et régie par le droit* »¹³⁵. Cela signifie que l'État, en tant qu'organe nécessairement juridique, n'est capable que de s'exprimer par la norme. Il en résulte une identité structurelle entre Droit et État, les deux ne pouvant qu'exister ensemble, c'est-à-dire ne pouvant exister indépendamment l'un de l'autre. Pour le dire autrement, et parce que la plume de Jacques Chevallier est sans doute bien plus claire, « *l'État ne peut être pensé que comme "ordre juridique", [...]. Kelsen ramène donc en fait l'État à l'ordre juridique, en en faisant la pure et simple personnification de cet ordre et le fruit de ses déterminations ; ce n'est plus que l'autre nom de l'ordre juridique* »¹³⁶.

Or, si l'État ne peut s'exprimer que par la norme, alors toutes ses émanations, au premier rang desquelles l'administration, ne peuvent produire que des actes juridiques, elles ne peuvent s'exprimer en dehors du droit. Dans cette perspective, l'administration se trouve structurellement incapable de désobéir, puisque la désobéissance suppose, par essence, un acte illégal.

L'existence kelsenienne d'un espace de liberté administrative. Contrairement à la perception malbergienne de l'administration, qui l'enserre dans une fonction entièrement prédéterminée par le législateur, Hans Kelsen ne nie pas l'existence d'un certain espace de liberté administrative. En effet, l'administration, tout comme les autres organes de l'État, bénéficie nécessairement d'une faculté d'interprétation. Cette faculté d'interprétation découle de la nature même de la norme kelsenienne, qui, d'après l'auteur, n'existe que pour autant qu'elle a reçu une interprétation¹³⁷. Cela signifie qu'avant même son application, la norme doit nécessairement recevoir une interprétation, choisie parmi une pluralité de significations juridiques possibles. Autrement dit, « *toute norme doit être interprétée dans l'exacte mesure où elle doit être appliquée* »¹³⁸.

Or, au stade de son interprétation, la norme est un « *cadre ouvert à plusieurs possibilités* »¹³⁹. Ainsi, lorsqu'il est décidé du sens de la norme, celui-ci est nécessairement choisi parmi une diversité de sens juridiques préexistants. Dans ce cadre, l'administration, qui doit parfois interpréter une norme, bénéficie d'un certain

¹³⁵ J. CHEVALLIER, « Droit et État », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986, n° 17, pp. 1-24.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ E. PICAVET écrit en ce sens que « *la création des normes ne va pas sans interprétation* » (E. PICAVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, PUF, 2000, pp. 9-42).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

espace de liberté, dans la mesure où elle doit choisir parmi cette pluralité de sens. Cet espace de liberté favorise l'émergence d'une volonté administrative. Mais il convient de souligner que cette volonté administrative n'est nullement absolue, dans la mesure où les différentes significations de la norme lui préexistent et en limitent nécessairement la portée.

Faut-il donc conclure de cette volonté, une faculté administrative de désobéissance ? La solution est précisément inverse. Car cette volonté ne peut s'épanouir que parmi des interprétations juridiques : le sens que l'administration souhaitera donner à la norme sera donc nécessairement juridique. On retombe dès lors à qui a été vu au paragraphe précédent : l'État, et ses émanations, ne peuvent s'exprimer que par la norme, même s'il est admis qu'elles peuvent s'exprimer de manière autonome.

C'est pourquoi la doctrine positiviste exclut, par ses postulats mêmes, la possibilité de penser la désobéissance administrative. En fondant sa méthode sur une conception strictement objective et unitaire du droit, elle refuse de confronter la norme à toute considération extérieure à l'ordre juridique. Cette barrière intellectuelle est d'autant plus forte dans la pensée malbergienne, où l'administration, conçue comme un organe purement exécutant, ne peut qu'obéir à la loi votée par le Parlement. En admettant même l'existence d'une autonomie administrative, comme le fait Kelsen, celle-ci ne saurait jamais qu'être juridique. L'idée que l'administration puisse formuler une volonté illégale, nécessaire à tout acte désobéissant, est alors exclue. À cet obstacle positiviste s'ajoute un second, celui de la conception de l'administration dans la doctrine publiciste classique (**II**).

II. L'inadmissible volonté administrative de désobéir dans l'approche classique de l'administration

Par-delà les impasses du positivisme, la conception classique de l'administration, portée par la doctrine publiciste, fait également obstacle à l'admission d'une désobéissance de sa part. L'administration, en tant qu'entité exclusivement vouée à servir l'intérêt général, ne saurait poursuivre un intérêt propre, qui lui est étranger (**A**) ; d'autant que par construction doctrinale, l'intégration d'un individu à l'entité impersonnelle qu'est l'administration neutralise mécaniquement ses convictions personnelles, pourtant nécessaires à la désobéissance (**B**).

A. L'administration, entité au service de l'intérêt général

« *L'homme est le seul qui puisse dévier de la ligne sociale, en cédant à des préoccupations égoïstes quand le bien commun est en cause ; partout ailleurs, l'intérêt individuel est inévitablement coordonné ou subordonné à l'intérêt général.* »¹⁴⁰.

D'une charge symbolique toute particulière, voire parfois mystifiée, la notion d'intérêt général, dans la construction doctrinale de l'administration, structure son fonctionnement. Elle en définit les contours : ses finalités et ses limites. Entièrement et exclusivement vouée à la satisfaction de l'intérêt général (1), l'administration ne saurait ainsi faire prévaloir un intérêt propre qui y contreviendrait, et prendrait alors la forme d'une désobéissance (2).

1. La prédominance de l'intérêt général dans la construction juridique de l'administration

La prédominance de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative. Qualifié de « *pierre angulaire de l'action publique* »¹⁴¹, l'intérêt général structure le fonctionnement de l'État et son administration. Cette notion s'est progressivement imposée, par construction jurisprudentielle, comme la finalité première et nécessaire de l'action administrative. Autrement dit, l'administration n'est capable d'agir que dans la mesure où son action sert à l'intérêt général, notion élaborée, précisément, pour encadrer l'action des gouvernants et prévenir toute dérive fondée sur des intérêts particuliers¹⁴².

Il convient de souligner que la prédominance de cette notion ne résulte pas d'une construction doctrinale, dans la mesure où, en réalité, elle « *est apparue trop incertaine dans sa définition pour pouvoir servir de critère central de délimitation du droit administratif* »¹⁴³. À cet égard, aucune école de l'intérêt général n'a jamais prospéré en France, l'école s'en rapprochant le plus étant celle du service public, de Gaston Jèze et Léon Duguit, mais elle ne renvoie pas tout à fait à la même chose.

Cette lacune théorique contraste avec la force structurante de cette notion dans la pratique juridique, tant son emprise sur l'administration semble aujourd'hui aller de soi. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer la

¹⁴⁰ H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, 1932, p. 218.

¹⁴¹ CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, étude annuelle du 30 novembre 1998, p. 245.

¹⁴² J.-M. PONTIER explique en ce sens : « *L'intérêt général est une notion inventée pour limiter l'action des personnes publiques, et d'abord l'État. Sous l'Ancien Régime déjà, sous diverses influences, il était admis que le roi devait poursuivre l'intérêt du royaume et non son intérêt propre, les canonistes et théologiens du Moyen Âge ayant développé parfois longuement cette thèse à travers plusieurs théories* » (J.-M. PONTIER, « Bien commun et intérêt général », *Les Cahiers Portalis*, 2017, n° 4, pp. 33-52).

¹⁴³ CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, op. cit., p. 271.

force d'éviction de cette notion dans la définition jurisprudentielle du service public : dès lors qu'une mission ne relève pas de l'intérêt général, elle n'est pas une activité de service public¹⁴⁴.

L'importance doctrinale de l'intérêt général se révèle à travers l'utilisation de notions voisines.

En réalité, l'intérêt général imprègne profondément la réflexion doctrinale, à travers des formulations variées. « *Volonté de l'être collectif* »¹⁴⁵ pour Léon Michoud ; « *but étatique* »¹⁴⁶ et « *intérêt collectif* »¹⁴⁷ pour Léon Duguit ; ou encore « *intérêt public* »¹⁴⁸ sous la plume de Marcel Waline, sont autant d'expressions qui peuvent être considérées comme une déclinaison, sinon une équivalence, de la notion d'intérêt général. Cela signifie que, tant pour le juge que pour la doctrine, l'État et ses émanations, en particulier les administrations¹⁴⁹, sont toujours au service de cet intérêt, quelle que soit la terminologie utilisée. Comme l'explique Marcel Waline, « *administrer, c'est précisément choisir [...] celle qui paraît le mieux correspondre aux exigences de l'intérêt public* »¹⁵⁰.

L'importance de cette notion trouve probablement son origine dans l'héritage hobbesien de la conception de l'État. En effet, constatant que les passions naturelles de l'Homme le portent « *à la partialité, à la vanité, à la vengeance, et ainsi de suite* »¹⁵¹, Thomas Hobbes conclut que seul l'État, en tant que corps rationnel, permet de s'extraire de cet état de nature. Dès lors, en tant qu'il est le seul corps raisonné, intéressé à la poursuite de l'intérêt général, l'État est incapable de poursuivre des intérêts annexes. Comme le formalise Jean-Marie Pontier, il ne peut « *que poursuivre l'intérêt général, [il] ne [peut] pas poursuivre un intérêt particulier, spécifique [...] à une personne* »¹⁵².

Dès lors, l'hypothèse d'une désobéissance, dont la conception civiliste renvoie à un acte strictement personnel, semble difficilement transposable à l'administration (2).

¹⁴⁴ C'est dans ce cadre que le Conseil d'État écrit que toute tentative de redéfinition du service public « *ne peut faire l'économie d'une référence à l'intérêt général qui fonde bel et bien la spécificité du droit public* » (CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 275).

¹⁴⁵ L. MICHOUARD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome 1, LGDJ, 1906, p. 143.

¹⁴⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, Éd. de Boccard, 1928, p. 493.

¹⁴⁷ L. MICHOUARD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴⁸ M. WALINE, « *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration* », *ECDE*, 1956, p. 27.

¹⁴⁹ Pour le lien entre administration et intérêt général, J.-M. PONTIER explique qu' « *elle est destinée à satisfaire l'intérêt général, elle en est convaincue [...]* » (J.-M. PONTIER, « *Bien commun et intérêt général* », *op. cit.*, p. 33 à 52).

¹⁵⁰ M. WALINE, « *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration* », *op. cit.*, p. 27.

¹⁵¹ T. HOBBES, *Léviathan*, Gallimard, 2000, chap. 17, « *Définition de l'État* », p. 282.

¹⁵² J.-M. PONTIER, « *Bien commun et intérêt général* », *op. cit.*, pp. 33-52.

2. La vocation à l'intérêt général, obstacle à l'admission de la volonté désobéissante

« Il n'existe pas d'intérêt privé de l'administration »¹⁵³ disait Rivero. Cette réfutation a alors conduit la doctrine publiciste à ne pas envisager l'hypothèse que la désobéissance puisse provenir de l'administration elle-même.

En effet, comme vu en introduction, la désobéissance, en son sens civil, est un « *acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique [...]* »¹⁵⁴. Elle peut être le fait d'un individu — à l'instar du cas bien connu d'Antigone — ou d'un groupe restreint, mais elle demeure fondamentalement l'expression d'une conviction individuelle et politique.

Or, cette définition de la désobéissance semble incompatible avec la conception classique de l'administration. Car si l'action administrative est, par essence, enserrée dans la relative étroitesse de l'intérêt général, elle ne saurait tolérer, conceptuellement, la manifestation d'une volonté personnelle, c'est-à-dire non générale. En restreignant l'administration au service de « *l'intérêt collectif* »¹⁵⁵, la doctrine peine alors à concevoir sa désobéissance. Incarnant « *toute la volonté de l'être collectif* »¹⁵⁶, elle s'inscrit dans une logique d'unité, antinomique d'une conduite dissidente.

D'aucuns pourraient objecter que l'administration peut tout à fait désobéir à la loi, dans le cas où elle contreviendrait à l'intérêt général. La désobéissance à la loi serait, en ce sens, un moyen d'obéissance à cet intérêt. Cette conception semble tout à fait pertinente, car il est en effet possible, bien que peu probable, que la loi soit contraire audit intérêt. Toutefois, il convient de formuler deux remarques, de nature à en atténuer la portée ; à l'exclusion de la question de savoir comment définir cet intérêt général, qui est sans doute encore plus difficile.

D'une part, elle suppose que la loi ne soit pas nécessairement l'expression de l'intérêt général. Or, comme le souligne le Conseil d'État, « *il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général* »¹⁵⁷. Comment, dès lors, un agent pourrait-il désobéir à la loi au nom de l'intérêt général, alors même que celle-ci en serait la source ? Mais on peut toutefois objecter que le Conseil constitutionnel a lui-même reconnu, en 1985, que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution¹⁵⁸ ; ce qui semble pouvoir signifier qu'elle n'exprime l'intérêt général qu'à cette même condition, car les deux définitions semblent proches. Dans ce cas, l'agent pourrait désobéir à la loi contraire à la Constitution. Cependant, comme évoqué en introduction, le

¹⁵³ J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1953, p. 279.

¹⁵⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 405.

¹⁵⁵ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, op. cit., p.143.

¹⁵⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 391.

¹⁵⁷ CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, synthèse de l'étude disponible en ligne, sur le site de la juridiction.

¹⁵⁸ CC, 23 août 1985, op. cit., cons. 27.

contrôle de constitutionnalité assure la conformité des lois à la Constitution, d'autant qu'une telle situation supposerait que l'agent soit capable de distinguer une loi conforme de celle qui y serait contraire, ce qui semble incertain, étant donné la technicité de ces questions.

D'autre part, admettre que l'administration puisse désobéir, au nom de l'intérêt général, suppose encore que tout acte désobéissant soit guidé par cette finalité. Sans doute, cette inadmission théorique résulte alors d'une vision fantasmée de l'acte désobéissant, souvent présenté comme vertueux et collectivement approuvé. Néanmoins, comme évoqué en introduction, cette conception idéalisée ne résiste guère à l'épreuve des faits lorsqu'il est question de désobéissance administrative, dont on verra ultérieurement qu'elle répond surtout à des convictions propres, parfois étrangères à toute visée collective, c'est-à-dire à l'intérêt général.

L'obstacle théorique est d'autant plus fort que l'administration est traditionnellement conçue comme une entité impersonnelle (**B**), empêchant l'expression d'une volonté individuelle.

B. L'administration, entité autonome de la volonté de ses agents

Envisagée comme une entité impersonnelle, l'administration n'est, en outre, conçue que comme un ensemble unitaire, c'est-à-dire distincte des agents qui la composent. En effet, le fonctionnaire, en intégrant la fonction publique, est supposé s'effacer : sa fonctionnarisation s'envisage comme un acte presque sacrificiel. Cette construction, qui s'inscrit dans un processus doctrinal d'autonomisation de l'État (**1**), exclut ainsi la possibilité conceptuelle pour l'agent d'exprimer une opinion dissidente dans l'exercice de ses fonctions (**2**).

I. La construction doctrinale d'une volonté étatique propre

La personnification juridique de l'État comme condition de son autonomie. Faire l'étude exhaustive des doctrines relatives à la formation de l'État excéderait à l'évidence le champ de cette étude. Plus modestement, il s'agirait de voir ici que l'autonomisation de l'État — progressivement envisagé comme une entité distincte des individus qui la composent — constitue un préalable doctrinal essentiel à l'émergence d'une conception sacrificielle de la fonctionnarisation des individus. Cette conception moderne de l'État s'est principalement développée à partir du XIX^e siècle, avec l'émergence d'une personnalité juridique propre à celui-ci. Un tel basculement conceptuel est alors jugé nécessaire pour la protection des individus, car « *il fallait élèver au-dessus de la violence non un Homme, sujet comme tel aux passions et aux défaillances, mais une volonté impersonnelle, impassible par la même et constante* »¹⁵⁹.

¹⁵⁹ C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Éd. Arthur Rousseau, 1891, p. 10.

La naissance consubstantielle d'une volonté étatique propre. C'est dans ce cadre que s'impose l'idée de « déplacer l'imputation de la volonté publique du monarque à l'entité abstraite État »¹⁶⁰, et de conférer à l'État une « puissance de vouloir d'un organisme moral conçu comme personne »¹⁶¹. Cette doctrine atteint son paroxysme lorsque, progressivement, l'État ne peut exister en droit qu'à la condition que nul ne détienne entre ses mains, et entre ses volontés, le pouvoir. Cette idée est alors théorisée par Adhémar Esmein, qui écrivait que « ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles »¹⁶². L'État moderne est pensé comme une entité désincarnée, n'appartenant à personne, pas plus aux générations présentes qu'aux générations futures et passées ; il permet de s'assurer que personne ne s'accapare le pouvoir à des fins anti-sociales.

Ce processus *autonomisant*, par définition et par finalité, a nécessairement abouti, en théorie, à l'exclusion des volontés individuelles : l'État, en tant que personne morale pérenne, n'est plus « un assemblage artificiel et mécanique de plusieurs volontés individuelles »¹⁶³. Il est animé par sa volonté propre, ce qui explique alors que la désobéissance de l'administration demeure impensée (2).

2. *L'effacement de la volonté de l'agent derrière celle de l'État*

L'identité absolue entre la volonté de l'État et celle de ses agents. Il résulte de cette personnification de l'État une construction doctrinale du fonctionnaire toute particulière, à notre sens parfaitement résumée par Georg Jellinek : « l'État et l'organe ne font qu'un »¹⁶⁴. Il traduit l'idée selon laquelle lorsqu'un individu intègre la fonction publique, il cesse d'agir en son nom propre. Il s'efface nécessairement, ou du moins efface ses volontés individuelles, afin d'exprimer les volontés de l'État, désormais autonomes. Comme l'explique de manière sans doute plus claire Achille Mestre, la volonté de la personne morale « anime l'organe »¹⁶⁵, et « l'organe représentatif n'a pas une volonté extérieure à celle de la personne morale, mais au contraire est chargée d'exprimer cette volonté »¹⁶⁶. Le fonctionnaire, dans cette construction doctrinale, est un relais impersonnel de la volonté étatique.

Dont résulte la difficile désobéissance du fonctionnaire. L'individu fonctionnarisé est alors incapable de convictions propres, car, lorsqu'il exerce ses fonctions, il incarne, d'une certaine manière, l'État. Or,

¹⁶⁰ O. JOUANJAN, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2014, pp. 51-62.

¹⁶¹ C.-F. GERBER, *Grundzüge der deutschen Staatsrechts*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1880, p. 19.

¹⁶² A. ESMEIN, *Eléments de droits constitutionnels*, Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 1.

¹⁶³ C.-F. GERBER, *Grundzüge der deutschen Staatsrechts*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁴ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, tome 2, Éd. Panthéon-Assas, 2001, 2005, p. 308.

¹⁶⁵ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1899, p. 211.

¹⁶⁶ Ibid., p. 215.

s'il efface ses volontés individuelles, il peut difficilement désobéir sur le plan théorique, dans la mesure où, comme il a été dit plus tôt, la désobéissance demeure fondamentalement l'expression d'une conviction personnelle.

C'est dans ce cadre que le droit de la fonction publique, dans une formulation certes radicale mais éclairante, a déjà été décrit comme un « *droit d'esclave* », qui « *transforme les "porteurs" potentiels de volonté, dans leur relation à l'État, en simples objets de la puissance* »¹⁶⁷. Une telle vision, bien qu'hyperbolique, permet néanmoins de bien faire comprendre la dimension sacrificielle de la fonctionnarisation d'un individu, dans la doctrine classique.

Cette dimension, d'ailleurs, a reçu un certain écho dans la jurisprudence. En effet, en refusant un droit de grève au profit des fonctionnaires, au nom « *des nécessités mêmes du service public* »¹⁶⁸, le Conseil d'État, dans son arrêt *Winkell*, ne fait rien d'autre que de marquer l'impossibilité pour le fonctionnaire de faire valoir ses convictions personnelles dans l'exercice de ses fonctions. Comme il l'explique, « *le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale* »¹⁶⁹.

Depuis lors, on le sait, le Conseil d'État est revenu sur cette position. Ce revirement s'inscrit dans un mouvement doctrinal plus large qui, tout en conservant ses fondements théoriques initiaux, a progressivement évolué vers une approche rendant plus aisée la conceptualisation de la désobéissance administrative (**Section 2**).

Section 2. Essai d'appréhension théorique de la désobéissance administrative

« *Est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui exercent par la volonté de l'Etat ?* »¹⁷⁰

En dépit des efforts déployés pour construire une science neutre, la pratique montre toutefois que les agents publics, comme tout individu, demeurent traversés par des convictions et sont capables de désobéissance. Cette paradoxale existence fragilise dès lors les postulats positivistes, et impose alors de repenser la manière dont le droit peut appréhender de tels actes. L'émergence de ces actes semble attribuable, d'une part, à l'acquisition pratique d'un espace de liberté administrative (**I**) ; d'autre part, la reconnaissance d'une volonté administrative partiellement émancipée de la volonté légale (**II**).

¹⁶⁷ Cité par J. HUMMEL dans « L'introuvable vérité du droit public ou l'éclipse du politique dans le discours juridique », *Droits*, 2005, n° 42. pp. 183-189 (citation de C.-F. GERBER et P. LABAND).

¹⁶⁸ CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 37317, *Lebon* p. 1293.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ L. DUGUIT, *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, Fontemoing, 1902 p. 21.

I. L'évolution des postulats doctrinaux : un cadre juridique plus ouvert à l'appréhension du phénomène

Bien que la désobéissance administrative demeure aujourd'hui difficilement pensable, on observe néanmoins une évolution, certes marginale, des postulats doctrinaux. Cette évolution tend à rendre plus concevable l'acte administratif désobéissant. Elle se manifeste par une plus grande ouverture à la critique de la norme (**A**), critique qui peut désormais plus facilement émaner d'une administration progressivement affranchie de la volonté du législateur (**B**).

A. La nécessaire critique de la règle de droit

La neutralisation axiologique du droit a sans doute prospéré, mais seulement jusqu'à un certain point. L'Histoire nous a en effet montré que la confrontation de la loi positive à une norme extra-légale, par tout un chacun, aurait parfois été nécessaire. En ce sens, la posture strictement positiviste adoptée durant la France vichyste (**1**), en symbolise radicalement les limites. Depuis lors, la doctrine paraît davantage disposée à reconnaître la possibilité d'une confrontation de la norme positive à une autre (**2**).

1. *La banalisation de la législation antisémite à travers l'approche positiviste du droit*

Positivisme et banalisation des lois antisémites. À partir de 1940, la pensée positiviste a sans doute favorisé l'émergence juridique d'une logique antijuive. Loin d'en être le fondement, ce qui est d'ailleurs souvent affirmé, alors même que Kelsen, juif de confession, avait lui-même subi les rafles antisémites¹⁷¹ ; la pensée positiviste avait néanmoins agi comme outil de banalisation de la législation antisémite, favorisant son développement.

Car en forçant à l'abstraction de la norme, cette pensée rend théoriquement valide toute norme, même antijuive, et l'assortit d'un certificat de légalité de nature légitimisante. Or, c'est précisément en se masquant derrière cette apparente neutralité juridique que le régime nazi a pu, en partie, s'épanouir juridiquement. Comme l'explique Michel Halbeck, « *le positivisme juridique se contente de tirer les conséquences juridiques de tout ordre établi, dès lors qu'il est établi — peu lui importe comment — et qu'il est* »¹⁷². Dès lors, l'abstraction de la norme fait qu'un régime, même injuste, vaut¹⁷³. Il est ainsi intéressant de voir que la neutralisation axiologique

¹⁷¹ En ce sens, E. PICAVET dit que l' « *on ne peut pas prêter à Kelsen, victime directe du nazisme (notamment du nazisme de ses collègues et de ses étudiants), la glorification du droit nazi sous prétexte qu'il s'agissait à l'époque du nazisme d'un système de droit positif* » (E. PICAVET, « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », *op. cit.*, pp. 583-605).

¹⁷² M. HALBECK, *L'État, son autorité, son pouvoir*, G.BURDEAU (dir.), thèse de doctorat, science politique, Institut d'études politiques de Paris, 1962, p. 85.

¹⁷³ P. DECERF, « H. Kelsen et divers auteurs » *Revue Philosophique de Louvain*, 1960, n° 60, pp. 645-648.

du droit, si elle avait été un moyen de « *quitter le terrain du chaotique du politique pour accéder à l'espace apaisé du judiciaire* »¹⁷⁴, a finalement permis aux passions les plus innommables de s'épanouir.

Les juristes pendant la Seconde Guerre mondiale. Les juristes, en dépit du contexte, n'ont pas véritablement modifié leurs méthodes de travail. Ils se livraient en effet au commentaire des nouvelles lois et nouveaux arrêts, en faisant abstraction totale de leur contenu et des atrocités qu'ils véhiculaient. Ils ont fait du droit antisémite « *comme l'on fait du droit civil ou du droit administratif, classifiant, distinguant, et interprétant des normes* »¹⁷⁵. Disciplinarisant le droit antisémite, les juristes estimaient que les lois vichystes doivent être envisagées comme « *des faits juridiques, dont l'ignorance n'est pas possible* », qu'il faut alors analyser « *dans une étude purement objective* »¹⁷⁶. L'abstraction a sans doute atteint son paroxysme dans les thèses consacrées à l'étude du droit antisémite. Ainsi, en 1942, une thèse portant sur la qualification juive¹⁷⁷ a été soutenue, puis requalifiée l'année suivante sous le titre : « *La qualité de juif. Une notion juridique nouvelle* ». Ce dernier cas illustre de manière paradigmatique les risques de l'approche strictement positiviste, qui, se concentrant sur des questions purement techniques, effaçait les horreurs de cette législation.

Ainsi, cette méthode a « *conféré une sorte de respectabilité* »¹⁷⁸ à ces lois, en faisant oublier leurs conséquences sur la population juive en France. Mais l'après-guerre a finalement mis en évidence les limites d'une science juridique qui se voudrait totalement détachée de toute considération extra-juridique (2).

2. *La reconnaissance de la nécessaire, et irrésistible, critique de la règle de droit*

L'admission doctrinale, et jurisprudentielle, d'une nécessaire critique juridique de la loi positive. Cette euphémisation des lois antisémites a donc, dans l'après-guerre, suscité certaines critiques. Elles ont mis en évidence les « *dangers de la science du droit* »¹⁷⁹ et ont rappelé à tous que, pourvu qu'elle ne soit pas excessive, la confrontation de la loi positive à d'autres normes est parfois nécessaire.

Il ne s'agit pas ici de prétendre que l'après-guerre aurait connu une rupture radicale dans la discipline. Loin s'en faut, la doctrine dominante s'épanouit toujours pleinement dans un système positif. Toutefois, certains auteurs ont, depuis lors, réhabilité l'idée d'une nécessaire confrontation de la loi positive à des règles de

¹⁷⁴ J. CHEVALLIER, T. PERROUD, J. CAILLOSSE, D. LOCHAK, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, p. 20.

¹⁷⁵ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in, CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 255.

¹⁷⁶ E.-H. PERREAU, « Le nouveau statut des juifs en France », *JCP*, Doctrine, 1941, n° 216, p. 1.

¹⁷⁷ Thèse soutenue par A. BROC, 15 décembre 1942, PUF, requalifiée l'année suivante.

¹⁷⁸ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *op. cit.*, p. 275.

¹⁷⁹ J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique*, PUF, 2002, p. 177.

nature extra-juridiques. En d'autres termes, la période vichyste a surtout agi comme un rappel de l'importance de ne pas banaliser des législations discriminantes au moyen d'une approche positiviste poussée à l'extrême¹⁸⁰.

Outre l'émergence d'écoles post-positivistes, la découverte par la Conseil d'État des principes généraux du droit semble aller dans le sens de cette approche renouvelée du positivisme. Comme l'explique Jean Rivero, ces principes révèlent, de la part du juge, une volonté de « *soumission de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte* »¹⁸¹. Ces principes, applicables même en l'absence de texte¹⁸², ne sont rien d'autre que des créations du juge¹⁸³, qu'il tire parfois de ses propres conceptions de l'éthique et des valeurs, lorsque la loi « *heurte de front un principe qu'il juge essentiel* »¹⁸⁴, afin de « *faire flétrir les commandements du législateur* »¹⁸⁵. En agissant ainsi, le juge lui-même confronte la loi positive à d'autres règles qu'il considère essentielles ; selon une approche, sinon renouvelée, du moins ajustée, du positivisme.

L'irrésistible critique de la loi positive. En toute hypothèse, l'affirmation positiviste selon laquelle le droit positif, en tant qu'ensemble unitaire et fermé, ne saurait faire l'objet de critique fondant un acte désobéissant, apparaît comme une position théorique, sinon illusoire, du moins difficilement tenable. Car la norme est toujours susceptible d'être critiquée par tout un chacun. La confrontation est, pour ainsi dire, irrésistible, inévitable.

Les positivistes eux-mêmes ne paraissent pas concevoir un droit positif totalement détaché de toute considération morale. En ce sens, Georges Ripert affirmait lui-même que « *c'est un faux positivisme [celui] qui supprime "dans l'énumération des forces sociales celle qui devrait la première inspirer le législateur", la force morale* »¹⁸⁶. Dans la même perspective, la *Grundnorm* de Kelsen semble, quasi-incontestablement, relier l'ordre juridique à « *à celui de l'éthique* »¹⁸⁷, témoignant de ce que l'auteur n'est pas tout à fait indifférent au contenu de la norme. Dès lors, en dépit de leur posture scientifique, ils ne peuvent se soustraire complètement à l'inclination naturelle à apprécier la norme selon ses propres conceptions.

En cela, il semble possible de conclure que le droit lui-même n'est jamais neutre, il véhicule toujours une certaine conception des valeurs¹⁸⁸, traduite dans une sémantique juridique, euphémisant sa charge symbolique.

¹⁸⁰ Notons à ce stade que c'est précisément après cette période (en 1944) qu'un devoir de désobéissance du fonctionnaire a été consacré, ce point sera vu plus en détail dans la deuxième partie.

¹⁸¹ J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne », in, *Pages de doctrines*, LGDJ, 1980, p. 303.

¹⁸² CE, ass., 26 octobre 1945, *Sieur Aramu*, n° 77726, Lebon p. 213, cons. 2.

¹⁸³ J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne », op. cit., p. 310.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 188.

¹⁸⁷ M. HALBECK, *L'État, son autorité, son pouvoir*, op. cit., p. 85.

¹⁸⁸ V. en ce sens : D. LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in, *Le genre humain*, 1996, n° 30-31, p. 456.

Dès lors, cette déconstruction permet de mieux comprendre comment l'individu, dont l'agent public, peut désobéir ; d'autant plus face au constat du recueil de l'approche positiviste-légaliste du droit (**B**).

B. Le développement d'une administration autonome du pouvoir législatif

La pensée spécifiquement malbergienne du positivisme, c'est-à-dire légaliste, a elle aussi été progressivement relativisée par le cours de l'Histoire, par la désacralisation progressive de la figure du législateur. Loin s'en faut, le législateur continue de constituer la clef de voûte du système juridique français. Toutefois, il ne bénéficie plus du même prestige qu'autrefois. C'est précisément l'atténuation de son autorité qui contribue à rendre plus concevable l'idée que l'administration puisse, dans certaines circonstances, transgresser la loi.

La désacralisation du législateur. Faire l'exposé des raisons institutionnelles ayant provoqué cette relégation parlementaire s'avère ici hors de propos. Ce qui importe davantage, au regard de notre sujet, ce sont les effets de ce basculement institutionnel sur la propension des administrations à désobéir. Notons toutefois que cette désacralisation repose, en partie, sur l'idée selon laquelle le législateur, trop enclin à suivre ses passions, ne saurait garantir de manière fiable la continuité de l'État. Le pouvoir exécutif, envisagé comme un corps de technocrates, apparaît comme une alternative plus souhaitable, plus à même de répondre aux exigences croissantes de l'action publique, dans des domaines de plus en plus techniques¹⁸⁹. C'est pourquoi, forte de cette idée, la Constitution de 1958 marque l'essor du pouvoir gouvernemental, désormais « *affranchi de sa subordination [...] à l'égard du Parlement* »¹⁹⁰, et cristallise, mécaniquement, la démystification de la figure du législateur. Le professeur Félix Moreau écrit en ce sens que l'exécutif n'est plus « *réduit à la seule exécution des lois, enfermé dans la notion grammaticale du pouvoir exécutif. Sa mission juridique comporte une action spontanée, limitée non pas déterminée par la loi* »¹⁹¹. Ce renversement atteint son expression la plus aboutie dans la décision *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, du Conseil constitutionnel, dans laquelle celui-ci dispose que la loi n'incarne la volonté générale que dans le respect de la Constitution¹⁹². Ce qui signifie que le curseur de la volonté générale n'est plus la loi, mais le texte constitutionnel ; car la loi « *n'est pas seulement une opération intellectuelle [...] elle est aussi un acte de volonté. [...] elle n'est plus seulement un jugement au sens logique* »¹⁹³. En

¹⁸⁹ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 17.

¹⁹⁰ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 20.

¹⁹¹ F. MOREAU, *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français*, Fontemoing, 1902, p. 171.

¹⁹² CC, 23 août 1985, op.cit., cons. 27.

¹⁹³ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif, et la loi positive*, Dalloz, rééd. 2003, p. 543.

somme, c'est le triomphe de la rationalité¹⁹⁴ qui, en disqualifiant le politique, a contribué à marginaliser le législateur au profit de l'administration, jugée dénuée « *d'a priori idéologique* »¹⁹⁵.

La valorisation subséquente de pouvoir réglementaire et son administration. Cette réorganisation institutionnelle s'accompagne d'une valorisation non seulement de l'appareil gouvernemental, mais plus largement de l'administration dans son ensemble. Ce qui a permis le développement sensible de l'autonomie administrative¹⁹⁶. Cela ne signifie pas que l'administration était auparavant dénuée de toute prérogative propre, elle disposait déjà, notamment dans les services des étrangers, de pouvoirs discrétionnaires. Mais la désacralisation progressive du législateur a renforcé cette autonomie, en conférant aux administrations une légitimité nouvelle.

Cette autonomie repose sur l'idée que l'appareil administratif est lui-même perçu comme un corps de techniciens rationnels, plus aptes à garantir le bien commun que des représentants politiques jugés trop instables, y compris les membres du gouvernement. C'est donc la neutralisation politique de l'administration¹⁹⁷ qui a contribué à consolider cette autonomie, laquelle se fonde surtout sur le mode de recrutement des agents publics (à l'exception des hauts fonctionnaires), lesquels intègrent majoritairement la fonction publique par voie de concours¹⁹⁸, en vertu de leur compétence technique et non de leur orientation idéologique¹⁹⁹.

La possible critique administrative de la loi. L'essor administratif n'est pas sans influence sur la manière dont les agents perçoivent la loi, et sur leur faculté de désobéir. En effet, certains en viennent à considérer que leur expertise technique, c'est-à-dire leur sagesse technocrate, justifie, dans certains cas, de s'en écarter. Autrement dit, elle légitime la capacité des agents publics à « *interpréter à leur guise la législation* »²⁰⁰. Convaincus, parfois sincèrement, de leur propre neutralité, certains fonctionnaires s'arrogent plus facilement la possibilité de « *faire prévaloir des impératifs techniques, ou leur propre opinion, plutôt que la volonté du pouvoir politique* »²⁰¹, voire de « *profiter des prérogatives [...] sans en accepter les servitudes* »²⁰². Même en l'absence de cette conviction, le simple affaiblissement symbolique de la loi rend sa transgression plus aisée, sur le plan psychologique. C'est en tout cas ce qu'explique Léon Duguit qui, face à l'essor du pouvoir réglementaire, conclut que « *désormais l'autorité réglementaire a également pour fonction de faire prévaloir les engagements* »

¹⁹⁴ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 17.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 16.

¹⁹⁷ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁸ CGFP, art. L. 320-1.

¹⁹⁹ Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²⁰⁰ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 17.

²⁰¹ C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 29.

²⁰² C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, op. cit., p. 22.

*internationaux. Elle doit, en effet s'abstenir d'exécuter les lois dans le cas où le respect des engagements y feraient obstacle »*²⁰³.

En somme, la désarticulation de la loi à la volonté générale, conséquence d'une relégation politique et doctrinale du législateur, a conduit à reconfigurer le rapport d'obéissance de l'administration à la loi. Elle éclaire ainsi les raisons pour lesquelles un agent peut désormais s'arroger le droit de désobéir : soit parce qu'il juge la loi inadaptée, voire injuste ; soit parce qu'il peut plus aisément faire prévaloir sa propre volonté. L'autonomie ainsi reconnue à l'administration s'est logiquement doublée d'une autonomisation de sa volonté, désormais partiellement dissociée de la volonté législative, voire, plus largement, de la volonté étatique (**II**).

II. Le développement d'une volonté administrative autonome

Dès lors que l'on admet que l'administration dispose d'une autonomie propre, sensiblement renforcée par le triomphe de la rationalité, il devient logique de reconnaître l'existence d'une volonté administrative distincte, plus aisément identifiable. Toutefois, cette reconnaissance suppose d'abord une déconstruction de l'approche traditionnelle de l'administration (**A**), avant de pouvoir identifier clairement cette volonté autonome et déterminer à quel moment elle est désobéissante (**B**).

A. La reconnaissance progressive d'une volonté administrative propre

La reconnaissance d'une volonté administrative propre n'a pu, conceptuellement, être admise qu'en déconstruisant les acquis théoriques jusque-là dominant. L'image d'une administration impersonnelle, strictement dévouée à l'intérêt général, a cédé sous le poids des réalités. D'une part, l'administration ne saurait être distincte des membres qui la composent (**1**) ; d'autre part, la poursuite de l'intérêt général n'est plus mécanique (**2**).

1. Une volonté étatique inséparable des volontés individuelles des agents

La volonté de l'État, volonté non-distincte des volontés individuelles. Nier l'existence des individualités des agents semble, en tout état de cause, illusoire. Cette fiction juridique était surtout un moyen de s'assurer, dans une perspective hobbesienne, de la rationalité de l'État, mais elle ne saurait prospérer face à la réalité administrative. En effet, l'idéal d'une volonté étatique distincte des volontés individuelles, ne semble recevoir aucune assise réelle, dans la mesure où l'État, en tant qu'organisation humaine, n'est jamais qu'une construction collective, portée par des individus.

²⁰³ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif, et la loi positive, op. cit.*, p. 13.

La volonté étatique est, avant toute chose, déterminée par les individus eux-mêmes, elle ne leur préexiste pas. C'est d'ailleurs dans ce cadre que Léon Duguit se demandait : « *est-ce la volonté de l'État qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui exercent par la volonté de l'État ? Impasse de laquelle on ne peut point sortir* »²⁰⁴; ou, plus trivialement, qui de l'œuf [volonté étatique] ou la poule [volonté individuelle] arrive en premier dans la construction de l'État et dans l'action publique ? La réponse semble, en tout cas pour Carré de Malberg, évidente, lequel qualifie de « *capital* » le rôle personnel que « *joue l'individu dans la formation de cette volonté [étatique]* »²⁰⁵.

Ici, la démonstration théorique paraît presque vaine, tant le constat s'impose avec force. Léon Duguit fut sans doute l'un des plus fervents défenseurs de cette idée, s'attachant à déconstruire la mystification doctrinale de l'État en expliquant qu'« *il n'y a dans le monde que des volontés individuelles* »²⁰⁶. Partant, l'agent détient, certes, un certain pouvoir étatique, mais « *ce pouvoir ne peut appartenir qu'à une volonté individuelle, et la seule volonté individuelle qui puisse être considérée ici est celle du fonctionnaire* »²⁰⁷. Selon lui, pourvu qu'elle soit pertinente, la distinction entre gouverné, agent et gouvernant n'a de sens que si l'on admet que les volontés de chacun sont individuelles et équivalentes. Elles se différencient par le seul fait que celles des gouvernants et agents sont investies du pouvoir d'employer la contrainte²⁰⁸; mais elles n'incarnent jamais cette « *prétendue volonté de l'État* »²⁰⁹.

Le fonctionnaire, titulaire d'une volonté propre. Dès lors que l'on admet que l'État n'est pas animé d'une volonté propre et abstraite, la fonctionnarisation de l'individu ne peut plus être envisagée comme un processus d'effacement de sa volonté. L'agent, dans l'exercice de ses fonctions, exprime nécessairement une part de volonté propre et n'est plus un simple relais impersonnel des volontés étatiques. C'est dans cette mesure que Carré de Malberg qualifie d'« *éminemment personnelle [...] l'activité consistant à vouloir pour la nation* »²¹⁰. Certes, sous sa plume, cette observation vise avant tout le Parlement. Mais l'essor du pouvoir réglementaire conduit nécessairement à étendre ce constat à l'administration.

Cette pleine individualité de l'agent permet alors d'envisager l'idée qu'il puisse désobéir. En effet, si la désobéissance est parfaitement concevable pour le gouverné, elle l'est donc tout autant pour le gouvernant. La fonctionnarisation n'est plus un sacrifice de l'individu, mais elle est, plus modestement, son intégration, par voie

²⁰⁴ L. DUGUIT, *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, op. cit., p. 21.

²⁰⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 307.

²⁰⁶ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 497.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 366.

²⁰⁹ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 371.

²¹⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 306.

contractuelle ou statutaire, dans la fonction publique, laquelle implique, certes, un devoir d'obéissance hiérarchique. En ce sens, l'article L. 121-10 du CGFP, selon lequel « *l'agent public doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique* », reconnaît, en définitive, l'éventualité d'une résistance de l'agent. Il peut dès lors être lu comme un aveu de vulnérabilité de l'administration face aux opinions dissidentes de ses agents.

2. *La reconnaissance d'une pluralité d'intérêts administratifs*

L'intérêt propre de l'administration. Tant la jurisprudence que la doctrine ont progressivement reconnu l'existence d'un intérêt propre de l'administration. Cet intérêt traduit l'idée que « *l'intérêt public, [...] n'est pas nécessairement l'intérêt du public* »²¹¹, en ce sens que l'administration peut agir pour servir son propre fonctionnement, lequel ne rejoindra positivement, *in fine*, qu'indirectement, voire très indirectement, sur l'individu. Cet intérêt, en tout état de cause, n'est jamais un intérêt égoïste de l'administration²¹², mais il a plutôt été un instrument utilisé par le juge afin de reconnaître la validité juridique d'un acte pris par la personne publique aux fins d'assurer sa bonne organisation interne. Cette notion, bien que paraissant antinomique de l'intérêt général, est en réalité intrinsèquement liée à ce dernier dans la mesure où l'intérêt propre « *contribue à la réalisation du second [l'intérêt général]* »²¹³.

L'intérêt privé de l'agent. En outre, et surtout, il a progressivement été admis, face à la réalité administrative, qu'un acte administratif puisse poursuivre une finalité étrangère à l'intérêt général ou à l'intérêt propre de l'administration. Autrement dit, qu'un acte soit la manifestation juridique d'un intérêt individuel, justifiant l'émergence d'un contrôle juridictionnel portant sur les buts et motifs de l'acte. Comme déjà évoqué, ce contrôle, notamment à travers la théorie du détournement de pouvoir²¹⁴, permet au juge de censurer un acte dont la finalité se révèle étrangère à celle qui lui était légalement assignée. En identifiant explicitement l'existence de motifs dans l'édition d'un acte, le juge, et la doctrine, reconnaissent dès lors, indirectement, qu'un agent peut utiliser son pouvoir administratif à des fins propres, voire désobéissantes. Le lien avec la partie précédente est ici manifeste : c'est précisément parce que la fonctionnalisation n'efface pas les convictions de l'individu que le but de l'acte peut être infléchi à des fins personnelles. Le recul de l'intérêt général dans la construction de l'administration facilite alors l'admission théorique de l'acte désobéissant.

²¹¹ J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, 35, p. 327.

²¹² N. FORT, *L'intérêt propre des personnes publiques*, M. UBAUD-BERGERON (dir.), thèse de doctorat, Droit, Université Montpellier, 2019, p. 14.

²¹³ N. FORT, *L'intérêt propre des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 371.

²¹⁴ CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, n° 47544, *Lebon* p. 934.

Le plein épanouissement de la volonté propre dans le pouvoir discrétaire. Cette volonté s'épanouit pleinement dans les pouvoirs discrétionnaires qui ont été reconnus à l'administration. Comme évoqué en introduction, cette notion désigne un pouvoir administratif vaste, souvent opposé à la compétence liée de l'administration, à l'intérieur duquel l'administration détient un certain espace de libre disposition. Cet espace doit toutefois toujours s'épanouir d'une manière « *compatible avec l'intérêt général* »²¹⁵; il permet simplement à l'administration de faire prévaloir sa volonté propre.

Sujet de nombreuses controverses doctrinales, il ne s'agira pas ici de déterminer si ce pouvoir relève d'« *un choix pleinement subjectif* »²¹⁶ de l'administration ou bien si cette dernière reste, en tout état de cause, limitée dans son champ des possibles. L'objectif est plutôt de souligner que ce pouvoir, en tant qu'expression de la volonté propre de l'administration, devient dans les faits un instrument privilégié de l'épanouissement des volontés personnelles de l'agent qui en bénéficie. En ce sens, Charles Eisenmann écrivait qu'il permet « *à leur titulaire de faire valoir et prévaloir des volontés personnelles* »²¹⁷. Cette possible expression de la volonté personnelle de l'agent peut, dès lors, se traduire par un acte désobéissant.

Pour bien comprendre les enjeux ici soulevés, qui représentent sans doute le cœur de cette étude, en admettant l'existence d'un intérêt propre de l'administration, la notion d'intérêt général, certes structurante, a néanmoins peut-être perdu en valeur symbolique. En ce sens, l'intérêt propre de l'administration n'est jamais qu'une manière indirecte de satisfaire l'intérêt commun, mais il a permis de comprendre qu'un acte peut avoir une diversité de buts, allant parfois jusqu'au but purement individuel de son auteur. Dans ce cadre, le pouvoir discrétaire confère à l'agent une liberté de choix incontestable, et c'est dans cette liberté de choix qu'il peut satisfaire un but dévoyé. En admettant cela, il est devenu possible de penser la désobéissance de l'agent, mais il faut encore pouvoir l'identifier (**B**).

B. Les modalités d'identification de la volonté administrative désobéissante

« *La difficulté est évidemment de faire pratiquement la preuve de l'intention mauvaise, illégale du fonctionnaire* »²¹⁸. Tâche ardue s'il en est, l'identification du but de l'acte semble être l'étape nécessaire à l'identification d'un acte désobéissant. Or, « *donnée psychologique* »²¹⁹, la volonté semble par nature difficilement connaissable, voire inaccessible. Si, parfois, l'exercice s'avère particulièrement aisés, dans la mesure où l'agent

²¹⁵ N. FORT, *L'intérêt propre des personnes publiques*, op. cit., p. 352.

²¹⁶ S. RIALS, *Pouvoir discrétaire*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2019, p. 3.

²¹⁷ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, op. cit., p. 7.

²¹⁸ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants, et les agents*, op. cit., p. 545.

²¹⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ, 2014, p. 507.

verbalise sa volonté (1) ; il faudra, le plus souvent, sonder l'intention administrative à travers des « *indices de volonté* », des éléments de fait de nature à caractériser, objectivement, un but dévoyé (2).

1. L'hypothèse marginale de la verbalisation de la volonté dissidente

Cette première hypothèse s'avère rare. En effet, verbaliser une volonté légale et conforme aux fins d'intérêt général ne semble présenter aucune difficulté particulière. Bien au contraire, cette verbalisation joue, pour l'administration, une fonction de légitimation²²⁰ non négligeable. Mais lorsque la volonté est désobéissante, sa verbalisation devient hautement improbable, du moins peu opportune, sauf à ce que l'acte désobéissant vise à servir une cause supérieure, collectivement appréciée. Dans ce cas, en effet, la verbalisation du but de l'acte semble moins problématique. Il convient ici de mentionner deux cas récents de désobéissance administrative particulièrement significatifs qui correspondent à cette dernière hypothèse²²¹. Le premier remonte à la période allant de 2011 à 2017, durant laquelle certains départements, par voie d'arrêtés, ont déclaré suspendre l'accueil des mineurs isolés étrangers, lesquels doivent pourtant bénéficier d'un accueil inconditionnel de leur part²²². Il s'agissait pour les collectivités de revendiquer publiquement une augmentation budgétaire, afin de pouvoir accueillir lesdits mineurs dans des conditions qui leur sont favorables ; ce qui donc assimilable à une finalité proche de l'intérêt commun. Le second exemple est plus récent : en décembre 2023, plusieurs départements ont annoncé, par voie de communiqué, leur refus d'appliquer certaines dispositions de la loi du 24 janvier 2026²²³. Là encore, l'annonce se fondait sur l'injustice alléguée de certaines dispositions²²⁴, à la manière d'un acte de désobéissance civile. Dans les deux cas, la volonté était verbalisée par l'administration.

Mais la désobéissance de l'administration, en droit des étrangers, sert le plus souvent des buts dissimulés ; ce qui laisse à penser que cette intention s'éloigne de l'intérêt général. Cette deuxième forme de désobéissance n'est pas exclusive de sa verbalisation. Bien que cette dernière demeure rare, il existe des cas dans lesquels la transgression à la norme, par l'administration, est publiquement anticipée, voire revendiquée par celle-ci. Un exemple significatif est fourni par les déclarations de l'ancien ministre de l'Intérieur, tenues devant le Sénat, à propos du *projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*. Évoquant les critiques relatives à la

²²⁰ Comme le souligne J. CHEVALLIER, l'intérêt général constitue un « *principe fondamental de légitimation, destiné à renforcer le consensus autour de l'État et à renouveler en permanence la croyance dans le bien fondé de son autorité* » (J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in, CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol.1, PUF, 1978, p. 11).

²²¹ Notons que ceux-ci ne sont ici présentés que très rapidement, car ils feront l'objet d'une analyse approfondie ultérieurement.

²²² V. en ce sens, A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », in, *L'inapplication de la règle de droit*, Mare & Martin, 2020, pp. 79- 88.

²²³ V. en ce sens, article paru au journal *France Inter*, 20 décembre 2023, « *Loi immigration : 32 départements de gauche refusent de restreindre le versement de l'allocation autonomie* ».

²²⁴ V. en ce sens, article paru au journal *France Bleu*, 20 décembre 2023, « *Le département de la Dordogne refuse d'appliquer la loi immigration "injuste et inefficace"* ».

possible censure constitutionnelle de certaines dispositions, il répondait que « *bien sûr [...] des mesures sont manifestement contraires à la Constitution. Le Conseil constitutionnel fera son office, mais la politique, ce n'est pas être juriste avant les juristes* ». Ainsi, en dépit de la connaissance, verbalisée, de l'inconstitutionnalité de certaines dispositions, l'ancien ministre exprime ici l'absence de volonté de les corriger en amont. En expliquant que « *la politique, ce n'est pas être juriste avant les juristes* », il admet alors que cette transgression est le produit d'un choix politique assumé, d'une conviction personnelle ; en somme, un acte désobéissant. Quant à sa finalité, la seule circonstance selon laquelle la volonté est partiellement contraire à la Constitution, comme l'a d'ailleurs reconnu le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 janvier 2024²²⁵, suffit à démontrer qu'elle se hisse contre la volonté générale²²⁶. On ne saurait dire si la volonté générale est nécessairement vertueuse, tant son contenu semble impalpable et mouvant selon les inflexions politiques et culturelles²²⁷. Mais on peut toutefois le supposer, car, comme le souligne Denis Diderot, « *les volontés particulières sont suspectes [...] mais la volonté générale est toujours bonne* »²²⁸.

Toutefois, le but dévoyé reste, le plus souvent, dissimulé par l'agent, de sorte qu'il faille aller au-delà des seules déclarations de volonté, et sonder, de la manière la plus honnête et objective possible, les motifs réels des actes (2).

2. L'identification de la volonté désobéissante à travers des indices factuels et concordants

Le plus souvent, la volonté désobéissance devra être mesurée par des éléments objectifs et extérieurs. En effet, il va sans dire que le fait pour l'acte de ne pas avoir été clairement revendiqué ne signifie pas pour autant que celui-ci est dénué de tout but dissident, dans la mesure où, précisément, « *tous les actes juridiques sont finalisés* »²²⁹.

C'est pourquoi le détournement de la norme doit, le plus souvent, être déduit des faits. Exercice difficile s'il en est, le juge administratif semble s'être adonné à celui-ci avec audace, en admettant que l'agent puisse détourner les pouvoirs dont il est investi. En ce sens, Édouard Laferrière, prenant acte de cette technique, avait déjà identifié en 1896 les moyens de preuve souvent utilisés par le juge pour sonder une intention dissidente.

²²⁵ CC, décision n° 2023-863, 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*.

²²⁶ Car conformément à la décision *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution (CC, 23 août 1985, *op. cit.*, cons. 27).

²²⁷ Dans la mesure où la volonté générale renvoie à « *la volonté collective d'un groupe d'individus se reconnaissant un intérêt commun* », celle-ci est propre à chaque groupe ; elle ne saurait dès lors être universelle. Ainsi, elle diffère logiquement d'une nation à l'autre : « *ce qui semble juste et bon à un peuple peut sembler injuste et funeste à un autre. Elle ne peut donc être rationnelle au sens kantien du terme. Elle peut même sembler injuste à ceux qui lui sont étrangers* » (T. PENIGAUD DE MOURGUES, C. SALVAT, « Représenter la volonté générale : Rousseau et son héritage paradoxal. », *Les Défis de la représentation : langages, pratiques et figuration du gouvernement*, Classiques Garnier, 2018, pp. 115-137).

²²⁸ D. DIDEROT, « *Droit naturel* », *L'Encyclopédie*, Vol. V, Robert Laffont, 1755, p. 116.

²²⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 1, *op. cit.*, p. 505.

Parmi ceux-ci figurent : « les motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision ; la correspondance qui l'a précédée ou suivie et qui en fait connaître la porte ; les instructions du supérieur hiérarchique d'après lesquelles la décision a été prise... [...]. Les circonstances de fait révélées par l'instruction écrite et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes »²³⁰. De même, dans sa thèse portant sur *l'inaction administrative*, Nicolas Polubocsko²³¹ explique que le juge a déduit du dépassement d'un délai raisonnable entre l'édition d'une décision de justice et son exécution une intention de ne pas vouloir s'y conformer. Il s'agit là d'un indice d'une volonté, sinon désobéissante, du moins manifestement illégale, particulièrement adaptée pour cette étude, puisque, comme déjà évoqué, la désobéissance se manifeste souvent par l'inertie de l'administration.

Dans cette perspective, deux étapes s'avèrent essentielles pour fonder une volonté désobéissante : d'une part, prouver la connaissance, par l'agent, de l'illégalité de l'acte ; d'autre part, prouver l'intention de l'agent de prendre cet acte. Le fait que l'administration adopte un acte déjà sanctionné par le juge constitue, à cet égard, un indice particulièrement révélateur, voire paradigmique. En effet, d'une part, l'illégalité a été confirmée par le juge, et d'autre part, l'agent a pris délibérément la décision de renouveler cet acte, ce qui montre clairement une volonté de transgresser la norme. En droit des étrangers, de nombreux exemples pourraient ici être donnés, ils seront d'ailleurs largement évoqués dans la deuxième partie de cette étude. Nous pouvons, à ce stade, évoquer les refus répétés de certains maires de marier un ressortissant étranger à un ressortissant français, sur la seule circonstance du caractère irrégulier du séjour de l'étranger, alors même que le Conseil constitutionnel a indiqué que cette circonstance ne saurait constituer, dans tous les cas, un indice sérieux de l'absence de consentement²³². De même pour le préfet, le fait d'éloigner l'étranger de manière précipitée, après qu'il ait connaissance de sa future union avec un ressortissant national, est un indice suffisant pour le juge administratif pour qualifier un détournement de pouvoir²³³.

En somme, il apparaît clairement que sonder la volonté de ne pas se conformer à la norme relève d'un exercice rigoureux, particulièrement délicat pour le juge, d'autant plus dans un champ aussi politiquement chargé que le droit des étrangers. Dans cette mesure, le recours aux indices de volonté reste une technique ne permettant que de censurer les illégalités délibérées les plus flagrantes. Toutefois, notons que l'acte sciemment

²³⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, tome 2, Berger-Levrault et C^{ie}, 2^e Éd., 1896, p. 549.

²³¹ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, D. TRUCHET (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 1999, p. 75 (s'appuyant sur l'arrêt d'Assemblée du CE du 27 novembre 1964, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, n° 59068, *Lebon* p. 590).

²³² CC, décision n° 2003-484, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 95.

²³³ V. en ce sens : CE, 13 avril 2005, *Préfet de la Seine-Maritime*, n° 269425 ; CE, 13 avril 2005, *Préfet des Alpes-Maritimes*, n° 269639 ; CE, 7 février 2005, *Préfet des Yvelines*, n° 262601 ; CE, 6 juillet 2005, *Préfet de l'Yonne*, n° 259723 ; CAA de NANCY, 5ème chambre, 6 juillet 2023, n° 22NC02215 ; CAA de NANCY, 3ème chambre, 6 juillet 2021, n° 21NC00434 ; CAA de NANCY, 4ème chambre, 18 juin 2019, n° 18NC02342 ; CAA de DOUAI, 3e chambre, 21 mars 2019, n° 18DA01955.

illégal demeure néanmoins susceptible de censure, même en l'absence de preuve de son caractère volontairement désobéissant. La seule différence tient au fait qu'il sera censuré au titre d'un moyen contentieux plus neutre : en lieu et place du détournement de pouvoir, le juge sera plus enclin à recourir au moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte²³⁴ ou de l'erreur de droit.

²³⁴ À cet égard, l'annulation pour incompétence semble en effet constituer l'exemple le plus illustratif, car, comme l'explique Edouard Laferrière, le Conseil d'État « *a plus d'une fois annulé pour incompétence — en réalité pour détournement de pouvoir — des actes dont le dispositif semblait irréprochable, dans dont les motifs et les mobiles placent l'administrateur en dehors de ses attributions légales* » (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 549).

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

En définitive, il aurait probablement été impensable d'évoquer l'existence d'une désobéissance administrative jusqu'à la première moitié du XX^e siècle. Ses postulats dominants en excluaient l'hypothèse. En effet, la norme, objectivement valide, ne saurait faire l'objet d'une critique fondée sur une règle extérieure à l'ordre juridique, par quiconque. Mais à plus forte raison par l'administration, dont la fonction juridique et exécutante rendait inconcevable qu'elle puisse poursuivre un but dévoyé. Au demeurant, l'agent, dépourvu d'individualité dans l'exercice de ses fonctions, n'était pas pensé comme pouvant désobéir.

Pourtant, la relative évolution de la pensée juridique permet de lever ces verrous théoriques et d'appréhender plus aisément ce phénomène. L'Histoire a enseigné aux positivistes, et aux individus, qu'un droit fermé au monde des valeurs accepte alors les législations les plus atroces. En sus, l'essor d'une autonomie administrative, consécutif à un relatif retrait du légitimisme, a favorisé le développement d'un pouvoir et d'une volonté administrative propres, ouvrant la voie à la concrétisation de volontés individuelles dissidentes. Les difficultés théoriques ainsi levées, il reste que l'identification desdites volontés demeure l'obstacle le plus difficile à franchir. En effet, elles ne se laissent sonder qu'à travers des indices concordants, dont la reconnaissance reste encore parcellaire.

Dès lors, une question s'impose : à quelles logiques politiques répond cette désobéissance ? Quels en sont les faits générateurs et fondements ? Car si aucune législation comparable à celle du régime de Vichy n'a, depuis, vu le jour, la réalité montre que les actes administratifs désobéissants, eux, continuent bel et bien d'exister. (**Chapitre 2**).

Chapitre 2. L'émergence de la désobéissance administrative dans l'ordre juridique

Une fois expliquée la possibilité administrative de désobéir, il faut encore en saisir les conditions concrètes d'émergence, afin de comprendre comment et pourquoi de tels actes se produisent. Schématiquement, la désobéissance administrative en droit des étrangers se concrétise selon deux logiques et formes distinctes.

Dans un premier cas, l'acte résulte d'une volonté délibérée, mais se dissimule derrière les dysfonctionnements structurels propres à la matière migratoire. L'illégalité est alors fréquemment imputée à ces carences, alors qu'elle procède en réalité d'un choix pleinement conscient (**Section 1**).

Dans un second cas, la désobéissance ne s'abrite derrière aucune défaillance structurelle : elle procède directement de l'agent, qui invoque des motifs qu'il estime supérieurs, à la manière d'une désobéissance civile, dont elle se distingue toutefois par certains aspects (**Section 2**).

Section 1. L'exploitation des dysfonctionnements structurels par l'administration pour désobéir

La désobéissance en droit des étrangers se dissimule premièrement derrière les dysfonctionnements structurels qui affectent ce domaine. Si elle procède toujours d'une conviction personnelle de l'agent, elle ne peut cependant se manifester que parce que ces défaillances existent.

Cette forme de désobéissance s'articule autour de deux caractéristiques majeures, l'inaccessibilité du droit des étrangers (**I**) et l'impuissance des acteurs qui composent la mise en œuvre de ce droit (**II**).

I. La désobéissance permise par l'inaccessibilité normative et administrative

Bien que la désobéissance s'accomplisse contre le droit positif, celui-ci constitue paradoxalement la première cause de ces comportements, surtout en droit des étrangers. En effet, l'illisibilité du droit des étrangers (**A**) et l'opacité des pratiques administratives (**B**), permettent à l'agent de dissimuler l'illégalité de son acte derrière les lacunes structurelles de cette discipline ; alors même qu'il procède en réalité d'une conviction personnelle.

A. La désobéissance administrative permise par l'inaccessibilité du droit des étrangers

Tout d'abord, le droit des étrangers dans sa structure même est un droit difficilement lisible. En dépit de sa codification, sa compréhension demeure encore très inaccessible, tant pour l'étranger (1), que pour les administrations elles-mêmes (2). L'inintelligibilité du droit contribue ainsi à augmenter considérablement la propension des administrations à désobéir.

1. *La méconnaissance de la norme par le ressortissant étranger*

L'illisibilité du droit des étrangers. Dans un rapport rédigé en 2022, le Sénat déplore le fait que le droit des étrangers est devenu « *illisible et incompréhensible* »²³⁵, car la procédure administrative et contentieuse est alambiquée et se caractérise par une pluralité de délais. En sus, sa codification est fragmentée, et sa totale maîtrise suppose d'avoir à sa disposition le CESEDA, le Code de justice administrative, le Code pénal et encore d'autres qui contiennent des dispositions isolées applicables aux étrangers. De même, dans un rapport publié en 2020, le Conseil d'État déplore la coexistence d'une douzaine de procédures distinctes, qui complexifient grandement la matière²³⁶. Cette difficulté est aggravée par certains délais extrêmement courts, à l'instar du délai de quarante-huit heures, qui ne laissent que peu de temps pour s'informer des recours possibles. En somme, « *le CESEDA [...] procède par de multiples renvois, parfois partiels et assortis de dérogations, et énonce de façon répétée des procédures similaires. [...]. Dans cette matière, la compréhension du CJA [...] est rendue particulièrement difficile en raison des reprises de dispositions législatives du CESEDA et des renvois multiples, souvent en chaîne et assortis de dérogations [...]* »²³⁷.

Le rapport du Conseil d'État peut sans doute apparaître de moindre pertinence, puisque la procédure a été, depuis lors, restructurée par la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, dont le titre V est précisément destiné à « *simplifier les règles du contentieux relatif à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers* ». Notons ainsi que la loi réduit, comme souhaité, le nombre de procédures de douze à trois, ce qui n'est pas négligeable et pourrait, à terme, impliquer une plus grande lisibilité du droit. Par ailleurs, l'une des premières circulaires²³⁸ prises par le pouvoir réglementaire pour la mise en œuvre de la loi, porte spécifiquement sur le titre V ; ce qui peut signifier que le primat est donné à la simplification du droit.

²³⁵ Sénat, Rapport d'information n° 626, déposé le 10 mai 2022, *Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité*, p. 9.

²³⁶ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, 5 mars 2020, p. 16.

²³⁷ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, *op. cit.*, p. 30.

²³⁸ Circulaire n° NOR/IOMV2419202J du 14 juillet 2024, *Simplification des règles du contentieux relatif à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers*.

Mais les critiques tenant à l'illisibilité demeurent, « *à rebours des objectifs de simplification que s'est à juste titre fixé le Gouvernement* »²³⁹.

L'instabilité du droit des étrangers. S'ajoute à cette complexité structurelle une instabilité de la loi des étrangers. Depuis la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 *portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, il y a eu en tout déjà dix-neuf nouvelles lois en droit des étrangers. Depuis 1945, ce sont cent quatorze lois qui ont été adoptées en la matière²⁴⁰. Par ailleurs, le 14 octobre 2024, moins d'un an après la dernière loi promulguée, et avant même qu'elle ne soit pleinement appliquée, la rédaction d'une nouvelle loi sur l'immigration a été annoncée²⁴¹. Depuis lors, aucun texte n'a été présenté. Mais cette annonce témoigne du fait que l'hyperinflation législative ne semble pas appelée à décroître. Cette instabilité semble davantage puiser ses racines dans des considérations politiques que strictement juridiques, car la haute dimension politique du droit des étrangers en fait un terrain propice aux réformes, au gré des tendances politiques. Comme le souligne Camille de Reydet de Vulpillières, ce sont « *les innombrables polémiques sur le statut qu'il convient d'accorder aux étrangers* »²⁴² qui alimentent cette hypertrophie.

Cette instabilité aggrave gravement la lisibilité du droit, car chaque nouveau changement impose de se réapproprier le nouveau fonctionnement et d'en saisir les différences avec l'ancien régime. Ainsi, « *l'avalanche de textes juridiques [...] entraîne bien souvent une interprétation différenciée du droit* »²⁴³. Une telle situation semble contestable au regard du principe de sécurité juridique, qui implique justement des règles qu'elles ne soient pas « *soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* »²⁴⁴.

La forte vulnérabilité de l'étranger face à cette inaccessibilité. Or, c'est précisément dans cette inaccessibilité que s'épanouissent les volontés désobéissantes des agents, lesquels sont, en effet, peu inquiétés par la probabilité que l'étranger ait conscience de l'illégalité commise. S'ils sont peu inquiétés, c'est surtout en raison des difficultés linguistiques auxquelles font face les étrangers : car si la compréhension du droit pour un individu parlant couramment français est déjà malaisée par son vocabulaire juridique et sa syntaxe spécifique, il va sans dire que la compréhension par un individu parlant peu ou pas français est d'autant moins aisée, sinon

²³⁹ Avis du Défenseur des droits n°23-07, du 24 novembre 2023, p. 57.

²⁴⁰ V. en ce sens, article paru au journal *Le Monde*, 14 octobre 2024, « *Une "nouvelle loi" sur l'immigration qui s'ajoutera à une longue série de 118 textes depuis 1945* ».

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, op. cit., p. 7.

²⁴³ E. DULOUTRE, *L'application du droit des étrangers en préfecture : comment l'administration utilise la norme juridique dans les procédures relatives aux titres de séjour ?*, D. GUINARD (dir.), mémoire de recherche, droit, Institut d'Etudes Politiques de Grenoble, p. 13.

²⁴⁴ Selon la définition donnée par le Conseil d'État dans son rapport publié en 2006, sur la sécurité juridique.

impossible. Mais la méconnaissance de la norme n'est pas propre à l'étranger, car même les agents semblent y être confrontés (2).

2. *La méconnaissance de la norme par les administrations : une problématique contestable*

L'insuffisante connaissance du droit par les agents. Les administrations subissent également la complexité du droit. En effet, l'agent, même de bonne foi, peut parfois agir sans le savoir en marge de la légalité. Dans une telle hypothèse, l'acte échappe à la qualification de désobéissance, en l'absence d'intention de transgresser la norme. Toutefois, comme il sera vu ultérieurement, l'ignorance du droit n'exclut pas toujours la possibilité d'un comportement désobéissant.

À ce stade, il convient d'indiquer que cette méconnaissance semble peu intuitive, l'administration étant censée connaître le droit, en tant qu'entité justement chargée, sinon de son élaboration, *a minima* de son application. Elle est d'ailleurs souvent éclairée par les nombreuses circulaires prises en la matière. Mais trois facteurs expliquent que les agents sont, en réalité, loin de maîtriser le droit dans son ensemble.

D'abord, le fait que le droit des étrangers soit complexe pour ceux auxquels il s'applique n'exclut nullement qu'il le soit également pour les administrations. La difficulté est telle que même les juges se heurtent de plus en plus à des incertitudes²⁴⁵.

Ensuite, les recherches menées en préfecture convergent le plus souvent sur le manque d'accès au droit dans les services des préfectures²⁴⁶. À cela s'ajoute le fait que ces services, dépassés par l'ampleur de leur travail, n'assurent plus nécessairement leur défense contentieuse²⁴⁷. Or, cela agrave leur méconnaissance du droit, d'autant que les agents ayant pris la décision litigieuse ne sont parfois pas informés de l'issue des litiges portant sur leur décision²⁴⁸. Ainsi, dans un travail réalisé le 6 octobre 2022, donc suffisamment récent pour servir le propos, Elise Duloutre constate que « *les agents [...] ne disposent d'ailleurs pas d'accès à des bases de jurisprudence : [...] cette absence de références jurisprudentielles reflète une application du droit incomplète* »²⁴⁹. Néanmoins, depuis le 31 mars 2022 pour les décisions des cours administratives d'appel et le 30 juin 2022 pour celles des tribunaux administratifs, toutes les décisions rendues sont accessibles en ligne²⁵⁰. Il semble donc

²⁴⁵ R. ABRAHAM, « La Jurisprudence du Conseil d'État relative à la condition des étrangers », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2000, p. 39.

²⁴⁶ V. en ce sens, p. ex. : J.-G CONTAMIN, E. SAADA, A. SPIRE, K. WEIDENFELD, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, op. cit., pp. 59-63.

²⁴⁷ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, op. cit., p. 32.

²⁴⁸ En ce sens, A. SPIRE explique que « *le gouvernement [n'était] pas tenu d'avertir les préfectures des décisions prononcées par la juridiction. Il est donc difficile de savoir si les agents en tiennent compte dans leur pratique quotidienne* » (A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, op. cit., p. 362).

²⁴⁹ E. DULOUTRE, *L'application du droit des étrangers en préfecture...*, op. cit., p. 13.

²⁵⁰ Conformément à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

autoriser d'espérer que l'*open data* des décisions de justice ait atténué ce facteur, et que les administrations ont désormais pris l'habitude de s'y référer. Mais c'est toujours à condition que les administrations aient le temps de s'informer...

Enfin, comme le soulignait le rapport Braibant du Conseil d'État de 1977, la formation des agents est parfois insuffisante, ce qui génère des effets délétères sur la bonne application du droit. Jacques Chevallier, dans une synthèse particulièrement pessimiste du rapport, écrivait ainsi que « *non seulement la formation juridique des intéressés est légère, mais encore les connaissances juridiques qu'ils ont acquises, mal actualisées, passent très vite au second plan, derrière les impératifs de l'action* »²⁵¹. Bien qu'ancien, ce constat semble traverser les années et a progressivement structuré, en partie, la pratique préfectorale²⁵². C'est dans cette mesure que la Cour des comptes, dans un rapport publié en 2023, a fait part de son étonnement quant au manque de formation des agents les plus récemment intégrés dans la fonction publique. Elle regrette ainsi le recours croissant aux contractuels, en ce qu'ils ne bénéficient pas d'une formation parallèle leur permettant d'agir conformément à la règle de droit²⁵³.

Mais l'ignorance de la règle de droit par l'agent lui-même semble relativisable.

Premièrement, l'administration centrale participe activement à l'élaboration de la norme, à plus forte raison en droit des étrangers²⁵⁴. Il semble donc difficile d'accepter une méconnaissance du droit de sa part. C'est pourquoi Nicolas Polubocsko écrit qu'« *une administration ignorante de ses obligations d'agir n'est pas réaliste* »²⁵⁵.

Secondement, les administrations déconcentrées devraient avoir connaissance de la règle, dans la mesure où elles sont les premières informées des nouvelles dispositions, notamment *via* les circulaires. C'est dans cette mesure que Nicolas Polubocsko constate notamment que « *depuis la publication au Journal officiel des décisions de Conseil d'État les plus importantes, l'administration doit être considérée comme informée de l'évolution de la jurisprudence administrative* »²⁵⁶. Mais on peut néanmoins objecter que les variations trop importantes de la loi des étrangers empêchent les agents de la maîtriser convenablement.

²⁵¹ J. CHEVALLIER, « La place de l'administration dans la production des normes », *op. cit.*, p. 623 à 636.

²⁵² En ce sens : « *L'ignorance par l'administration des prestations qu'elle doit fournir est accentuée par la formation juridique des fonctionnaires, celle-ci étant souvent dénoncée comme profondément insuffisante* » (C. DEBBASCH, *Science administrative*, Dalloz, 5^e Éd., 1989, p. 104) ; « *Aucun des agents qui sont chargés de l'instruction des dossiers n'a de formation juridique préalable* » (J.-G. CONTAMIN, E. SAADA, A. SPIRE, K. WEIDENFELD, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, *op. cit.*, p. 63).

²⁵³ Cour des comptes, *Observations définitives : la capacité d'action des préfets*, 10 novembre 2023, p.53.

²⁵⁴ En ce sens, A. SPIRE explique que « *le législateur [laisse] en quelque sorte le "cadre normatif" d'application du droit des étrangers s'élaborer dans la sphère administrative* » (A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 170).

²⁵⁵ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, *op. cit.*, p. 154.

²⁵⁶ *Ibid.*

Dès lors, la méconnaissance de la loi par les agents ne peut être entièrement justifiée par son inaccessibilité : leur fonction et les outils dont ils disposent les invitent à maîtriser ces règles. Lorsque cette connaissance fait défaut, elle trahit souvent un manque de volonté, même diffus, de les comprendre. C'est en tout cas ce que souligne Luc Derepas, lequel constate que « *d'aucunes [préfectures] ont une certaine propension à ne pas vouloir comprendre* »²⁵⁷. Il en résulte que ces actes, dont l'illégalité aurait pu être corrigée en amont, entrent finalement en vigueur, en raison d'une mauvaise volonté de l'agent, assimilable à une volonté désobéissante, même diffuse. En sus, l'inaccessibilité comme fondement de la désobéissance est au moins imputable aux décideurs politiques, lesquels semblent entretenir l'opacité de la norme par la multiplication des réformes. Cette première forme d'inaccessibilité est doublée d'une seconde, celle des pratiques administratives (**B**).

B. La désobéissance administrative permise par l'opacité des pratiques administratives

De plus, les pratiques administratives des services des étrangers se caractérisent par leur opacité : elles sont substantiellement inaccessibles et difficilement observables. Si les raisons de cette opacité sont multiples (**1**), les conséquences restent les mêmes sur la propension à désobéir, car les agents, étant peu inquiétés d'une visibilisation de leurs actes, s'autorisent à agir en marge de la légalité (**2**).

1. L'opacité des pratiques administratives des services des étrangers

Le secret en préfecture n'est pas un sujet des plus traités en doctrine, sans doute parce que les pratiques administratives ont longtemps été jugées sans réel intérêt. Pourtant, c'est précisément dans cette opacité que se dissimulent les petites illégalités, parfois volontaires. Cela concerne principalement la relation entre l'agent guichetier et l'étranger, couverte par une discréction quasi structurelle et envisagée comme une interaction sociale banale.

Ce sont surtout des raisons extra-juridiques qui expliquent cette opacité. Institutionnellement, le secret structure les rapports entre l'administration et ses agents. Les études menées en préfectures convergent en effet sur la difficulté pour leurs chercheurs de recueillir des témoignages d'anciens ou d'actuels agents, ceux-ci se sentant liés par un devoir de loyauté envers l'institution. En sus, ils peuvent se sentir obligés de ne rien dire, par peur des répercussions sur leur propre carrière administrative. La logique hiérarchique et carriériste instaure alors une forme d'omerta autour des pratiques, lesquelles peuvent dès lors se développer en marge de la légalité, sans

²⁵⁷ L. DEREPAS, *in, 60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, Conseil d'État, disponible en ligne, 2023, p. 102.

grande crainte de répercussion contentieuse. À ce titre, Alexis Spire évoque un « *secret institutionnel* » de l'administration qui, dit-il, « *est encore plus vrai en droit des étrangers, dont les liens avec la souveraineté sont peut-être trop forts* »²⁵⁸.

Bien que son étude date désormais d'une vingtaine d'années, ce secret semble persister. En effet, dans le cadre de cette étude, les nombreuses demandes de témoignages n'ont jamais véritablement abouti, malgré des garanties d'anonymat. Ainsi, les propos recueillis pour cette étude, s'ils attestent bien d'un investissement politique du droit des étrangers, ne peuvent être communiqués, car leurs auteurs l'ont expressément refusé.

2. L'opacité comme facteur structurant de la prolifération des désobéissances

Cette opacité renforce significativement la propension des agents à désobéir. Elle fait naître ce qui est parfois décrit comme « *une zone, dont on ne connaît pas le périmètre, qui bénéficie d'une immunité contentieuse* »²⁵⁹. L'absence de régulation externe, notamment du juge, favorise ainsi une appropriation subjective de la norme par les agents, qui substituent leurs convictions personnelles à la lettre ou à l'esprit du droit applicable, allant parfois jusqu'à l'interprétation sciemment *contra legem*²⁶⁰.

Du recul du secret des pratiques administratives. Pour autant qu'elle demeure et continue de conditionner en partie l'existence des désobéissances, il convient d'indiquer que cette opacité n'est plus aussi vraie qu'autrefois. Les pratiques administratives sont désormais largement connues par les associations et le juge.

S'agissant du juge, il suffit de voir la masse de recours²⁶¹ dont il est saisi en la matière, qui lui permet d'avoir une connaissance fine de la vie préfectorale. Notons néanmoins que la relation guichetière, qui relève de l'oralité, reste peu déférée devant celui-ci.

S'agissant des associations, celles-ci sont particulièrement attentives à cette relation et la visibilisent fréquemment dans des rapports et avis. C'est dans cette mesure qu'Alexis Spire indique que « *le huis clos qui a longtemps prévalu entre l'administration et les étrangers semble également appartenir au passé. Les rapports entre l'État et l'immigration se déroulent désormais sous le regard d'autres acteurs et sous l'influence d'autres institutions : associations, juridictions* »²⁶².

²⁵⁸ A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 150.

²⁵⁹ D. LOCHAK, « 30 ans de contentieux à l'initiative du GISTI », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 43 et s.

²⁶⁰ Selon A. SPIRE, ce pouvoir « *se transforme ici en un pouvoir de transgression pure et simple de la loi* » (A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 179).

²⁶¹ Selon le Conseil d'État, « *en 2024, la proportion des affaires enregistrées relevant du contentieux des étrangers s'élève à 16 % à la Section du contentieux du Conseil d'État, 55 % dans les cours administratives d'appels et 43 % dans les tribunaux administratifs* » (*Chiffres clés 2024 de la juridiction administrative*, disponible sur le site du Conseil d'État, 1er janvier 2025).

²⁶² A. SPIRE, « *L'application du droit des étrangers en préfecture* », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 2005, n° 69, pp. 11-37.

Cette hypervisibilisation des pratiques, si elle constitue un frein sérieux à l'immunité de fait dont bénéficiait jusque-là la vie au guichet, ne saurait pour autant être totale. En effet, il reste un espace de liberté, incompressible, dont la connaissance est encore très réduite et laissant place à la possibilité de désobéir, car on ne peut « éviter le développement d'usages imprévus [dans une institution] »²⁶³. Ce qui permet alors de conclure que l'inaccessibilité normative et administrative structurent encore la discipline et conditionnent encore l'émergences de certaines désobéissances. Elles transcendent les catégories juridiques, en affectant à la fois les étrangers et les agents. C'est dans, et par celle-ci, que l'agent s'autorise à adopter un comportement désobéissant ; ce qui permet de constater que, de manière paradoxale, le droit positif lui-même, par son illisibilité, n'est pas totalement étranger à l'émergence de ces actes. Mais ce dysfonctionnement structurel (si tant est qu'il s'agisse véritablement d'un dysfonctionnement...) se couple d'un second, l'impuissance de l'administration et de l'étranger, lesquelles font alors naître de nouvelles désobéissances (**II**).

II. La désobéissance permise par l'impuissance administrative et individuelle

« *Elle sentait son impuissance contre cette volonté qui l'écrasait, elle restait là, anéantie* »²⁶⁴. Comme l'exprime Pierre Loti, l'impuissance semble à première vue s'imposer contre la volonté de la personne qui la subit, ce qui devrait donc logiquement l'exclure du champ de cette étude. Mais, en pratique, tant l'impuissance de l'étranger (**B**), que celle de l'administration (**A**), ne sont jamais exclusives de leur instrumentalisation par l'agent, aux fins de satisfaire des buts dévoyés.

A. La désobéissance administrative fondée sur l'impuissance des services des étrangers

« *Heureuse impuissance* »²⁶⁵, celle qui empêche, par le droit, aux agents d'utiliser leur force contre l'intérêt de l'État et de ses administrés. Pourtant, à rebours de cette finalité vertueuse, l'impuissance de l'administration, en tant que réalité (**1**) récemment exacerbée par l'émergence de nouvelles exigences managériales au sein des services des étrangers (**2**), constitue, en réalité, un terreau fertile à la concrétisation de volontés illégales, par son instrumentalisation.

²⁶³ G. GUIONNET, « DUBOIS (Vincent), La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère, Paris, Economica (coll. « Etudes politiques »), 1999, 208 pages, index. WELLER (Jean-Marc), L'État au guichet. Sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics, Paris, Desclée de Brouwer (coll. « Sociologie économique ») », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 1955, n° 49, p. 160.

²⁶⁴ P. LOTI, *Mon frère Yves*, Calmann-Lévy, 1883, p. 324.

²⁶⁵ Expression utilisée par Louis XV, faisant référence au principe d'inaliénabilité du domaine de la Couronne dans : Édit enregistré au Parlement de Paris le 8 juillet 1717, in, *Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 11, pp. 144-148.

1. L'impuissance financière et juridique des services des étrangers

La notion d'impuissance publique²⁶⁶ renvoie à une situation de fait dans laquelle la puissance publique subit un manque de moyens — impuissance de moyens²⁶⁷ —, lesquels sont soit insuffisants soit inadaptés, dont résulte une incapacité à « *garantir un certain ordre public* » — impuissance de résultats²⁶⁸ —. Étienne Picard distingue quatre types d'impuissances auxquelles font face les administrations, dont deux semblent particulièrement toucher les services des étrangers.

L'impuissance de moyens juridiques renvoie à l'idée selon laquelle la personne publique ne dispose pas de moyens juridiques suffisants pour mener à bien ses missions. Concrètement, la procédure que doit suivre l'administration est trop lourde pour que celle-ci puisse y recourir librement. Or, particulièrement en droit des étrangers, les dispositions qui régissent son régime « *s'avèrent réellement [...] contraignantes, et cela de plus en plus* »²⁶⁹. Il convient de préciser que ces procédures sont nécessaires. Elles traduisent la recherche d'un équilibre entre puissance publique et sauvegarde des droits des étrangers. Pour autant, elles ne sont pas sans conséquence sur l'illégalité des pratiques administratives, car, comme le relève le Conseil d'État, elles « *rendent impossible de réaliser, en pratique, ce que la norme a énoncé en droit : la réalité "décroche" alors de la règle* »²⁷⁰.

L'impuissance de moyens financiers renvoie à l'idée selon laquelle la personne publique ne dispose pas de moyens économiques et personnels suffisants pour mener à bien ses missions. Les services des étrangers sont particulièrement sujets à ces problématiques, face à un afflux massif de demandes, sans augmentation proportionnelle de leurs ressources. Ainsi, en 2024, le nombre de demandes de visa adressées a augmenté de 17 % par rapport à 2020²⁷¹. Or, les moyens financiers alloués aux administrations n'ont pas connu une progression proportionnelle à cette hausse. C'est pourquoi la Cour des comptes souligne en 2023 la nécessité de « *doter les services chargés des étrangers des moyens adaptés pour faire face à l'évolution de leurs activités* »²⁷², car « *les effectifs chargés spécifiquement du séjour ont augmenté de 32,2 % entre 2016 et 2022 alors que le nombre de délivrances de premiers titres de séjour s'accroissait de 39,1 %* »²⁷³.

²⁶⁶ E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, Dalloz, 1999, p. 11.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 12.

²⁷¹ Données disponibles sur le site du ministère de l'Intérieur, dans un article publié le 4 février 2025, « Les chiffres de l'immigration en France ».

²⁷² Cour des comptes, *Observations définitives : la capacité d'action des préfets*, *op. cit.*, p. 53.

²⁷³ Cour des comptes, *Observations définitives : la capacité d'action des préfets*, *op. cit.*, p. 48.

Impuissance et illégalité. Ces deux impuissances, mais à plus forte raison l'impuissance de moyens financiers, expliquent alors « *la lenteur, voire la passivité absolue* »²⁷⁴ des administrations ; ce qui se traduit notamment par l'inexécution massive, et pourtant illégale, des décisions de justice.

C'est par exemple dans cette impuissance qu'a pris racine le contentieux à propos de la prise de rendez-vous en préfecture. En effet, face à la difficulté d'obtenir un tel rendez-vous permettant la délivrance d'un récépissé — indispensable à la régularité du séjour — s'est développée une stratégie contentieuse²⁷⁵ consistant à saisir le juge des référés d'un référé mesures-utiles, afin qu'il enjoigne à l'administration de fixer un rendez-vous. De manière presque systématique, le juge des référés enjoint finalement à l'administration de fixer un rendez-vous, au point de se transformer en « *secrétariat de préfecture, chargé de gérer les plannings de rendez-vous* »²⁷⁶. Or, il ressort des statistiques contentieuses qu'il arrive souvent que cette injonction ne soit pas exécutée par l'administration. C'est en tout cas ce que relève le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, expliquant que « *les décisions du tribunal en matière de contentieux des étrangers [...], et singulièrement des référés mesures-utiles, font rarement l'objet d'une exécution spontanée de la part des services préfectoraux* »²⁷⁷.

Cette impuissance explique également l'inexécution massive des OQTF édictées par l'administration. Décidées par le préfet de département, « *donneur d'ordre à tous les maillons de la chaîne* »²⁷⁸ de l'éloignement, les OQTF, lorsqu'elles doivent être exécutées d'office par l'administration²⁷⁹, coûtent en moyenne 4 414 € chacune. La Cour des comptes estime ainsi à 1,8 milliard d'euros par an le coût total annuel de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière²⁸⁰. Il ne fait dès lors aucun doute que ce coût empêche aux administrations d'exécuter d'office chacune des OQTF qui ne serait volontairement pas appliquée par les étrangers qui en sont les destinataires²⁸¹.

Impuissance et désobéissance. Mais l'extranéité de cette impuissance n'empêche nullement qu'elle puisse servir de socle à certaines désobéissances ; car rien n'empêche pour l'agent d'instrumentaliser l'insuffisance de moyens afin de satisfaire un but dévoyé.

²⁷⁴ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, *op. cit.*, p. 166.

²⁷⁵ Stratégie, au demeurant, massive. P. ex., au TA de Montreuil, sur les 3 051 référés portés devant lui, en droit des étrangers, 2 030 étaient des référés mesures-utiles (Sénat, Rapport d'information n° 626, *op.cit.*, p. 38).

²⁷⁶ Sénat, Rapport d'information n° 626, *op.cit.*, p. 39.

²⁷⁷ CE, Rapport public 2024, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2023, p. 152.

²⁷⁸ Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, 2024, p. 15.

²⁷⁹ Le régime d'exécution des OQTF fera l'objet d'une description en deuxième partie de cette étude.

²⁸⁰ Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸¹ L'art. L. 711-1 du CESEDA dispose en effet que l'OQTF doit volontairement être exécutée par l'étranger. À défaut, l'art. L. 722-1, fixant le régime d'exécution d'office des décisions d'éloignement, s'applique. Notons que le régime sera expliqué plus amplement en deuxième partie.

Pour l'administration, se prévaloir de sa propre impuissance présente un double intérêt. D'une part, cette pratique constitue une stratégie contentieuse non négligeable, car elle lui permet de neutraliser sa responsabilité juridique. En effet, l'insuffisance de moyens est parfois retenue par le juge pour écarter l'ilégalité de l'inaction de l'administration²⁸². Dès lors, en l'invoquant, elle parvient, dans certains cas, à se soustraire à l'engagement de sa responsabilité. D'autre part, cela lui permet d'euphémiser sa responsabilité politique, en la diluant à travers un discours de limitation structurelle. Cette impuissance lui permet de désamorcer les éventuelles critiques en transformant une éventuelle désobéissance en une contrainte subie. C'est pourquoi il convient de souligner que « *la justification de l'inaction par le manque de moyens contient des potentialités importantes de dérives* »²⁸³.

Ainsi, l'impuissance, bien qu'indépendante de la volonté de l'administration, n'est en réalité pas exclusive d'une volonté de désobéir. À l'inverse, c'est précisément celle-ci qui permet de concrétiser une volonté dissidente. En effet, se dissimule parfois la volonté de ne pas être puissant, afin de ne pas appliquer la règle de droit. Il est d'ailleurs en pratique rare que le juge reconnaise l'insuffisance de moyens de l'administration comme circonstance de nature à en atténuer, voire exonérer, la responsabilité²⁸⁴. Elle peut, au contraire, être sanctionnée pour incompétence négative²⁸⁵, pour ne pas avoir utilisé « *la plénitude des moyens mis à sa disposition* »²⁸⁶. L'hypothèse est alors celle d'une « *mauvaise foi par anticipation* »²⁸⁷ de la personne publique, assimilable à une volonté désobéissante.

Il est intéressant de noter que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a pleinement conscience de l'investissement politique de l'impuissance de moyens, puisqu'il constate en 2023, que l'inexécution des multiples injonctions de fixer un rendez-vous « *ne trouve pas son origine dans des difficultés particulières de compréhension ou de mise en œuvre pratique...* »²⁸⁸. Mais il ne faut pas exclure le fait que, parfois, l'administration est véritablement certaine d'être impuissante, alors même que « *la conviction qui l'anime est fausse* »²⁸⁹. Dans cette hypothèse, il faut alors atténuer la portée d'une volonté désobéissante ; surtout à l'aune du renouvellement

²⁸² V. p. ex. : CE, 4 février 1949, *Sieur Villare*, n° 87335 ; CE, 30 novembre 1939, *Ville de Nevers*, n° 06781, *Lebon* p. 583.

²⁸³ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, op. cit., p. 159.

²⁸⁴ En ce sens, F. GRABIAS explique que « *l'identification de l'impuissance de l'administration à faire respecter les règles de droit est en effet appréhendée de façon restrictive par le juge administratif* » (F. GRABIAS, *La tolérance administrative*, B. PLESSIX (dir.) thèse de doctorat, droit, Université de Lorraine, 2016, p. 147).

²⁸⁵ V. en ce sens : CE, 21 juin 1912, *Sieur Coton*, n° 42837, *Lebon* ; CE, 30 juin 1950, *Quéralt*, n° 99882, *Lebon* p. 413 ; CE, 4 octobre 1961, *Min. des armées c/ Sieur Pozniakoff*, n° 48841, *Lebon* p. 661 ; CE, 12 mai 1972, *Union mutualiste du Finistère*, n° 80283, *Lebon* p. 365 ; CE, 14 novembre 1973, *Min. de l'Éducation nationale c/ Dame de Messières de Beaudiez*, n° 86752.

²⁸⁶ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, op. cit., p. 172.

²⁸⁷ F. GRABIAS, *La tolérance administrative*, op. cit., p. 140.

²⁸⁸ CE, Rapport public 2024, op. cit., p. 152.

²⁸⁹ N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, op. cit., p. 172.

de l'impuissance publique, via la logique performative récemment intégrée au fonctionnement du service public (2).

2. *L'impuissance des services des étrangers, phénomène renouvelé*

La nouvelle gestion publique. L'école du *new public management*, apparue à la fin des années 70, renvoie à l'introduction d'un nouveau mode de gestion de l'État, fondé sur une logique performative, laquelle est présentée comme un moyen d'assurer les missions qui lui incombent, tout en s'assurant de sa propre rentabilité. Cette théorie a été introduite en France par la loi organique relative aux lois de finance, promulguée le 1er août 2001, qui propose « *un budget axé sur la performance, [...] précisant pour chaque politique publique des objectifs associés à des résultats* »²⁹⁰. Cette logique s'est encore renforcée via l'exigence de transmission à l'administration centrale de rapports annuels de performance²⁹¹, qui doivent rendre compte de l'exécution des engagements pris dans les projets annuels de performances²⁹².

Cette logique performative s'est ainsi imposée aux services des étrangers, à travers le projet annuel de performance intitulé *Immigration, asile et intégration*, lequel fixe, à chaque exercice, de nouveaux objectifs à atteindre. Ainsi, par exemple, pour l'année 2024, le projet annuel de performance²⁹³ prévoit que la demande d'asile soit traitée dans un délai idéal de soixante-jours. En comparant ce délai avec celui de 2021, qui était de deux cent soixante et un jours²⁹⁴, on constate alors que les objectifs tendent empiriquement à renforcer la contrainte sur les administrations.

Gestion managériale et illégalité. Or, les objectifs quantitatifs conduisent à une pratique administrative parfois, sinon *contra legem*, en marge de la légalité. En effet, en imposant un délai, il est bien plus difficile pour l'agent de s'assurer de la légalité de sa décision, surtout au regard de la complexité du droit des étrangers. En sus, face aux contraintes managériales, il n'est plus nécessairement en mesure de solliciter l'aide de ses supérieurs hiérarchiques. Dans cette mesure, la politique du chiffre constitue un sérieux obstacle à l'obéissance administrative. Cette situation a parfaitement été identifiée par Bernard Even, magistrat administratif, affirmant qu' « *il existe évidemment une contradiction à vouloir "faire du chiffre à tout prix", tout en s'évertuant à prendre des décisions exemptes de tous vices. Des dérives s'observent : des décisions trop hâtivement*

²⁹⁰ Formule disponible sur la plateforme des finances publiques, du budget de l'État et de la performance publique, article « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) », du 9 octobre 2019.

²⁹¹ LOLF, art. 54-4°.

²⁹² LOLF, art. 51-54°.

²⁹³ Projet annuel de performances, annexe au projet de loi de finances pour 2024, Mission ministérielle *Immigration, asile et intégration*, p. 70.

²⁹⁴ Projet annuel de performances, annexe au projet de loi de finances pour 2024, Mission ministérielle *Immigration, asile et intégration*, p. 26.

*préparées sont édictées par les services préfectoraux, qui savent qu'elles seront de toute manière corrigées à travers l'exercice du filtre contentieux »*²⁹⁵.

Par ailleurs, ces objectifs ont de fortes incidences sur la perception qu'ont les agents de la règle de droit, lesquels voient dans « *l'obligation de se conformer à la norme [...] un frein à la poursuite d'une politique du chiffre* »²⁹⁶. Autrement dit, dans les administrations, le primat n'est plus donné à la légalité des mesures, mais à leur quantité²⁹⁷, ce qui conduit finalement au « *pur et simple non-respect de la loi, au nom de l'efficacité bureaucratique* »²⁹⁸.

Gestion managériale et désobéissance. Mais cette logique performative est-elle imputable, en soit, à la volonté des agents ? Car, si tel n'est pas le cas, il ne saurait être question de désobéissance. En toute hypothèse, si les services déconcentrés sont sans incidence sur les objectifs de rendements auxquels ils doivent se conformer, il n'en va probablement pas de même des services centraux, lesquels sont précisément à l'origine des projets annuels de performance. Dès lors, si volonté désobéissante il y a, elle serait sans doute davantage celle de ces autorités centrales qui, malgré les effets délétères de ces objectifs sur la légalité des pratiques, persistent à les exiger. En sus, rien n'exclut que, comme évoqué ci-dessus, l'agent se prévale de cette impuissance afin de satisfaire un but dévoyé.

Ainsi, en dépit de l'apparente neutralité de l'impuissance de moyens des services des étrangers, il semble que cette dernière favorise justement la concrétisation de volontés désobéissantes. Elle devient un argument stratégique, propre à atténuer la responsabilité politique et juridique des administrations. L'émergence d'une logique managériale, imputable à la volonté de l'administration centrale, a sans doute aggravé cette situation, en faisant de la norme une entrave aux objectifs de performance. Dans ces conditions, l'impuissance apparaît bien comme l'une des causes des désobéissances administratives, *a fortiori* lorsqu'elle se conjugue à l'impuissance de l'étranger (**B**).

B. La désobéissance administrative permise par l'impuissance de l'étranger

L'impuissance est aussi, et peut-être d'abord, celle de l'étranger. Cette forme d'impuissance ne semble pas soulever de difficulté conceptuelle, tant elle est manifeste. En effet, dans le cas où l'étranger fuit des conditions de vie gravement dégradées dans son pays d'origine, l'urgence de sa situation provoque le plus souvent une grave

²⁹⁵ B. EVEN, « Les mutations du contentieux administratif des étrangers », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 325.

²⁹⁶ J.-G. CONTAMIN, E. SAADA, A. SPIRE, K. WEIDENFELD, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, op. cit., pp. 61-62.

²⁹⁷ C'est d'ailleurs ce qui conduit Y. BLANC à ironiser sur le fait que « *le tableau Excel l'emporte sur le code !* » (Y. BLANC, « Des chiffres, sous la contrainte du droit », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 255).

²⁹⁸ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, op. cit., p. 85.

insuffisance linguistique et économique. Ces deux insuffisances ont de grandes incidences sur la propension des administrations à désobéir, dans la mesure où elles sont de nature à entraver l'accès de l'étranger au droit (1), mais plus largement au juge (2).

1. Du difficile accès au droit par l'impuissance linguistique de l'étranger

Maîtriser le français pour comprendre le droit. Maîtriser la langue française est l'un des premiers obstacles auquel fait face l'étranger lorsqu'il arrive sur le territoire. En effet, l'étranger ne saurait maîtriser la langue française qu'à hauteur de sa durée de séjour sur le territoire, et qu'à hauteur de l'enseignement dont il a pu bénéficier. Sa complexité, conjuguée à la précarité matérielle et psychologique de l'étranger, rend d'autant plus difficile toute interaction avec l'administration. Le Conseil d'État reconnaît d'ailleurs lui-même que « *souvent, les requérants [...] ne maîtrisent pas le français et n'ont qu'une compréhension limitée* »²⁹⁹, ce qui constitue un frein majeur à l'accès au droit. Cette difficulté est encore plus prononcée lorsqu'il s'agit de comprendre le droit lui-même, lequel est rédigé en des termes, et régi par des concepts, peu accessibles. À cet égard, Gérard Cornu écrivait en 1990 que « *le citoyen [...] éprouve le sentiment déroutant d'être séparé du droit par un écran linguistique* »³⁰⁰; constat d'autant plus vrai pour un étranger, déjà marginalisé par sa méconnaissance de la langue. Notons que, depuis lors, le Conseil constitutionnel a reconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi³⁰¹, dont on verra néanmoins en deuxième partie que l'utilité demeure limitée.

La traduction et le recours à un interprète. Compte tenu de ces difficultés, le législateur a permis à l'étranger de bénéficier d'une traduction des décisions les plus graves prises à son encontre, selon deux modalités différentes. Ces décisions doivent en effet soit être communiquées à l'écrit dans une langue que l'étranger dit comprendre, soit être annoncées à l'oral par l'administration, en présence d'un interprète³⁰². Ainsi, si l'article L. 141-1 du CESEDA prescrit l'usage de la langue française dans les échanges entre l'étranger et l'administration, il assortit d'incontestables exceptions ce principe. Toute décision de refus d'entrée, de placement en rétention ou en zone d'attente, de retenue pour vérification du droit de circulation ou de séjour ou de transfert vers l'État responsable de la demande d'asile doit se faire dans une langue que son destinataire comprend³⁰³. De même, en cas de contestation du refus de séjour³⁰⁴, d'audition à la commission du titre de

²⁹⁹ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 15.

³⁰⁰ G. CORNU, *Linguistique juridique*, LGDJ, 1990, p. 952.

³⁰¹ CC, décision n° 99-421, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 13.

³⁰² CESEDA, art. L. 141-3.

³⁰³ CESEDA, art. L. 141-2.

³⁰⁴ CESEDA, art. L. 352-4.

séjour³⁰⁵, d'audience devant la CNDA³⁰⁶, de maintien en zone d'attente³⁰⁷, d'édition d'une mesure d'expulsion ou une OQTF³⁰⁸, le recours à un interprète agréé est obligatoire³⁰⁹.

S'il est pertinent, ce dispositif n'est néanmoins pas exempt de toute critique, ce qui conduit à relativiser sa totale efficacité.

D'abord, il a parfois été constaté que, dans les cas où sa présence est obligatoire, l'interprète est néanmoins absent, ce qui empêche donc à l'étranger de connaître ses droits. Il est même parfois arrivé que soit découvert, durant l'audience devant la CNDA, que l'entretien obligatoire à l'OFPRA³¹⁰ s'était déroulé en français « *sans le concours d'un interprète, bien que celui-ci ait été demandé, et qu'une mention ambiguë figure à ce sujet sur le compte-rendu* »³¹¹.

Par ailleurs, la présence d'un interprète ne garantit jamais que son niveau, dans la langue de l'étranger, soit entièrement satisfaisant. C'est en tout cas ce qu'affirme Jean-Michel Belorgey, ancien président de la section du rapport et des études du Conseil d'État, en des termes non équivoques : « *l'interprète [...] ne parle pas toujours la bonne langue ; cela peut aussi se produire à la CNDA, [...] par erreur, ou ignorance, faute de faire la distinction qui s'impose entre le kurde des Kurdes de Turquie et le gourmandji des Kurdes yézidis du Caucase [...]* »³¹².

Enfin, et surtout, la présence d'un interprète n'est pas systématiquement obligatoire, ce qui ne peut en faire qu'une solution partielle. La relation étranger - guichetier est ainsi épargnée de cette obligation. Or, comme il a déjà été vu, c'est précisément dans cette temporalité, particulièrement opaque, que les désobéissances peuvent se multiplier. De même, les dialogues écrits entre l'administration et l'étranger ne sont pas nécessairement traduits, c'est pourquoi ils oscillent, dans de nombreuses situations, entre « *traductions improvisées et bricolages langagiers* »³¹³.

Toutefois, même dans le cas où l'étranger maîtrise la langue et le droit français, il se heurte à une impuissance économique faisant obstacle à son accès à la justice (2).

³⁰⁵ CESEDA, art. L. 423-15.

³⁰⁶ CESEDA, art. L. 523.3 et L. 532-12.

³⁰⁷ CESEDA, art. L. 341-17.

³⁰⁸ CESEDA, art. L. 632-3 (expulsions) et L. 614-5 (OQTF).

³⁰⁹ Dans tous ces cas, notons que le recours à l'interprète se fait à la charge de l'administration (art. R. 342-17 du CESEDA).

³¹⁰ CESEDA, art. L. 531-12.

³¹¹ J.-M. BELORGEY, « Quand l'exil s'interprète mal », *Plein droit*, 2013, n° 98, pp. 24-26.

³¹² *Ibid.*

³¹³ L. TASSIN, *Lingua (non) grata, Langues, violences et résistances dans les espaces de la migration*, Les Presses De L'Inalco, 2022, pp. 189-22.

2. Du difficile accès au juge par l'impuissance économique de l'étranger

Avoir de l'argent pour contester l'illégalité. Si l'étranger franchit l'obstacle linguistique, il doit encore avoir la capacité économique de faire valoir ses droits. Or, la justice, si elle est accessible, coûte cher. Elle nécessite parfois un interprète, parfois un ministère d'avocat (outre le premier recours devant le tribunal administratif). En somme, elle n'est pas gratuite.

Pourtant, les étrangers sont en situation de particulière vulnérabilité économique, souvent parce qu'ils arrivent sur le territoire français dans l'urgence, sans avoir pu se préparer économiquement. En sus, si l'étranger veut travailler légalement sur le territoire, afin d'en tirer des ressources, il devra avoir obtenu, en amont, un titre de séjour qui l'y autorise³¹⁴. Or, s'il souhaite contester une décision administrative, il est fort à parier qu'il n'a pas reçu un tel titre. C'est dans cette perspective que le Conseil d'État reconnaît lui-même que « *souvent, les requérants disposent de faibles ressources* »³¹⁵. Notons que même dans le cas où l'étranger bénéficie de moyens économiques dans son pays d'origine, ce dernier se trouve néanmoins souvent en situation précaire une fois arrivé sur le territoire. En effet, comme l'explique le sociologue Pierre-Yves Cusset, si « *les immigrés ne viennent pas vraiment des pays les plus pauvres, et ne font pas partie des plus pauvres de leurs pays d'origine, [ils] sont [pourtant] surreprésentés parmi les ménages pauvres de leurs pays de destination* »³¹⁶.

Cette impuissance économique semble, à certains égards, relativisable. D'une part, il n'est pas obligatoire d'avoir un avocat devant le tribunal administratif³¹⁷, ce qui réduit les frais pour l'étranger, à condition toutefois qu'il maîtrise suffisamment le droit pour se défendre seul, ou qu'il soit assisté par une association. D'autre part, l'aide juridictionnelle, prévue par la loi du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*, est une manière pour l'étranger de bénéficier tout de même de l'expertise de l'avocat. Mais il sera néanmoins vu en deuxième partie que, malgré son apport incontestable dans l'accès à la justice des étrangers, l'aide juridictionnelle n'est pas non plus exempte de toute critique, qui en limite alors l'efficacité totale.

Cette impuissance, conjuguée à l'impuissance linguistique, favorise donc considérablement la propension des administrations à désobéir, puisqu'il est hautement probable que l'illégalité ne fasse l'objet d'aucune contestation. Il semble d'ailleurs que, même en l'absence de tout dysfonctionnement structurel (**Section 2**), la faiblesse des perspectives contentieuses continue d'agir comme une forme de soupe de sécurité pour l'agent, s'autorisant alors à désobéir.

³¹⁴ CESEDA, art. L. 421-3.

³¹⁵ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 8.

³¹⁶ P.-Y. CUSSET, « Pauvreté et immigration », *Constructif. Mesures de la pauvreté, mesures contre la pauvreté*, 2022, n° 62, pp. 36-41.

³¹⁷ CJA, art. L. 431-2.

Section 2. La désobéissance immédiatement fondée sur une conviction personnelle

L'acte désobéissant se manifeste secondelement sans qu'aucun facteur extérieur ne vienne en atténuer la portée. Elle devient alors résolument volontaire, car l'agent ne peut opportunément faire valoir sa propre impuissance ou l'illisibilité du droit. Ce type de désobéissance puise surtout sa source dans la singularité du droit des étrangers, et des logiques politiques dont il est imprégné.

Les administrations de l'État tendent ainsi à justifier leurs écarts au nom d'impératifs régaliens, en particulier celui de la sécurité nationale (**I**), tandis que les autorités décentralisées se reposent sur leur autonomie statutaire pour s'aménager un espace de liberté décisionnelle, favorable à l'accomplissement d'une volonté dissidente (**II**).

I. La désobéissance administrative fondée sur la liberté-souveraineté des services des étrangers

Tout d'abord, la désobéissance des administrations de l'État peut trouver sa principale cause dans les liens très étroits qui unissent l'immigration et la souveraineté. En effet, la nature éminemment souveraine de cette matière, en ce qu'elle touche aux attributs fondamentaux de l'État (**A**), semble nourrir, chez certains agents, la conviction de devoir désobéir, afin de préserver et d'assurer la sécurité de l'État (**B**).

A. Les répercussions juridiques et politiques de la souverainisation de la question migratoire

« Interroge[ant] la souveraineté nationale »³¹⁸, l'immigration, comme phénomène extérieur à l'État, le déstabilise. Elle touche à ses attributs les plus fondamentaux et explique alors l'émergence d'un droit différent, lui permettant de retrouver la mainmise sur cette réalité qui lui échappe. Justifiant l'attribution de pouvoirs discrétionnaires aux services des étrangers (**1**), cette souverainisation de la question migratoire a finalement permis l'intégration d'une « *raison d'État* » à la politique migratoire (**2**) qui, on le verra par la suite, agit comme levier principal à l'édition d'actes désobéissants.

1. La souverainisation de la question migratoire comme fondement du pouvoir discrétionnaire

La réglementation des étrangers, compétence souveraine de l'État. Dans son étude annuelle de 2024, portant sur la souveraineté, le Conseil d'État la définit comme le pouvoir de « *disposer du “dernier mot”* »

³¹⁸ C. WIHTOL DE WENDEN, *La globalisation humaine*, PUF, 2009, p. 233.

pour une population et un territoire donnés »³¹⁹. De même, Olivier Beaud l'apparente à un « *pouvoir suprême de domination de l'État sur les personnes qui entrent dans le cercle de sa juridiction* »³²⁰. Fort de ces deux définitions, on comprend sans difficulté que la souveraineté est intrinsèquement liée à la population présente sur le territoire de l'État. Partant, la maîtrise de l'entrée et du séjour d'individus sur son territoire relève de sa prérogative souveraine. Il doit avoir « *le pouvoir d' "authentifier" sans contestation ses ressortissants et ceux qui lui sont étrangers* »³²¹.

En dépit des débats théoriques relatifs à l'existence d'un contenu matériel de la souveraineté³²² — lequel, si on l'admet, viendrait nécessairement limiter les prérogatives des États —, le lien entre immigration et souveraineté semble faire l'objet d'un consensus doctrinal suffisamment établi pour toujours être envisagé comme un attribut « *inhérent à la puissance étatique* »³²³, c'est-à-dire ne pouvant être exclu dudit contenu matériel. C'est dans cette mesure que Stéphane Rials écrivait que : « *l'État ne saurait renoncer à l'exercice, dans le respect d'éventuels principes supérieurs, de certains moyens disponibles, propres à assurer, dans le respect de ses finalités, la conservation de sa puissance [...] notamment sa réglementation sur la nationalité et les étrangers [...]* »³²⁴. Autrement dit, l'auteur estime que priver l'État de sa compétence en matière de nationalité et d'étrangers revient, en définitive, à le priver de sa puissance.

Compétence souveraine et pouvoirs discrétionnaires des services des étrangers. La question migratoire revêt donc une nature particulière, étant consensuellement envisagée comme un attribut souverain de l'État. Mais quelle en est donc l'incidence sur les pouvoirs administratifs ? La question est loin d'être évidente, car elle revient à se demander ce que signifie et ce qu'implique, juridiquement, la souveraineté. Or, « *nimbée d'un flou quasi-mystique* »³²⁵, cette notion, et ce qu'elle contient, semble difficilement saisissable. Elle fait l'objet d'une pluralité de définitions qui, toutes, en définitive, alimentent son abstraction.

Toutefois, un consensus doctrinal tend à se dégager autour du fait que la nature souveraine d'une compétence confère à l'État un pouvoir discrétionnaire en la matière. Charles Eisenmann soutient ainsi qu'une compétence souveraine renvoie à sa « *discrétionnarité totale* »³²⁶, car « *la souveraineté n'est pas seulement une*

³¹⁹ CE, *Étude annuelle sur la souveraineté*, 11 septembre 2024, p. 29.

³²⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », PUF, 1994, p. 53.

³²¹ S. LAACHER, « L'hospitalité entre raison d'État et principe universel », *op. cit.*, p. 12.

³²² Débat que J. COMBACAU formalise en la phrase suivante : « *[un État] peut-il renoncer à n'importe laquelle de ses compétences et contraindre ses pouvoirs quels qu'ils soient, et persister néanmoins dans sa qualité d'État ?* » (J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 57).

³²³ S. RIALS, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *Arch. Phil. Droit*, tome 32, 1987, p. 212 .

³²⁴ *Ibid.*, p. 212 .

³²⁵ L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », *op. cit.*, p. 216.

³²⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 672.

qualité de l'État mais le titre à l'exercice discréptionnaire de compétences »³²⁷. « *Maitre chez lui* »³²⁸, l'État et ses administrations disposent alors d'incontestables pouvoirs discréptionnaires. En effet, si « *le droit des étrangers trouve son fondement juridique essentiel au sein de la notion de "souveraineté"* »³²⁹, et que la souveraineté trouve sa traduction juridique essentielle dans la discréptionnarité des pouvoirs, alors le droit des étrangers est éminemment discréptionnaire. Cette discréptionnarité fait aujourd'hui l'objet d'un large alignement doctrinal, de sorte qu'elle ne sera pas ici présentée de manière exhaustive³³⁰. Notons qu'elle bénéficie surtout au préfet de département, disposant d'une large marge d'appréciation dans l'éloignement des étrangers³³¹ et dans leurs admissions au séjour.

La souverainisation de la question migratoire a également facilité l'émergence de la notion de « *raison d'État* » (2), dont on verra qu'elle fonde de nombreuses désobéissances.

2. *La souverainisation de la question migratoire comme fondement d'une raison d'État*

La raison d'État, tentative de définition juridique d'une notion politique. « *Pleine d'ambiguïté et de contradiction* »³³², la raison d'État s'impose comme l'une de ces notions souvent utilisées, dans des contextes variés ; mais dont le sens véritable n'a jamais été véritablement arrêté. La définition la plus communément admise se décline en deux aspects. D'une part, elle constitue un « *principe d'équilibre* »³³³ essentiel, auquel l'État doit nécessairement aspirer pour ne pas succomber à la puissance aveugle. Elle est donc le moyen de contrecarrer la « *malédiction pesant sur le pouvoir* »³³⁴, c'est-à-dire sa propension naturelle à l'excès. D'autre part, elle est la maxime de l'État, lui dictant « *ce qu'il doit faire pour conserver la force et la santé de l'État* »³³⁵. Elle est ici le moyen d'assurer la sécurité de la nation.

Dans son deuxième sens, la raison d'État se rattache alors directement à la souveraineté, en tant qu'elle concourt à sa préservation. Elle fait en sorte qu'il demeure « *solide et permanent, [...], qu'il puisse être rendu fort en face de tout ce qui peut le détruire* »³³⁶. La raison d'État, en tant qu'elle est un moyen au service de la sécurité de

³²⁷ L. DUBOIS, « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », *op. cit.*, p. 216

³²⁸ S. LAACHER, « L'hospitalité entre raison d'État et principe universel », *op. cit.*, p. 12.

³²⁹ D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 2014, p. 45.

³³⁰ Pour plus de précisions quant auxdits pouvoirs discréptionnaires, v. : D. LOCHAK, « Les étrangers face au pouvoir discréptionnaire de l'administration » in, *Le pouvoir discréptionnaire et le juge administratif*, Cujas, 1978. En outre, en février 2025, un colloque intitulé *La discréptionnarité en droit des étrangers – Règles, acteurs, institutions* a été organisé à l'Université Côte d'Azur.

³³¹ C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la Cour EDH, le 18 octobre 2006, *Uner c/ Pays-Bas*, n° 46410/99, §§ 55 et 56 : « *même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et qu'il a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des États contractants d'expulser des étrangers* ».

³³² J. FREUND, *L'Année sociologique (1940/1948)*, PUF, 1973, Vol. 24, p. 201.

³³³ J. FREUND, *L'Année sociologique (1940/1948)*, *op. cit.*, p. 202.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ F. MEINECKE, *L'idée de la raison d'Etat dans l'histoire des Temps modernes*, Bibliothèque des lumières, 1973, p. 12.

³³⁶ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Seulls, 2004, p. 6.

l'État, se présente ainsi comme une manifestation directe, voire nécessaire, de la souveraineté étatique. Cette notion revêt alors un caractère presque incantatoire : incarnant un « *pouvoir qui agit [...] au nom ou au prétexte du bien commun* »³³⁷, elle confère à ceux qui s'en réclament une légitimité difficilement contestable.

Le droit des étrangers, imprégné de la logique de raison d'État. Le droit des étrangers est profondément influencé par la logique de la raison d'État, notamment dans sa dimension sécuritaire. Cette logique a conduit à placer la politique migratoire sous le régime d'une « *haute police* »³³⁸, dérogatoire au droit commun, au nom de la sûreté nationale. C'est à ce titre que l'administration, émanation directe du pouvoir souverain, a longtemps bénéficié, et bénéficie encore dans une certaine mesure, d'une marge d'appréciation renforcée.

Sans parvenir à un débat politique, la mobilisation de la raison d'État, en droit des étrangers, procède donc d'une association de la question migratoire à des enjeux de sécurité. Cette assimilation peut être imputée à une diversité de facteurs, au premier rang desquels la construction politique de la figure du migrant, lequel est perçu comme un « *"ennemi intérieur" complotant contre la sûreté nationale* »³³⁹.

Ainsi, selon Gérard Lyon-Caen, « *l'État [fait] retomber sur l'étranger la méfiance que lui inspirent les États étrangers, l'étranger constitue une menace latente pour la sécurité : c'est l'identification inconsciente de l'étranger à son État, son assimilation à un ennemi putatif, qui explique l'abandon du sujet étranger à la haute police* »³⁴⁰. De même, selon Camille de Reydet de Vulpillières, « *l'étranger cumulerait donc les traits du vagabond et de l'ennemi. Ici se manifeste de la façon la plus virulente l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique, en ce qu'il constitue (potentiellement) un point aveugle administratif [...] ; aussi son assimilation latente à une menace s'explique-t-elle par la peur de l'inconnu qu'il représente* »³⁴¹.

Dès lors, en dépit de la juridiction de la question migratoire, celle-ci demeure avant tout hautement politique, car elle touche aux attributs constitutifs de la souveraineté de l'État. C'est alors l'assimilation de l'immigration à des enjeux de sécurité qui a permis l'introduction d'une logique relevant de la raison d'État dans la conduite de la politique migratoire. L'étranger est vu comme un individu susceptible de fragiliser l'ordre

³³⁷ R. BINSARD, A. BOUSQUET, S. BRIHI, G. MARTINE, « Secret-défense : la raison d'État et le droit », *Le droit en débats*, Dalloz (site internet), 2021.

³³⁸ S. LAACHER, « L'hospitalité entre raison d'État et principe universel », *op. cit.*, p. 12.

³³⁹ J.-L. LE QUANG, « Haute police, surveillance politique et contrôle social sous le consulat et le Premier Empire (1799-1814) », *Annales historiques de la Révolution française. Révolution et environnement*, Armand Colin, 2020, n° 399, pp. 215-220.

³⁴⁰ G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 1966, p. 69.

³⁴¹ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, *op. cit.*, p. 40.

public et, partant, la souveraineté de l'État. Ce raisonnement contribue ainsi à faire de cette discipline un terrain propice aux désobéissances (**B**).

B. L'utilisation de la souveraineté d'État pour désobéir

La souverainisation, voire hyper-souverainisation, de la question migratoire est à l'origine de nombreuses désobéissances administratives. En effet, elle rejaillit, *in fine*, sur la manière qu'a l'agent d'appliquer le droit des étrangers, lequel se considère fonder à désobéir, afin de servir une cause qu'il juge supérieure. Ainsi, si la discrétionnaire dudit droit est, en soi, de nature à favoriser l'émergence de décisions prises en marge de la légalité (1), c'est surtout la raison d'État qui a servi de justification à ses actes (2).

1. L'utilisation des pouvoirs discrétionnaires à des fins désobéissantes

Le pouvoir discrétionnaire, pouvoir propice aux désobéissances les plus graves. Permettant aux agents de « *faire valoir et prévaloir des volontés personnelles* »³⁴², le pouvoir discrétionnaire constitue, en soi, et indépendamment de la logique de la raison d'État, un terrain particulièrement propice aux désobéissances. Comme indiqué en introduction, bien que ce pouvoir devrait théoriquement se limiter à la satisfaction de l'intérêt général³⁴³, la pratique enseigne qu'il peut parfois ouvrir la voie à « *une utilisation relativement libre des règles [pouvant] d'ailleurs aller jusqu'au pur et simple non-respect de la loi* »³⁴⁴.

Dans certains cas, l'octroi d'un tel pouvoir fait naître chez l'agent le sentiment de disposer de prérogatives extra-légales, allant jusqu'à pouvoir satisfaire pleinement sa volonté individuelle. Or, il arrive, parfois, que cette volonté se concrétise, sinon par l'affranchissement d'une règle de droit, *a minima* par un « *détournement de l'esprit des textes* »³⁴⁵. En ce sens, Jacques Chevallier constate que « *l'histoire du droit des étrangers en France a ainsi montré que les fonctionnaires ont pu imposer une interprétation du droit parfois très éloignée des règles [...]. Le droit fait ainsi l'objet d' "usages stratégiques" de la part des agents de terrain qui n'hésitent pas à utiliser la marge de liberté [...]* »³⁴⁶.

Fort de ses pouvoirs discrétionnaires, il est par exemple arrivé, à plusieurs reprises, qu'en vue d'empêcher l'union d'un ressortissant étranger et d'un ressortissant français, le préfet prenne précipitamment une décision d'éloignement à l'encontre de l'étranger, en la faisant reposer sur des motifs légaux dont il sait qu'ils ne sont pas

³⁴² C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 76.

³⁴³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15^e Éd., 2001, p. 1056.

³⁴⁴ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, *op. cit.*, p. 85.

³⁴⁵ D. LOCHAK, « *Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration* », *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁶ J. CHEVALLIER, « *La place de l'administration dans la production des normes* », *op. cit.*, pp. 623-636.

les motifs réels. En la matière, c'est bien la nature discrétaire de ses pouvoirs en matière d'éloignement³⁴⁷ qui semblent favoriser l'émergence d'une telle illégalité délibérée. Notons que le caractère précipité de la décision permet presque systématiquement au juge d'en déduire un détournement de pouvoir, comme il sera analysé ultérieurement.

Par ailleurs, certains préfets de département ont parfois ordonné l'expulsion d'étrangers au motif qu'ils ne respecteraient pas « *une certaine neutralité politique* »³⁴⁸. Une telle interprétation ne va pourtant pas de soi. Comme l'indique en effet Danièle Lochak, l'expression d'une opinion, sauf si elle trouble l'ordre public, n'est pas en soi interdite : elle ne peut, *a priori*, être considérée comme une menace à l'ordre public. Cette position d'ailleurs été reconnue par le Conseil d'État, rappelant qu' « *un comportement politique n'est pas à lui seul de nature à justifier légalement l'expulsion d'un étranger dont la présence sur le territoire français ne constituerait pas une menace pour l'ordre public* »³⁴⁹. C'est précisément ce qui conduit Danièle Lochak à constater que « *l'utilisation par l'administration de son pouvoir discrétaire [...] conduit très souvent à un détournement de l'esprit des textes* »³⁵⁰, dont l'illégalité a été reconnue en l'espèce.

Ces exemples témoignent alors de l'impact qu'a l'octroi d'un pouvoir discrétaire sur l'agent, lequel en tire une liberté décisionnelle lui permettant de satisfaire sa propre volonté, parfois contraire à la règle de droit. L'acte désobéissant devient alors fondamentalement personnel, car aucun fait générateur extérieur ne permet d'en atténuer la portée. Mais c'est surtout la raison d'État qui constitue le fondement le plus manifeste de ces actes (2).

2. *L'utilisation de la raison d'État à des fins désobéissantes*

La raison d'État, par essence désobéissante. Précisément définie comme ce qui est exorbitant au droit³⁵¹, la raison d'État constitue, inévitablement, le levier le plus fort des désobéissances. Par essence, cette notion repose sur l'idée qu'il est parfois nécessaire de s'affranchir de la norme, lorsque l'intérêt supérieur de l'État l'y oblige. Ainsi, l'acte désobéissant, lorsqu'il est justifié par la raison d'État, semble alors se rattacher à sa définition civiliste, car il permet de satisfaire un intérêt « *au-dessus de la morale et du droit, au nom ou au prétexte du bien commun* »³⁵².

³⁴⁷ V. en ce sens, J.-C. BONICHOT, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, Vol. 38, pp. 689-703.

³⁴⁸ D. LOCHAK, « Les étrangers face au pouvoir discrétaire de l'administration », *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁹ CE, ass., 13 mai 1977, *Perregaux*, n° 00447, *Lebon* p. 216.

³⁵⁰ D. LOCHAK, « Les étrangers face au pouvoir discrétaire de l'administration », *op. cit.*, p. 20.

³⁵¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, *op. cit.*, p. 11.

³⁵² R. BINSARD, A. BOUSQUET, S. BRIHI, G. MARTINE, « Secret-défense : la raison d'État et le droit », *op. cit.*

Cette notion n'est, en elle-même, que très rarement expressément utilisée par l'administration. En effet, en règle générale, les expressions « *circonstances exceptionnelles tenant à une exigence impérieuse d'ordre public* », « *menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État* » ou, plus simplement, « *dangerosité* » de l'individu, seront plus volontiers utilisées par les agents. Néanmoins, ces formules renvoient toutes à la même finalité, celle de préserver la sécurité de l'État. Partant, toute référence à l'une de ces notions doit être interprétée comme l'expression d'une logique relevant de la raison d'État.

Par exemple, comme évoqué en accroche, le 1er décembre 2023, l'ancien ministre de l'Intérieur a délibérément refusé d'exécuter une mesure provisoire, indiquée par la Cour européenne des droits de l'Homme³⁵³, aux fins de garantir la sécurité de l'État. Cette mesure enjoignait à l'État de ne pas exécuter la mesure d'expulsion prise à l'encontre d'un ressortissant ouzbek, lequel aurait pu être exposé, en cas de retour dans son pays d'origine, à des traitements inhumains et dégradants. Dans sa décision fixant le pays de renvoi, le ministre faisait toutefois valoir l'existence de vives tensions sur le territoire. Il y invoquait, d'une part, l'existence d'une menace terroriste qualifiée d' « *extrêmement élevée* » en France ; d'autre part, des « *circonstances exceptionnelles tenant à une exigence impérieuse d'ordre public* ». Ici, c'est bien au nom de la raison d'État, que le responsable politique s'est affranchi volontairement de la mesure provisoire.

De même, l'actuel ministre de l'Intérieur a récemment exprimé sa volonté d'inscrire dans la Constitution « *la possibilité de déroger à la primauté des traités et du droit européen [...] quand "les intérêts fondamentaux de la nation" sont en jeu, en considérant que l'immigration entre dans cette case* »³⁵⁴. Ce projet viserait donc à donner une assise constitutionnelle au concept de raison d'État, en reconnaissant sa fonction transgressive en cas de circonstances exceptionnelles.

Raison d'État et désobéissance. Ce projet constitutionnel illustre parfaitement le principal danger que recèle cette notion : celui d'un usage dévoyé de la raison d'État, afin de satisfaire une volonté individuelle dissidente. Dans ce cadre, la raison d'État pourrait alors devenir un levier de légitimation de la désobéissance, dissimulant des raisons étrangères à l'intérêt de la nation.

Germe ici l'hypothèse de « *l'excès de gouvernement* »³⁵⁵, et de l'excès administratif qui trouve son origine dans une discordance entre la raison d'État et la raison propre du gouvernant ou de l'agent. Cette dissonance se manifeste, concrètement, par l'édition d'une mesure prise à l'encontre d'un étranger, au nom de la préservation de l'ordre public, alors même que l'intéressé ne présente aucune menace réelle. Par exemple, il semble y avoir

³⁵³ Mesure provisoire disponible sur le site de la Cour, dans *Mesure provisoire indiquée concernant la France, communiqué du 29 novembre 2023*.

³⁵⁴ GISTI, « Pas une chance pour la France » (édito), *Plein droit*, n° 143, 2024, pp. 3-4.

³⁵⁵ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Seulls, 2004, p. 15.

discordance lorsque une décision d'éloignement fondée sur la menace pour l'ordre public que constitue l'étranger³⁵⁶, est annulée ou suspendue par le juge au motif que celle-ci repose sur une motivation stéréotypée. Car cela signifie que l'administration n'a pas prouvé, par des circonstances de faits, le motif sur lequel se repose ladite mesure³⁵⁷. Le cas échéant, le juge considère que cette décision n'a été précédée d'aucun examen sérieux et personnel du dossier ; en somme qu'aucun moyen tenant à la sécurité de l'État ne semble justifier la mesure. Dans ce cadre, nul besoin d'identifier clairement la volonté du préfet, dans la mesure où l'inexistence d'une telle menace suffit à prouver l'existence d'une volonté dissidente.

Ainsi, en projetant sur la question migratoire des enjeux sécuritaires d'une grande intensité, le risque inévitable est de voir les agents imprégnés de la même logique. Dès lors, l'agent investi de prérogatives discrétionnaires, en soi propices à la satisfaction d'une volonté propre, est inévitablement tenté de s'affranchir de la norme, au nom d'un prétexte sécuritaire. Dans cette perspective, les actes fondés sur la raison d'État revêtent un double aspect.

Lorsque le risque sécuritaire est réel, la désobéissance semble compréhensible, car dans l'urgence, il est parfois nécessaire de quitter le cadre légal³⁵⁸. Mais elles n'en demeurent pas moins des actes désobéissants, car la norme est connue, mais volontairement transgessée. Ce cas soulève alors une question fondamentale : désobéir pour assurer la continuité de l'État, n'est-ce pas servir l'intérêt général et, par ricochet, la loi elle-même ? En s'éloignant d'une lecture positiviste, ne pourrait-on y voir une forme d'obéissance à une norme supérieure ? La question mérite d'être posée.

À l'inverse, lorsque le risque sécuritaire est inexistant, la raison d'État devient un simple prétexte servant, cette fois-ci, une logique personnelle. Notons qu'il n'est pas exclu que l'agent soit intimement convaincu d'agir au nom de la raison d'État, alors même qu'aucun risque n'existe. Dans ce cas précis, l'illégalité de l'acte procède-t-elle d'une volonté délibérée de transgresser la norme, ou n'est-elle pas le produit des représentations biaisées de l'étranger ? La question mérite tout autant d'être posée.

Quoi qu'il en soit, une conclusion s'impose : c'est bien souverainisation de la question migratoire qui est à la racine de nombreux actes directement désobéissants. Toutefois, s'agissant des administrations décentralisées, c'est davantage leur autonomie statutaire qui en permet l'émergence (**II**).

³⁵⁶ Aux termes du cinquième de l'art. L. 611-1 du CESEDA, il est par exemple possible d'obliger l'étranger à quitter le territoire français s'il ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois, et s'il constitue une menace pour l'ordre public.

³⁵⁷ V. en ce sens, CE, 24 juillet 1981, *Belasri*, n° 31488, *Lebon* p. 322 : « Considérant que l'arrêté attaqué du ministre de l'intérieur en date du 26 août 1980 qui enjoint à M. Y... de quitter le territoire français, porte comme motif que "M. Y... a commis des actes portant atteinte à la sécurité des personnes, et que la présence de cet étranger sur le territoire français est de nature à compromettre l'ordre public"; qu'en s'abstenant de préciser les éléments de fait qui sont à la base de la mesure de police contestée, le ministre de l'intérieur n'a pas satisfait aux exigences de la loi du 11 juillet 1979 ».

³⁵⁸ C'est d'ailleurs ce que reconnaît le Conseil d'État lui-même dans : CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, cons. 3, *Lebon* p. 651.

II. La désobéissance administrative fondée sur la liberté-autonomie des administrations décentralisées

De plus, la désobéissance peut se manifester grâce au lien constitutionnel qui unit les collectivités à leur autonomie. En effet, si celles-ci ont parfois eu recours à la désobéissance comme moyen d'affirmation de leur autonomie (**A**), c'est surtout à travers l'exercice concret de cette autonomie qu'elles ont pu mettre en œuvre des volontés propres (**B**), nourries d'un fort sentiment de liberté.

A. La désobéissance administrative fondée sur le manque d'autonomie des collectivités

La désobéissance comme moyen de revendication d'autonomie. La désobéissance des administrations décentralisées peut constituer, pour celles-ci, une stratégie de revendication, voire d'affirmation, d'une autonomie jugée insuffisante. Cette insuffisance provient le plus souvent d'un déséquilibre entre les compétences qui leur sont dévolues et les moyens financiers dont elles disposent pour les exercer convenablement. Dans cette hypothèse, il s'agit pour elles de tirer profit de l'écho médiatique d'un tel acte, pris dans le but explicite d'alerter l'État sur leur situation économique. La désobéissance devient donc un outil de communication politique non négligeable.

Dans ce cas, tous les éléments constitutifs de la désobéissance sont réunis : la transgression est volontaire et revendiquée, aux fins d'obtenir une amélioration des conditions locales. Contrairement aux précédentes formes de désobéissance, dont il a été vu que leur volonté réelle était parfois dissimulée, la collectivité assume et relaye sa volonté. Il est saisissant de voir qu'en cette hypothèse, l'impuissance est encore un fondement de la désobéissance, puisque c'est bien dans l'impuissance initiale, ou à venir, de la collectivité qu'elle prend racine. Mais la transgression de la norme qui est résulte est ici différente de celle qui avait été constatée en première partie, puisqu'ici la collectivité revendique l'illégalité de son acte. Par ailleurs, puisqu'elle vise à corriger ou prévenir son impuissance future, cette désobéissance permet alors d'éviter d'éventuels dysfonctionnements structurels, qui en seraient justement la conséquence. En ce sens, elle peut être envisagée comme un mal nécessaire, dont la finalité n'est pas de subvertir l'ordre juridique, mais d'en préserver le respect sur le long terme³⁵⁹.

Néanmoins, cette hypothèse est rare, car elle suppose une volonté assumée de confrontation avec l'État. Surtout, elle expose les représentants locaux à des risques juridiques sans doute dissuasifs, notamment des

³⁵⁹ Cette fonction de la désobéissance n'est ici pas précisée. Pour plus d'informations, voir la première section de la Partie II.

sanctions pénales, puisque la méconnaissance du principe de légalité par une personne dépositaire de l'autorité publique est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende³⁶⁰. Dans ce cadre, la revendication de l'acte renforce la probabilité d'une condamnation, à la différence des désobéissances dissimulées, dont la nature dissidente échappe plus facilement au contrôle.

Le cas des mineurs isolés étrangers. Aux termes des articles L. 228-3 et L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles, tout mineur non accompagné entrant sur le territoire français doit impérativement être pris en charge par les départements³⁶¹. L'accueil doit durer, minimalement, cinq jours. Mais cet accueil a un prix, et il est considérable, d'autant plus pour les départements qui sont déjà investis de compétences particulièrement coûteuses, étant en charge des solidarités³⁶². Ainsi, l'association des Départements de France estime à deux milliards d'euros la prise en charge des mineurs étrangers isolés en 2023³⁶³.

Constatant leur propre saturation, certains départements ont, à compter de juillet 2011³⁶⁴, adopté plusieurs arrêtés suspendant l'accueil desdits mineurs, invoquant la nécessité « *d'une meilleure répartition entre départements de la prise en charge de ce public* »³⁶⁵. De même, en 2013, un nouvel arrêté a été pris par le conseiller régional de Mayenne³⁶⁶ en vue de donner « *le signal d'alarme* »³⁶⁷ sur la situation problématique de la prise en charge des mineurs. Enfin, en 2017, le président du Conseil départemental du Val-d'Oise avait reconnu avoir volontairement refusé de prendre en charge certains mineurs, après avoir, à plusieurs reprises, tenté d'alerter les services de l'État³⁶⁸.

Cet exemple illustre de manière paradigmique comment la désobéissance peut servir la collectivité dans ses revendications d'autonomie. En l'espèce, la transgression ne laisse place à aucune ambiguïté : au regard des dispositions du CASF, l'illégalité des arrêtés pris par les départements est manifeste, et leur volonté de s'en affranchir est tout aussi clairement assumée. Ces arrêtés départementaux font alors office de désobéissances

³⁶⁰ Code pénal, art. L. 432-1.

³⁶¹ A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 80. L'auteur explique en quoi ces dispositions, bien que ne citant pas expressément les mineurs étrangers, les vise néanmoins. C'est surtout le dernier alinéa de l'art. L. 122-3 du CASF qui permet de créer le lien avec lesdits mineurs : « *la protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge.* ».

³⁶² CGCT, art. L. 3211-1.

³⁶³ Communiqué de l'ADF « L'État doit assumer le coût des mineurs isolés », 19 octobre 2023, disponible sur le site de l'association.

³⁶⁴ V. en ce sens, A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 82.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Arrêté n° 2013 DAJAD 004, 24 juillet 2013, relatif à la prise en charge des mineurs isolés étrangers.

³⁶⁷ V. en ce sens, article paru au journal *Le Monde*, le 23 août 2013 : « *Accueil des mineurs étrangers : Jean Arthuis retire un arrêté polémique* ».

³⁶⁸ V. en ce sens, article paru au journal *Le Parisien*, le 9 octobre 2017, « *Mineurs isolés : quand le conseil départemental du Val d'Oise ignore la justice* ».

stratégiques, entendues comme un « moyen de pression politique pour le [l'État] forcer à s'engager davantage »³⁶⁹.

Aussi paradigmique soit-il, ce cas demeure marginal. En effet, dans la grande majorité des situations, lorsque les administrations décentralisées désobéissent, c'est surtout en tirant de leur autonomie une possibilité de satisfaire certaines volontés personnelles, de la même manière qu'un pouvoir discrétionnaire (**B**).

B. La désobéissance administrative permise par l'autonomie des collectivités

La désobéissance peut, enfin, résulter de l'autonomie des collectivités, en ce que celles-ci en usent pour servir un but dévoyé. Ce cas vise principalement les maires des communes.

À titre liminaire, il convient de préciser que le maire, lorsqu'il exerce des compétences en matière de droit des étrangers, agit principalement en qualité d'autorité déconcentrée. À ce titre, sa marge d'autonomie est comparable à celle desdites autorités. Toutefois, il a été délibérément décidé de ne traiter leurs désobéissances qu'au stade de l'analyse des désobéissances des administrations décentralisées, car, en pratique, ces derniers mobilisent leur dualité fonctionnelle pour agir avec une latitude analogue à celle d'une collectivité. Le plus souvent, le législateur entend conférer aux maires une large marge d'appréciation dans ce domaine³⁷⁰. Or, comme indiqué précédemment, l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire peut parfois favoriser l'expression de volontés individuelles, en particulier lorsque son titulaire est animé d'un fort sentiment d'autonomie.

Contrairement aux administrations de l'État, dont les désobéissances s'inscrivent le plus souvent dans une logique de raison d'État, celles des maires relèvent davantage d'une logique de souveraineté locale. Il ne s'agit plus ici d'une revendication d'autonomie, mais de l'exercice, par le maire, de l'autonomie qui lui est reconnue en tant qu'autorité décentralisée. C'est ainsi le jeu même de la décentralisation qui rend ces transgressions possibles.

Cela étant, les compétences des maires en matière de droit des étrangers demeurent résiduelles. Un seul cas, fréquemment observé, sera ici évoqué. Nous excluons notamment la compétence des maires en matière de validation des attestations d'accueil requises pour la délivrance de visas de court séjour³⁷¹. En effet, bien qu'il ait

³⁶⁹ A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 83.

³⁷⁰ C'est d'ailleurs ce que reconnaît expressément le ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales dans la circulaire n° NOR/INT/D/04/00135/C du 23 novembre 2004 *relative aux attestations d'accueil* ; laquelle dispose que « les conditions normales de logement doivent être appréciées eu égard aux considérations de temps et de lieu (sic), l'intention du législateur étant de donner un large pouvoir d'appréciation aux mairies dans ce domaine ».

³⁷¹ Aux termes de l'art. L. 313-2 du CESEDA, le maire agit ici en qualité d'agent de l'État, et dispose d'une large marge d'appréciation.

été constaté que certains maires interprètent très librement les textes applicables³⁷², l'illégalité de ces pratiques demeure trop incertaine pour caractériser une désobéissance, notamment parce que ces textes relèvent en grande partie de circulaires, dont le caractère impératif n'a jamais été clairement reconnu par le juge.

Aux termes de l'article 165 du Code civil, l'officier de l'état civil (c'est-à-dire le maire³⁷³) est compétent pour célébrer le mariage. Aux termes de l'article 175-2 du même Code, le maire, ou son adjoint, agissant en qualité d'officier d'état-civil³⁷⁴, est tenu d'informer sans délai le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux permettant de présumer l'absence de consentement. Mais il est parfois arrivé, en pratique, que le maire refuse, sans même en informer le procureur, d'enregistrer la demande de mariage soit lorsque l'un des futurs époux est étranger, soit lorsque les deux sont étrangers ; prétextant le caractère frauduleux de l'union. Cette hypothèse a d'ailleurs été reconnue par un ancien ministre de l'Intérieur qui, souhaitant rappeler aux officiers d'état-civil les prérogatives qui sont les leurs en la matière, leur indique par voie de circulaire³⁷⁵ que ce cas est constitutif d'une voie de fait, nécessairement condamnée par les tribunaux³⁷⁶. Ces cas de désobéissance ne semblent pas se résorber avec le temps, en dépit de leur visibilisation, dans la mesure où la circulaire précitée de 2013 ne faisait que succéder une précédente, du 22 juin 2010, laquelle demandait aux préfets de rappeler aux officiers d'état-civil que « *le maire qui refuse de célébrer un mariage alors que le parquet n'a pas fait connaître de décision d'opposition ou de sursis à mariage commet une voie de fait et s'expose à une condamnation à des dommages et intérêts* »³⁷⁷. En définitive, nul besoin de déterminer quels sont les motifs réels au titre desquels les officiers d'état-civil refusent le mariage : la simple réitération de ces refus, en dépit des nombreux rappels à la légalité, suffit à établir une volonté persistante de ne pas se conformer à la norme.

³⁷² La circulaire n° NOR/INT/D/04/00135/C du 23 novembre 2004 *relative aux attestations d'accueil* établit la liste des documents à fournir au maire pour que celui-ci valide ladite attestation. Or, certains maires n'acceptent pas la totalité des documents inscrits dans la liste ; voire exigent que certains documents datent de moins de trois mois, cette condition n'étant jamais mentionnée. Parfois, ils vont jusqu'à exiger des documents supplémentaires, tels que des « *justificatifs indiquant la superficie du logement ou permettant d'apprécier la salubrité et la sécurité du logement* » (v. en ce sens, G. BEZANNIER, « *Attestation d'accueil : au bon vouloir des maires* », *Plein droit*, 2023, n° 136, pp. 40- 43).

³⁷³ CGCT, art. L. 2122-34.

³⁷⁴ CGCT, art. L. 2122-34.

³⁷⁵ Circulaire n° NOR/INTK1300195C, du 13 juin 2013, *relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil*.

³⁷⁶ V. en ce sens : TGI Evreux, référé, 2 juin 1992 ; TGI Montargis, référé, 3 juillet 1992, n° 733/92 ; TGI Versailles, référé, 7 octobre 1992, n° 920476 ; TGI Dijon, référé, 26 novembre 2002, n° 02/000592 ; Cour de cassation, 1ère chambre civile, 6 février 2007, 06-10.403, Publié au bulletin ; TGI Melun, 11 mai 1994 ; TGI Versailles 9 mars 1993 ; CA de Versailles, 1er mars 2000.

³⁷⁷ Circulaire n° CIV/09/10, du 22 juin 2010, *relative à la lutte contre les mariages simulés*, p. 4

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

En définitive, la volonté administrative désobéissante en droit des étrangers se concrétise selon deux modalités et logiques différentes.

D'abord, une grande partie de ces comportements émerge grâce aux dysfonctionnements structurels qui caractérisent la discipline. Le fait générateur de l'acte est toujours une conviction personnelle de l'agent, mais celle-ci ne peut se concrétiser que parce que ces dysfonctionnements existent. Dans ce cas, il est alors particulièrement difficile de sonder la volonté dissidente, car, en apparence, l'acte n'est que médiatement désobéissant. Il ne se manifeste qu'en raison de circonstances matérielles extérieures à l'agent. Cela explique sans doute le fait que ces actes sont le plus souvent directement attribués auxdits dysfonctionnements, grâce à son instrumentalisation habile par l'agent.

Ensuite, de nombreuses désobéissances émergent indépendamment de tout dysfonctionnement structurel. Cela ne signifie pas qu'ils soient plus volontaires que les précédents, mais l'identification d'un but dévoyé est tout de même plus aisée, puisque l'acte est immédiatement désobéissant. Dans cette hypothèse, l'acte procède alors de considérations que son auteur estime supérieures, renouant ainsi, dans une certaine mesure, avec la déclinaison civile de la désobéissance. Mais il s'en distingue toutefois grandement, car le plus souvent, l'acte est surtout motivé par une conviction strictement personnelle, étrangère au sentiment de justice « *de la majorité de la communauté* »³⁷⁸ auquel fait référence John Rawls.

Dans cette dernière perspective, endiguer les comportements désobéissants semble alors impératif. Pourtant, à l'analyse, la désobéissance ne disparaît pas immédiatement : elle persiste et vit dans l'ordre juridique, suffisamment longtemps pour y déployer ses effets (**Partie II**).

³⁷⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 405.

PARTIE II. L'ÉVOLUTION DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE

En théorie, l'acte désobéissant, parce qu'il s'affirme contre le droit positif, devrait être immédiatement exclu de l'ordre juridique. En effet, une telle transgression est incompatible avec les exigences de légalité qui fondent l'action administrative, rendant difficile l'idée même d'une vie juridique de ces actes.

Mais la réalité contredit cette abstraction, car lorsque la doctrine évoque une « *relation de distance et de défiance à l'égard de la règle de droit* »³⁷⁹, des « *pratiques aux marges de la légalité* »³⁸⁰, ou encore du « *droit insuffisamment présent* »³⁸¹, on comprend alors que la désobéissance n'est pas immédiatement neutralisée. Son illégalité demeure trop discrète pour permettre sa censure systématique.

Dès lors, une question centrale se pose : comment de tels actes peuvent-ils continuer d'exister dans l'ordre juridique malgré leur illégalité ? Et, en conséquence, quels sont les leviers permettant de les faire disparaître, ou au moins d'en contenir les effets ? Leur finalité, souvent personnelle ou idéologique, les rend particulièrement problématiques, d'autant plus lorsqu'elles proviennent des représentants de l'État, dissimulant leur dissidence derrière un prétexte collectivement valorisé.

En dépit de cette impérative sortie de vigueur³⁸², qu'elle se fasse par la voie juridictionnelle, ou extra-juridictionnelle, les mécanismes actuellement disponibles, conjugués à la spécificité du droit des étrangers, empêchent toute résorption complète de ces pratiques désobéissantes (**Chapitre I**).

Or, en l'absence de régulation efficace, la tentation dissidente des agents ne s'éteint jamais totalement. Le système semble, paradoxalement, reconduire ce qu'il devrait pouvoir dissuader. Ce constat impose alors d'évaluer les effets concrets de ces comportements sur le droit, lesquels, notamment en droit des étrangers, revêtent une ambiguïté particulière (**Chapitre II**).

³⁷⁹ J.-G. CONTAMIN, E. SAADA, A. SPIRE, K. WEIDENFELD, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, *op. cit.*, p. 64.

³⁸⁰ F. ROUSSEL, « L'étrange relégation du contentieux des étrangers par l'administration », *op. cit.*

³⁸¹ J.-M. DELARUE, « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », *op. cit.*, p. 219.

³⁸² Expression empruntée à J. PETIT et P.-L FRIER dans leur manuel de droit administratif (J. PETIT et P.-L FRIER, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 462).

Chapitre I. La difficile résorption de la désobéissance administrative

La désobéissance, qu'elle prenne la forme d'un acte désobéissant ou d'une inertie volontaire, doit nécessairement être appréhendée à travers les solutions susceptibles d'en limiter la survenance. De manière schématique, son endiguement suppose une approche articulée autour de deux temporalités distinctes : en amont, par la prévention de son émergence ; puis en aval, par sa neutralisation, notamment via la censure juridictionnelle.

Dans la mesure où ces actes trouvent parfois leur origine dans des dysfonctionnements structurels, la réponse la plus efficace consiste à intervenir en amont, en freinant leur entrée en vigueur par des mécanismes non juridictionnels (**Section 1**).

Mais l'insuffisance de ces mécanismes, conjuguée à l'existence de désobéissances qui ne tirent leur origine d'aucun dysfonctionnement structurel, impose au juge d'assurer lui-même la sortie de vigueur de ces actes (**Section 2**).

Section 1. La difficile prévention de la désobéissance administrative : les mécanismes non juridictionnels

Tout d'abord, répondre à la désobéissance par des mécanismes non juridictionnels semble être l'angle d'analyse prioritaire et le plus pertinent. En effet, puisque ces comportements trouvent souvent leur fondement dans des défaillances structurelles, seule une réponse institutionnelle, par la voie de l'autorégulation, semble capable d'y remédier (**I**). Toutefois, face à l'insuffisance de cette approche, l'intervention d'autres acteurs, potentiellement plus enclins à résorber ces comportements, s'avère nécessaire (**II**).

I. La voie de l'autorégulation, l'illusion d'une réponse institutionnelle efficace

La réponse dite institutionnelle, c'est-à-dire émanant des décideurs politiques eux-mêmes, vise à prévenir l'émergence de nouvelles désobéissances en corrigeant les dysfonctionnements structurels qui en sont fréquemment à l'origine. Si des pistes théoriques telles que l'amélioration de la qualité de la loi, pour pallier l'inaccessibilité du droit des étrangers (**A**), ou l'ajustement des moyens financiers afin de remédier à l'impuissance

qui affecte cette matière (**B**) apparaissent pertinentes, leur efficacité reste compromise par un manque manifeste de volonté politique.

A. L'amélioration de la qualité de la loi des étrangers

Comme l'affirme Marguerite Yourcenar, « *toute loi trop souvent transgessée est mauvaise : c'est au législateur à l'abroger ou à la changer* »³⁸³. Ce constat semble trouver un écho singulier en matière de désobéissance, puisqu'elle est souvent permise par la méconnaissance, par l'étranger, du droit. Dès lors, pour limiter l'émergence de nouvelles transgressions, il faut d'abord changer le droit des étrangers. Si le pouvoir réglementaire tente, par le droit souple (2), d'en améliorer la lisibilité, les interventions législatives successives participent au contraire à renforcer son illisibilité (1), traduisant alors une volonté politique sans doute défaillante.

1. *L'augmentation des contraintes légistiques pesant sur le législateur*

Les contraintes légistiques du Conseil constitutionnel. L'intervention du Conseil constitutionnel en la matière s'exerce à deux niveaux distincts de la norme : d'une part, sur le plan de sa formulation, en imposant des exigences de clarté et d'intelligibilité ; d'autre part, sur celui de son contenu même, en reconnaissant au bénéfice des étrangers des droits de valeur constitutionnelle.

Fort du constat d'une dégradation constante de la qualité de la loi³⁸⁴, le Conseil constitutionnel, se saisissant des libertés que lui procurent son office, s'est premièrement érigé en acteur du perfectionnement de la loi. En ce sens, il consacre dès 1999³⁸⁵ l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, puis reconnaît en 2005³⁸⁶ le principe constitutionnel de sincérité et de clarté des débats parlementaires. Dans cette dynamique, il a déjà annulé les dispositions qui présentent une « *complexité excessive* »³⁸⁷, compte tenu de ce qu'un citoyen ordinaire pouvait raisonnablement comprendre.

S'ajoute à cette contrainte strictement formelle une contrainte substantielle, car le législateur ne saurait porter atteinte aux droits constitutionnels des étrangers, lesquels sont progressivement découverts, au gré des saisines dont le Conseil constitutionnel fait l'objet. Ces garanties constitutionnelles peuvent ainsi faire naître un

³⁸³ M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien*, Gallimard, 1951, p. 128.

³⁸⁴ P. MAZEAUD, « Une dégradation de la qualité de la loi », *RFDC*, 2005, n° 64, pp. 897-886.

³⁸⁵ CC, 16 décembre 1999, n° 99-421, *op. cit.*, cons. 13.

³⁸⁶ CC, décision n° 2005-526, 13 octobre 2005, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 5.

³⁸⁷ CC, décision n° 2005-530, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 89.

droit de séjour à raison de l'état de santé³⁸⁸, de l'ancienneté de la présence³⁸⁹ ou de la filiation³⁹⁰ du ressortissant étranger.

L'ineffectivité des contraintes en droit des étrangers. En dépit de l'émergence de ces nouvelles exigences, la complexité du droit des étrangers demeure encore saisissante, et ce, encore plus depuis ces deux dernières décennies. En définitive, elles n'ont permis la censure d'une disposition relative au droit des étrangers qu'une seule fois³⁹¹, alors même que cette opacité est régulièrement reconnue par la plupart des organismes institutionnels et associatifs. C'est ce qui conduit certains auteurs à parler d'objectif en « *trompe-l'œil* »³⁹², ayant « *peut-être davantage profité au Conseil constitutionnel qu'à la compréhensibilité et à la qualité de la loi elle-même* »³⁹³.

On constate alors que la clarification dudit droit ne semble pas être au nombre des objectifs fixés par le législateur, lequel continue de céder à la fièvre réformatrice et persiste à légiférer dans l'urgence, sous l'effet d'une politisation croissante des questions migratoires par les électeurs. Cela signifie donc que l'efficacité d'une telle solution semble subordonnée à l'intention du législateur d'y parvenir. Or, à nouveau, c'est bien la dimension excessivement politique de cette matière qui semble faire obstacle à une telle intention. En sus, malgré les efforts déployés, la sagesse du Conseil constitutionnel le conduit, inévitablement, à ne pas aller au-delà de ce qui pourrait être communément accepté, au risque de fragiliser sa légitimité³⁹⁴.

En somme, l'affirmation d'une démarche simplificatrice du droit des étrangers « *a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan [...]* »³⁹⁵, face au constat d'une loi toujours plus illisible. À ce stade, l'espoir de voir cette complexité se résorber semble hors de portée. Mais ce constat, pour préoccupant qu'il soit, trouve un remède dans l'action du pouvoir réglementaire (2).

2. *La simplification — en demi-teinte — du droit par le pouvoir réglementaire*

Un objectif assumé de clarification. Destinées à expliquer la loi, les circulaires sont un instrument non négligeable de simplification du droit, en droit des étrangers comme en d'autres matières. Leur clarté en facilite grandement l'appropriation par les agents, si bien qu'elles tendent à dominer la pratique administrative,

³⁸⁸ CC, décision n° 2003-488, 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. 18.

³⁸⁹ CC, décision n° 2006-539, 5 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, cons. 5.

³⁹⁰ CC, 13 août 1993, n° 93-325, *op. cit.*, cons. 2.

³⁹¹ CC, décision n° 2021-823, 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*, cons. 54 et 55.

³⁹² G. SUTTER, « Utilité et limites des objectifs de valeur constitutionnelle sur le plan contentieux », *Titre VII*, 2022, n° 8.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ V. en ce sens la dernière partie de cette étude.

³⁹⁵ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », contribution au Rapport public du Conseil d'Etat *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, p. 396.

car « les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux lois [...] »³⁹⁶. L'objectif de clarification de la loi, pleinement assumé par l'administration centrale, est ainsi devenu lui-même « un objet de réglementation »³⁹⁷ à part entière. La circulaire incarne alors la volonté de suppléer la dégradation de la qualité de la loi et d'en garantir l'efficacité.

Cette fonction trouve une importance toute particulière en droit des étrangers, domaine marqué par un recours particulièrement soutenu aux circulaires³⁹⁸. Reflétant une volonté constante d'accompagner les services dans l'interprétation et l'application d'un cadre juridique particulièrement technique, contribuent alors à réduire, *a minima*, l'inaccessibilité du droit des étrangers pour les agents (mais c'est donc ce qui amène à penser que l'inaccessibilité du droit est surtout instrumentalisée par les agents, pour désobéir à l'abri des critiques...). Par exemple, dans sa circulaire du 28 novembre 2012, le ministre de l'Intérieur écrivait que celle-ci était « destinée à vous éclairer [les services des étrangers] dans l'application de la loi [des étrangers] »³⁹⁹.

Un éclatement des sources du droit des étrangers. « *Bien naïf celui qui contemple l'essor des règles visant à l'amélioration du droit en se réjouissant* »⁴⁰⁰. Quoique virulente, cette affirmation de Nicolas Molfessis ne manque pas de résonner, surtout en droit des étrangers. L'affirmation d'une volonté simplificatrice ne doit pouvoir être félicitée que pour autant que sa concrétisation va en ce sens. Or, si l'édiction de circulaires résulte, *a priori*, d'une bonne volonté du pouvoir réglementaire, leur multiplication emporte surtout un éclatement des sources du droit des étrangers qui, en définitive, contribue surtout à sa complexité. Le foisonnement normatif alimente l'incertitude. À force de complexifications successives, la régulation a peut-être perdu de vue sa finalité première, « *le remède [est] devenu pire que le mal* »⁴⁰¹.

Les incidences sur la légalité des pratiques administratives ne doivent pas être sous-estimées, puisqu'en aggravant l'inaccessibilité substantielle du droit des étrangers, ladite simplification réglementaire n'est qu'un « *remède[s] [devenant] à [son] tour facteur[s] de dysfonctionnements* »⁴⁰². Un tel risque n'est pas simplement hypothétique, car les agents de préfecture, travaillant au sein des services des étrangers, ont eux mêmes reconnu que l'abondance de règlements « *augmentent leur marge de manœuvre* », et leur permet « *d'incarner certaines dispositions, [et] en invoquer d'autres de façon sélective* »⁴⁰³.

³⁹⁶ P. FOMBEUR, concl. sur CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, *Lebon* p. 463, *RFDA*, 2003, n° 274.

³⁹⁷ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même ». *op. cit.*, p. 394.

³⁹⁸ V. en ce sens, S. SLAMA, « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires », in, Geneviève Koubi, *La littérature grise de l'administration : la grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, 2015, pp. 213-242.

³⁹⁹ Circulaire n° NOR/INTK2435521J, 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière, p. 2.

⁴⁰⁰ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même ». *op. cit.*, p. 395.

⁴⁰¹ P. MAZEAUD, « Voeux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20.

⁴⁰² N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même ». *op. cit.*, p. 395.

⁴⁰³ A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 172.

Il convient alors de conclure que, hypertrophié, le « *petit droit* »⁴⁰⁴, loin de limiter la propension des services préfectoraux à désobéir, semble justement en favoriser la probabilité. On constate donc que la frénésie normative, qu'elle soit celle du législateur ou celle du pouvoir réglementaire, est encore un fondement des désobéissances, même lorsqu'il s'agit justement d'en limiter les occurrences. Cette première impasse constatée, il faut alors voir si l'État serait en mesure de résorber, *a minima*, l'impuissance caractérielle en la matière (**B**).

B. Les remèdes institutionnels à l'impuissance administrative et individuelle

L'impuissance, qu'elle affecte l'étranger ou l'administration, constitue l'un des facteurs déterminants de l'émergence des désobéissances ; il apparaît donc essentiel d'y remédier. Reposant sur des arbitrages budgétaires et politiques de grande ampleur, cette solution ne peut, en principe, qu'émaner des administrations centrales. Mais cette solution, comme la précédente, se heurte à un contexte budgétaire et politique de nature à en fragiliser la pertinence, tant s'agissant de l'impuissance de l'administration (1) que de celle de l'étranger (2).

1. *L'adaptation des moyens de l'administration, solution partielle*

La solution budgétaire, solution hypothétiquement satisfaisante. De manière assez intuitive, renforcer les moyens alloués aux services des étrangers apparaît comme une réponse logique aux difficultés structurelles qu'ils rencontrent. En leur fournissant les ressources nécessaires, l'agent ne pourrait plus instrumentaliser l'insuffisance de moyens à des fins dévoyées. Mais l'effectivité d'une telle solution demeure subordonnée à la réunion de deux conditions *sine qua non*.

D'une part, l'augmentation des moyens doit être proportionnée à la hausse continue des demandes auxquelles les administrations sont confrontées⁴⁰⁵ ; ce qui suggère inévitablement une hausse significative.

D'autre part, l'utilisation de ces ressources doit se faire avec pertinence, en prenant en compte les spécificités de la discipline. En effet, une simple augmentation budgétaire ne saurait résorber les illégalités qu'à condition que les agents nouvellement intégrés à l'administration aient une connaissance suffisamment précise du droit des étrangers. Faute de quoi, l'extension des moyens risquerait de multiplier les illégalités. C'est pourtant la dynamique inverse qui est constatée par la Cour des comptes, qui déplore, dans son rapport de 2022, que les renforcements budgétaires jusque-là réalisés se sont traduits par « *la mise à disposition de crédits*

⁴⁰⁴ S. GERRY-VERNIERES, « Délimitations : les figures du “petit” droit », in, *La qualité de la norme, l’élaboration de la norme*, Mare & Martin, 2016, p. 95.

⁴⁰⁵ Pour plus d'informations sur la continuité de l'augmentation des demandes, voir le communiqué de presse de la direction générale des étrangers en France du 26 janvier 2023, reconnaissant en 2022, « *une dynamique haussière de long terme prolongeant les tendances observées sur les années antérieures* ».

supplémentaires permettant de financer des contractuels de courte durée supplémentaires, là où les services des étrangers ont besoin de personnels expérimentés »⁴⁰⁶.

L'illusion d'une solution budgétaire satisfaisante. Hormis ce premier écueil, il semble que la solution budgétaire soit d'autant moins efficace qu'elle s'inscrit dans un contexte politique et économique peu propice à la voir prospérer. En effet, le contexte semble difficilement compatible avec une augmentation conséquente des moyens, dans la mesure où le discours actuel, notamment de l'Union européenne, est précisément celui de leur restriction⁴⁰⁷. Le contexte est d'autant moins propice à l'efficacité de cette solution que l'augmentation des moyens alloués à l'administration vise en priorité à couvrir les dépenses contentieuses⁴⁰⁸, désormais en forte hausse. Se déploie alors un cercle sans fin : la hausse des moyens, déjà difficilement soutenable, qui devrait permettre une réduction des dysfonctionnements structurels, sert en premier lieu à réparer les préjudices nés desdits dysfonctionnements : elle sert plus à corriger les désobéissances du passé qu'à en éviter les occurrences futures.

Ce premier obstacle se double d'un second. La dimension politique et le caractère polémique du droit des étrangers ne se prêtent guère à une augmentation significative des moyens budgétaires. En effet, une telle augmentation pourrait susciter certaines contestations citoyennes. Le propos est ici strictement hypothétique, car rien ne confirme qu'une hausse significative des dépenses puisse faire l'objet de contestation de grande ampleur. Notons à cet égard que les arbitrages budgétaires font rarement l'objet de contestations de grande ampleur. Mais il semble toutefois autorisé de penser que ce paramètre fasse partie de ceux pertinents entrant dans le calcul budgétaire annuel et pluriannuel des décideurs politiques. L'arrêt *Casanova*⁴⁰⁹, s'il est aujourd'hui fort ancien, ne perd en rien son actualité, face à l'investissement citoyen des finances publiques, car « *le citoyen demeure [...] au centre des préoccupations, aucun gouvernement ne pouvant être insensible à la réaction des électeurs à l'égard des mesures financières adoptées* »⁴¹⁰.

Il convient néanmoins de souligner les efforts de l'État pour ajuster, dans la mesure du possible, les ressources allouées aux services des étrangers, ces dernières étant régulièrement réévaluées en dépit des éventuelles critiques. Mais l'impuissance demeure, et permet alors à l'agent dissident de s'en servir dans un but dévoyé ; d'autant plus face au constat d'une quasi-impossibilité de résorber celle de l'étranger (2).

⁴⁰⁶ Cour des comptes, *Observations définitives : la capacité d'action des préfets*, op. cit., p. 53.

⁴⁰⁷ À titre d'exemple, le Conseil de l'Union européenne a ouvert, le 26 juillet dernier, une procédure pour déficit public excessif contre la France, pour irrespect des critères budgétaires (décision (UE) n° 2024/2122 du Conseil du 26 juillet 2024 sur l'existence d'un déficit excessif en France).

⁴⁰⁸ Cour des comptes, *Observations définitives : la capacité d'action des préfets*, op. cit., p. 52.

⁴⁰⁹ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580.

⁴¹⁰ G. ORSONI, « Citoyenneté et finances publiques. Regards comparés », *Revue française d'administration publique*, 2022, n° 182, pp. 475 et s.

2. L'adaptation de la procédure administrative et contentieuse, solution satisfaisante

Garantir l'accès à la justice des étrangers par l'État. À ce jour, deux mécanismes principaux ont été institués pour remédier à l'extrême précarité, linguistique et économique, des étrangers : l'aide juridictionnelle et la présence de l'interprète, dont l'insuffisance du dispositif a déjà été exposée en première partie.

L'aide juridictionnelle est une aide financière ou juridique accordée aux justiciables dont les revenus sont insuffisants pour faire valoir leurs droits en justice. Elle permet la prise en charge des frais de justice, et repose sur l'idée que « *la gratuité du service public de la justice ne suffit pas à assurer la gratuité de l'accès au juge* »⁴¹¹. Instituée par la loi n°91-647 du 10 juillet 1991, elle est accessible lorsque le revenu fiscal du justiciable est inférieur au plafond annuel fixé par décret⁴¹², à condition que l'action en justice n'apparaîsse pas manifestement irrecevable, dénuée de fondement ou abusive⁴¹³, en somme qu'elle ne soit pas manifestement dénuée de chances de succès.

Pour les étrangers, bien que la condition de « *résidence habituelle et régulière en France* » soit en principe requise pour bénéficier de l'aide⁴¹⁴, elle comporte de nombreuses exceptions, leur permettant d'accéder à la justice dans de vastes hypothèses. Elle peut ainsi être accordée aux personnes étrangères sans condition de résidence régulière lorsqu'elles sont mineures, lorsqu'elles font l'objet d'une procédure de prolongation de maintien en zone d'attente ou de rétention administrative, ou d'une OQTF, lorsqu'elles sont convoquées pour une procédure devant la commission d'expulsion ou devant la commission de titre de séjour, ou lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt (par exemple, dans le cas d'une procédure de refus de séjour)⁴¹⁵. Exposé chronophage certes, mais nécessaire, pour bien saisir l'étendue et la vocation à l'universalité de l'aide juridictionnelle en France.

Un système d'aide financière encore fragile. À nouveau, le dispositif souffre de lacunes qui le fragilisent.

Premièrement, son régime semble fortement instable, dans la mesure où la loi de 1991 a été modifiée vingt-deux fois depuis lors, y compris sur ses dispositions les plus importantes, à savoir les critères d'éligibilité⁴¹⁶. Or, comme il a largement été démontré, l'illisibilité de la norme fragilise considérablement sa réception par l'étranger et restreint donc, dans une moindre mesure certes, l'accès à la justice des étrangers. Constatant cette

⁴¹¹ Commentaire sous l'art. R. 441-1 du CJA, 9^e Éd., 2025, p. 488.

⁴¹² Par exemple, pour l'année 2021, le justiciable souhaitant obtenir l'aide totale devait percevoir un revenu inférieur à 11 262 € (art. 3 du décret n° 2020-1717 du 28 décembre 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles).

⁴¹³ Art. 7 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁴¹⁴ Art. 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁴¹⁵ Art. 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁴¹⁶ Cour des comptes, *Observations définitives : l'aide juridictionnelle*, 13 octobre 2023, p. 9.

instabilité, la Cour des comptes a d'ailleurs recommandé, en 2023, la diffusion d'une information plus accessible pour les étrangers⁴¹⁷.

Deuxièmement, des pratiques irrégulières ont été constatées au sein de certains bureaux d'aide juridictionnelle, chargés du traitement des demandes, ce qui a pu entraver l'accès à ce dispositif pour certains étrangers. En effet, s'agissant de l'aide juridictionnelle provisoire⁴¹⁸, il est parfois arrivé que le bureau fonde un refus en se renseignant auprès du tribunal de l'issue du litige. Or, une décision d'admission ou de non-admission ne doit reposer que sur la pertinence des éléments de droit et de fait de l'action intentée. L'illégalité de cette pratique a ainsi récemment été rappelée par plusieurs cours administratives d'appels⁴¹⁹. Cette situation témoigne alors de ce que la désobéissance ne s'arrête pas nécessairement aux portes des tribunaux.

Troisièmement, lorsque la requête est rejetée par ordonnance de tri, ce qui, en pratique, est fréquent et s'avère assez imprévisible⁴²⁰, l'appel de l'ordonnance de tri ne peut se faire que devant le Conseil d'État, avec présence obligatoire d'un ministère d'avocat⁴²¹. Or, le bénéfice de l'aide juridictionnelle étant conditionné aux chances de succès de l'action en justice, il est fort à parier que le justiciable souhaitant contester une ordonnance de tri ne puisse en bénéficier⁴²². Dans cette mesure, une partie du contentieux des étrangers, certes minime, évacuée par la voie des ordonnances de tri, présente de faibles probabilités d'interjection en appel, le justiciable étranger ayant probablement peu de chances d'obtenir l'aide financière de l'État. Cette situation renforce ainsi l'immunité contentieuse de certaines illégalités administratives.

En somme, la voie de l'autorégulation n'est que partiellement satisfaisante en pratique, car elle se heurte, dans chacun des cas, à la résistance de l'institution elle-même. Cette insuffisance contribue à expliquer la persistance des actes désobéissants dans l'ordre juridique et impose d'envisager des solutions complémentaires, notamment par le recours à des mécanismes extra-institutionnels (**II**).

II. La voie de l'extra-régulation, le rôle supplétif des entités indépendantes

L'institution n'est pas seule à pouvoir remédier aux dysfonctionnements structurels à l'origine de certaines formes de désobéissance. La solution n'est ici plus celle de l'autorégulation, mais de l'extra-régulation,

⁴¹⁷ Cour des comptes, *Observations définitives : l'aide juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹⁸ Laquelle est attribuée de plein droit à titre provisoire dans le cadre des procédures présentant un caractère d'urgence dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État (art. 20 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique).

⁴¹⁹ V. en ce sens, CAA Paris, 1er juin 2021, n° 21PA02324 ; CAA Bordeaux, 15 mars 2018, n° 18BX00828, 18BX00829 et 18BX00830.

⁴²⁰ V. en ce sens D. LOCHAK, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *RFDA*, 2016, n° 159, p. 9 ; N. EL QADIM, « Contentieux des étrangers et vague managériale au tribunal administratif de Paris », *Droit et société*, 2013, n° 84, soulignant l'existence de quotas de nombre de dossiers devant être réglés par de telles ordonnances, sur les témoignages d'un agent de greffe du TA de Paris.

⁴²¹ CJA, art. R. 431-11.

⁴²² D. LOCHAK, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *op. cit.*, p. 10.

par des entités indépendantes. Ainsi, par la visibilisation des pratiques *contra legem*, ces entités contribuent à lever l'opacité de la vie préfectorale (**A**), tout en s'assurant plus concrètement d'accompagner les étrangers dans leurs démarches juridiques (**B**).

À titre liminaire, il convient de préciser le sens de la notion d'entité indépendante telle qu'employée ici. Celle-ci ne se limite pas aux seules associations, mais englobe également certaines institutions de l'État dont l'indépendance est juridiquement garantie. Il en va ainsi du Défenseur des droits, institution bénéficiant d'un statut organique lui garantissant son indépendance⁴²³, et des médias⁴²⁴.

A. Le rôle des entités indépendantes dans la visibilisation des pratiques administratives

Comme vu précédemment, l'opacité des pratiques constitue l'un des facteurs les plus déterminants dans la persistance des désobéissances, en ce qu'elle permet aux agents de s'affranchir de la norme sans être inquiétés par leur contestation. Mais les entités indépendantes, bien conscientes de cette problématique, contribuent à lever le huis clos jusque-là dominant, tant s'agissant des désobéissances résultant de dysfonctionnements structurels (**1**) que de celles dont l'émergence est autonome de toute défaillance (**2**).

1. Le rôle des entités indépendantes dans la révélation des dysfonctionnements structurels

Les réclamations individuelles et le Défenseur des droits. Aux termes des articles 5 et 6 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*, toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'État peut saisir gratuitement le Défenseur des droits. Cette faculté, ouverte à tous, est particulièrement mobilisée par les étrangers.

Saisi de nombreuses réclamations individuelles, le Défenseur des droits bénéficie d'une vue d'ensemble du fonctionnement des services des étrangers et s'efforce, précisément, de mettre en perspective⁴²⁵ les cas qui sont portés devant lui, afin de constater la systématичé ou non des illégalités. Son rôle, spécifiquement en droit des étrangers, n'est pas à sous-estimer, car, compte tenu du grand nombre de réclamations dont il fait l'objet⁴²⁶, il

⁴²³ Art. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*.

⁴²⁴ Dont l'indépendance est garantie par l'art. 1 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*.

⁴²⁵ C. RIVIÈRE, « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *Titre VII*, 2021, n° 6.

⁴²⁶ En 2023, 28 % des réclamations relevaient de cette matière (Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits, 2023, p. 10), proportion portée à 37 % en 2024 (Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits, 2024, p. 11).

peut « *porte[r] ainsi une attention particulière aux exigences excessives - voire non prévues par les textes - formulées par certaines préfectures, celles-ci entravant de façon notable l'accès au séjour des étrangers* »⁴²⁷.

En sus, lorsqu'une pratique illégale est constatée, le Défenseur fait ainsi usage de son pouvoir de recommandation auprès, notamment, du ministère de l'Intérieur, afin d'en obtenir la modification. Depuis 2015, il a publié 12 rapports et formulé 13 propositions de réformes aux autorités publiques, en droit des étrangers.

L'enquête de terrain et les associations. Les associations sont certainement les plus grandes actrices de la visibilisation des pratiques illégales.

Leur contribution à la mise en lumière de ces pratiques s'appuie sur deux modalités d'action principales. D'une part, en accompagnant les étrangers dans leurs démarches administratives et contentieuses, elles acquièrent une connaissance fine des habitudes administratives et guichetières. D'autre part, en se rendant directement sur les lieux de prise en charge des étrangers — centres de rétention, préfectures, CADA, etc. —, elles constatent par elles-mêmes l'existence, ou non, de pratiques illégales, souvent passées sous silence, compte tenu de la méconnaissance du droit par les personnes qui les subissent. Sur cette dernière modalité d'action, le refus prolongé du ministre de l'Intérieur d'habiliter le Gisti à accéder en zone d'attente, nonobstant son annulation par le Conseil d'État⁴²⁸, illustre de manière saisissante la réticence de l'administration à voir les associations entrer dans les dispositifs d'accueil des étrangers.

C'est ainsi par l'action associative que les dysfonctionnements rencontrés dans la prise de rendez-vous en préfecture ont été mis en lumière. La Cimade, forte des observations recueillies dans ses permanences d'accueil, avait en effet publié 2016 un rapport intitulé *À guichets fermés*⁴²⁹, dont l'écho médiatique a finalement permis des avancées en la matière. Dans cette mesure, tant la « *vigilance constante et multiforme* »⁴³⁰ du Gisti que le contrôle continu de la Cimade et des autres associations de défense des étrangers ont permis, au gré des années, de resserrer « *le huis clos qui a longtemps prévalu entre l'administration et les étrangers* »⁴³¹.

Il est donc possible d'affirmer que le Défenseur des droits et les associations sont d'une incidence non négligeable dans la mise en lumière des désobéissances, en contribuant à leur identification et à leur diffusion. Quant aux désobéissances ponctuelles, le relais médiatique s'avère, en pratique, souvent plus efficace (2).

⁴²⁷ C. RIVIÈRE, « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *op. cit.*

⁴²⁸ CE, 28 septembre 2005, *Gisti*, n° 253801 (pour plus d'informations, voir N. FERRE, « Victoires volées », *op. cit.*, pp. 236-237).

⁴²⁹ La Cimade, *À guichets fermés, Demandes de titres de séjour : les personnes étrangères mises à distance des préfectures*, publié sur son site, 16 mars 2016.

⁴³⁰ LOCHAK. D, « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 43.

⁴³¹ A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 362.

2. Le rôle des médias dans la révélation des convictions personnelles des agents

Rôle peut-être moins important, l'impact des médias n'est pour autant en rien négligeable, dans la mesure où, d'une part, ceux-ci relaient souvent les rapports des associations ou du Défenseur des droits, permettant alors de toucher une audience bien plus large ; d'autre part, ceux-ci sont parfois la source de révélation de comportements hautement illégaux, souvent ceux dont l'irrégularité est la plus manifeste. Dès lors, leur rôle est moins dans la révélation des dysfonctionnements structurels (sauf à ce qu'ils se fassent relais des rapports) que dans la révélation des convictions personnelles de certains agents, susceptibles d'attirer plus l'audience. Ce constat n'est pas nouveau, puisque, recueillant des témoignages d'agents de préfectures, le sociologue Alexis Spire écrivait que « *l'agent, lorsqu'il évoque des actions “à la limite de la légalité”, précise : “Le contexte était différent de celui de maintenant, il n'y avait pas de journalistes prêts à n'importe quoi pour gratter du papier”* »⁴³².

Par exemple, le journal *Le Canard enchaîné*, dans un article publié le 5 décembre 2018, a révélé qu'un magistrat administratif honoraire à la Cour nationale du droit d'asile et président de chambre avait, à plusieurs reprises, publié des tweets de caractère xénophobe. « *Je vire tout ce qui est tchétchène. Je m'enorgueillis de limiter la casse pour mon pays* », « *Je m'occupe des OQTF et avec moi, ça dégage fissa !* », « *T'as vu la gueule islamiste du baveux ?* », « *les bandes ethniques qui pillent le centre de Lyon* » ; sont autant de propos qu'il a pu tenir publiquement qui, sans nécessairement signifier que ses décisions étaient empreintes de ses convictions, rompent, *a minima*, avec l'exigence européenne d'apparence d'impartialité⁴³³. Cette situation est d'autant moins compatible avec ladite exigence, que ce magistrat était chargé des audiences à juge unique, contre les OQTF à délais rapides. Or, la collégialité joue justement un rôle essentiel dans la préservation de l'impartialité du jugement⁴³⁴ ; elle noie la responsabilité des magistrats. Dans ce cadre, les procédures traitées par le magistrat, de février 2016 à novembre 2018, ont, des suites de cette visibilisation, été rouvertes. Par ailleurs, le Conseil d'État a annulé une décision de la CNDA dont il était président de formation, en raison d'un « *doute légitime sur l'impartialité de la juridiction* »⁴³⁵.

Il convient de souligner que ces entités jouent un rôle crucial, car en mettant en lumière les actes désobéissants, elles contribuent sans doute à dissuader les agents de récidiver. Mais au-delà de la seule visibilisation, ces acteurs s'efforcent aussi de répondre, autant que possible, à l'impuissance de l'étranger (**B**).

⁴³² A. SPIRE, *Étrangers à la carte*, *op. cit.*, p. 363.

⁴³³ Lequel fut notamment rappelé dans l'arrêt de la Cour EDH du 7 juin 2001, *Kress c/ France*, n° 39594/98, cons. 81.

⁴³⁴ En ce sens, le conseiller d'État Daniel Chabanol explique que « *plus qu'en toute autre matière, la collégialité est considérée comme une garantie d'indépendance et d'impartialité car il existe une disproportion entre le citoyen et la puissance administrative* » (D. CHABANOL, *Le décret du 23 décembre 2006 : vers une refonte de l'accès au juge ?*, AJDA, 2006, p. 377).

⁴³⁵ CE, 14 juin 2019, *M. A.*, n° 427510, cons. 2.

B. Le rôle des entités indépendantes dans l'accès des étrangers à la justice

L'impuissance des étrangers face au droit et à l'accès à la justice constitue sans doute le terrain d'intervention le plus fécond pour ces entités. Face à l'incapacité des institutions à garantir une protection effective, leur mission prioritaire consiste à informer les étrangers sur leurs droits, ainsi que sur les atteintes susceptibles d'y porter atteinte. Leur action se déploie ainsi aussi bien en amont (1), qu'au moment du recours contentieux (2).

1. *Le rôle des entités indépendantes en amont des recours contentieux*

Souvent composées de techniciens du droit, les entités indépendantes remédient d'abord à l'impuissance des étrangers en les accompagnant en amont des recours contentieux. Par cette activité, elles contribuent alors à corriger, même partiellement, les fondements structurels des désobéissances.

Associations et lisibilité du droit des étrangers. La première mission consiste à clarifier le droit des étrangers par la publication de guides juridiques. L'action du Gisti semble, en la matière, la plus illustrative. L'article premier de son statut dispose que l'association a pour mission d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits⁴³⁶. Pour cette mission, le Gisti publie ainsi, à échéances fréquentes, des notes de pratique ayant pour objet de « *fournir aux étrangers en difficulté ainsi qu'à leurs soutiens une présentation claire de la réglementation en vigueur et des conseils concrets, avec notamment des modèles de lettres* »⁴³⁷. En 2016, par exemple, l'association a publié plusieurs notes pratiques, portant sur la procédure de demande d'asile, de demande de séjour lorsqu'il est question de violences familiales, ou encore de demande de carte pluriannuelle⁴³⁸. L'association édite également des guides du contentieux, présentant de manière intelligible l'ensemble de la réglementation sur un sujet de droit précis, à l'instar du guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France, actualisé chaque année.

Association et accompagnement administratif des étrangers.

Disposant de permanences notamment téléphoniques, le Gisti met un point d'honneur dans l'accompagnement des étrangers dans leurs démarches administratives. Au besoin, il s'entretient parfois individuellement avec les étrangers, dans ses bureaux, afin de mieux expliquer à l'étranger ce qu'il doit faire pour demander, par exemple, un titre de séjour. Ces entretiens sont d'une importance significative, car ils permettent alors à l'association de se rendre compte des problèmes rencontrés en pratique par les étrangers et, partant, des

⁴³⁶ La déclaration de création du GISTI a été publiée au JO du 6 juillet 1973.

⁴³⁷ Cette description correspond à celle qu'en fait le Gisti sur son site internet.

⁴³⁸ V. en ce sens, L.-M. GOREL, *Le rôle du GISTI en matière de droit des étrangers*, rapport de stage, droit, 2016, p. 14.

potentielles illégalités qui irriguent le traitement administratif des dossiers. Ainsi, en 2016, l'association a reçu plus de 3 000 appels, et 1 200 lettres⁴³⁹. C'est dans ce cadre qu'Alexis Spire explique la forte présence d'illégalités, de 1945 à 1975, par le fait qu' « *à l'époque [...] les agents de l'administration élaborent des routines bureaucratiques à l'abri de tout contrôle émanant d'une instance extérieure : à l'époque, ni les associations ni les avocats n'interviennent* »⁴⁴⁰.

En sus, bien qu'elle ait originellement été créée en vue d'apporter une assistance sociale aux personnes internées durant la Seconde Guerre mondiale, l'évolution statutaire de la Cimade lui permet désormais d'assister les étrangers dans leurs démarches administratives. Cet accompagnement constitue même, selon Jérôme Drahys, l'identité de la CIMADE, car il permet « *de s'opposer à l'administration dans une logique de coopération, évitant une confrontation nette avec les autorités* »⁴⁴¹. Conformément à l'article premier de ses statuts⁴⁴², elle entend mettre en œuvre tous les moyens propres à atteindre ses buts, y compris par des actions de témoignage, d'éducation ou de formation. Sur son site internet, l'onglet « *être aidé par la Cimade* » comporte ainsi toutes les informations clés que doit avoir l'étranger avant de se rendre dans une administration. Elle y indique notamment que la présence d'une personne tierce est particulièrement importante, afin d'éviter des illégalités frappantes, mais dont l'étranger n'aurait pas nécessairement connaissance, comme un refus au guichet. Dans cette perspective, les bénévoles se rendent souvent eux-mêmes en préfectures, surtout lorsque la personne est « *une personne fragile, parlant pas très bien le français, et ne sachant ni lire ni écrire* »⁴⁴³.

Surtout, disposant de délégations nationales dans chaque région, l'association se tient également disponible pour des entretiens physiques avec les étrangers, afin de les accompagner dans les démarches et de déterminer avec acuité à quel titre de séjour peut valablement prétendre l'étranger. Ces 110 permanences sont certainement les plus importantes pour les étrangers, car elles leur permettent d'obtenir, rapidement, une solution au problème auquel ils sont confrontés.

Enfin, cette aide se traduit également par la tenue d'ateliers sociaux linguistiques, destinés à apprendre aux étrangers la langue française, apprentissage nécessaire à la réussite desdites démarches.

En amont des recours contentieux, on voit donc que les associations sont nécessaires, en rendant le droit accessible aux étrangers. Mais cet accompagnement, compte tenu de la persistance des désobéissances, nécessite également une aide juridictionnelle, à laquelle les associations se livrent tout autant (2).

⁴³⁹ L.-M. GOREL, *Le rôle du GISTI en matière de droit des étrangers*, op. cit., p. 16.

⁴⁴⁰ A. SPIRE, « L'application du droit des étrangers en préfecture », op. cit., p. 11 à 37.

⁴⁴¹ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, L'Harmattan, 2004, p. 239.

⁴⁴² Statuts adoptés par l'Assemblée générale du 14 juin 2014, modifiés par les Assemblées générales du 23 juin 2018 et du 21 juin 2019.

⁴⁴³ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 246.

2. Le rôle des entités indépendantes au stade contentieux

L'utilité de ces entités au stade contentieux.

S'agissant du Défenseur des droits, il dispose de la faculté d'intervenir devant le juge en formulant ses observations personnelles, qu'il peut verser au mémoire en défense de l'étranger⁴⁴⁴. Il se saisit de cette prérogative suffisamment régulièrement pour estimer de son action qu'elle permet pertinemment de corriger certaines désobéissances. Ainsi, en 2019, sur les 141 observations rédigées par le Défenseur, 44 concernaient un litige en droit des étrangers⁴⁴⁵.

S'agissant du Gisti, son statut érige en mission fondamentale le fait d'aider, au besoin, par voie judiciaire les étrangers, notamment en se constituant partie civile. Cet accompagnement se formalise de deux manières différentes. D'une part, il s'efforce, dans ses guides et notes pratiques, d'informer les étrangers des procédures à suivre pour contester une décision, en expliquant, pour chacune d'elles, les chances de succès et les moyens pertinents⁴⁴⁶. Ce travail pédagogique constitue le premier pilier de son engagement, centré sur le renforcement de la lisibilité des modalités d'introduction d'un recours contentieux. D'autre part, il accompagne juridiquement les étrangers, en intervenant ponctuellement dans les litiges portés par les étrangers devant la justice.

Les limites de ces entités au stade contentieux. Toutefois, au stade contentieux, l'outil associatif, pourvu qu'il existe, ne saurait être jamais pleinement efficace. Le cas de la CIMADE paraît ici incarner de la manière la plus illustrative ces limites.

Cette association, bien qu'intervenant fréquemment par la voie du recours administratif, n'intervient que ponctuellement au stade contentieux. En effet, le recours contentieux, qui oppose l'étranger, la préfecture et la CIMADE, cristallise une tension entre l'association et l'État, qui la dissuade de trop intervenir sur ce terrain-là. C'est dans cette perspective que Jérôme Drahy explique que l'outil contentieux « *n'est pas toujours compatible avec l'identité de la CIMADE* »⁴⁴⁷. Mais ce premier problème n'est pas le plus décisif, car cela n'empêche pas l'association d'intervenir de manière répétée en matière de réfééré d'urgence⁴⁴⁸.

Comme déjà évoqué dans cette étude, la masse de recours introduits devant le juge par l'étranger ne cesse de croître depuis désormais une trentaine d'années. Le plus souvent, l'étranger sollicite de la part de l'association un soutien et un appui juridique, afin d'augmenter ses chances de succès devant le juge. Mais c'est ici que se hisse le deuxième inconvénient de l'outil associatif : ce serait sans doute surestimer les moyens de l'association que de

⁴⁴⁴ Le Défenseur des droits tire cette faculté de l'art. 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*.

⁴⁴⁵ C. RIVIÈRE, « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *op. cit.*

⁴⁴⁶ V. p. ex., note pratique publiée en 2015, intitulée *se servir d'un réfééré devant la juridiction administrative*.

⁴⁴⁷ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁴⁸ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, *op. cit.*, p. 269.

penser qu'elle est économiquement et humainement capable d'accompagner chaque dossier contentieux. Les bénévoles admettent eux-mêmes ne pouvoir rédiger que des recours rapides et sommaires lorsqu'ils font face à des « *dossiers faiblards* »⁴⁴⁹. Ainsi, par nécessité, la CIMADE est obligée de sélectionner les cas pour lesquels elle intervient effectivement⁴⁵⁰, laquelle sélection se fait surtout en fonction des potentialités juridiques du dossier⁴⁵¹. Cela signifie nécessairement que l'association ne s'investit pas de manière identique pour aider toutes les personnes⁴⁵², mais de manière dite aléatoire. Submergée⁴⁵³, l'association ne saurait alors appuyer chacune des demandes des étrangers. Ce qu'elle peut faire, au mieux, c'est diffuser des modèles de recours types, lesquels sont alors nécessairement stéréotypés, ce qui peut conduire à en atténuer la pertinence juridique⁴⁵⁴. C'est dans cette circonstance que Jérôme Drah y explique qu'il ne faut pas exagérer l'importance du recours contentieux au sein de la CIMADE⁴⁵⁵.

Il convient alors d'observer que l'outil associatif est efficace, mais seulement jusqu'à un certain point. Certes, il permet l'accompagnement de nombreux étrangers, permettant alors de réduire la distance qui existe entre l'étranger, l'administration et le droit. Mais les associations sont elles-mêmes confrontées à leur propre dysfonctionnement : manque de moyen, manque d'expertise face à la frénésie normative, etc. Elles ne sauraient généraliser leur accompagnement personnel, lequel s'avère « *minime aux côtés de la personne* »⁴⁵⁶. Partant, elles ne peuvent lutter contre la totalité des actes désobéissants que rencontrent les étrangers.

Le constat de l'insuffisance de la réponse associative, conjuguée aux limites des réponses institutionnelles, conduit nécessairement à mesurer l'efficacité du « *contrepoids juridictionnel* »⁴⁵⁷, afin de voir s'il permet, *a minima*, la sortie de vigueur contentieuse de l'acte désobéissant (**Section 2**).

Section 2 . La difficile censure juridictionnelle de la désobéissance administrative

« Le juge : *Il faut la punir [la vertu], en effet, si elle a l'arrogance de discuter la loi.*

Victoria : *Casado, ce n'est pas la loi qui te fait agir, c'est la peur* »⁴⁵⁸

⁴⁴⁹ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 309.

⁴⁵⁰ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 236.

⁴⁵¹ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 305.

⁴⁵² J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 257.

⁴⁵³ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 306.

⁴⁵⁴ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 292.

⁴⁵⁵ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 257.

⁴⁵⁶ J. DRAHY, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, op. cit., p. 305.

⁴⁵⁷ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 573.

⁴⁵⁸ A. CAMUS, *L'État de siège*, Folio Gallimard, 1949, p. 119.

Dès lors, face à l'efficacité relative des réponses extra-juridictionnelles, il apparaît nécessaire d'examiner comment le contrôle juridictionnel peut empêcher ces désobéissances de produire des effets juridiques. L'intervention du juge⁴⁵⁹, qui survient une fois l'acte intégré à l'ordre juridique, vise principalement à en provoquer la disparition. Toutefois, il convient de souligner que la fonction dissuasive du contrôle pourrait également, en théorie, contribuer à prévenir leur survenance.

Si, en dépit de la grande discrétionnarité des pouvoirs administratifs, le juge s'est progressivement émancipé, en soumettant l'administration à un contrôle significatif, dont la portée dissuasive reste limitée (**I**), l'effectivité de ses décisions demeure, en tous les cas, fragilisée par une désobéissance post-juridictionnelle (**II**).

I. La portée partiellement dissuasive du contrôle juridictionnel en droit des étrangers

Historiquement élaborées à l'abri de tout contrôle juridictionnel, les pratiques des services des étrangers ont progressivement été soumises à l'examen des tribunaux. Mais la portée dissuasive dudit contrôle reste nécessairement limitée par la grande discrétionnarité des pouvoirs administratifs en la matière. Dans ce contexte, en dépit de l'essor incontestable du contrôle de légalité interne, lequel permet désormais de mettre fin aux violations les plus graves des droits des étrangers (**B**) ; c'est encore le contrôle de légalité externe qui prévaut en contentieux des étrangers (**A**), contribuant ainsi à euphémiser, voire à occulter, la dimension volontaire de ces actes.

A. La neutralisation de la volonté désobéissante à travers le contrôle de légalité externe

Le contrôle de légalité externe permet au juge de vérifier si l'acte dont il est demandé l'annulation a été pris par l'autorité compétente et dans les formes requises. Constituant « *la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif* »⁴⁶⁰, il s'applique à tous les actes, y compris ceux de police des étrangers, malgré leur nature discrétionnaire. Dans une perspective pédagogique, il s'agira de voir, l'un après l'autre, la pertinence de chacun des moyens en matière de désobéissance : l'incompétence (**1**), le vice de procédure (**2**), puis le vice de forme (**3**).

⁴⁵⁹ Par souci d'intelligibilité, ne sera ici abordée que la réponse juridictionnelle du juge administratif, sont donc exclus de la présente étude le contrôle de juge des libertés et des détentions, du Conseil constitutionnel et de la Cour nationale du droit d'asile.

⁴⁶⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e Éd., 1921, Sirey, p. 441.

1. L'utilité mitigée du moyen d'incompétence en matière de désobéissance guichetière

Refus d'enregistrement au guichet et incompétence. L'incompétence de l'auteur de l'acte est sans doute le vice de légalité le plus fondamental, car, « *mère de tous les vices* »⁴⁶¹, c'est sur elle que repose l'ensemble du droit administratif. En effet, tout vice de légalité en droit public renvoie nécessairement à l'incompétence de son auteur. Par exemple, l'acte qui viole la loi ne fait, en réalité, qu'excéder les attributions de celui qui le prend : il est donc incomptemment édicté. C'est en ce sens que Sabine Boussard explique que c'est « *sous couvert de l'incompétence [...] que] le Conseil d'État s'immisce dans le contrôle des motifs de droit, de la qualification juridique des faits et même dans le contrôle de l'erreur de fait* »⁴⁶². Dès lors, l'on pourrait considérer que toute censure juridictionnelle des décisions illégales prises en droit des étrangers se fonde, en soubassement, sur ce moyen.

Cependant, l'incompétence, dans son acception classique, se définit comme « *l'inaptitude légale d'une autorité administrative à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions* »⁴⁶³. En la matière, ce vice revêt une importance particulière dans le cadre de la relation guichetière qui naît entre l'agent et l'étranger, déjà identifiée comme un espace propice aux désobéissances les plus discrètes.

Le contentieux des refus d'enregistrement d'une demande de titre de séjour par le guichetier en fournit un exemple pragmatique. Il est en effet parfois arrivé que le guichetier refuse l'enregistrement, sur des motifs non contenus dans la loi. Dans ce cas, le juge considère alors que ce refus constitue, dans le même temps, un refus de séjour, lequel n'a pas été décidé par l'autorité compétente⁴⁶⁴. Il en va de même pour un refus d'enregistrement d'une demande d'asile par le guichet unique des demandeurs d'asile⁴⁶⁵. Ainsi, l'intervention du juge, par le traditionnel moyen d'incompétence, est tout à fait pertinente en matière de désobéissance.

Toutefois, la pertinence du contrôle ne signifie pas pour autant que celui-ci, dans son exercice, est pleinement satisfaisant. En effet, le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte ne fonctionne que si le refus d'enregistrement est motivé par l'incomplétude de la demande, laquelle était pourtant complète⁴⁶⁶. Le rapporteur public Clément Malverti expliquait cette exigence par la nécessité de ne pas « *attirer [le juge] vers des*

⁴⁶¹ A. BRETONNEAU, concl. sur CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, RFDA 2018, p. 656.

⁴⁶² S. BOUSSARD, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État – Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Y. GAUDEMÉT (dir.), thèse de doctorat, droit, 2002, p. 43.

⁴⁶³ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, op. cit., p. 467.

⁴⁶⁴ V. en ce sens, TA de Lille, 12 novembre 2010, n° 0903496.

⁴⁶⁵ V. en ce sens, TA de Paris, 12 novembre 2014, n° 1408735.

⁴⁶⁶ V. pour une solution proche, CE, 11 octobre 2006, *M. et Mme N...*, n° 292969, A., dans lequel le Conseil d'État juge que si un étranger est recevable à contester un refus de titre de séjour fondé à bon droit sur la circonstance qu'il ne s'est pas présenté personnellement en préfecture, il ne peut néanmoins se prévaloir, à l'encontre de la décision de rejet de sa demande de titre de séjour, de moyens autres que ceux tirés d'un vice propre de cette décision.

questions potentiellement complexes de compétence et de motivation sans rapport avec le véritable objet de la contestation »⁴⁶⁷. La justification est ainsi celle du pragmatisme, il s'agit « *d'éviter le développement d'un contentieux artificiel* »⁴⁶⁸. Ce pragmatisme empêche alors de contester certains refus d'enregistrement fondés sur des motifs extra-légaux, autres que l'incomplétude du dossier. Or, certaines pratiques constatées par les associations témoignent de ce que, parfois, certains agents refusent l'enregistrement d'une demande de séjour sur d'autres motifs. Par exemple, il est arrivé que l'agent refuse l'enregistrement, en opposant au demandeur l'existence d'une OQTF prise à son encontre⁴⁶⁹; ou bien la tardiveté de la réponse⁴⁷⁰.

Incompétence et buts de l'acte. Notons enfin que cette annulation, ou suspension, pour incompétence occulte complètement l'aspect voltif du refus. En effet, le défaut de compétence ne permet jamais la reconnaissance d'un but dévoyé poursuivi par son auteur. En ce sens, la doctrine semble converger sur le fait que l'incompétence n'est bien souvent que le masque juridique d'un détournement de pouvoir ; car le Conseil d'État a déjà pu considérer qu'un acte pris dans un « *intérêt purement privé* » était entaché d'incompétence⁴⁷¹.

La prédominance du vice d'incompétence est sans doute un moyen pour le juge de se préserver d'éventuelles critiques, c'est en tout cas ce qu'affirme Edouard Laferrière, qui explique que le juge « *a plus d'une fois annulé pour incompétence, en réalité pour détournement de pouvoir, des actes dont le dispositif semblait irréprochable, mais dont les motifs et les mobiles placent l'administrateur en dehors de ses attributions légales* ». Mais en se plaçant sur le terrain de l'incompétence, plutôt que sur celui du détournement de pouvoir, alors même que ces deux moyens pourraient être également mobilisés, le juge neutralise la volonté dissidente de l'agent. Or, il serait sans doute plus opportun de ne pas éluder cette volonté, afin de mieux responsabiliser les agents. La reconnaissance d'un vice de désobéissance prend ici tout son sens : peut-être moins stigmatisant que le détournement de pouvoir, il serait alors plus aisément mobilisable par le juge.

2. L'utilité mitigée du vice de procédure en matière de partialité administrative

Le vice de procédure vise le cas où l'administration a violé l'une des règles régissant la procédure conduisant à l'adoption de l'acte administratif. Dans cette étude, il s'agira d'apprécier deux vices fréquents de procédures, censurés par le juge administratif : le détournement de procédure et la partialité des procédures.

⁴⁶⁷ C. MALVERTI, concl. sur CE, 10 octobre 2023, *M. B...*, n° 472831, p. 6.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ V. en ce sens, communiqué du 5 mai 2022, la Cimade « Non, les préfectures n'ont pas le droit de refuser l'enregistrement d'une demande de régularisation fondée sur la seule présence d'une OQTF ! ».

⁴⁷⁰ Sur ce point, le Rapporteur public C. MALVERTI a affirmé qu'un tel refus d'enregistrement peut être censuré, au titre de l'incompétence de son auteur (C. MALVERTI, concl. sur CE, 10 octobre 2023, *op. cit.*, p. 12).

⁴⁷¹ CE, 30 mai 1821, *Sieur Gay-Lugny, Lebon* p. 607.

Notons à titre liminaire que l'absence d'examen sérieux et individuel du dossier, bien que viciant l'acte⁴⁷², ne fera pas ici l'objet d'un traitement approfondi ; car il paraît trop incertain d'y voir, en cas de manquement, l'expression claire d'une volonté désobéissante de l'agent.

Le détournement de procédure. Le détournement de procédure correspond à la situation dans laquelle l'administration utilise une procédure dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée⁴⁷³. Il s'agit, bien souvent, de contourner certaines exigences jugées trop contraignantes en privilégiant un mécanisme plus facile d'utilisation. Ce détournement se traduit alors par la suppression de certaines garanties, car la lourdeur de certaines procédures se justifie précisément par la nécessité de garantir à l'administré l'impartialité du traitement de son dossier et la préservation de ses droits. Dans la mesure où ce vice « *suppose un choix pour l'autorité administrative, et un mauvais choix* »⁴⁷⁴, sa sanction par le juge implique nécessairement l'existence d'une volonté délibérée de transgresser la norme.

Ce moyen d'illégalité prospère particulièrement en matière d'expulsion des étrangers. En effet, souhaitant se soustraire de l'avis obligatoire de la commission d'expulsion⁴⁷⁵, il arrive souvent que les préfectures fassent valoir une urgence absolue, permettant l'expulsion sans avis⁴⁷⁶. Ce contournement procédural est loin d'être hypothétique, puisqu'en 1994, le ministre de l'Intérieur alors en place rappelait aux préfectures « *que l'urgence absolue ne peut être valablement invoquée lorsque l'administration a eu connaissance depuis un certain temps de faits justifiant l'expulsion et qu'elle est en mesure de saisir en temps utile la commission d'expulsion* »⁴⁷⁷. C'est dans ce contexte que le juge a accepté de qualifier de détournement de procédure deux pratiques fréquentes. D'une part, le cas où, sans même faire valoir l'existence d'une urgence absolue, l'autorité ne demande pas d'avis à la commission⁴⁷⁸. D'autre part, le cas où l'autorité fait valoir une urgence absolue, laquelle n'existe factuellement pas⁴⁷⁹. Sur cette deuxième hypothèse, notons que jusqu'en 1970⁴⁸⁰, le juge refusait de reconnaître un détournement de procédure, en rattachant cet acte à la catégorie des actes de gouvernement, insusceptibles de

⁴⁷² CRPA, art. L. 114-6.

⁴⁷³ Fiches d'orientation, Détournement de pouvoir et de procédure - Décembre 2021, disponible sur le site dalloz.fr.

⁴⁷⁴ V. en ce sens, P. GONOD, M. GUYOMAR, « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire du contentieux administratif*, disponible sur le site dalloz.fr, 2008.

⁴⁷⁵ CESEDA, art. L. 632-1.

⁴⁷⁶ CESEDA, art. L. 632-1.

⁴⁷⁷ Circulaire n° NOR/INT/D/94/00020/C du 8 février 1994, *Application de la loi n° 93-1027 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 et de la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le code civil*, p. 73.

⁴⁷⁸ V. en ce sens : CAA Lyon, 10 mai 2001 *Ministre de l'Intérieur c/ Saadane*, n° 00LY02341 B ; CAA Paris, 20 juin 2005, n° 04PA03625, *Erdogan*.

⁴⁷⁹ Il y a notamment détournement dans le cas où l'étranger est assigné à résidence : TA Clermont-Ferrand, 23 mars 1995, *Da Silva Cruz* ; ou dans le cas où il y a eu 16 mois entre la libération de l'étranger et la mesure d'éloignement : CE, 3 novembre 1995, *Ministre de l'Intérieur c/ El Hassan Lamrit*, n° 157950, 159864.

⁴⁸⁰ CE, 16 janvier 1970, *Mihoubi*, n° 68919, *Lebon* p. 25.

contrôle. Mais depuis lors, leur nature administrative a été pleinement reconnue, permettant ainsi leur justiciabilité, et le juge accepte même d'engager la responsabilité pour faute de l'État⁴⁸¹.

Il convient ainsi de souligner le volontarisme dont fait preuve le juge, qui, au risque de fragiliser sa position institutionnelle, a su approfondir son contrôle et dépasser les limites qu'il s'était lui-même fixées au gré du contentieux. Mais sa portée reste surtout symbolique, car ce moyen n'aboutit que rarement à l'annulation de l'acte contesté. C'est d'ailleurs dans ce cadre que Georges Vedel le qualifie de « *superfétatoire* »⁴⁸².

Une procédure partielle. L'article L. 100-2 du CRPA exige de l'administration qu'elle garantisse à tous un traitement impartial. Ce principe implique que l'agent public instruise la demande sans préjugé ni parti pris⁴⁸³. Or, l'acte désobéissant, en tant qu'expression d'une volonté personnelle, traduit nécessairement une forme de partialité. C'est pourquoi le grief tiré de défaut d'impartialité semble ici particulièrement adapté.

Notons, comme évoqué en introduction, qu'exiger une impartialité absolue de chaque décision administrative semble illusoire. Comme le soulignent d'ailleurs certains agents publics, les décisions prises par les services des étrangers sont en réalité souvent imprégnées de certaines idées personnelles, ceux-ci affirmant que « *[l'absence d'objectivité] est probablement due à la grande complexité de la matière, à une peur de l'étranger ou à la forte pression pesant sur cette division de la préfecture. [...]. [Ils] affirment donc que l'intervention de cette part de subjectivité est quelque chose d'inévitable* »⁴⁸⁴. Pourtant, en dépit de cette réalité administrative, le grief tiré du défaut d'impartialité de l'agent ne prospère pas véritablement devant le juge. Pratiquement insaisissable, « *l'obligation de bien administrer [...] est difficile à sanctionner* »⁴⁸⁵; et cette exigence n'a pas trouvé de traduction effective dans la jurisprudence administrative. Dans cette mesure, bien que structurant l'action administrative, « *le nœud gordien de l'impartialité se trouve substantiellement dans la sagesse et l'éthique de l'homme* »⁴⁸⁶.

Cela étant, il convient néanmoins de souligner que, bien que d'une efficacité encore limitée, le principe d'impartialité bénéficie d'une certaine protection, indirecte, à travers l'exigence de motivation des décisions administratives. En effet, cette exigence permet précisément de s'assurer de ce que la décision n'a pas été opportunément prise. Le lien entre motivation et impartialité n'est d'ailleurs pas nouveau, la Cour de cassation

⁴⁸¹ CAA Paris, 12 juin 1997, *M. Al Jojo*, n° 96PA01090.

⁴⁸² G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1977, n° 2, pt. 32.

⁴⁸³ CE, 22 juin 2008, *Assoc. Air pur environnement d'Hermeville et ses environs*, n° 291372, cons. 1.

⁴⁸⁴ J. PROBST, « Le droit et le contentieux des étrangers : enjeux, conflits et processus décisionnels », *Revue des Sciences Sociales*, 2009, n° 42, p. 65.

⁴⁸⁵ F. MOREAU, *Manuel de droit public français*, Vol. 2, Fontemoing, 1909, p. 122.

⁴⁸⁶ H. MOUANNES, « L'impartialité de la justice, une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2012, p. 603. Notons qu'en l'espèce, l'auteur parle de l'impartialité du juge, mais le propos semble largement transposable aux administrations.

rappelant régulièrement qu'une motivation insuffisante peut révéler, en creux, une forme de partialité⁴⁸⁷. Il convient donc d'examiner la portée contentieuse du grief tiré du défaut de motivation dans les décisions prises à l'encontre des étrangers (3).

3. L'utilité mitigée de l'exigence de motivation en matière de partialité administrative

L'exigence de motivation des décisions administratives. Pour qu'elle soit régulière, la décision défavorable de l'administration à l'égard d'un administré doit enfin être motivée⁴⁸⁸. L'exigence de motivation n'est pas systématique, puisqu'elle ne vaut que pour certaines décisions administratives individuelles, notamment les décisions qui constituent une mesure de police⁴⁸⁹ ou qui refusent une autorisation⁴⁹⁰. Or, le droit des étrangers repose presque exclusivement sur de telles décisions, elles doivent donc être motivées.

L'exigence de motivation des décisions traduit une impossibilité pour l'administration de prendre des décisions stéréotypées. Elle vise, d'une part, à garantir que chaque décision soit précédée d'un examen sérieux, assurant son adéquation à la situation personnelle de l'étranger ; d'autre part, à écarter tout risque qu'elle soit fondée sur des considérations extra-légales. En ce sens, elle protège l'étranger contre le risque d'une décision arbitraire — autrement dit, d'une décision potentiellement désobéissante.

Sur le plan contentieux, l'exigence de motivation semble contraindre de manière convenable les agents. En effet, selon le Conseil d'État, elle produit, spécifiquement en droit des étrangers, un « *effet vertueux sur la qualité des décisions prises par l'administration* », et elle a permis « *une amélioration substantielle au cours des dix dernières années* »⁴⁹¹.

Dans ce cadre, un refus d'autorisation de séjour ne peut être l'exacte réplique d'un refus précédent, ni se limiter à une simple reprise des dispositions légales applicables⁴⁹². Pour qu'elle soit valide, la motivation doit donc « *préciser les éléments de fait qui sont à la base de la mesure de police* »⁴⁹³. À cet égard, il ne saurait suffire d'invoquer abstrairement un risque à l'ordre public pour justifier un éloignement, sans en démontrer la réalité par des éléments tangibles. Enfin, si une situation d'urgence absolue permet à l'administration de se soustraire à l'obligation de motivation d'une décision d'éloignement, le juge procède à un contrôle concret de l'existence de l'urgence. Ce contrôle permet ainsi de s'assurer de ce que l'agent ne se prévaut pas d'une telle situation,

⁴⁸⁷ V. en ce sens, Cass. soc., 8 avril 2014, n° 13-10.209 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2018, n° 17-22.056 (v. le commentaire d'A. BOLZE du 28 janvier 2019, sur Dalloz, lequel explique que « *ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation censure les juges du fond au motif d'un manque d'impartialité tiré de la motivation de leur jugement* »).

⁴⁸⁸ CRPA, art. L. 211-2.

⁴⁸⁹ CRPA, art. L. 211-2 1°.

⁴⁹⁰ CRPA, art. L. 211-2 7°.

⁴⁹¹ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁹² TA de Lyon, 19 février 1992, *Boukharta*, n° 9101764.

⁴⁹³ CE, 24 juillet 1981, *Belasri*, n° 31488, *Lebon* p. 322.

factuellement absente, afin de se soustraire à son obligation de motivation — et, par là même, de prendre une décision potentiellement désobéissante⁴⁹⁴.

Une exigence encore limitée. Le juge reste néanmoins pragmatique quant à cette exigence, conscient des contraintes quantitatives pesant sur les services. Ainsi, les motivations succinctes sont souvent acceptées par celui-ci⁴⁹⁵. Par ailleurs, une décision portant OQTF n'a pas besoin d'être motivée si elle accompagne une décision de refus de séjour⁴⁹⁶. Cette solution doit néanmoins susciter certaines réserves, car ces deux décisions, bien que connexes, sont juridiquement distinctes. En effet, la régularité formelle du refus de séjour ne saurait préjuger de la légalité de l'OQTF, en particulier au regard des exigences tirées du paragraphe premier de l'article 3 de la CESDHLF, interdisant d'expulser un étranger dans un État dans lequel il risque de subir des traitements inhumains ou dégradants. Ainsi, en exonérant l'administration de l'obligation de motiver spécifiquement une OQTF, le juge prend le risque de l'encourager à ne pas apprécier la situation particulière de l'étranger, ce qui peut conduire à une violation de la Convention. Le fait que cette exigence reste adaptée à la réalité administrative empêche de faire de ce grief un moyen parfaitement à même de limiter la propension des administrations à désobéir. Pour s'en convaincre, il suffit de constater l'échec du moyen en contentieux, le défaut de motivation n'étant que rarement constaté par le juge⁴⁹⁷.

En somme, pourvu qu'ils soient dominants en la matière, les vices de légalité se heurtent systématiquement au pragmatisme du juge. Dès lors, ces exigences procédurales ne sauraient constituer une garantie absolue contre l'investissement politique du droit des étrangers ; d'autant qu'elles tendent souvent à masquer la dimension volontaire de l'acte. L'insuffisance de ces vices, qui ne permettent pas de garantir la disparition de tout acte désobéissant, ni même de prévenir l'entrée en vigueur de nouveaux, souligne la nécessité de créer un vice spécifique de désobéissance, permettant de reconnaître clairement la volonté transgressive de l'agent. En sus, cette insuffisance conduit nécessairement à s'interroger sur l'étendue du contrôle de légalité interne du juge, afin de déterminer s'il est en mesure de compenser ces limites (**B**).

⁴⁹⁴ CE, 13 janvier 1988, *Abina*, n° 65856, *Lebon* p. 5, cons. 3.

⁴⁹⁵ CE, 11 juin 1982, *Ministre de l'intérieur c/R...*, n° 32292, *Lebon* p. 226.

⁴⁹⁶ Récemment rappelé dans : TA de Toulouse, 24 septembre 2024, n° 2401872.

⁴⁹⁷ V. en ce sens les dernières décisions en la matière, pour lesquelles l'étranger invoquait une insuffisance de motivation, sans succès : CAA de Lyon, 3 avril 2025, n° 24LY02955 ; CAA de Nancy, 1er avril 2025, n° 23NC02824 ; CAA de Nancy, 27 mars 2025, n° 24NC00164 ; CAA de Nancy, 27 mars 2025, n° 24NC00164 ; CAA de Toulouse, 27 mars 2025, n° 23TL02502 ; CAA de Nancy, 20 mars 2025, n° 24NC00368 ; CAA de Nancy, 20 mars 2025, n° 24NC01700 ; CAA de Nancy, 20 mars 2025, n° 24NC00513 ; CAA de Nancy, 18 mars 2025, n° 23NC01981.

B. Le contrôle de légalité interne de l'acte désobéissant limité par son caractère politique

Le contrôle de légalité interne s'est, de manière générale, considérablement enrichi au cours du XX^e siècle. Si cet essor touche tout autant le contentieux des étrangers, ce qui permet alors la sortie de vigueur de nombreux actes désobéissants (1), le caractère éminemment politique de ce contentieux empêche le juge d'un contrôle parfaitement satisfaisant, et donc parfaitement dissuasif (2).

1. *L'essor incontestable du contrôle de la légalité interne de l'acte désobéissants*

Dans une perspective pédagogique, il s'agira de voir, l'un après l'autre, la pertinence de chacun des moyens de légalité interne en matière de désobéissance.

a. La pertinence du détournement de pouvoir en matière de désobéissance flagrante

Le détournement de pouvoir, un moyen faiblement admis. Comme évoqué en introduction, ce vice est celui qui se rapproche le plus de la désobéissance. Dès lors, en l'absence d'un véritable vice de désobéissance, il semble le moyen le plus à même de sanctionner ces actes. Toutefois, ce moyen se révèle, en pratique, d'une efficacité contentieuse limitée. En effet, une rapide analyse statistique nous révèle que, sur les trente dernières fois où un détournement de pouvoir a été invoqué par un étranger, le juge a refusé de le reconnaître, le plus souvent au moyen de décisions laconiques, peu éclairantes quant aux critères précis permettant d'identifier un véritable détournement de pouvoir. Hasard de litige ? Rien n'est moins sûr, dans la mesure où l'inopérance de ce vice d'illégalité est souvent constatée et déplorée, pour deux raisons principales.

D'une part, la difficulté réside dans l'approche subjective de l'action administrative qu'il suscite. En effet, pour le qualifier, le juge doit nécessairement identifier une fin étrangère à l'intérêt général, ce qui suppose d'appréhender une « *donnée psychologique* »⁴⁹⁸, par nature difficilement objectivable. D'autre part, dans la mesure où la qualification de détournement de pouvoir s'apparente à la reconnaissance implicite d'une « *faute morale* »⁴⁹⁹, la prudence du juge peut le conduire à lui préférer des moyens stigmatisants. Ce qui peut expliquer que ce vice, spécifiquement dans le contentieux des étrangers, s'avère quasi hors de portée du justiciable étranger et du juge souhaitant se protéger de toute critique éventuelle.

Or, en refusant de qualifier certains agissements de détournements de pouvoir, le juge participe, d'une certaine manière, à la déresponsabilisation de l'administration. Ce faisant, il laisse subsister un certain espace de liberté, fût-il psychologique, favorable à l'émergence de nouvelles désobéissances.

⁴⁹⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 507.

⁴⁹⁹ Fiches d'orientation, Détournement de pouvoir et de procédure - Décembre 2021, disponible sur le site dalloz.fr.

Le détournement de pouvoir, un moyen occasionnellement opérant. Cela étant, le juge a néanmoins accepté de qualifier de détournement de pouvoir une pratique récurrente des préfets qui, souhaitant faire obstacle à un mariage entre un ressortissant français et un ressortissant étranger, décidaient d'éloigner l'étranger du territoire. Cette pratique est censurée dès lors que le motif réel de l'arrêté est l'union entre l'étranger et le français. La circonstance alors utilisée par le juge pour identifier l'existence d'un but dévoyé est « *la précipitation avec laquelle l'administration a agi* » à compter du moment où elle a eu connaissance de cette union. En règle générale⁵⁰⁰, dès lors que cette précipitation est démontrée, la décision est annulée⁵⁰¹.

En dehors de cette hypothèse, la qualification de détournement de pouvoir a également été retenue, de manière plus exceptionnelle, dans le cadre d'opérations d'éloignement massif d'étrangers, notamment ceux résidant dans des camps de migrants et de réfugiés tels que la « *jungle de Calais* ». Dans le cas où le préfet prononce un nombre important d'OQTF, le juge qualifie parfois un tel détournement, car ces décisions « *ne peuvent avoir été prises que dans le but de procéder à l'expulsion [...] du domaine public géré par la ville de Calais, en même temps que les autres occupants sans titre du même domaine* »⁵⁰².

Dès lors, ce moyen n'est pas exempt de toute utilité car il permet, ponctuellement, de censurer des actes sciemment illégaux des administrations. La force de ce moyen réside alors dans sa charge symbolique, lequel permet en effet de responsabiliser les agents et donc de les dissuader de répéter l'acte illégal. Mais la qualification d'un détournement de pouvoir n'a manifestement pas permis d'éradiquer ce type de pratiques, ce qui souligne alors, une nouvelle fois, la pertinence de conceptualiser un vice de désobéissance, plus aisément mobilisable.

b. L'efficacité relative du contrôle de l'erreur de droit en matière de désobéissance

L'erreur de droit renvoie à deux hypothèses. D'une part, elle renvoie au cas où le contenu de l'acte contesté viole directement la règle de droit, c'est-à-dire qu'il viole toute norme hiérarchiquement supérieure à lui⁵⁰³. D'autre part, elle renvoie au cas où l'auteur fonde son acte sur des règles juridiques qu'il a mal interprétées⁵⁰⁴ (la règle ne permet pas de faire ce que permet de faire l'acte) ou qui sont inapplicables (défaut de base légale).

⁵⁰⁰ La reconnaissance du détournement de pouvoir n'est néanmoins pas systématique, v. pour des refus d'annulation de l'arrêté : CAA de Douai, 22 août 2022, n° 22DA00041 ; CE, référé, 9 février 2021, n° 449319 ; CAA de Marseille, 21 janvier 2021, n° 20MA00075 ; CAA de Lyon, 12 mars 2020, n° 19LY00306 ; CAA de Lyon, 30 janvier 2020, n° 19LY02657.

⁵⁰¹ V. p. ex. : CE, 13 avril 2005, *Prefet de la Seine-Maritime*, n° 269425 ; CE, 13 avril 2005, *Prefet des Alpes-Maritimes*, n° 269639 ; CE, 7 février 2005, *Prefet des Yvelines*, n° 262601 ; CE, 6 juillet 2005, *Prefet de l'Yonne*, n° 259723 ; CAA de Nancy, 6 juillet 2023, n° 22NC02215, *Lebon* ; CAA de Nancy, 6 juillet 2021, n° 21NC00434.

⁵⁰² TA de Melun, 19 février 2015, n° 1406150.

⁵⁰³ Pour le lien entre erreur de droit et violation directe de la loi, D. TRUCHET explique que le juge « *annule l'acte pour violation de la loi lorsque cet acte est entaché [...] d'erreur de droit (sur les motifs de droits)* » (D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 240).

⁵⁰⁴ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 704.

Erreur de droit et compétence liée de l'administration. Ce moyen trouve une application particulièrement significative lorsque l'administration, bien que placée en situation de compétence liée, ne se conforme pas à la règle de droit qui doit être appliquée. En effet, même si les pouvoirs administratifs en droit des étrangers sont en grande partie discrétionnaires, il existe des situations dans lesquelles l'administration est tenue de prendre une décision dans un sens déterminé. Tel est le cas lorsque l'étranger remplit les conditions pour obtenir un titre de séjour de plein droit⁵⁰⁵, mais que l'agent s'abstient malgré tout de le délivrer⁵⁰⁶.

Erreur de droit et Convention européenne des droits de l'homme. De plus, ce moyen revêt un intérêt particulier en matière de droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la CESDHLF, et de droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, protégé par l'article 3 de la même Convention. En effet, dans le cas où l'exécution d'une mesure de police des étrangers risquerait de violer de manière disproportionnée l'un ou l'autre de ces droits, celle-ci pourrait être entachée d'illégalité pour erreur de droit⁵⁰⁷.

Notons qu'une telle décision n'est pas nécessairement désobéissante, dans la mesure où l'agent peut tout à fait ignorer son illégalité. Cependant, la fréquence des censures prononcées sur ce fondement⁵⁰⁸, conjuguée à la grande notoriété de ces deux articles⁵⁰⁹, rend difficilement crédible l'ignorance de leur contenu par les services. Il est en effet parfaitement envisageable que dans ces illégalités se dissimulent certains actes désobéissants, lesquels sont, pour la plupart, censurés. C'est pourquoi ce cas d'erreur de droit a été retenu dans le cadre de cette étude. C'est ainsi par ce moyen que le juge a pu mettre un terme à certaines pratiques illégales, comme celle consistant à prononcer automatiquement une mesure d'éloignement dès lors que l'étranger avait commis une infraction pénale⁵¹⁰. De même, il a permis de mettre fin aux refus habituels, voire systématiques⁵¹¹, d'autoriser un

⁵⁰⁵ Pour les situations dans lesquelles un titre de séjour doit être délivré de plein droit, voir les art. L. 421-22, L. 425-6, L. 426-8 et L. 423-1 et s. du CESEDA.

⁵⁰⁶ V. p. ex. : TA de Lyon, 22 juin 1999 *Trabelsi c/prefet du Rhône* ; TA de Besançon, 30 septembre 1999, *Ouadie c/prefet du Doubs*.

⁵⁰⁷ V. p. ex. : CE, 9 décembre 1994, *Min. Intérieur c/Kaya* et CE, 9 février 2004, n° 243514 (arrêté de reconduite à la frontière et art. 8 CESDHLF) ; CE, 8 mars 2004, *Mlle. Gouder*, n° 258829 (décision fixant le pays de renvoi et art. 3 CESDHLF) ; CAA de Paris, 15 décembre 2006, *Prefet de police c/Jabnoun*, n° 06PA00482 (mesure d'éloignement et art. 3 CESDHLF) ; CAA de Bordeaux, 20 juin 2023, n° 23BX00849 (refus de délivrance d'un titre de séjour. Notons que si la délivrance obéit à des conditions totalement étrangères à la vie privée et familiale, le moyen tiré de l'art. 8 sera jugé inopérant, exemple du titre de séjour mention étudiant, 13 avril 1996, *Mme R...*, n° 136079) ; CE, 4 juillet 1997, n° 156298 (refus de délivrance d'un visa et art. 8 CESDHLF. Notons que l'erreur de droit, au regard de l'art. 8, est un moyen invocable en référé contre une décision portant refus de délivrance d'un visa : CE, référés 19 juillet 2006, *Khamallah c/Commission de recours contre les refus de visa*, n° 294906).

⁵⁰⁸ V. p. ex., pour atteinte disproportionnée à l'art. 8 de la CESDHLF : CAA de Bordeaux 20 juin 2023, n° 23BX00849 ; CAA de Bordeaux, 1er juin 2023, n° 22BX02910 ; CAA de Bordeaux, 11 octobre 2022, n° 21BX03936 ; CAA de Marseille, 18 décembre 2020, n° 18MA04959 ; CAA de Bordeaux, 13 janvier 2020, n° 19BX03244 ; CAA de Marseilles, 21 décembre 2018, n° 17MA04774 ; CAA de Lyon, 27 décembre 2016, n° 16LY02286.

⁵⁰⁹ En ce sens, V. TCHEN les qualifie d'*attractifs* (V. TCHEN, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 529).

⁵¹⁰ CE, ass, 21 janvier 1977, n° 01333, *Lebon* p. 38.

⁵¹¹ Ces pratiques sont qualifiées d' « *habituelles* », voire « *systématiques* » par les associations (notamment le GISTI dans *Plein droit*, 2004, n° 62, « *Expulser* », rubrique *Cahier de jurisprudence*).

regroupement familial, au seul motif de l'irrégularité du séjour de l'étranger bénéficiaire — et non du demandeur lui-même, alors même que ce motif est, en principe, insuffisant⁵¹².

Erreur de droit et désobéissance guichetière. Ce moyen permet également de faire obstacle au refus d'enregistrement d'une demande de séjour, opposé par le guichetier à l'étranger⁵¹³. Comme évoqué précédemment, ce type de refus repose fréquemment sur un motif extra-légal, ce qui justifie sa censure au titre de l'erreur de droit. On constate ainsi qu'un même acte peut être entaché à la fois d'incompétence et d'erreur de droit, ce qui souligne, à nouveau, la porosité entre ces deux vices. Il en va de même lorsque le refus concerne la prise de rendez-vous en préfecture : s'il repose sur un fondement non prévu par les textes, il est également susceptible d'être annulé pour erreur de droit⁵¹⁴.

Erreur de droit et désobéissance des autorités centrales. L'erreur de droit est enfin particulièrement importante en matière de désobéissance des administrations centrales, à travers le contentieux des circulaires interprétatives.

Deux situations principales d'illégalité sont ici sanctionnées : d'une part, l'incompétence, lorsqu'une circulaire revêt en réalité un caractère réglementaire, excédant ainsi les prérogatives de son auteur⁵¹⁵ ; d'autre part, l'erreur de droit, lorsque la circulaire retient une interprétation *contra legem* de la règle de droit⁵¹⁶. Dans ce second cas, le recours au juge permet d'enrayer une tendance⁵¹⁷ des autorités à retenir une lecture volontairement erronée de la loi. Il arrive en effet que certaines circulaires dissimulent, sous couvert d'interprétation, une volonté de « *façonner le droit [...] au bruit le plus bas possible* »⁵¹⁸. Or, ces quelques lignes, bien que présentées comme interprétatives, finissent par structurer la pratique des services déconcentrés, qui s'y fient parfois plus qu'à la loi elle-même⁵¹⁹. Dès lors, par son contrôle, le juge permet d'éviter que de telles désobéissances ne s'installent durablement dans les pratiques administratives.

L'insuffisance du contrôle de l'erreur de droit. Toutefois, le contrôle de l'erreur de droit ne paraît pas suffisant pour censurer l'ensemble des actes désobéissants, ce qui en affaiblit la portée dissuasive. En effet, en janvier 2025, le Conseil d'État rappelait, sans doute las, qu'« *il incombe à l'administration d'accomplir ses*

⁵¹² V. en ce sens : TA de Limoges, 17 juin 2004, *Belhemdi c/prefet de la Corrèze*, n° 031181 ; TA de Lyon, 5 juin 2003, *Tien c/prefet du Rhône*.

⁵¹³ Pour une application récente : TA de Dijon, 6 juin 2023, n° 2203224.

⁵¹⁴ TA de Lyon, 15 avril 2024, n° 2206629.

⁵¹⁵ CE, 13 janvier 1975, n° 90193, 90194 et 91288, *Lebon* p. 16.

⁵¹⁶ V. en ce sens : CE, 26 janvier 2000, n° 201020 et 202537, *Lebon* p. 240 ; CE, ordonnance, 15 février 2007, *Gisti*, n° 300968.

⁵¹⁷ G. MOREAU écrit que « *[les circulaires] se veulent pédagogiques, mais le diable est dans les détails et, quelles que soient les précautions rédactionnelles qui ne trompent, en encore, que les décisions de justice, elles fixent des règles supplémentaires* » (G. MOREAU, « Circulaires et droit », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 242).

⁵¹⁸ G. MOREAU « Circulaires et droit », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, op. cit., p. 245.

⁵¹⁹ En ce sens, G. MOREAU écrit que « *la règle dictée par la voie hiérarchique a plus de valeur que le texte d'origine pour l'agent hiérarchiquement dépendant* » (G. MOREAU « Circulaires et droit », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, op. cit., p. 241).

missions dans le respect des règles de droit qui lui sont applicables », au regard de « *la récurrence des défaillances relevées, [et de] la méconnaissance caractérisée d'une règle de droit* »⁵²⁰. Par ailleurs, même à supposer que tous les actes désobéissants soient effectivement censurés sur ce fondement, celui-ci demeure insatisfaisant en matière de désobéissance, en ce qu'il ne permet jamais d'identifier la volonté transgressive de l'agent. Or, la reconnaissance explicite d'un but dévoyé par le juge permettrait de mieux responsabiliser l'administration et renforcerait sans doute l'effet dissuasif du contrôle juridictionnel. Cette limite vient donc, une fois encore, justifier l'opportunité de consacrer un vice autonome de désobéissance.

c. Le contrôle restreint des motifs de fait de l'acte désobéissant

Le contrôle des motifs de faits renvoie à trois différentes situations. Il s'agit, d'abord, de s'assurer de l'exactitude matérielle des faits allégués par l'administration⁵²¹ ; ensuite, de la correcte qualification juridique de ces faits⁵²² ; enfin, de l'adéquation de la mesure prise à la situation concrète⁵²³.

L'intensité de ce contrôle dépend de la nature des pouvoirs de l'administration. En cas de compétence liée, le contrôle est nécessairement approfondi. Mais en matière de police des étrangers, où les prérogatives sont très majoritairement discrétionnaires, le juge a longtemps cantonné son office à un contrôle restreint, en s'interdisant d'apprécier la qualification juridique des faits. Cette dernière affirmation ne reflète sans doute pas la jurisprudence actuelle, car le juge, même en cas de pouvoir discrétionnaire, accepte aujourd'hui de contrôler l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits. Tel est par exemple le cas, lorsqu'une OQTF est fondée sur l'existence alléguée d'un trouble à l'ordre public, alors même qu'aucun élément factuel sérieux ne vient en attester⁵²⁴. À l'inverse, le contrôle peut être maximum, en ce sens que le juge vérifie la parfaite proportionnalité entre la mesure et les faits qui la fondent. Ce contrôle est ainsi le contrôle de principe en matière de police administrative⁵²⁵.

Tendance à la normalisation du contrôle des motifs. De manière générale, on observe une tendance à l'intensification du contrôle sur les actes discrétionnaires, y compris lorsqu'ils relèvent de prérogatives traditionnellement perçues comme régaliennes. Cette intensification se révèle particulièrement importante lorsque la désobéissance prend la forme d'un usage abusif de la faculté d'appréciation. Par exemple, il a été précédemment souligné que certaines préfectures cherchent parfois à éviter l'avis, pourtant obligatoire, de la

⁵²⁰ CE, 30 janvier 2025, n° 495916 et 17.

⁵²¹ CE, 14 janvier 1916, n° 59619 et 59679, *Lebon* p. 15.

⁵²² CE, 4 avril 1914, n° 55125, *Lebon* p. 488.

⁵²³ Pour un exemple récent en matière de visa : CE, 30 décembre 2010, n° 335170.

⁵²⁴ CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/ Pardov*, n° 94108, *Lebon* p. 83.

⁵²⁵ CE, Section, 15 décembre 1933, *Benjamin*, n° 17413, *Lebon* p. 541.

commission d'expulsion en invoquant l'exception d'*« urgence absolue »*. Toutefois, depuis 1955, la qualification de l'urgence absolue par le juge fait l'objet d'un contrôle normal⁵²⁶, permettant alors de dissuader les préfectures de cette pratique. De même, si l'administration invoque une menace à l'ordre public pour fonder sa mesure d'éloignement, l'existence de cette menace fait désormais l'objet d'un examen normal du juge⁵²⁷. Dès lors, l'administration ne peut plus s'en prévaloir sans démontrer l'existence d'un risque concret pour l'ordre public. Cette évolution contribue ainsi à encadrer plus strictement les pratiques préfectorales et à prévenir les actes potentiellement désobéissants.

Toutefois, le contrôle reste majoritairement limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Historiquement, l'émergence de contrôle était une avancée considérable. En effet, son instauration a permis de juridictionnaliser les mesures de police des étrangers, jusque-là souvent injusticiables⁵²⁸. Dès lors, ce contrôle est, en soi, de nature à restreindre la propension des administrations à désobéir, puisqu'avant son émergence, les administrations étaient totalement libres. Mais il reste qu'aujourd'hui, les arrêtés d'expulsion sans urgence absolue⁵²⁹, les refus de régularisation⁵³⁰, les OQTF⁵³¹, les refus de visa⁵³² sont autant de mesures qui font encore l'objet d'un contrôle seulement restreint, ce qui nuit à l'efficacité totale du contrôle juridictionnel.

Ce contrôle a toutefois permis de faire cesser certaines pratiques sciemment illégales jusque-là hors de portée du juge. Ainsi, auparavant, de nombreux préfets refusaient certaines demandes de régularisation, au motif que les justificatifs de présence sur le territoire étaient insuffisants, quand bien même les intéressés produisaient des éléments probants⁵³³. Le juge administratif y a finalement mis un coup d'arrêt par une décision du 17 février 2000⁵³⁴. De même, le contrôle des refus de visa, bien que majoritairement restreint⁵³⁵, s'avère d'une

⁵²⁶ CE, ass, 18 mars 1955, *Hamoun Ben Brabim*, *Lebon* p. 168 ; CE, 12 février 2014, *Ministre de l'intérieur*, n° 365644.

⁵²⁷ CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/ Pardov*, *op. cit.* ; CE, 17 octobre 2003, M. X, n° 249183, *Lebon* p. 413. Le contrôle est également normal en matière de refus d'admission sur le territoire pour menace à l'ordre public, CE, 3 mars 2003, n° 238662, *Lebon* p. 74.

⁵²⁸ En ce sens, R. ABRAHAM explique que « *dans les années 70, s'est développée en matière de contentieux des étrangers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation il est déjà une ingérence du juge dans le contenu même du pouvoir discrétionnaire de l'administration* » (R. ABRAHAM, « La jurisprudence du Conseil d'État relative à la condition des étrangers », *op. cit.*, p. 23 à 48).

⁵²⁹ CE, 3 février 1975, *op. cit.* (notons qu'avant, aucun contrôle n'était exercé : CE, 16 mars 1984 *Min. Intérieur et de la décentralisation c/ Djaballah*, n° 48570) ; CE, ass., 19 avr. 1991, *Mme Babas*, n° 117680 et CE, ass., 19 avril 1991, *M. Belgacem*, n° 107470, *Lebon* p. 162.

⁵³⁰ Président du TA de Versailles, 17 février 2000 *Ndiaye c/prefet du Val d'Oise*.

⁵³¹ CE, ass., 29 juin 1990, n° 115687, *Lebon* p. 184.

⁵³² V. en ce sens, CE, 28 février 1986, Y, n° 41550 ; CE 22 avril 1992, X, n° 118336 ; CJUE 13 déc. 2017, aff. C-403/16, RTD eur. 2018. 363, obs. L. Coutron.

⁵³³ Cette pratique avait d'ailleurs conduit le ministre de l'Intérieur à adresser une instruction aux préfets, les enjoignant d'y mettre fin (pour plus d'informations, voir GISTI, « Cahier de jurisprudence », *Parcours, filières et trajectoires, Plein droit*, 2002, n° 55).

⁵³⁴ Président du TA de Versailles 17 février 2000, *Ndiaye c/ préfet du Val d'Oise*.

⁵³⁵ Notons que les refus fondé sur l'absence d'adéquation de la qualification de l'expérience professionnelle du demandeur avec l'emploi proposé relève désormais d'un contrôle normal (CE, 30 décembre 2010, A, n° 335170).

efficacité manifeste, puisqu'en 2018, près de 40 % des refus de visa ont été annulés⁵³⁶, ce qui révèle à quel point ces décisions peuvent souvent reposer sur des fondements juridiquement discutables. Ce taux d'annulation témoigne de ce que le contrôle, même atténué, suffit à infléchir des pratiques administratives potentiellement illégales, voire désobéissantes.

Un contrôle non exclusif de l'exigence de proportionnalité de la mesure. À rebours de la prédominance du contrôle restreint, il est des hypothèses où le juge exerce un contrôle maximum, portant alors sur l'adéquation et la proportionnalité de la mesure administrative au regard des faits de l'espèce.

En droit des étrangers, ce contrôle est principalement mobilisé lorsqu'est en cause une atteinte potentielle aux droits fondamentaux garantis par la CESDHLF, au premier rang desquels le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), ainsi que l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3). Comme le souligne Cécile Barrois de Sarigny, maître des requêtes au Conseil d'État, « *le Conseil d'État est régulièrement conduit à dépasser le cadre du contrôle abstrait de conventionnalité des lois pour vérifier si la mise en œuvre de celles-ci s'avère, in concreto, conforme ou non aux exigences [...] de la Convention* »⁵³⁷; notamment en matière d'arrêtés d'expulsion, de refus de titre de séjour⁵³⁸, de refus de délivrance d'un visa⁵³⁹ et d'arrêté de reconduite à la frontière⁵⁴⁰. En somme, l'europeanisation du contentieux des étrangers a fortement réduit la marge de manœuvre des administrations, en favorisant l'émergence d'un contrôle de proportionnalité des mesures qu'elles prennent, même lorsqu'elles relèvent de compétences éminemment régaliennes.

Mais on constate qu'en dépit de ces avancées, qui devraient théoriquement permettre une véritable sortie de vigueur de ces actes, voire en freiner l'entrée en vigueur par effet dissuasif, les actes désobéissants persistent. Cela tient au fait que le contrôle, par nature ponctuel et réactif, ne saurait jamais être pleinement complet et efficace (2).

2. ***Un essor limité par la politisation de la question migratoire***

Le déclin des actes de gouvernement en matière migratoire. La dimension politique, voire polémique, de la question migratoire est manifeste, comme l'ont montré les développements précédents. Elle explique qu'à l'origine, l'administration ait géré l'immigration à l'abri du contrôle juridictionnel, le juge refusant d'intervenir en qualifiant ces décisions d'actes de gouvernement.

⁵³⁶ Ministère de l'intérieur, *Les étrangers en France. Rapport au Parlement sur les données de l'année 2018*, 2019.

⁵³⁷ C. BARROIS DE SARIGNY, « Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif », *Revue justice actualités*, 2020, n° 4, pp. 26-29.

⁵³⁸ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim*, n° 12313/86 ; CE, 10 avril 1992, *Aykan*, n° 120573, *Lebon* p. 154.

⁵³⁹ CE, 17 décembre 1997, *Prefet de l'Isère c/ Arfaoui*, n° 171201.

⁵⁴⁰ CE, 7 avril 2006, *Prefet du Val d'Oise c/ Mme A...*, n° 274713, *Lebon* T. p. 686, 896, 900 et 901.

L'acte de gouvernement se définit comme celui qui échappe à tout contrôle juridictionnel, en raison de sa nature. Il s'agit soit d'actes intervenant dans les relations entre pouvoirs publics constitutionnels⁵⁴¹, soit d'actes relatifs aux rapports de l'État avec les organisations internationales ou les États étrangers⁵⁴². Depuis 1865⁵⁴³, le mobile politique de l'acte ne permet plus d'en déduire la qualité d'acte de gouvernement. En conséquence, le champ de ces actes s'est considérablement restreint, et nombre de mesures prises en droit des étrangers n'en relèvent plus. Par exemple, le recours pour excès de pouvoir a été admis en 1937⁵⁴⁴ en matière d'extraditions, bien qu'elles concernent, en principe, les relations extérieures de l'État ; il a également été admis en matière d'expulsion, lorsque l'urgence absolue permet de se soustraire de l'avis de la commission d'expulsion⁵⁴⁵.

Toutefois, en dépit de l'incontestable restriction de sa définition⁵⁴⁶, l'acte de gouvernement, y compris en droit des étrangers, n'a pas disparu. Par exemple, l'interdiction faite aux présidents d'université et aux directeurs d'établissement d'enseignement supérieur d'inscrire des étudiants irakiens a été rattachée à cette notion⁵⁴⁷. Une telle qualification n'allait pourtant pas de soi : elle avait d'ailleurs fait l'objet d'une opinion contraire dans les conclusions du commissaire du gouvernement. Elle doit sans doute s'interpréter comme une volonté du juge de ne pas s'immiscer dans un domaine politiquement sensible, alors même que l'illégalité de cette circulaire ne semblait guère faire de doute⁵⁴⁸.

L'auto-limitation persistante du juge. Outre ces deux exemples isolés, le juge accepte de manière presque systématique sa compétence. Toutefois, le maintien de la qualification d'acte de gouvernement mérite d'être souligné, car il révèle, en creux, deux paramètres essentiels du contrôle de légalité en droit des étrangers, susceptibles d'en fragiliser la portée.

D'abord, si elle demeure dans ce contentieux, cela signifie qu'une partie, certes très relative, des actes pris en la matière échappe à tout contrôle. Partant, il est possible que certains actes, qualifiés d'acte de gouvernement, ne soient pas conformes à des normes supérieures, mais l'immunité dont ils bénéficient empêche tout contrôle juridictionnel.

⁵⁴¹ P. ex., le refus de déposer un projet de loi (CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, n° 68938, *Lebon* p. 607), ou de prendre un décret de promulgation (CE, 3 novembre 1933, *Desrumaux*, n° 25040).

⁵⁴² Par exemple, la conduite des négociations préalables à l'adoption d'un traité ou d'un acte dérivé ne relève pas de la compétence du juge administratif (CE, ass., 18 décembre 1992, *M. Mhamedi*, n° 120461, *Lebon* p. 446).

⁵⁴³ CE, 14 août 1865, *Courrier du dimanche* ; confirmé par CE 19 février 1875, *Prince Napoléon*, concl. David, *Lebon* p. 155, GAJA.

⁵⁴⁴ CE, 28 mai 1937, *Decerf*, n° 54631, *Lebon* p. 534.

⁵⁴⁵ CE, 16 janvier 1970, *Mihoubi*, n° 68919, *Lebon* p. 25.

⁵⁴⁶ V. en ce sens : M. VIRALLY, « L'introuvable « acte de gouvernement » », *RDP*, 1952, p. 317 à 358.

⁵⁴⁷ CE, 23 septembre 1992, *Gisti et MRAP*, n° 120437 et 120737, *Lebon* p. 346, *AJDA*, 1992.

⁵⁴⁸ V. en ce sens, D. LOCHAK, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in, *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 11.

Ensuite, le fait que cette discipline ait été initialement soustraite à tout contrôle juridictionnel montre, une fois de plus, sa dimension politique, et par conséquent, celle du contentieux des étrangers. En effet, si le Conseil d'État refuse désormais de définir l'acte de gouvernement comme celui de nature politique, sa dimension politique ne semble pour autant faire aucun doute. Il s'agirait avant tout pour le juge de « *laisser une marge importante de manière pour un certain type de décisions "politiques"* »⁵⁴⁹, et de ne pas s'immiscer dans des décisions touchant aux intérêts supérieurs de l'État⁵⁵⁰. Or, comme cela a déjà été évoqué, le lien qui unit immigration et intérêt supérieur de l'État, ou, plus familièrement, raison d'État⁵⁵¹, est très fort. Il irrigue la discipline. Dans ce cadre, même en acceptant de qualifier d'actes administratifs les mesures prises en droit des étrangers, il semble possible d'affirmer que l'intensité du contrôle exercé par le juge reste affectée par cet héritage juridictionnel. Comme l'affirme Danièle Lochak, dont les propos résument parfaitement bien la problématique : « *dans un contexte globalement défavorable aux immigrés, le juge ne peut à lui seul contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique, à défaut de recueillir le soutien unanime de l'opinion publique* »⁵⁵².

Il semble alors difficile de soutenir que le contrôle exercé dans ce domaine soit de même intensité que dans d'autres contentieux. Le contrôle de légalité interne, bien qu'existant, ne semble pas parvenir à éradiquer complètement les actes désobéissants. La critique potentielle peut en effet amener le juge à se limiter lui-même dans son action. Cela conduit d'ailleurs certains auteurs à considérer comme artificielle l'intensification du contrôle juridictionnel en la matière⁵⁵³.

En conséquence, ce contrôle reste insuffisamment dissuasif pour prévenir l'apparition de nouveaux actes ; d'autant qu'il occulte le plus souvent leur dimension volontaire. Ce constat se vérifie d'autant plus que l'exécution partielle des décisions du juge des étrangers ouvre parfois la voie à une nouvelle forme de désobéissance, dite post-juridictionnelle (II).

II. L'efficacité de la censure limitée par la désobéissance post-juridictionnelle

Le contrôle juridictionnel ne saurait être pertinent pour résorber ces actes que dans la mesure où ses conséquences se concrétisent véritablement, et acquièrent dès lors une fonction dissuasive. Or, si le juge utilise

⁵⁴⁹ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 411.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ Pour le lien opéré entre raison d'État et acte de gouvernement, voir A. GROS, *Survivance de la raison d'État*, H. BERTHÉLEMY (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris, Dalloz, 1932, p. 391.

⁵⁵² LOCHAK. D, « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », op. cit., p. 63.

⁵⁵³ J.-C. BONICHOT, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », op. cit., p. 696.

très volontairement son pouvoir d'injonction (**A**), leurs exécutions demeurent encore tributaires de la bonne volonté des administrations, ce qui favorise alors l'émergence d'un nouvel acte désobéissant, post-contentieux (**B**).

A. De l'usage systématique du pouvoir d'injonction par le juge des étrangers

L'usage par le juge de ces facultés d'injonction s'avère, en droit des étrangers, significatif. Un tel volontarisme permet alors de s'assurer de ce que, postérieurement à une première censure, l'administration édicte un acte légal. Bien qu'en procédure normale, les injonctions ne permettent pas toujours d'éliminer complètement les désobéissances, laissant encore une certaine marge de liberté à l'administration (**1**), le juge des référés, quant à lui, s'est pleinement emparé de cet instrument (**2**).

1. Un usage encore modéré du pouvoir d'injonction en procédure normale

Conformément aux articles L. 911-1, L. 911-2 et L. 911-3 du CJA⁵⁵⁴, le juge peut prescrire à toute personne morale de droit public de prendre une mesure d'exécution, dans un sens qu'il détermine ou non, en l'assortissant au besoin d'un délai d'exécution, voire d'une astreinte.

De l'utilisation systématique du pouvoir d'injonction. L'acquisition de ce pouvoir fut particulièrement ardue pour le juge, car il a fallu attendre quelque temps après l'adoption de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 lui confiant de tels pouvoirs pour qu'il s'en saisisse. En effet, dans certaines décisions postérieures à l'entrée en vigueur de la loi, le juge refusait encore d'enjoindre à l'administration de délivrer un titre de séjour, estimant qu'il « *n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration* »⁵⁵⁵. Toutefois, cette réticence est aujourd'hui largement surmontée. Le juge s'est progressivement approprié cet outil, « *au point de devenir quasi systématique dans certains contentieux comme ceux des étrangers [...]* »⁵⁵⁶. De plus, la nouvelle possibilité pour le juge de prononcer d'office des injonctions⁵⁵⁷, sans qu'il soit nécessaire que l'étranger en fasse la demande, semble être fréquemment utilisée. En effet, six années après son introduction, le juge utilise cette faculté de manière significative, au point qu'elle est devenue « *presque systématiquement* »⁵⁵⁸ mobilisée, spécifiquement dans le contentieux des étrangers. Un tel usage est particulièrement pertinent en matière de

⁵⁵⁴ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁵⁵⁵ CE, 6 novembre 2000, *Kanoute*, n° 220825, *Lebon* p. 489.

⁵⁵⁶ J.-M. SAUVÉ, *L'injonction – la loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique*, 5 septembre 2014, site du Conseil d'Etat.

⁵⁵⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.

⁵⁵⁸ P. TROUILLY, « L'exécution des décisions du juge administratif : état des lieux et évolutions récentes », *L'exécution des décisions du juge administratif*, 2020, p. 4.

désobéissance, car il permet de préserver l'étranger de sa propre impuissance et apporte alors une réponse juridictionnelle appropriée aux spécificités de la matière.

Enfin, en dépit du caractère discrétionnaire attaché au droit des étrangers, le juge a parfois exercé son pouvoir d'injonction dans un sens particulièrement contraignant pour l'administration, en la plaçant en situation de « *compétence liée post-juridictionnelle* »⁵⁵⁹. Cela se produit lorsque le juge utilise sa faculté d'enjoindre à l'administration de prendre une décision dans un sens déterminé⁵⁶⁰, privant ainsi, le cas échéant, l'administration de son espace de liberté décisionnelle. Cette situation est particulièrement fréquente en matière de titre de séjour mention vie privée et familiale⁵⁶¹. En effet, lorsqu'un juge annule un refus de délivrance d'un tel titre sur le fondement de l'article 8 de la CESDHLF, il enjoint souvent à l'administration de délivrer ce titre⁵⁶². En créant cette compétence liée post-juridictionnelle, le juge apporte une réponse pleinement adaptée aux désobéissances, en s'assurant, du moins en théorie, d'une obéissance post-contentieuse.

De l'insuffisant contenu des injonctions, propice à l'émergence de nouveaux actes désobéissants.

L'usage systématique du pouvoir d'injonction ne saurait être pertinent que pour autant que son contenu empêche toute illégalité post-juridictionnelle. Or, hormis le cas particulier des atteintes à la vie privée et familiale, « *le juge fait encore un usage trop mesuré du pouvoir d'injonction dont il dispose* »⁵⁶³. En pratique, cela se traduit par de simples injonctions de réexamen, sans que le juge n'indique expressément le type de titre de séjour ou le visa auquel l'intéressé pourrait prétendre. Il en va de même en cas d'annulations d'une OQTF ou d'un arrêté de reconduite à la frontière, lesquelles n'ouvrent droit, au mieux, qu'à la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour, limitée à la durée du réexamen⁵⁶⁴. Ce faisant, en règle générale, le contenu de l'injonction prononcée par le juge reflète le caractère discrétionnaire du droit qu'il applique, il est le « *miroir strict des obligations qui pèsent sur l'administration* »⁵⁶⁵.

Par ailleurs, il semble que l'injonction de prendre une décision dans un sens déterminé soit encore d'un usage trop modeste, même lorsque l'étranger a le droit à un titre de séjour. En effet, cette injonction, si elle est parfois prononcée par le juge, fait souvent défaut, ce qui laisse à l'autorité une marge de liberté administrative qu'elle ne devrait pas avoir⁵⁶⁶. C'est d'ailleurs constatant cette dynamique que le Conseil d'État invite le juge

⁵⁵⁹ M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 5^e Éd., 2019, p. 499.

⁵⁶⁰ CJA, art. L. 911-1.

⁵⁶¹ CESEDA, art. L. 423-1 et L. 423-23.

⁵⁶² V. en ce sens, CE avis, 30 novembre 1998, *Berrad*, n° 188350 ; CAA de Lyon, 11 février 2010, Mme T. c/ Préfet de l'Ardèche, n° 08LY02447.

⁵⁶³ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁶⁴ CE, 22 février 2002, *Dieng*, n° 224496, *Lebon* p. 54.

⁵⁶⁵ P. TROUILLY, « L'exécution des décisions du juge administratif : état des lieux et évolutions récentes », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁶ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, *op. cit.*, p. 47.

d' « user pleinement des moyens à disposition » afin de « rendre ses décisions plus effectives »⁵⁶⁷; car en se limitant à enjoindre de réexaminer le dossier, le juge ne corrige que partiellement la première illégalité, dans la mesure où rien ne permet de garantir que l'administration agira légalement dans la décision subséquente. En d'autres termes, ce contenu limité de l'injonction laisse le champ libre à une désobéissance post-juridictionnelle.

Cette réserve trouve sans doute son explication dans le refus du juge d'empiéter sur les pouvoirs discrétionnaires des services des étrangers. À cet égard, le refus de basculer en plein contentieux, en la matière, s'avère significatif. En effet, l'office du juge de pleine juridiction lui permettrait de délivrer directement un titre de séjour auquel l'étranger doit pouvoir prétendre. Pour autant, le juge refuse encore de faire usage de nouveaux pouvoirs, estimant « qu'il ne lui appartient pas de se substituer [...] dans l'exercice de cette mission éminemment régaliennes »⁵⁶⁸. Sur ce dernier point, le Sénat expliquait néanmoins en 2022 que le basculement en plein contentieux pourrait avoir pour effet de « déresponsabiliser l'administration quant au respect de la règle de droit, ce qui, au regard du grand nombre de décisions prises chaque année, paraît là aussi peu opportun »⁵⁶⁹. En toute hypothèse, il demeure impossible de mesurer avec certitude les effets qu'un passage au plein contentieux pourrait avoir sur la propension des administrations à désobéir. Il reste néanmoins permis d'affirmer qu'à ce jour, l'office du juge de l'excès de pouvoir, compte tenu de l'actualité des désobéissances, n'a pas permis une responsabilisation des administrations de nature à en éviter les occurrences.

En définitive, en se bornant à enjoindre à l'administration de réexaminer la demande de l'étranger, le juge conforte la nature discrétionnaire des pouvoirs des autorités, lesquelles sont investies d'un nouvel espace de liberté post-juridictionnel. Ce pouvoir semble alors insuffisant pour empêcher l'entrée en vigueur d'un nouvel acte désobéissant.

2. *Un usage plus satisfaisant du pouvoir d'injonction en procédure d'urgence*

Les injonctions en référé liberté et les désobéissances ponctuelles manifestes. La recevabilité du référé liberté, régi par l'article L. 521-2 du CJA, est tributaire de conditions strictes, de nature à en restreindre l'accès. Ainsi, le référé liberté, malgré la notoriété qu'il a acquise depuis sa création⁵⁷⁰, reste un référé difficile d'accès⁵⁷¹. Pour autant, lorsque celui-ci est recevable, il permet au juge de prononcer des injonctions, selon un

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ Sénat, Rapport d'information n° 626, *Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité*, 10 mai 2022, p. 68.

⁵⁶⁹ Sénat, Rapport d'information n° 626, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁷⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

⁵⁷¹ Si un refus de délivrance de visa constitue une situation d'urgence au sens du référé suspension, la condition est souvent invalide en référé liberté (CE, 16 septembre 2005, n° 285078). De même ce refus ne semble constituer une atteinte grave et manifestement liberté fondamentale au sens du CJA (CE, 3 mars 2004, X., n° 265056 et n° 265055).

vaste office, puisqu'il peut prononcer « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* »⁵⁷². Ainsi, malgré les limites inhérentes au caractère provisoire du référé liberté, qui se répercute inévitablement sur la nature des injonctions⁵⁷³ pouvant être prises par le juge, Gwénaël Le Dù constate que « *le juge du référé liberté apparaît comme un défenseur efficace des droits et libertés fondamentaux des étrangers* »⁵⁷⁴. Ce volontarisme permet, dès lors, de s'assurer de ce que, en l'espace de quarante-huit heures, l'administration mette fin à un acte illégal qu'elle aurait sciemment adopté. En d'autres termes, ce pouvoir d'injonction permet d'assurer l'obéissance de la règle de droit dans un court délai.

Par ailleurs, face à l'inexécution de certaines décisions de justice contenant des injonctions, un nouveau contentieux s'est développé en référé liberté : celui de la demande d'exécution. En effet, l'engagement de la procédure d'exécution ne peut se faire qu'à l'issue d'un délai de trois mois⁵⁷⁵, lequel se marie mal avec l'urgence caractéristique du référé. Prenant acte de cette inadaptation et de la résistance des administrations à exécuter les décisions de justice, le juge des référés a reconnu sa compétence pour ce type de requête⁵⁷⁶, ce qui permet alors de s'assurer de l'obéissance post-juridictionnelle à court terme.

Le référé suspension. Dans la mesure où la désobéissance résulte, notamment, d'actes positifs de l'administration, le référé-suspension et son injonction principale revêtent une pertinence particulière. Conformément à l'article L. 521-1 du CJA, il permet de suspendre l'exécution d'un acte, offrant ainsi une réponse juridictionnelle immédiate aux actes désobéissants. C'est dans ce contexte que le Gisti, dans son guide *Utiliser le référé administratif pour la défense des étrangers*, souligne que cette procédure peut être mobilisée contre la quasi-totalité des décisions prises par les services des étrangers.

Le juge des référés fait preuve d'un contrôle étendu, parfois audacieux, sur les décisions contestées devant lui, facilité par l'acception large de la condition d'urgence. Cette condition est en effet assez aisément remplie, grâce à de nombreuses présomptions établies par le juge. Tel est le cas s'agissant du refus de renouvellement d'un titre de séjour⁵⁷⁷, d'un arrêté d'expulsion⁵⁷⁸ ou d'une décision portant retrait d'un titre de

⁵⁷² CJA, art. L. 521-1.

⁵⁷³ CE, ordonnance, 10 avril 2001, *Merzouk*, n° 232308, *Lebon* T. 1134.

⁵⁷⁴ G. LE DÙ, *La Protection des étrangers par le référé-liberté*, B. SEILLER (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 2019, Résumé.

⁵⁷⁵ CJA, art. L. 921-1-1.

⁵⁷⁶ V. en ce sens, M. LE BARBIER, « Actes – Les enjeux actuels » in *60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, coll. du Conseil d'État, 2023, p. 110.

⁵⁷⁷ CE, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme Ameur*, n° 229773, *Lebon* p. 123. En ce sens, le tribunal administratif ne peut régulièrement faire peser la charge de la preuve de l'urgence sur le requérant, CE, 29 juillet 2002, *Tursucu*, n° 243892.

⁵⁷⁸ CE, 26 septembre 2001, *Ministre de l'intérieur c/ M. Abd Nasser Mesbahi*, n° 231204, *Lebon* p. 428. Par ailleurs, l'administration ne peut renverser la présomption qu'à la condition d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles (CE, 1er octobre 2001, n° 234918).

séjour. Sur ce dernier cas, la saisine du juge est fréquente et permet de faire obstacle, à court terme, à une pratique illégale consistant à retirer le titre de séjour de l'étranger, sur un motif non contenu dans le CESEDA⁵⁷⁹.

Néanmoins, à nouveau, le pouvoir du juge est limité par l'obligation d'ordonner des mesures de nature seulement provisoire, la suspension ne pouvant avoir un effet équivalent à une annulation juridictionnelle. Ainsi, s'il est possible de demander la suspension d'un refus de titre de séjour, l'étranger ne peut demander au juge d'enjoindre à l'administration de délivrer ce titre ni même un visa⁵⁸⁰. Au mieux, tout comme en procédure normale, le juge peut enjoindre à l'administration de réexaminer la demande de l'étranger. Notons tout de même le volontarisme du juge des référés qui, contrairement en procédure normale, s'efforce tout de même d'orienter ledit réexamen, dans la mesure où il enjoint de réexaminer « *en tenant compte des motifs retenus pour fonder la suspension de la décision critiquée* »⁵⁸¹.

Les injonctions en référé mesures utiles et les dysfonctionnements structurels. Les injonctions que peut prononcer le juge dans ce référé sont, conformément aux dispositions de l'article L. 521-3 du CJA, assez limitées, ce dernier ne pouvant ordonner la suspension de la décision litigieuse. C'est à ce titre que ce référé fait l'objet de critiques, parfois qualifié de « *parent pauvre* »⁵⁸² des procédures d'urgence. Il est, à cet égard, notable que dans le guide du Gisti, intitulé *Utiliser le référé administratif pour la défense des étrangers*, ce référé ne soit jamais évoqué.

Pour autant, loin des critiques, les injonctions prononcées en référé mesures-utiles sont sans doute celles qui paraissent les plus pertinentes en matière de désobéissances prenant appui sur des dysfonctionnements structurels. Par exemple, face à l'impossibilité pour les étrangers d'obtenir un rendez-vous en préfecture afin qu'elles leur adressent un récépissé de demande de séjour, le référé mesures-utiles a été massivement mobilisé. En effet, dès lors qu'il ne s'agit pas de suspendre une décision, mais d'ordonner un comportement positif, fixer une date de rendez-vous, ce référé retrouve toute sa portée. L'exemple du tribunal administratif de Montreuil est, à cet égard, éclairant : sur les 3 051 référés portés devant lui, en droit des étrangers, 2 030 étaient des référés mesures-utiles⁵⁸³. Le juge n'hésite d'ailleurs pas à prononcer ces injonctions, malgré les difficultés structurelles

⁵⁷⁹ Sur le doute sérieux quant à la légalité de cette décision, TA de Montpellier, 23 septembre 2003, n° 033746.

⁵⁸⁰ CE, 23 novembre 2004, n° 274368 ; CE, 25 octobre 2004, ZX, n° 273436. Notons que, depuis le 1er décembre 2000, l'étranger qui entend contester une décision de refus de visa d'entrée en France prise par une autorité diplomatique ou consulaire doit obligatoirement saisir la commission de recours contre les refus de visa, préalablement à tout recours contentieux.

⁵⁸¹ V. p. ex. : CE, 6 juillet 2005, n° 281773.

⁵⁸² D. CHAUVAUX, « Les pouvoirs du juge des référés au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative », concl. sur CE, 18 juillet 2006, *Mme Elisondo-Labat*, n° 283474, RFDA, 2007, p. 314.

⁵⁸³ Sénat, Rapport d'information n° 626, *Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité*, op. cit., p. 38.

que les préfectures rencontrent ; allant jusqu'à endosser le rôle d'un véritable « *secrétariat de préfecture, chargé de gérer les plannings de rendez-vous* »⁵⁸⁴.

En définitive, si le pouvoir d'injonction constitue théoriquement une réponse pertinente de nature à empêcher l'entrée en vigueur post-juridictionnelle d'un acte désobéissant, il se heurte à certaines limites qui le fragilisent. C'est surtout la volonté du juge de maintenir la discrétionnarité des pouvoirs administratifs, à travers la timide injonction de réexamen, qui ne permet pas de garantir une obéissance future. Mais même l'injonction qui place l'agent en situation de compétence liée post-juridictionnelle ne garantit pas nécessairement cette obéissance, car il faut encore que l'injonction soit effectivement exécutée (**B**).

B. La fréquence de la désobéissance post-juridictionnelle : l'inexécution des décisions de justice

Prononcer des injonctions demeure sans incidence sur la propension des agents à désobéir, si celles-ci ne font l'objet d'aucune exécution. Or, particulièrement en droit des étrangers, l'exécution des injonctions semble seulement partielle, face à l'impuissance (**1**) et à la mauvaise volonté des administrations (**2**) qui, après une première illégalité, se livrent à une seconde, volontaire, dirigée cette fois contre la décision juridictionnelle elle-même.

I. La faible efficacité de l'injonction face à l'impuissance de moyen de l'administration

La prédominance du contentieux des étrangers en matière d'inexécution. Le défaut d'exécution des décisions du juge n'est, en toute hypothèse, pas propre au contentieux des étrangers⁵⁸⁵. Toutefois, c'est dans ce domaine qu'il se manifeste avec le plus d'acuité. Ainsi, au tribunal administratif de Nice, il est constaté que « *le contentieux des étrangers est de loin très majoritaire parmi les demandes d'exécution puisqu'il représente environ 90 % du total des nouvelles demandes. Il en va de même s'agissant des dossiers basculant en procédure juridictionnelle, 82 % des ordonnances ouvrant la procédure juridictionnelle étant prises dans ce contentieux* »⁵⁸⁶. Pour rappel, la demande d'exécution est divisée en deux phases. D'une part, la phase administrative, consistant en un temps dialogique entre le Président de la juridiction et l'administration⁵⁸⁷ ; d'autre part, la phase judiciaire, dans le cas d'une inexécution persistante, laquelle peut aboutir à une nouvelle injonction juridictionnelle,

⁵⁸⁴ Sénat, Rapport d'information n° 626, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸⁵ P. TROUILLY, « L'exécution des décisions du juge administratif : état des lieux et évolutions récentes », *op. cit.*, p. 2.

⁵⁸⁶ CE, Rapport public 2024, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2023*, p. 153.

⁵⁸⁷ CJA, art. R. 921-5.

assortie d'une astreinte⁵⁸⁸. La prédominance du contentieux des étrangers dans la première, mais surtout dans la seconde phase, témoigne de ce que l'inexécution persiste fréquemment sur le long terme en matière migratoire.

Inexécution et manque de moyens. Les juridictions attribuent souvent cette inexécution à une insuffisance des moyens des administrations. Ainsi, comme le déplore Muriel Le Barbier, Vice-présidente du tribunal administratif de Nantes, elle est « *le plus souvent involontaire et liée à l'insuffisance, ou à l'inadaptation des moyens humains et matériels dont dispose l'administration* »⁵⁸⁹. Il ne saurait alors être question de désobéissance. Cela signifie que la réponse juridictionnelle, pourvu qu'elle soit théoriquement pertinente, est en pratique inadaptée aux illégalités structurelles de l'administration, car le juge ne semble pouvoir forcer au respect de la règle de droit si elle n'en a pas les moyens. Dans cette mesure, malgré le grand nombre d'injonctions de fixer un rendez-vous, « *les décisions du tribunal [...] singulièrement des référés mesures-utiles, font rarement l'objet d'une exécution spontanée de la part des services préfectoraux* »⁵⁹⁰. C'est probablement la raison pour laquelle, dans un avis publié en 2020, le Conseil d'État indique que le juge des référés ne peut enjoindre au préfet de fixer un rendez-vous en préfectures qu'en tenant compte « *des capacités de traitement de la préfecture concernée* »⁵⁹¹.

La construction politique de l'impuissance structurelle. Prenant acte de cette difficulté, le Conseil d'État a ainsi indiqué en 2017 que le juge du référé ne peut enjoindre à l'administration de prendre une « “mesure d'ordre structurel”, reposant sur des choix de politique publique ne pouvant être révisés à très bref délai »⁵⁹². Se hisse ici alors un second aspect de l'inexécution pour impuissance de moyen, qui a déjà été démontré en première partie : son aspect intentionnel. En effet, si l'impuissance empêche, à court terme, d'exécuter la décision, indépendamment de la volonté de l'administration ; il demeure un aspect intentionnel, politique d'après le Conseil d'État, car il serait possible de résorber cette impuissance par la mise en œuvre d'une politique publique allant en ce sens. Dans cette mesure, la désobéissance à la décision de justice, lorsqu'elle porte sur un problème d'envergure structurelle, est plus celle des responsables politiques que des agents de préfecture : la persistance des inexécutions relève d'un choix politique de ne pas y mettre fin.

Il résulte de cette situation un constat fort paradoxal : le juge, s'il parvient à corriger certains actes désobéissants, contribue simultanément à en faire émerger de nouveaux. En effet, le jeu juridictionnel lui-même contribue à l'accroissement des normes auxquelles l'administration ne se conforme pas, alimentant ainsi le phénomène qu'il est censé endiguer.

⁵⁸⁸ CJA, art. R. 921-6.

⁵⁸⁹ M. LE BARBIER, « Actes – Les enjeux actuels », *op. cit.*, p. 105.

⁵⁹⁰ CE, Rapport public 2024. *op. cit.*, p. 152.

⁵⁹¹ CE, avis du 1er juillet 2020, *M. et Mme Labassi*, n° 436288, *Lebon* p. 271,

⁵⁹² CE, 28 juillet 2017, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 410677, *Lebon* p. 285.

Néanmoins, il est des cas où l'inexécution de la décision de justice est tout à fait indépendante de l'impuissance de moyens elle résulte dès lors d'une mauvaise volonté des agents publics, c'est-à-dire d'une nouvelle désobéissance (2).

2. *La faible efficacité de l'injonction face à la mauvaise volonté de l'administration*

Le refus volontaire d'exécution. Lorsque la désobéissance initiale ne tirait son origine ni de l'impuissance de moyens, ni de l'inaccessibilité du droit, le refus d'exécution semble encore plus imputable à une volonté propre de l'agent, car il ne saurait opportunément invoquer l'un ou l'autre de ces fondements. Le juge fait alors face à un véritable mur administratif, car « *l'injonction [...] ne peut rien, en elle-même, contre une administration véritablement récalcitrante* »⁵⁹³.

Ce mur administratif, semble-t-il, se hisse surtout en contentieux des étrangers qui concentre, comme évoqué précédemment, le plus grand nombre de procédures d'exécution. Dès lors, malgré la censure juridictionnelle, la désobéissance se poursuit postérieurement à celle-ci, en faisant naître une seconde, à la décision de justice. Ce qui semble pouvoir signifier que la sortie de vigueur de l'acte désobéissant ne saurait être pleinement assurée par le juge, qui au contraire, provoque malgré lui son entrée en vigueur. Cela témoigne du fait que le respect effectif de la règle de droit demeure, en dernière analyse, inévitablement tributaire d'une volonté obéissante des services des étrangers.

Quelles solutions à la résistance ? Pour dissuader les administrations de désobéir à la décision de justice, Françoise Sichler-Ghestin, conseillère d'État, propose d'engager la responsabilité personnelle des agents publics « *coupables de résistance abusive à l'exécution des décisions de justice puisque puisque l'on sait que les cas d'inexécution sont plus le fait de personnes identifiées ou identifiables que de services* »⁵⁹⁴. Cette solution, théoriquement tout à fait pertinente, semble en pratique limitée, car il existe déjà des mécanismes légaux censés sanctionner l'agent récalcitrant. Outre la possibilité de révoquer le maire en cas de persistance dans l'illégalité⁵⁹⁵, cela de manière strictement exceptionnelle, il est en effet possible de sanctionner pénalement l'agent dans le cas où il prend des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi⁵⁹⁶. Toutefois, on constate que ces sanctions ne permettent manifestement pas de dissuader les agents, puisque les désobéissances sont encore bien actuelles.

La deuxième possibilité réside dans l'amélioration de la rédaction des décisions de justice, car, comme il a pu être avancé, « *certaines demandes d'exécution se nourrissent plus de l'incompréhension des arcanes de la*

⁵⁹³ J.-F. LAFAYX, « L'injonction au principal : une simplification de l'exécution ? », *Civitas Europa*, 2017, n° 39, pp. 109-128.

⁵⁹⁴ F. SICHLER-GHESTIN,, « Avant-Propos », in, *L'exécution des décisions du juge administratif*, 2017, p. 11.

⁵⁹⁵ CGCT, art. L. 2122-16.

⁵⁹⁶ Code pénal, art. 432-1.

*juridiction administrative et de son langage que d'un véritable défaut de la puissance publique »*⁵⁹⁷. Ainsi, procéder à une clarification des décisions, par un langage structuré et épuré, serait de nature à résorber la propension des agents à inexécuter les injonctions. Mais cette incompréhension paraît relever, une fois encore, moins d'une incapacité réelle à comprendre la décision que d'une intention de ne pas la comprendre. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'existence d'une période dialogique entre la juridiction et l'administration, dont la réalisation permet justement de clarifier ce qui est exigé de l'administration. Surtout, cette intention de ne pas vouloir comprendre est constatée par les présidents de juridiction eux-mêmes, à l'instar du Président de la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui, déplorant que « *cela arrive* » que l'administration soit « *volontairement non conciliante* », constate que « *d'aucunes ont une certaine propension à ne pas vouloir comprendre comment une décision juridictionnelle doit être appliquée* »⁵⁹⁸.

Dès lors, le juge peut élargir son office et approfondir son contrôle autant qu'il le souhaite, son efficacité reste cependant tributaire de la volonté de l'administration de se conformer aux décisions rendues. Or, en la matière, le constat est celui d'une administration parfois récalcitrante, pour des raisons extra-juridiques difficilement identifiables. Agissant comme de véritables « *victoires volées* »⁵⁹⁹, ces inexécutions font du juge une réponse partiellement adaptée à la désobéissance. Elles contribuent à affaiblir son autorité, en projetant l'image d'un pouvoir juridictionnel impuissant face à une administration qui persiste à investir politiquement le droit.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Ce chapitre était destiné, originellement, à voir dans quelle mesure l'acte désobéissant, en tant qu'il s'épanouit contre le droit positif, peut *sortir de vigueur* ; laquelle sortie doit nécessairement se faire le plus rapidement possible pour éviter que l'acte produise des effets juridiques. Mais on comprend finalement que, malgré l'efficacité ponctuelle de certaines réponses — comme l'action associative ou le contrôle juridictionnel,

⁵⁹⁷ A. DENIZOT, « Les difficultés d'exécution pour le juge administratif », *Civitas Europa*, 2017, n° 39, pp. 87-97.

⁵⁹⁸ L. DEREPAS, in *60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁹⁹ N. FERRE, « Victoires volées », *op. cit.*, p. 236.

qui reste un contrepoids non négligeable — ces mécanismes demeurent globalement insuffisants face à la volonté de transgresser la norme. Cette insuffisance contribue alors, plus qu'à éradiquer ces actes, à en favoriser l'émergence.

D'une part, l'absence d'une réponse institutionnelle véritablement satisfaisante alimente les causes structurelles de ces comportements. D'autre part, tant la prudence juridictionnelle que le mur que l'agent peut hisser entre lui, l'étranger et le juge font du contrôle juridictionnel un contrôle insuffisamment dissuasif. Car il arrive bien souvent que « *l'absence d'exécution ne trouve pas son origine dans des difficultés particulières de compréhension ou de mise en œuvre pratique...* »⁶⁰⁰.

La fonction du juge se trouverait alors peut-être plus dans le symbole auquel renvoie une décision tendant à l'annulation de l'acte, lequel symbole est néanmoins largement euphémisé par la mobilisation de moyens neutralisant la responsabilité des agents.

Puisque la disparition de ces actes s'avère difficilement atteignable, il faut alors comprendre quels sont précisément leurs effets juridiques (**Chapitre II**).

⁶⁰⁰ CE, Rapport public 2024. *op. cit.*, p. 152.

Chapitre II. Les effets juridiques de la désobéissance administrative

L'impossibilité d'annihiler totalement les actes désobéissants impose dès lors d'en mesurer les effets. Durant son existence juridique, l'acte emporte avec lui des conséquences significatives, largement saisissantes, qui confirment notre idée selon laquelle la désobéissance, en son sens administratif, se distingue largement par ses finalités.

La déclinaison civile de la désobéissance l'érige en instrument au service d'une norme jugée moralement supérieure. C'est dans cette mesure que sa déclinaison administrative est, en premier lieu, une faculté que l'agent

utilise pour défendre les droits et intérêts des étrangers (**Section 1**) ; c'est-à-dire aux fins d'améliorer leur situation matérielle sur le territoire.

Toutefois, à plus forte raison, la désobéissance, dans son acception administrative, est surtout un moyen pour l'agent de faire un but dévoyé. Ainsi portée par des convictions personnelles, le plus souvent fortement imprégnées d'une logique sécuritaire et souveraine inhérente à la question migratoire, elle devient alors une faculté, que l'agent s'octroie, au mépris des droits des étrangers et, *in fine*, au mépris du Droit lui-même (**Section 2**).

Section 1. La désobéissance administrative au service des droits des étrangers

Tout d'abord, la désobéissance est un moyen pour l'agent de protéger l'étranger de l'application d'une norme qu'il juge injuste. Ainsi se dévoile la première facette de la désobéissance et sa première conséquence : elle est avant tout celle d'un agent, qui, bien que distinct du gouverné par son statut, est avant tout un être autonome, capable de désobéissance civile.

Si la désobéissance à visée réformatrice du droit des étrangers, c'est-à-dire destinée à améliorer la qualité du droit, n'est qu'un levier faible, voire contre-productif, d'amélioration de leur situation (**I**), la désobéissance à visée préservatrice, visant à protéger ponctuellement l'étranger contre l'application d'une règle, apparaît, en revanche, comme un outil bien plus opérant (**II**).

I. De l'utilité marginale, voire contre-productive, de la désobéissance administrative à visée réformatrice

Classiquement conçue comme un moyen d'« *amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement* »⁶⁰¹, la désobéissance est avant tout un instrument à visée réformatrice. Cette conception trouve un certain écho en droit des étrangers. Ainsi, si de telles désobéissances demeurent, en pratique, assez rares (**A**), ce sont surtout leurs conséquences qui font de leur portée réformatrice une portée illusoire, voire contre-productive (**B**).

⁶⁰¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, *op. cit.*, p. 405.

A. La désobéissance administrative à des fins revendicatives, une hypothèse rare

Tirant profit de la portée médiatique qu'une telle prise de position peut susciter, les administrations assortissent parfois leur désobéissance de revendications. L'objectif, pour l'agent, est alors qu'elles soient relayées à l'échelon central, seul compétent pour les traduire à travers de véritables réformes. Mais ces cas s'avèrent, en pratique, marginaux. Outre l'épisode bien connu des refus départementaux d'accueillir des mineurs isolés étrangers (1), la riche actualité en droit des étrangers a permis, très récemment, l'annonce d'une future désobéissance départementale et communale (2).

1. *La désobéissance départementale dans l'accueil des mineurs non accompagnés*

La désobéissance des départements dans la prise en charge des mineurs isolés. L'épisode des refus départementaux en matière de prise en charge des mineurs non accompagnés constitue une illustration paradigmatische des cas de désobéissances accomplies en vue de réformer le droit positif dans un sens favorable aux étrangers. À partir de 2011, plusieurs départements ont refusé, par voie d'arrêté, d'accueillir lesdits mineurs, aux fins d'obtenir une augmentation de leurs ressources financières. Loin d'une logique d'exclusion desdits mineurs, ces refus étaient alors un moyen pour les collectivités d'alerter l'État sur les lacunes du système, qui les empêchaient de les accueillir convenablement. Ceux-ci, soucieux de garantir l'intérêt supérieur de ces enfants⁶⁰², ont tenté par cette voie de susciter une réponse positive de l'échelon central. Dès lors, si ces transgressions ont pu, *a fortiori*, précariser certains mineurs, en les plaçant en situation d'extrême vulnérabilité, elles ne sauraient néanmoins être assimilées à une désobéissance hostile aux étrangers.

L'adage selon lequel la fin justifie les moyens trouve ici une résonance particulière : garantir que les mineurs bénéficient d'un accueil convenable sur le long terme justifie un refus ponctuel et revendiqué. Elle les justifie d'autant plus que ces refus ne sont intervenus qu'après que les départements aient essayé, infructueusement, d'alerter les pouvoirs publics par des voies légales.

La modification partielle du droit. Depuis lors, le régime a évolué, du fait de l'intervention commune du pouvoir réglementaire, du législateur et du juge. D'après Anna Reynat, les arrêtés départementaux sont « *très certainement à l'origine de cette évolution* »⁶⁰³, puisque leur écho médiatique a été particulièrement efficace⁶⁰⁴.

⁶⁰² Conformément aux dispositions du premier paragraphe de l'art. trois de la Convention internationale des droits de l'enfant, lequel dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

⁶⁰³ A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 85.

⁶⁰⁴ Notamment l'arrêté du 24 juillet 2013, pris par Jean Arthuis, ayant fait l'objet de plusieurs articles dans les journaux : « *Accueil des mineurs étrangers : Jean Arthuis retire un arrêté polémique* », paru au journal *Le Monde* ; « *Arthuis ferme la porte aux mineurs isolés* », paru au journal *Libération* ; « *Mineurs isolés étrangers : Arthuis reçu à la chancellerie* », paru au journal *BFM TV* ; etc.

Ainsi, prenant acte de l'insuffisance des moyens des départements, le Conseil d'État a reconnu le caractère supplétif de cette compétence. Cela signifie que les autorités titulaires du pouvoir de police administrative générale doivent impérativement prendre en charge tout mineur isolé étranger non accueilli par un département, afin de veiller à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains et dégradants soit garanti⁶⁰⁵. Dans une ordonnance du 27 juin 2016, le Conseil d'État se reconnaît la possibilité d'enjoindre auxdites autorités d'héberger d'urgence un mineur non accompagné, « *dans l'hypothèse où les mesures [...] excéderaient les capacités d'action du département* »⁶⁰⁶. C'est dans ce contexte que, lors du démantèlement de la Lande de Calais, les autorités étatiques ont dû intervenir pour assurer la prise en charge des mineurs isolés, reconnaissant que « *l'importance du nombre de mineurs concernés par le démantèlement de la Lande de Calais dépasse les capacités du département* »⁶⁰⁷.

S'agissant du pouvoir réglementaire, il est finalement venu modifier, par décret du 30 janvier 2019⁶⁰⁸, le régime juridique. Ce décret a notamment permis une augmentation des sommes allouées aux départements, afin d'adapter leur budget à la hausse des flux migratoires⁶⁰⁹. Mais la priorité gouvernementale reste néanmoins celle d'un maintien de la compétence départementale, en incitant les départements à une solidarité interterritoriale par la répartition de l'accueil des mineurs parmi les différents territoires⁶¹⁰. Autrement dit, l'étatisation de la compétence n'est, à ce jour et malgré les revendications, toujours pas envisagée à l'échelon gouvernemental. Or, ce processus ne semble toujours pas permettre une prise en charge systématique de ces mineurs, comme l'a déploré l'Assemblée des Départements de France elle-même, qualifiant cette mesure « *d'utile mais qui ne règle pas tous les problèmes* »⁶¹¹.

Enfin, s'agissant du législateur, une proposition de loi avait d'abord été enregistrée au Sénat en 2013, peu de temps après les premiers arrêtés, laquelle mentionnait le fait que « *l'État ne peut se désintéresser du phénomène*

⁶⁰⁵ V. en ce sens, CE, 27 juillet 2016, *Département du Nord*, n° 400055, Lebon p. 387 ; CE, 8 novembre 2017, *GISTI*, n° 406256.

⁶⁰⁶ CE, 27 juillet 2016, n° 400055, *op. cit.*

⁶⁰⁷ Circulaire n° NOR/JUSD1631761C du 1er novembre 2016, *relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais*, p. 1.

⁶⁰⁸ Décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 *relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes*.

⁶⁰⁹ En ce sens, la circulaire n° JUSF1314192C du 31 mai 2013 a suscité de vives critiques. Le sénateur JEAN ARTHUIS écrivait ainsi qu'elle se « *borne à accorder, pendant un délai extrêmement bref, une contribution financière forfaitaire de l'État à la procédure d'évaluation des MIE, évaluation qu'elle restreint d'ailleurs à la validation de leur minorité et de leur état d'isolement, et à organiser la répartition des MIE pris en charge entre tous les départements* » (texte n° 154 (2013-2014) de M. JEAN ARTHUIS et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 20 novembre 2013).

⁶¹⁰ Cette politique a ainsi été concrétisée par la signature d'un Protocole entre l'État et les départements du 31 mai 2013, *relatif au dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étranger*.

⁶¹¹ Communiqué de presse de l'Assemblée des Départements de France, *Mineurs étrangers isolés, Un protocole ETAT-ADF et une instruction aux procureurs. Des décisions utiles mais qui ne règlent pas tous les problèmes*, 31 mai 2013.

*des mineurs isolés étrangers, qui relève directement de ses compétences régaliennes et appelle un traitement national »*⁶¹². L'idée était alors d'organiser un « *concours des services compétents de l'État* », afin de permettre un partage de compétence et, partant, d'alléger la charge départementale. Par ailleurs, le protocole gouvernemental, tendant à une répartition de la prise en charge des mineurs isolés parmi les différents départements, a finalement reçu une consécration législative avec la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 *relative à la protection de l'enfant*. Mais, comme évoqué ci-dessus, cette mesure n'est jamais qu'une réponse temporaire, ne permettant pas d'apporter une solution pérenne aux dysfonctionnements observés. On constate alors que le législateur ne semble toujours pas s'être saisi de la nécessité d'un traitement structurel de cette problématique, préférant y répondre par des mesures d'appoint. Dans l'attente, la supplétivité de la compétence semble faire office de garde-fou efficace.

Cependant, il reste indéniable que l'alerte multi-départementale a permis des avancées en la matière, ce qui atteste de l'efficacité, même partielle, de cette forme de désobéissance.

2. *L'annonce départementale et communale du refus d'appliquer la loi du 26 janvier 2024*

Outre ce cas paradigmatic, une nouvelle désobéissance est actuellement en train de se dessiner. En effet, un mois avant la promulgation de la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, plusieurs départements et communes ont publiquement exprimé leur intention de ne pas mettre en œuvre certaines de ses dispositions, qu'ils estiment « *injuste[s] et inefficace[s]* »⁶¹³. Dans l'ensemble, la résistance est justifiée par le « *recul pour l'égalité [et] la justice* »⁶¹⁴ que traduit la nouvelle loi. Ce faisant, c'est bien dans le but, désintéressé, de ne pas fragiliser la situation des étrangers, que ces collectivités souhaitent désobéir. Ainsi revendiquée, l'annonce renoue clairement avec la définition civiliste de la désobéissance.

Dans la mesure où se soustraire purement et simplement à l'application de la loi serait illégal, les collectivités projettent de contourner son application par la création d'une nouvelle allocation d'autonomie universelle, applicable sur leur territoire, « *qui donnera exactement les mêmes droits aux [habitants] qui seraient exclus par cette loi* »⁶¹⁵. En d'autres termes, elles souhaitent garantir un *statu quo* juridique, en évitant

⁶¹² Sénat, *proposition de loi relative à l'accueil et à la prise en charge des mineurs isolés étrangers*, 20 novembre 2013, n° 154.

⁶¹³ V. en ce sens, article paru au journal *France Bleu*, 20 décembre 2023, « *Le département de la Dordogne refuse d'appliquer la loi immigration "injuste et inefficace"* ».

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ V. en ce sens, article paru au journal *Libération*, 21 décembre 2023, « *Les départements peuvent-ils refuser d'appliquer la loi immigration ?* ».

l'application de la loi par l'application d'un autre dispositif, dit extra-légal⁶¹⁶. Si cet acte est légal, il ne saurait alors être question d'acte désobéissant.

Le processus est ingénieux, mais sur le plan juridique, la question de son illégalité se pose sérieusement, car ils restent un moyen de ne pas appliquer une loi. Comme le relèvent Patrick Le Dilec⁶¹⁷ et Michel Verpeaux⁶¹⁸, il n'est pas certain que le juge reconnaise la légalité de telles délibérations, celles-ci visant précisément à renverser les effets et objectifs de la nouvelle loi. D'autant que l'article 432-1 du Code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amendes « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi* ». Dès lors, dans le cas où ce dispositif est finalement créé, il s'agirait, de manière fort probable, d'un acte désobéissant.

À ce stade, notons que la désobéissance n'est encore que virtuelle, dans la mesure où l'illégalité du comportement, condition *sine qua non* à sa qualification, n'est pas encore constituée. Seule l'intention de désobéir a été annoncée. Néanmoins, comme le souligne Emilie Barbin, une telle annonce peut tout à fait « *aboutir à un comportement positif* »⁶¹⁹, qu'il émane des départements eux-mêmes ou d'autres collectivités s'en inspirant, justifiant qu'elle soit prise en considération dans cette étude.

En toute hypothèse, ce cas, comme celui des mineurs isolés étrangers, témoigne du fait que certaines désobéissances cherchent à impulser une évolution du droit positif plus protectrice des étrangers. Ces comportements peuvent ainsi contribuer à préserver les droits des étrangers, sur le long terme, par une modification de la loi. Mais leur portée demeure limitée, et leur capacité à générer des transformations juridiques durables reste relativement faible (**B**).

B. La désobéissance administrative à des fins revendicatives, une hypothèse contre-productive

L'existence de désobéissances à visées réformatrices ne saurait garantir ni l'existence d'une réponse institutionnelle ni, à supposer qu'elle ait lieu, une réponse pertinente et adaptée aux revendications. Dans cette mesure, le cas des mineurs isolés étrangers a, en réalité, surtout alimenté l'adoption de réformes visant à durcir le régime légal, mécaniquement défavorable aux étrangers (**1**), lesquelles réformes s'inscrivent dans un contexte

⁶¹⁶ V. en ce sens les propos du président de la Seine-Saint-Denis, relayés par le journal *TF1 Info*, dans un article paru le 21 décembre 2023, « *Immigration : 32 départements menacent de ne pas appliquer une partie de la loi, le peuvent-ils ?* ».

⁶¹⁷ V. en ce sens, article paru au journal *Libération*, 21 décembre 2023, *op. cit.*

⁶¹⁸ V. en ce sens, article paru au journal *TF1 Info*, 21 décembre 2023, *op. cit.*

⁶¹⁹ E. BARBIN, « *La désobéissance administrative* », *op. cit.*

plus global de durcissement de la loi des étrangers, de nature à neutraliser toute désobéissance à visée réformatrice (2).

I. La contre-productivité des arrêtés de refus de prise en charge des mineurs isolés étrangers

Les arrêtés départementaux n'ont été, en définitive, qu'un moyen très partiel, voire contre-productif, d'amélioration du droit positif. En effet, si certaines adaptations budgétaires et modifications législatives ont été introduites, au fil du temps, leur bénéfice pour les mineurs non accompagnés reste incertain. Ces actes ont alors surtout déployé des effets juridiques défavorables aux étrangers.

Dans cette mesure, la multiplication des arrêtés, postérieurement à 2011, jusqu'en 2017, atteste de la persistance des lacunes, sans doute désormais structurelles. Les projets de réformes sont ainsi souvent critiqués. Par exemple, en 2013, avant la signature d'un protocole entre l'État et les départements, le Défenseur des droits avait recommandé aux autorités de veiller à ce que « *ce processus [...] soit guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant et soit mené de manière bienveillante* »⁶²⁰; laissant ainsi penser que le protocole, tel quel, était insuffisamment protecteur. Dans cette même recommandation, il s'étonnait de ce que le protocole, en outre, ne prévoit pas l'information systématique des mineurs des voies de recours ouvertes en cas de remise en cause de leur minorité par le département, fragilisant ainsi leur droit à un recours effectif⁶²¹.

En somme, il semble que le législateur se soit opportunément saisi des diverses alertes départementales pour réformer d'autres parties du CASF, lesquelles ne faisaient pourtant pas l'objet des revendications. C'est dans ce cadre qu'Anna Neyrat déplore le fait qu'« *elles [les désobéissances] ont malgré tout fini par conduire à l'amplification du caractère dérogatoire du régime juridique applicable aux mineurs non accompagnés* »⁶²². La saturation des départements est encore bien actuelle, comme le constate d'ailleurs communément le Gisti et La Cimade dans un communiqué en date du 6 décembre 2023⁶²³, soit plus de dix ans après les premiers arrêtés.

Rien n'exclut d'ailleurs l'hypothèse d'une instrumentalisation, par les départements eux-mêmes, de leur propre impuissance, en vue de satisfaire une volonté étrangère à celle d'assurer de meilleures conditions d'accueil aux migrants. À cet égard, il est flagrant que, en règle générale, l'insuffisance des moyens invoqués par les départements n'est pas reconnue par le juge administratif. C'est en tout cas ce que constate Anna Neyrat, expliquant que le juge est « *rarement convaincu par les justifications invoquées par les départements* »⁶²⁴.

⁶²⁰ Défenseur des droits, Recommandation n° MDE 12012-179, JDJ n° 321, janvier 2013, p. 26.

⁶²¹ Défenseur des droits, Recommandation n° MDE 12012-179, *op. cit.*, p. 4.

⁶²² A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 90.

⁶²³ Communiqué de presse, « *La Cimade et le Gisti | Les départements ne sont pas au-dessus des lois : les enfants étrangers doivent être protégés !* », 6 décembre 2023.

⁶²⁴ A. NEYRAT, « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », *op. cit.*, p. 85.

2. Un contexte politique défavorable au succès de cette forme de désobéissance

Outre la relative effectivité de ces arrêtés, force est de constater que ce cas demeure singulier et exceptionnel. Rares sont les désobéissances qui aboutissent à une réforme substantielle du droit positif.

L'opposition revendiquée à la loi du 26 janvier 2024 en fournit une nouvelle illustration révélatrice. En effet, en dépit du fort écho médiatique dont a jouit la déclaration jointe des trente-deux départements et communes, cette résistance n'a suscité aucune réaction institutionnelle satisfaisante, si ce n'est l'indignation de certains responsables politiques. En ce sens, le ministre de l'Économie alors en place avait rappelé que « *la loi s'impose à tous, surtout quand on est élu par le peuple français* », ajoutant qu'il est « *très sympathique de mettre la main sur le cœur, de dire "je vais m'opposer", mais il y a une démocratie* »⁶²⁵. Dès lors, constatant l'échec de leur annonce, les collectivités souhaitant poursuivre leur volonté de ne pas appliquer certaines dispositions de la loi, devront nécessairement la concrétiser par des actes qui, comme il a déjà été observé, seront probablement censurés par le juge. Or, l'adoption de tels actes ne sera pas sans conséquence pour les collectivités, lesquelles devront en effet engager des dépenses contentieuses qui, bien que relativement modestes, seraient peut-être de nature à les dissuader d'agir.

De manière générale, les dernières réformes adoptées semblent traduire une volonté de durcissement du régime⁶²⁶. Cette tendance semble alors s'inscrire à contre-courant des revendications locales et de toute autre désobéissance qui aurait un but similaire. À l'inverse, elle sera sans doute de nature à alimenter de futures désobéissances, sur des motifs analogues aux motifs départementaux et communaux.

Certes pessimiste, ce constat ne semble pas s'épuiser dans les dernières actualités. Encore récemment, le Sénat discutait une proposition de loi visant à interdire le mariage à l'étranger résidant irrégulièrement sur le territoire⁶²⁷, alors même que le Conseil constitutionnel avait jugé, en 2003, que la disposition « *estimant que le fait pour un étranger de ne pouvoir justifier de la régularité de son séjour constituerait dans tous les cas un indice sérieux de l'absence de consentement* »⁶²⁸ porte atteinte au principe constitutionnel de la liberté du mariage. Dans l'hypothèse, plus qu'incertaine, où cette disposition serait validée par le Conseil constitutionnel, il est fort à parier que des résistances locales émergeront, à nouveau.

⁶²⁵ V. en ce sens, article paru sur le site *Public Sénat*, 21 décembre 2013, « Fronde des départements de gauche contre la loi immigration : « Je ferai tout pour mettre en œuvre un bouclier républicain », annonce Stéphane Troussel ».

⁶²⁶ Cette tendance n'est d'ailleurs pas propre à l'État français. En ce sens, S. LAACHER constate en janvier 2024 que « *La France n'a pas une loi plus difficile que les autres pays européens en matière d'immigration. C'est une tendance générale* » (S. LAACHER, lors d'un entretien avec Euractiv France).

⁶²⁷ Proposition de loi visant à interdire un mariage en France lorsque l'un des futurs époux réside de façon irrégulière sur le territoire, Rapport n° 333, déposé le 12 février 2025.

⁶²⁸ CC, décision n° 2003-484, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 95.

Dès lors, à l'analyse, les désobéissances à visées réformatrices dans un sens favorable aux étrangers, semblent marginales et sans doute survalorisées. Cette surexposition contraste avec leur portée concrète, d'autant qu'elles permettent parfois, par leur instrumentalisation, de servir des buts dévoyés, *in fine* défavorables aux étrangers. Le paradoxe est alors manifeste : en souhaitant préserver leurs droits, par la revendication de réforme d'ordre structurel, alors même que les conséquences ne sont empiriquement que très relatives, les départements aggravent, par ricochet, la situation des étrangers, voire suscitent de nouvelles réformes qui leur sont défavorables. Ainsi, durant, et au-delà de son existence juridique, l'acte déploie des effets défavorables pour les étrangers.

II. De l'utilité limitée de la désobéissance administrative à visée préservatrice

La désobéissance de l'administration peut également, peut-être plus modestement, avoir pour unique dessein la préservation ponctuelle de la situation individuelle de l'étranger. Si la reconnaissance progressive d'une nécessité pour le fonctionnaire de pouvoir désobéir en a permis la valorisation et, partant, en a facilité les occurrences (**A**) ; sa portée demeure, à nouveau, très relative, et elle ne s'accomplit que très ponctuellement au service des droits des étrangers (**B**).

A. La reconnaissance progressive de la nécessité de désobéir

Comme largement évoqué dans cette étude, le devoir d'obéissance de l'agent a toujours été perçu comme le principe structurant de la fonction publique. Toutefois, l'obéissance sous Vichy, ayant permis à la législation antisémite de s'épanouir pleinement en France libre (**1**), a largement contribué à l'émergence d'un devoir de désobéissance, dont le libellé a néanmoins fortement contribué à son effacement total en pratique (**2**).

1. *L'émergence d'une critique de l'obéissance de l'administration aux lois vichystes*

La banalisation des lois vichystes dans et par la fonction publique. Nerf de la guerre, la fonction publique a, durant l'épisode vichyste, connu un essor singulier, avec une augmentation de près de 26 % du nombre de fonctionnaires, de 1941 à 1946⁶²⁹. En France libre, il était attendu des agents une obéissance aux lois vichystes, comme l'avait lui-même reconnu le maréchal Pétain, leur demandant d'être suffisamment « *français* »

⁶²⁹ N. CARRÉ DE MALBERG, « Les fonctionnaires (civils) sous Vichy : essai historiographique », *Histoire@Politique*, 2007, n° 2, p. 12.

et « *loyaux* »⁶³⁰. De manière générale, l'attitude majoritaire des fonctionnaires était donc celle de l'obéissance. Or, l'application mécanique des lois vichystes a inévitablement conduit à une banalisation de leur contenu. Comme l'explique l'historien Tal Bruttmann, « *les fonctionnaires ont contribué peu ou prou à retarder le sursaut de conscience d'une nation asservie* »⁶³¹. Comme il a été vu en première partie, cette banalisation n'est pas le seul fait du fonctionnaire. En la matière, la doctrine y a tout autant contribué. Mais l'incidence n'était sans doute pas la même, dans la mesure où l'obéissance des fonctionnaires aux lois vichystes se répercutait directement sur les populations alors persécutées.

L'émergence de critiques. Pourtant, la question du rôle des fonctionnaires sous la France de Vichy n'a, dans un premier temps, suscité que peu de débats. La conception strictement exécutive de l'administration, encore dominante à ce moment-là, tendait sans doute à atténuer l'importance alors accordée aux agents. Envisagés comme de simples « *inférieurs* »⁶³², leur rôle dans la mise en œuvre d'une politique publique, aussi classique soit-elle, était alors largement euphémisé. Dans cette dernière mesure, il a finalement fallu attendre le début des années 90 pour que les premières recherches soient faites⁶³³.

Notons néanmoins qu'à compter de 1944, un phénomène d'épuration administrative s'est instauré, destiné à sanctionner les fonctionnaires jugés coupables de complicité avec la politique vichyste. Celle-ci aurait ainsi conduit à la sanction de plus de 22 000 fonctionnaires⁶³⁴. Germe alors l'idée qu'à ce moment de l'histoire, le fonctionnaire aurait dû désobéir aux lois. Comme le déplore ainsi amèrement François Bloch-Lainé, haut fonctionnaire et ancien résistant, « *aucun [agent] n'était contraint par son statut à faire n'importe quoi de contraire à sa conscience... Il n'y avait pas de captif du devoir. Il suffisait le plus souvent d'être prêt à se faire mal voir [...]* »⁶³⁵. De même, Danièle Lochak indique que les fonctionnaires s'exposaient, certes à des sanctions, mais ces dernières conduisaient rarement à mettre leur liberté, voire leur vie, en jeu⁶³⁶. Dès lors, la Seconde Guerre mondiale a permis d'interroger le principe d'obéissance hiérarchique, en reconnaissant dans le comportement des fonctionnaires un manque de questionnement sur les politiques qu'ils mettaient en œuvre.

⁶³⁰ Par ailleurs, l'art. 13 de la loi du 14 septembre 1941 *relative au statut des fonctionnaires des collectivités locales ; agents et ouvriers des administrations publiques, associations professionnelles* dispose que « *les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés* ».

⁶³¹ F. ROUQUET, « L'épuration administrative en France après la libération, une analyse statistique et géographique », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1992, n° 33, p. 106.

⁶³² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 77.

⁶³³ N. CARRE DE MALBERG, « Les fonctionnaires (civils) sous Vichy : essai historiographique », op. cit., p. 12.

⁶³⁴ F. ROUQUET, « L'épuration administrative en France après la libération, une analyse statistique et géographique », op. cit., p. 108.

⁶³⁵ F. BLOCH-LAINÉ ET C. GRUSON, *Hauts fonctionnaires sous l'Occupation*, Odile Jacob, 1996, p. 133.

⁶³⁶ D. LOCHAK, « Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs », *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, p. 5.

2. L'émergence du devoir de désobéissance en droit de la fonction publique

La consécration d'un devoir de désobéissance. Face aux nombreuses amertumes laissées par cette période, l'idée d'une consécration juridique d'un devoir de désobéissance a prospéré. Il est ainsi significatif que le Conseil d'État ait reconnu ce devoir dès 1944, certainement en réponse aux critiques déjà émergentes. C'est en tout cas ce que Clément Chauvet semble suggérer, expliquant que « *fortement marquée par le contexte historique, cette solution révèle sans doute en filigrane une volonté de protéger l'administration, au moins sur le plan moral* »⁶³⁷. En effet, dans son arrêt *Langneur* du 10 novembre 1944⁶³⁸, il reconnaît que le fait pour un fonctionnaire d'avoir exécuté les instructions qui lui sont données par ses chefs de service n'est pas de nature à l'exonérer de sa responsabilité pour faute ; si ces instructions, illégales, compromettaient gravement le fonctionnement du service public. Le Conseil d'État subordonne ainsi la légalité de l'obéissance à la condition que l'ordre soit légal et qu'il ne compromette pas gravement le fonctionnement du service public.

Cette jurisprudence a finalement été consacrée par la loi n°83-643 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*⁶³⁹. Aux termes de la loi, « *l'agent public doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». On le voit, le principe cardinal demeure l'obligation d'obéissance.

Les limites du devoir d'obéissance. En pratique, ce devoir n'est que très rarement mis en œuvre. Les conditions imposées par le Code s'avèrent trop restrictives pour que l'agent puisse se saisir de cette possibilité. La littérature à ce sujet est déjà abondante⁶⁴⁰, on se limitera donc ici aux impasses les plus manifestes.

D'abord, la simple illégalité d'un acte ne dispense pas un agent d'obéir, l'acte devant être manifestement illégal. Cela semble pouvoir signifier que l'illégalité doit être évidente⁶⁴¹ et non pas seulement supposée par le subordonné⁶⁴² ; ce qui constitue déjà un aspect dissuasif non négligeable. Curieusement, on constate par exemple que l'ordre émis par un agent incompétent n'a pas été jugé manifestement illégal⁶⁴³, alors même que le vice d'incompétence, « *fondement du droit public* »⁶⁴⁴, semble être l'un des plus élémentaires.

⁶³⁷ C. CHAUDET, « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *Pouvoirs*, 2015, n° 155, p. 152.

⁶³⁸ CE, 10 novembre 1944, *Sieur Langneur*, *Lebon* p. 248.

⁶³⁹ Consacré à l'art. 28, al. 1er, phr. 2. Ce devoir a ensuite été intégré à l'art. L. 121-20 du CGFP par l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021.

⁶⁴⁰ V. p. ex., C. CHAUDET, « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *op. cit.*

⁶⁴¹ Ainsi, l'agent est par exemple tenu de désobéir dans le cas où l'ordre est constitutif d'un délit. V. en ce sens : CE, 10 novembre 1944, *Langneur*, *op. cit.* ; CE, ass., 27 mai 1949, *Arasse*, n° 93122 et 96949, *Lebon* p. 246 ; CE 3 mai 1961, *Pouzelgues*, n° 48762 A, *Lebon* p. 280 ; CE, 2 novembre 1966, *Dessendier*, n° 64308, *Lebon* p. 580 ; CE, 3 novembre 1967, *Fremont*, n° 65315 et 66075, *Lebon* p. 399 ; CE, 30 octobre 1968, *Ponama*, n° 71065, *Lebon* p. 539.

⁶⁴² CE, 8 novembre 1961, n° 48753.

⁶⁴³ CE, 28 février 1979, *Deschomets*, n° 08067.

⁶⁴⁴ T. MULIER, « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2019, pp. 579-607.

Ensuite, le fonctionnaire n'est tenu de désobéir que si un ordre est manifestement illégal. Une loi manifestement illégale devrait donc nécessairement être appliquée par un agent, nonobstant son caractère irrégulier.

L'obstacle majeur réside dans le fait que ce devoir impose à l'agent un véritable travail préalable pour déterminer si l'ordre du chef de service doit être désobéi, conformément à l'article L. 121-20 du CGFP. D'une part, l'ordre doit être illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public⁶⁴⁵, laquelle nature n'a jamais été clairement définie, ce qui constitue une première incertitude pour l'agent⁶⁴⁶. D'autre part, le fait pour l'agent de désobéir, croyant devoir le faire, alors même que l'acte n'est ni manifestement illégal ni de nature à compromettre un tel intérêt, l'expose à des sanctions, conformément à l'article 122-4 du Code pénal.

Fort de cette difficulté, Danièle Lochak écrit ainsi que la désobéissance, plus qu'être un devoir du fonctionnaire, est surtout un pari⁶⁴⁷ sur lequel il doit miser. Un pari dont l'issue peut s'avérer tragique pour l'agent carriériste. Elle en donne d'ailleurs un exemple particulièrement éloquent : le fait pour des directeurs d'école d'avoir refusé de renseigner une enquête statistique sur les élèves, en considérant que celle-ci pourrait « *servir au contrôle des populations étrangères* », constitue un manquement au devoir d'obéissance⁶⁴⁸, nonobstant la circonstance selon laquelle le dispositif avait été partiellement annulé par le Conseil d'État⁶⁴⁹. Notons, en sus, que l'analyse que doit faire l'agent en amont afin de savoir s'il doit désobéir ne se prête guère à la spontanéité attendue de l'agent dans l'exécution d'un ordre. Dès lors, les cas de conscience des fonctionnaires ne mènent que rarement à un véritable devoir de désobéissance ; à tel point que même les ordres vichystes n'auraient, sous le libellé de la loi de 1983, pu valablement faire l'objet de résistances des agents⁶⁵⁰.

Ainsi, la « *temptation d'Antigone* »⁶⁵¹ de l'agent, bien que jugée nécessaire dans l'après-guerre, ne saurait rester qu'une tentation. Le compromis trouvé en 1944 et 1983 a finalement vidé ce devoir de sa substance, lequel semble d'occurrences tellement exceptionnelles que, même en le cherchant, « *on peine à trouver l'exemple d'un agent ayant régulièrement ignoré un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* »⁶⁵². En sus, la psychologie administrative, forte de décennies de pratique, semble trop imprégnée

⁶⁴⁵ En ce sens, est illégale la désobéissance du fonctionnaire à un ordre manifestement illégal, mais qui n'est pas de nature à compromettre gravement un intérêt public (CE, 4 janvier 1964, *Charlet*, n° 56786 A, *AJDA* 1964. 447).

⁶⁴⁶ C. CHAUVET, « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *op. cit.*, p. 154.

⁶⁴⁷ D. LOCHAK, « Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁴⁸ TA de Nantes, 30 juin 2010, n° 093402.

⁶⁴⁹ CE, 19 juillet 2010, *M. A. et Mme B.*, n° 317182 et 32441, *Lebon* p. 320.

⁶⁵⁰ C'est en tout cas de ce que soutient D. LOCHAK dans « Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁵¹ S. BOUSSON, « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone », *AJFP*, 2003, n° 1, p. 44, et n° 2, p. 34.

⁶⁵² C. CHAUVET, « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *op. cit.*, p. 157.

d'une culture de loyauté pour voir émerger de véritables désobéissances. Ce « penchant »⁶⁵³ pour l'obéissance se répercute inévitablement sur la fréquence des désobéissances protectrices en droit des étrangers (**B**).

B. La désobéissance administrative, faible levier de protection des étrangers

Il existe deux cas principaux de désobéissances en droit des étrangers qui, en définitive, se répercutent favorablement sur les étrangers⁶⁵⁴. Outre l'admission exceptionnelle au séjour, qui repose sur des considérations humanitaires propres à l'agent (**1**) ; c'est surtout l'inertie de l'administration vis-à-vis de situations dont elle sait qu'elles sont illégales, qui rejaillit, *in fine*, positivement sur l'étranger (**2**).

1. L'admission exceptionnelle au séjour, acte désobéissant à des fins humanitaires

Le régime de l'admission exceptionnelle au séjour. Aux termes de l'article L. 435-1 du CESEDA, sauf en cas de polygamie ou de menace pour l'ordre public, l'étranger peut être exceptionnellement admis au séjour, lorsque des considérations humanitaires ou des motifs exceptionnels justifient sa régularisation. Cet article, intégré au CESEDA par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration*, n'a été que la consécration d'une faculté dont les administrations ont toujours été pourvues, au titre de la police spéciale des étrangers, dont il a déjà été vu que la grande discrétionnarité confère à ses titulaires de larges prérogatives. À cet égard, dans un avis du 28 novembre 2006, le Conseil d'État a reconnu que ce pouvoir pouvait être exercé « *même en dehors des conditions légales* »⁶⁵⁵.

Ainsi, l'administration peut délivrer un titre de séjour à un étranger ne remplissant aucune des conditions légales, y compris en cas d'entrée irrégulière sur le territoire⁶⁵⁶. La simple circonstance selon laquelle l'étranger a déjà fait l'objet d'un premier refus de séjour, éventuellement assorti d'une OQTF, n'est pas de nature à faire obstacle à sa régularisation⁶⁵⁷. Dans la mesure où ce pouvoir incarne de la manière la plus forte les pouvoirs exceptionnels des préfets en droit des étrangers, le juge ne saurait, en la matière, qu'exercer un contrôle restreint⁶⁵⁸.

⁶⁵³ C. CHAUVET, « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *op. cit.*, p. 157.

⁶⁵⁴ À titre liminaire, il convient d'indiquer que les cas de désobéissances favorables aux étrangers, si elles existent, sont sans doute difficilement connaissables, car l'étranger n'aurait aucun intérêt à la contester. Or, bien souvent, c'est précisément l'intervention du juge qui permet de visibiliser les cas de désobéissance ; elle constitue une vitrine non négligeable. On se heurte alors ici à un obstacle méthodologique de taille, qui ne permet que de supposer l'existence de telles désobéissances, sans pouvoir en avoir la certitude absolue.

⁶⁵⁵ CE, avis, 28 novembre 2007, *Mme Zhu*, n° 307036, *Lebon* p. 454.

⁶⁵⁶ Alors même que l'art. L. 411-1 du CESEDA exige la présentation d'un visa pour pouvoir solliciter la délivrance d'une titre de séjour.

⁶⁵⁷ Circulaire n° NOR/INT/K/12/29185/C du 28 novembre 2012, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁵⁸ CE, 10 mai 1996, *Mme. Nouara Tazir*, n° 177117, *Lebon* T. p. 935.

De la nature désobéissante des régularisations. Dans la mesure où tout acte juridique est une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* »⁶⁵⁹, une décision de régularisation est nécessairement un acte volontaire du préfet. Par ailleurs, celle-ci résultant nécessairement du constat d'une inadéquation de la norme à la situation particulière de l'étranger, elle traduit inévitablement une volonté d'outrepasser la norme.

Toutefois, la question de l'illégalité d'une telle mesure demeure. Puisqu'elle permet au préfet de s'affranchir des conditions légales, on peut douter que la régularisation procède d'une stricte obéissance à la norme. Ce qui est certain, c'est que ce pouvoir s'est historiquement développé en dehors de toute habilitation textuelle. Il semblait alors possible de qualifier ces décisions d'actes désobéissants. Cela étant, l'affirmation du caractère illégal d'une régularisation est moins certaine depuis la codification de cette faculté en 2006. Néanmoins, cette question demeure pertinente, car ce pouvoir permet toujours au préfet de s'affranchir délibérément du régime légal.

La finalité positive de la régularisation pour l'étranger. Le pouvoir de régularisation est particulièrement significatif pour cette étude car il repose sur des considérations humanitaires qui rappellent la définition civiliste de la désobéissance. Ponctuellement, l'agent considère que la stricte application de la loi des étrangers à l'étranger serait injuste. En règle générale, la régularisation bénéficie surtout aux étrangers attestant de liens familiaux et durables⁶⁶⁰ privés sur le territoire français. Tel est ainsi le cas pour les parents étrangers d'enfants scolarisés, les conjoints d'étrangers en situation régulière, les mineurs étrangers devenus majeurs⁶⁶¹. En somme, elle est fortement encouragée dans tous les cas où l'absence de régularisation risquerait de porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger.

2. *L'inexécution volontaire des OQTF, partiellement protectrice des étrangers*

Le régime d'exécution des décisions portant obligation de quitter le territoire français. Au cours des trois dernières années, le taux d'exécution des OQTF prononcées a continuellement oscillé entre 6 % et 7 %. De 2000 à, plus ou moins, 2020, ce taux s'élevait, minimalement, à 12 % des OQTF prononcées durant l'année. À l'exception de l'année 2012, où le taux d'exécution était de 22,3 %, le constat est donc celui d'une très faible exécution de ces décisions.

⁶⁵⁹ C. civ., art. L. 1100-1.

⁶⁶⁰ Laquelle durée « *ne pourra être qu'exceptionnellement inférieure à cinq ans* », aux termes de la circulaire n° NOR/INT/K/12/29185/C du 28 novembre 2012, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶¹ *Ibid.*

Pour rappel, aux termes de l'article L. 610-1 du CESEDA, l'autorité administrative peut obliger un étranger à quitter le territoire français dans six cas différents qu'il énumère. Lorsqu'il fait l'objet d'une telle décision, il est attendu de l'étranger qu'il l'exécute spontanément, dans les trente jours suivant son édition⁶⁶², ou immédiatement⁶⁶³, notamment s'il constitue une menace pour l'ordre public. Néanmoins, lorsque l'étranger ne part pas spontanément, l'administration peut procéder à l'exécution d'office de la décision portant OQTF dès l'expiration du délai fixé⁶⁶⁴.

L'exécution d'office est néanmoins assortie de certaines conditions. D'une part, l'administration ne peut procéder à l'exécution de ces décisions avant l'expiration du délai de recours ouvert devant le juge, ni, le cas échéant, avant que ce dernier ait statué⁶⁶⁵. D'autre part, l'administration ne peut exécuter d'office une OQTF dès lors qu'il y a des raisons sérieuses de penser que l'étranger puisse subir des traitements inhumains ou dégradants s'il revenait dans l'État indiqué dans la décision fixant le pays de renvoi⁶⁶⁶. Enfin, une OQTF ne peut être exécutée d'office dans le cas où l'éloignement de l'étranger porterait atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale⁶⁶⁷. Cependant, bien que ces trois conditions contribuent à l'inexécution des OQTF, elles ne sauraient expliquer un taux aussi élevé.

De la nature désobéissante des inexécutions. La tolérance de l'administration à l'égard d'une situation qu'elle sait illégale constitue-t-elle, en soi, une illégalité ? Sinon, il ne saurait être question de désobéissance.

Selon Fanny Gralias, la tolérance est le fait pour l'administration de s'abstenir volontairement et illégalement d'utiliser les moyens dont elle dispose pour sanctionner une illégalité commise par un administré⁶⁶⁸. Selon l'auteure, elle est toujours un acte illégal, dans la mesure où elle résulte d'un choix de l'administration de ne pas accomplir son obligation de faire respecter la loi⁶⁶⁹. En cela, la notion de tolérance se rapproche grandement de celle de désobéissance. À l'inverse, l'impuissance de l'administration, si elle peut conduire au même résultat, celui de l'inapplication de la règle de droit, ne saurait jamais être un cas de tolérance, et donc de désobéissance, puisque l'administration est précisément incapable de faire respecter la norme.

⁶⁶² CESEDA, art. L. 612-2.

⁶⁶³ CESEDA, art. L. 612-3.

⁶⁶⁴ CESEDA, art. L. 722-1 et L. 722-3.

⁶⁶⁵ CESEDA, art. L. 722-1.

⁶⁶⁶ Comm. EDH, 30 septembre 1974, n° 6315/73.

⁶⁶⁷ CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, n° 10730/84.

⁶⁶⁸ F. GRABIAS, *La tolérance administrative*, *op. cit.*, p. 569.

⁶⁶⁹ F. GRABIAS, *La tolérance administrative*, *op. cit.*, p. 570.

Or, en la matière, il est certain que l'impuissance de moyens est l'une des causes du faible taux d'exécution des décisions portant OQTF⁶⁷⁰. La Cour des comptes constate que, malgré une hausse de 60 % du nombre d'OQTF édictées annuellement sur les cinq dernières années, les effectifs des préfectures dédiés à l'éloignement et au contentieux des étrangers ne s'élèvent qu'à 9 %⁶⁷¹. Dès lors, une partie de l'inexécution illégale ne saurait être qualifiée de désobéissance. Du moins, si désobéissance il y a, elle trouverait davantage son origine en amont, dans les arbitrages budgétaires et politiques opérés par l'échelon central. Ce sont donc moins les préfectures que les décideurs politiques qui pourraient être tenus responsables d'une telle inertie, dissimulée derrière l'apparente neutralité de l'insuffisance de moyens.

Cependant, l'impuissance n'est pas la seule explication. En effet, les autorités doivent obtenir un « *laissez-passer consulaire* » des autorités du pays de renvoi avant de pouvoir exécuter d'office cette décision, ce qui signifie que le pays accepte formellement le retour de son ressortissant. Or, la délivrance de ce document est nécessairement tributaire de la qualité des relations diplomatiques entretenues entre la France et les pays concernés. Ainsi, une partie de l'inexécution résulte non pas d'une insuffisance de moyens, mais de choix diplomatiques, fussent-ils indirects. Par exemple, la récente dégradation des relations franco-algériennes s'est soldée par un net recul des laissez-passer consulaires, laissant inexécutées de nombreuses OQTF⁶⁷². À cet égard, la Cour des comptes reconnaît elle-même une indisposition à améliorer certaines relations internationales, lorsqu'elle constate que « *la délivrance de laissez-passer consulaires [pourrait] être restreinte [...] pour des considérations liées à des positions [...] de politique internationale. Le degré de coopération en la matière peut aussi être utilisé comme vecteur de négociation avec la France sur d'autres sujets* »⁶⁷³. Elle déplore, en outre, que « *le ministère de l'Europe et des affaires étrangères n'intervient que ponctuellement sur les dossiers d'éloignement et estime que cela ne relève pas de sa responsabilité...* »⁶⁷⁴. En cela, il serait possible d'imputer une partie des inexécutions à une logique diplomatique, sinon non coopérative, *a minima* insuffisamment proactive.

Enfin, le taux d'inexécution trouve également son origine dans la culture administrative française, caractérisée par un réflexe systématique d'éloignement, entraînant un volume élevé d'OQTF. Ce réflexe n'existe

⁶⁷⁰ À cet égard, S. KRIMI, conférencière spécialiste du financement du terrorisme, de la Méditerranée, de la région Moyen-Orient Afrique du Nord et des mouvements migratoires, constate dans un entretien que « *si l'OQTF est validée et que l'ambassade du pays d'origine fournit un laisser-passer, alors la personne en situation irrégulière peut être reconduite. Il faut bien sûr libérer des policiers pour l'accompagner, car la personne ne peut pas y aller seule. Le coût de tout cela est énorme. Il faut compter environ 30 000 € par OQTF exécutée* » (S. KRIMI, entretien paru au journal *Sud-Ouest*, 20 novembre 2022 : « *Entretien. Pourquoi les OQTF, les obligations de quitter le territoire, fonctionnent-elles si mal ?* »).

⁶⁷¹ Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, op. cit., p. 12.

⁶⁷² V. en ce sens, article paru sur le site *France info*, 26 février 2025, « *Crise diplomatique avec Alger : en 2024, seulement 42% des demandes par la France de laissez-passer consulaires ont été acceptées par les autorités algériennes* ».

⁶⁷³ Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, op. cit., p. 91.

⁶⁷⁴ Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, op. cit., p. 93.

pas nécessairement dans les autres pays de l'Union européenne. Par exemple, en Allemagne, les administrations n'édictent une telle décision qu'après avoir obtenu un laissez-passer consulaire⁶⁷⁵. En France, cependant, les préfectures semblent ne pas tenir compte de ce document au moment de l'édition, ce qui explique l'écart constaté entre les OQTF prononcées et celles effectivement exécutées. Ce sont donc les administrations qui se mettent elles-mêmes en situation d'illégalité, par leur propension à édicter massivement des OQTF qu'elles savent, dès l'origine, inapplicables.

Cette propension résulte surtout de raisons politiques, dans la mesure où elle répond à un fort « *enjeu de communication administrative* »⁶⁷⁶. Dès lors, la désobéissance ne provient pas tant d'un refus délibéré de ne pas appliquer une norme, mais, de manière plus insidieuse, de l'édition d'une décision inefficace à des fins politiques, en parfaite connaissance de l'illégalité prochaine. Cet argument permet ainsi de démontrer le caractère indirectement délibéré de l'inexécution de certaines OQTF.

Les effets des inexécutions sur l'étranger. Cet acte profite alors à l'étranger qui, constatant l'inertie de l'administration face à sa propre illégalité, peut demeurer sur le territoire, sur lequel il a pu fonder certains liens et attaches personnelles. À ne pas se méprendre, l'étranger est alors en situation de haute vulnérabilité ; car privé de séjour, il ne peut accéder légalement au marché du travail et vit avec la crainte perpétuelle de devoir quitter le territoire ou d'être placé en centre de rétention administrative. Il ne saurait alors être dit de ces inexécutions qu'elles provoquent des effets radicalement favorables aux étrangers. D'autant que, de manière générale, les actes désobéissants prospèrent surtout contre leurs droits (**Section 2**).

Section 2. La désobéissance administrative au mépris des droits

Toutefois, l'acte désobéissant de l'agent en droit des étrangers contribue surtout, par ses effets juridiques, à fragiliser l'ordre juridique. Une telle affirmation peut sembler tautologique, car toute désobéissance suppose, par définition, une négation de la norme. Mais le propos mérite d'être développé, car l'on peut affirmer que ces effets ne se limitent pas à une simple illégalité ponctuelle : ils contribuent, plus insidieusement, à éroder la normativité du droit.

En effet, si, pour l'étranger, le mépris du droit des étrangers contribue inévitablement à la précarisation de sa situation et, partant, au mépris de l'État de droit en son sens substantiel (**I**), la désobéissance fragilise

⁶⁷⁵ En ce sens, la Cour des comptes explique que « *la doctrine française de délivrance systématique d'obligations de quitter le territoire français pour toute personne en situation irrégulière, sans préjuger des perspectives réelles d'éloignement [...] diverge des pratiques de nos voisins* » (Cour des comptes, Rapport public thématique, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, op. cit., p. 101).

⁶⁷⁶ *Ibid.*

également l'ordre juridique lui-même, contribuant ainsi à une dégradation de l'État de droit dans sa dimension formelle (**II**).

I. Fragilisation de l'État de droit, en son sens substantiel, par la précarisation des droits de l'étranger

En son sens substantiel, l'État de droit désigne le fait pour la personne publique de devoir respecter les droits fondamentaux des individus. Or, l'acte désobéissant en droit des étrangers conduit indubitablement à une large précarisation de la situation des étrangers. Recenser l'ensemble de ces effets juridiques dépasserait le cadre de cette étude. Il conviendra donc, plus modestement, d'aborder l'atteinte portée à l'État de droit en son sens substantiel à travers deux aspects : d'une part, la remise en cause du droit des étrangers à accéder au service public de l'immigration (**A**), et d'autre part, l'atteinte plus générale aux droits subjectifs dont ils sont titulaires (**B**).

A. Désobéissance administrative et entrave à l'accès au service public de l'immigration

La première conséquence est la difficulté pour les étrangers d'accéder au service public de l'immigration. En effet, les différentes entraves constatées dans le simple dépôt d'une demande de titre de séjour ou d'asile portent une atteinte non négligeable (**2**) au droit des étrangers d'accéder normalement audit service public (**1**).

1. Le droit des étrangers à un accès normal au service public de l'immigration

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le principe d'accès aux services d'intérêt économique général. En dépit de sa consécration, la question de savoir si l'étranger bénéficie de ce droit demeure, car, comme le dit le Conseil constitutionnel, l'étranger ne bénéficie d'aucune règle de valeur constitutionnelle de nature à lui assurer des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire⁶⁷⁷.

Notons à titre liminaire que l'existence d'un service public de l'immigration ne pose pas de difficulté sérieuse, puisque le Conseil d'État le reconnaît lui-même⁶⁷⁸. Ce qui semble, de toute manière, logique puisque la gestion migratoire est gérée dans sa quasi entièreté⁶⁷⁹, par des personnes publiques, financées par l'État ; et relève

⁶⁷⁷ CC, 13 août 1993, n° 93-325, *op. cit.*, cons. 2.

⁶⁷⁸ CE, 3 juin 2022, *CNB et autres*, n° 452798, *Lebon* p. 140, cons. 9.

⁶⁷⁹ Exception faite à certaines missions déléguées à des associations (interventions dans certains lieux de privation de liberté, afin de les informer de leurs droits), et à des entreprises privées (la prise de rendez-vous en consulat).

le plus souvent d'une activité de police administrative, dont on sait qu'elle constitue une mission de service public⁶⁸⁰.

L'existence d'un droit au service public. Il faut encore déterminer si ses usagers bénéficient d'un droit général d'accès audit service. Le CRPA⁶⁸¹ reconnaît à l'étranger, au même titre qu'aux administrés nationaux, des droits lors de la procédure administrative non contentieuse.

S'agissant, plus précisément, du droit d'accès au service public, il trouvait initialement une certaine traduction à travers celui d'égalité et de non-discrimination : tout usager doit pouvoir accéder à la prestation du service dans les mêmes conditions⁶⁸². Ce principe s'est ensuite autonomisé, en se concentrant particulièrement sur l'accueil effectif de l'usager dans le service public⁶⁸³, jusqu'à être consacré par l'article 36 susmentionné. Par ailleurs, ce droit trouve une certaine consécration à travers l'article L. 112-8 du CRPA, lequel dispose que toute personne, ce qui inclut donc les étrangers, peut adresser, par voie électronique, une demande auprès de l'administration.

Le droit au service public de l'immigration. Toutefois, ce droit, pourvu qu'il existe véritablement, ce qui est encore contesté⁶⁸⁴, est sans doute différent s'agissant des services des étrangers. Pour rappel, le droit des étrangers est, par essence, discriminant, car la différence objective de situation entre un national et un étranger permet juridiquement une différence de traitement⁶⁸⁵. Cette différence de traitement se manifeste dans les modalités concrètes d'accès au service public ; puisque, depuis le décret n° 2021-313 du 24 mars 2021, l'accueil des étrangers se fait principalement en ligne, la demande de titre de séjour devant obligatoirement passer par un téléservice. Cette dématérialisation n'est juridiquement légale que pour autant qu'elle permet « *l'accès normal des usagers au service public* »⁶⁸⁶. Cette dernière expression est sans doute la consécration la plus explicite qui puisse être trouvée d'un droit d'accès des étrangers en préfecture. Elle implique, en miroir, une obligation positive pour l'administration. Partant, tout étranger semble avoir le droit de solliciter la délivrance d'un titre de séjour. Néanmoins, l'existence juridique d'un droit ne garantit jamais son effectivité concrète, ce qui se vérifie particulièrement en la matière (2).

⁶⁸⁰ CE, ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnau-d'Armagnac*, n° 12045, *Lebon* p. 595 ; CE, ass., 7 juillet 1950, *Debaene*, n° 01645, *Lebon* p. 426 ; CE, ass., 12 avril 1957, *Mimouni*, *Lebon* p. 262

⁶⁸¹ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 et décret n° 2015-1342 du même jour.

⁶⁸² G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, 2016, p. 388.

⁶⁸³ G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 255.

⁶⁸⁴ En ce sens, V. DONIER parle de droit « à demi teinte » (V. DONIER, « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte. », *RDSS*, 2010, n° 05, p. 800).

⁶⁸⁵ CC, 13 août 1993, n° 93-325, *op. cit.*, cons. 2.

⁶⁸⁶ CE, 3 juin 2022, n° 452798, *CNB et autres*, *op. cit.*

2. L'accès au service public de l'immigration entravé par les désobéissances

En dépit de la reconnaissance de ce droit, les obstacles pratiques sont encore nombreux. En effet, toute désobéissance semble nécessairement avoir pour effet, même indirect, d'obstruer l'accès au séjour, même un refus de marier un ressortissant étranger à un ressortissant français aurait cet effet, dans la mesure où, non marié, l'étranger ne pourrait solliciter la délivrance de certains titres de séjour subordonné à cette condition. On constate alors une « *accentuation des difficultés d'apprécier les droits d'accès aux services publics des étrangers* »⁶⁸⁷.

D'une part, malgré la reconnaissance de la nécessité de prévoir une solution de substitution aux étrangers qui, malgré de nombreuses tentatives pour accéder à la plateforme numérique, n'ont pas réussi à y accéder, il s'avère que la solution créée souffre de nombreux dysfonctionnements. Lorsqu'un étranger ne parvient pas à accéder à l'ANEF, il doit contacter le Centre de contact citoyen (CCC) par téléphone ou *via* un formulaire en ligne, qui le redirige ensuite vers la procédure à suivre. Mais cette solution se heurte à de nombreuses critiques. Surtout parce que le centre « *ne peut pas [...] résoudre ou contourner lui-même des blocages informatiques rencontrés par l'usager, faute de disposer de prérogatives informatiques suffisantes* »⁶⁸⁸. Ainsi, tout étranger confronté à des dysfonctionnements numériques et ne pouvant accéder à la plateforme ne recevra aucune aide concrète du CCC. Cette situation met en évidence l'incapacité de ce dispositif à être réellement efficace, la solution de substitution s'avérant être davantage une « *réponse fantôme* »⁶⁸⁹ qu'une véritable alternative. Bien qu'il soit difficile d'imputer cela à une intention désobéissante, la persistance des problèmes, malgré les alertes associatives, soulève des questions sur la nature de ce phénomène. Il semble possible d'affirmer l'existence d'une « *certaine réticence [...] à donner leur pleine mesure aux droits reconnus aux étrangers* »⁶⁹⁰.

D'autre part, l'accessibilité au service public est également due à d'autres comportements désobéissants déjà abordés dans cette étude. En effet, le refus d'enregistrer une demande de séjour ou de mariage ou la subordination de la validité du dossier de demande de séjour à la présentation de documents supplémentaires non exigé par les textes ; sont autant de désobéissances, même ponctuelles qui, *in fine*, empêchent à l'étranger d'accéder à la simple demande de séjour.

Dès lors, la désobéissance en droit des étrangers, le plus souvent, produit des effets juridiques particulièrement négatifs, en empêchant l'étranger d'accéder au service public dans des conditions normales. La

⁶⁸⁷ Défenseure des droits, Rapport, *Dématerrialisation des services publics : trois ans après, où en est-on ?*, 2022, pp. 58 et s.

⁶⁸⁸ Défenseure des droits, Rapport, *Dématerrialisation des services publics : trois ans après, où en est-on ?*, op. cit., p. 27.

⁶⁸⁹ Défenseure des droits, Rapport, *Dématerrialisation des services publics : trois ans après, où en est-on ?*, op. cit., p. 31.

⁶⁹⁰ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, op. cit., p. 83.

dématérialisation, sa solution de substitution, ainsi que diverses désobéissances déjà constatées, constituent en effet des « atteintes organisées »⁶⁹¹ au droit d'accès aux préfectures, lesquelles impactent, par ricochet, d'autres droits fondamentaux des étrangers (**B**).

B. Désobéissance administrative et atteintes aux droits subjectifs des étrangers

La deuxième conséquence est la difficulté pour les étrangers d'accéder à leurs droits subjectifs. La désobéissance contribue alors grandement à précariser la situation des étrangers sur le territoire (**1**). Trouvant, en partie, son explication dans la distinction catégorielle des étrangers vis-à-vis des nationaux (**2**), cette fragilisation des droits des étrangers se manifeste alors comme la principale conséquence des désobéissances administratives.

1. Désobéissance administrative et précarisation de la situation des étrangers

Au regard de tout ce qui a été dit jusqu'à présent, il semble évident que ces désobéissances conduisent, inéluctablement, à fragiliser la situation déjà précaire des étrangers. L'extrême dominance des désobéissances précarisantes inquiète inévitablement, car si les étrangers ne bénéficient pas de droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire, ils restent néanmoins titulaires de droits constitutionnels⁶⁹². Les atteintes aux droits subjectifs des étrangers, par les pratiques illégales, sont déjà largement documentées. Dès lors, il ne paraît ni utile ni pertinent d'en dresser ici un inventaire exhaustif. Il s'agira plutôt de se concentrer sur deux exemples qui manifestent avec la plus grande clarté les effets précarisants des désobéissances.

Désobéissance et droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. En matière d'expulsion, l'impact délétère des désobéissances sur les étrangers est plus que manifeste. En effet, une mesure d'expulsion illégale l'est bien souvent en raison du risque de violation du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. Partant, une décision d'expulsion sciemment illégale, prise en dépit de ce risque, ne peut qu'être qualifiée de décision précarisante. Ce constat mérite d'être souligné, au regard de sa riche actualité. En effet, depuis le 7 octobre 2023, l'immense majorité des expulsions ayant pour pays de renvoi la Palestine ne peut être exécutée, compte tenu de la « *situation de violence d'intensité exceptionnelle* » reconnue par le juge administratif sur ce territoire⁶⁹³. Or, en dépit de la censure juridictionnelle, les tentatives de mise en œuvre de ces

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Le CC a reconnu dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3, que les étrangers jouissent de « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés* ».

⁶⁹³ Pour une décision récente : TA de Nice, 19 septembre 2024, n° 2405203.

expulsions persistent⁶⁹⁴. Cette répétition de décisions, souvent illégales, témoigne indubitablement d'une absence de volonté de se conformer à l'article 3 de la CESDHLF. Elle apparaît alors comme une forme de désobéissance, dont la gravité se mesure à l'aune des atteintes potentielles aux droits fondamentaux des personnes concernées. Notons, au demeurant, qu'il ne semble possible, en l'espèce, d'euphémiser la responsabilité des agents par l'inaccessibilité du droit, car il semble raisonnable d'affirmer que nul ne peut ignorer le climat d'extrême violence régnant sur ces territoires. Par ailleurs, tout agent de préfecture chargé des expulsions, même initialement non formé à cette matière, ne peut ignorer le droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, lequel structure le droit de l'expulsion.

De même, le refus revendiqué, évoqué en introduction, de ne pas expulser le ressortissant ouzbek, par l'ancien ministre de l'Intérieur, alors même que la Cour européenne des droits de l'Homme, et le Conseil d'État, ont, de concert, reconnu un risque qu'il puisse subir des comportements inhumains et dégradants en revenant dans son pays d'origine, relève de cette logique précarisante.

Désobéissance et atteinte au droit au recours effectif. Outre ce cas, les désobéissances de l'administration portent aussi parfois atteinte au droit des étrangers au recours effectif, protégé par l'article 13 de la CESDHLF. Ce droit, de valeur constitutionnelle⁶⁹⁵, est déjà largement affaibli par les obstacles techniques et linguistiques propres à la discipline. Il l'est d'autant plus par la tendance persistante de certaines administrations à ne pas exécuter les décisions de justice. En effet, le droit à un recours effectif n'est d'aucune valeur si l'étranger ayant obtenu gain de cause devant le juge ne bénéficie, *in fine*, d'aucune concrétisation administrative de la décision. C'est dans cette mesure que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que l'obligation que l'article 13 fait peser sur les États comprend le devoir de faire en sorte que les autorités compétentes exécutent les décisions de justice⁶⁹⁶. En effet, à quoi bon obtenir la reconnaissance par le juge d'un droit au séjour au titre de la vie privée et familiale, si l'administration choisit, en définitive, de ne pas délivrer le titre correspondant ? Ces « *victoires volées* »⁶⁹⁷ par l'administration sont donc fortement précarisantes du droit à la justice des étrangers.

⁶⁹⁴ V. en ce sens, article paru au journal *Le Monde*, 30 août 2024, « *La justice française face au dilemme de l'expulsion des Palestiniens* » (lequel indique que « *Malgré des décisions préfectorales d'éloignement, les juges se voient dans l'impossibilité de valider ces demandes en raison de la situation sur place* »).

⁶⁹⁵ CC, décision n° 93-335, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

⁶⁹⁶ Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c/ Turquie*, n° 21987/93, § 95 *in fine* ; Cour EDH, 25 septembre 1997, *Aydin c/ Turquie*, n° 57/1996/676/866, § 103 ; Cour EDH, 14 mars 2002, *Paul et Audrey Edwards c/ Royaume-Uni*, n° 46477/99, § 96.

⁶⁹⁷ N. FERRE, « *Victoires volées* », *op. cit.*, p. 236.

2. La rôle de la distinction catégorielle dans la précarisation de la situation des étrangers

Ainsi, la situation, déjà fragile, de l'étranger est souvent aggravée par les comportements de certains agents dissidents, qui paraissent, du moins en apparence, indifférents aux effets de leurs actes. Cette indifférence interroge. Comment en effet comprendre un tel détachement face à de telles atteintes ?

Cette question, d'apparence ajuridique, trouve néanmoins en partie sa réponse dans la distinction juridique catégorielle qu'instaure le droit entre les étrangers et les nationaux ; déjà brièvement abordée en introduction. C'est en tout cas ce qu'explique Camille De Reydet de Vulpillières, estimant que « *la partition entre national et étranger fonde en droit un régime restrictif pour les étrangers, qui se caractérise [...] par une tendance récurrente de la puissance publique à bafouer ces droits dans la pratique* »⁶⁹⁸. Parce qu'ils ne sont pas nés sur le territoire français, les étrangers ne sont envisagés, juridiquement, que par leur extranéité. L'étranger, dans la construction politico-juridique, est distinct du « *nous* », au sens territorial du terme. Cette distinction structurante est ainsi reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle dispose que « *même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et qu'il a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État* »⁶⁹⁹.

En la matière, la structure du CESEDA est particulièrement éloquente : chacun des livres du CESEDA fournit un portrait objectif de l'étranger, lequel entre (livre 3), séjourne (livre 4), demande l'asile (livre 5) et sort (livre 6) du territoire français, de force si besoin (livre 7). Au contraire, le national est une personne (livre 1), possédant des biens et pouvant en acquérir de nouveaux (livre 2), de différentes façons (livre 3), et pouvant être créancier ou débiteur d'une obligation (livre 4). Là où l'étranger n'est défini que par son rapport à l'État, le national est défini de manière plus subjective, dans son rapport aux choses et aux personnes. D'ailleurs, le titre 1 du Code civil est entièrement consacré à la reconnaissance des droits civils des nationaux, lorsque le titre 1 du CESEDA est consacré à son champ d'application, ce qui témoigne de la conception purement technique du droit des étrangers.

La distinction ainsi créée permet de soustraire à l'étranger certains droits dont bénéficient pourtant les nationaux, car il existe une différence objective de situation. Or, cette conception « *est ainsi devenue la distinction la plus structurante qui soit, jusqu'à faire oublier l'historicité de cette norme et son caractère*

⁶⁹⁸ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?, op. cit.*, p. 9.

⁶⁹⁹ Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c/Suisse*, n° 54273/00, § 48.

artificiel »⁷⁰⁰, mais surtout jusqu'à « *s'impos[er] [...] dans nos représentations* »⁷⁰¹. Dès lors, les agents, imprégnés de cette conception, qui a fait oublier son artificialité, ne se rendent peut-être même pas compte de la portée de leur désobéissance. Parce qu'il n'est pas comme lui, l'agent ne se projette pas en lui. Dès lors, refuser un mariage, renvoyer dans son pays d'origine hautement dangereux pour sa sécurité, refuser la demande de séjour au guichet, sont autant de décisions illégales, qui semblent pour autant moins ardues sur le plan psychologique, du fait de cette distinction. Comme le résume Danièle Lochak, « *la condition sociale de l'étranger s'exprime dans un statut juridique ; mais réciproquement le droit assigne à l'étranger une place fixe dans la société et l'enferme dans sa situation de marginalité, légitimant de surcroît les discriminations qui le frappent en les faisant apparaître comme naturelles et normales puisque consignées dans des textes et échappant par là au pur fait* »⁷⁰².

Il convient alors de conclure par le fait qu'en réalité, les atteintes aux droits des étrangers qui résultent des désobéissances semblent trouver comme cause la logique catégorielle qu'instaure le droit positif, dont les agents s'imprègnent au gré de leur pratique administrative. Ce phénomène souligne une contradiction marquante, déjà constatée : c'est le droit lui-même qui génère des comportements susceptibles de le fragiliser. Le mépris de l'État de droit, en son sens substantiel, qui en résulte, se double d'un second mépris, celui de l'État de droit en son sens formel (**II**).

II. Fragilisation de l'État de droit, en son sens formel, par la prolifération des désobéissances

En son sens formel, l'État de droit désigne le fait pour l'État d'être encadré et contrôlé par le droit. La désobéissance, en tant qu'elle reflète une volonté délibérée de transgresser la norme par l'agent, constitue une rupture évidente de ce principe. Pour tautologique qu'il soit, ce constat ouvre pourtant la voie à une réflexion plus diffuse sur les effets juridiques indirects de ces actes, ceux qui dépassent la simple illégalité isolée. En effet, par sa généralisation, ce comportement porte en lui la fragilisation du droit positif dans son ensemble (**A**), tout en ébranlant progressivement la figure du juge, objet d'une critique croissante (**B**).

A. Désobéissance administrative en droit des étrangers et fragilisation du droit

En se hissant contre le droit des étrangers, la désobéissance contribue, en premier lieu, à fragiliser le droit positif dans sa globalité. En effet, au prisme d'une analyse largement inspirée de la conception allemande du *Rechtsstaat*, la désobéissance aux décisions de justice révèle, en arrière-plan, une tendance, que l'on relativisera, à

⁷⁰⁰ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, op. cit., p. 31.

⁷⁰¹ C. DE REYDET DE VULPILLIÈRES, *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, op. cit., p. 22.

⁷⁰² D. LOCHAK., *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 9.

la négation du droit public lui-même (1). Par ailleurs, la transgression répétée par l'agent conduit à un engorgement des tribunaux, susceptible de fragiliser l'effectivité du contrôle juridictionnel dans son ensemble (2).

1. La négation du droit par l'atteinte à l'autorité de la chose jugée : la conception allemande du *Rechtsstaat*

Désobéissance et rejet du droit public : la conception allemande du droit. Selon une approche allemande de l'État de droit, qui identifie étroitement le droit à l'intervention du juge, le refus d'exécuter une décision juridictionnelle revient à nier l'existence même du droit public. L'affirmation peut sembler triviale, dans la mesure où toute désobéissance constitue un refus du droit positif. Mais ici, il s'agit d'un second temps de la désobéissance : celui où l'on ne conteste plus seulement la norme, mais l'autorité de la chose jugée elle-même.

Dans cette hypothèse, l'agent érige alors sa première décision en décision irréfragable, opposable au juge comme à l'étranger. Or, au prisme de la théorie allemande du *Rechtsstaat*, l'idée est alors de dire que les effets juridiques de la désobéissance dépassent la simple méconnaissance ponctuelle d'une norme, car c'est l'ordre juridique lui-même qui s'en trouverait fragilisé. Car le droit, dit Bähr, reste *muet*, sans « *lien avec la vie* »⁷⁰³, s'il ne trouve pas à disposition un juge en vue de sa réalisation. Dès lors, en hissant contre l'étranger et le juge un mur impénétrable, l'agent rejette le droit ; puisque « *rejeter l'office du juge, c'est rejeter le droit* »⁷⁰⁴. En adoptant une telle attitude, il refuse la « *reconnaissance du droit public comme droit* »⁷⁰⁵, dans la mesure où, voyant les faibles incidences contentieuses de son premier acte, « *la seule crainte du contrôle [n'est plus] de nature à induire une attitude respectueuse à l'égard de la loi* »⁷⁰⁶. Autrement dit, la première désobéissance à la décision est alors susceptible d'encourager une seconde à la norme. Le cercle est sans fin.

Désobéissance et rejet du droit public : critique de la conception allemande. Loin s'en faut, la désobéissance de l'agent en droit des étrangers ne porte pas en elle la fin du droit public. Si l'exécution des décisions de justice y est parfois moins fréquente qu'ailleurs, la règle générale demeure leur mise en œuvre effective.

Au demeurant, cette assimilation du droit au juge, bien que permettant d'alerter sur certains risques de l'acte désobéissant, reste néanmoins en partie critiquable. Elle supposerait en effet que la norme, avant l'intervention hypothétique du juge, n'est qu'un enchaînement de mots, sans force contraignante, ni même

⁷⁰³ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, Aalen Scientia, 1961, p. 12.

⁷⁰⁴ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, F. DREYFUS (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 1, 2002, p. 83.

⁷⁰⁵ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁰⁶ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, *op. cit.*, p. 87.

aucune autonomie ; que l'agent peut choisir de lire ou de ne pas lire, d'appliquer ou de ne pas appliquer. Elle supposerait un choix souverain de l'agent à l'égard de la loi⁷⁰⁷. Il faudrait, dans ces circonstances, s'en remettre à ses « garanties politiques et éthiques »⁷⁰⁸. Or le droit existe évidemment hors des tribunaux ; il s'incarne au quotidien dans les pratiques des administrations, soumises au principe de légalité. C'est ici la seule force de la réalité qui conduit à relativiser l'assimilation du juge au droit ; d'autant que le juge n'est jamais qu'une institution qui procède de la norme elle-même.

En dépit des critiques, cette conception permet toutefois de mettre en lumière les potentielles conséquences des désobéissances sur les institutions. D'abord, ils affaiblissent le juge, incapable de franchir le mur administratif. À l'extrême, la désobéissance permet ainsi de se rendre compte de ce que « *le juge sera incapable de s'opposer avec succès à des dérives [...] à moins de bénéficier d'un soutien politique plus large* »⁷⁰⁹, mais nous reviendrons sur la fragilisation du juge dans un ultime temps. Surtout, ils fragilisent le droit lui-même, lequel est finalement tributaire, même après censure juridictionnelle, de la volonté de l'agent de l'appliquer. Multirécidiviste, l'agent désobéissant à la décision de justice renforce l'idée selon laquelle « *la garantie ultime du droit ne peut être que morale* »⁷¹⁰.

Le droit en ressort d'autant plus affaibli que l'ampleur des illégalités en droit des étrangers provoque un engorgement des juridictions, altérant ainsi la qualité même de la justice (2).

2. *La dégradation de la qualité de la justice administrative, par la massification du contentieux des étrangers*

Contentieux de masse et qualité de la justice. Souvent qualifié de contentieux de masse, le droit des étrangers domine largement l'activité des juridictions administratives, représentant plus de 50 % des affaires dans certaines cours administratives d'appel⁷¹¹. Cette massification a ainsi nécessité de nombreuses adaptations des règles contentieuses, afin de répondre à la pression croissante. Toutefois, ces ajustements procéduraux n'ont pas suffi à enrayer la tendance, le volume d'affaires continuant d'augmenter de manière constante. Sous l'effet de cette dynamique, le juge se voit contraint d'adapter son activité. Or, cette adaptation semble engendrer, en partie et indépendamment de sa volonté, un affaiblissement de la qualité de la justice rendue. En effet, la prépondérance

⁷⁰⁷ V. en ce sens la critique de L. HEUSCHLING(*État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, op. cit., p. 85 à 86).

⁷⁰⁸ J.-F. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, tome 3, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1878, p. 256.

⁷⁰⁹ L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, op. cit., p. 94.

⁷¹⁰ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, op. cit., p. 120.

⁷¹¹ CE, Rapport adopté par l'Assemblée générale, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers, op. cit., p. 9 : « *en 2019, il a représenté plus de 40 % des affaires enregistrées devant les tribunaux administratifs, soit 94 260 affaires, et plus de 50 % de celles enregistrées devant les cours administratives d'appel, soit 18 086 affaires* ».

du contentieux des étrangers tendrait à monopoliser l'attention et les ressources juridictionnelles, reléguant les autres matières au second plan. À cet égard, l'intitulé du dernier rapport du Conseil d'État en droit des étrangers, « *simplifier le contentieux des étrangers, dans l'intérêt de tous* », est révélateur : la place dominante du contentieux des étrangers en juridiction doit être réduite, dans l'intérêt de tous.

Il demeure, en tout état de cause, difficile de mesurer précisément l'impact de cette massification sur la qualité intrinsèque de la justice administrative, d'autant que les effets les plus délétères se font surtout sentir sur le plan psychologique et organisationnel des magistrats, deux paramètres hors de portée. Mais le constat du découragement des magistrats et de la perte de sens de leur profession semble unanimement rapporté. En ce sens, le rapport Mazeaud reconnaît que ce découragement « *met en péril la qualité du recrutement dans les tribunaux, les candidats de haut niveau étant d'ores et déjà rebutés par l'envahissement de ce contentieux* »⁷¹². Ce même rapport affirme également qu'une telle massification constitue une « *atteinte à l'État de droit* »⁷¹³, d'une part, car elle produit un effet d'éviction à l'égard des autres contentieux lesquels font l'objet de délais de jugement plus importants ; d'autre part, car elle empêche de contrôler efficacement la légalité de l'action administrative.

Contentieux de masse et désobéissance. Au risque d'imputer à tort au contentieux des étrangers la responsabilité de certains dysfonctionnements, il convient de mieux mesurer ses effets sur la qualité de la justice administrative. Ce qui est certain, c'est que les exigences de célérité et d'efficacité s'en trouvent altérées, ce qui constitue, en soi, un indicateur préoccupant de la qualité de la justice. Il est également probable que cette massification dissuade certains candidats, aux portes des concours, de s'engager dans une carrière juridictionnelle.

Ce qui est en revanche plus incertain, voire erroné, c'est que la massification du contentieux conduirait, mécaniquement, à une détérioration des décisions de justice. En tout état de cause, « *la qualité de la décision, de l'application du droit ou du contrôle exercé sur la mise en œuvre de l'intérêt général [...] n'a jamais été sérieusement mise en cause, sauf dans de très rares cas* »⁷¹⁴ ; ce qui signifie que c'est plus la qualité extrinsèque de la justice administrative qui est affectée par cette tendance.

B. Désobéissance administrative en droit des étrangers et fragilisation du juge

En faisant obstacle ponctuellement à l'application du droit des étrangers, l'acte désobéissant contribue, en dernier lieu, à fragiliser la position du juge des étrangers. En effet, placé au cœur de ces désobéissances, le juge

⁷¹² Rapport *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, 2008, p. 64.

⁷¹³ Rapport *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, op. cit., p. 63.

⁷¹⁴ J.-M. SAUVÉ, « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », in, coll. organisé à l'occasion du X^e anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 2011, p. 4.

endosse, malgré lui, un rôle d'arbitre de questions hautement politiques, mais surtout hautement politisées (1), qui contribuent, *in fine*, à en faire un sujet de critiques (2).

I. L'investissement politique du droit des étrangers

L'investissement politique du droit. Affirmer du droit des étrangers qu'il est politiquement investi suggérerait que le droit puisse être un outil utilisé par l'État pour mettre en œuvre ses intentions politiques. Le droit serait, en d'autres termes, le langage par lequel l'État exprime ses convictions politiques.

Cette affirmation paraît sans doute naïve, puisque le développement d'une science du droit entend justement soustraire du droit ses aspects politiques et moraux afin d'en faire un terrain neutre de toute considération d'ordre axiologique. En ce sens, comme l'écrit Bourdieu⁷¹⁵, le droit tire sa force et son efficacité symbolique de son formalisme rationnel, autrement dit, de cette neutralisation axiologique. Toutefois, comme vu en première partie, cette idéologie de l'indépendance du droit⁷¹⁶ n'est précisément qu'une idéologie, en ce sens qu'elle est une construction humaine, pouvant alors tout à fait être déconstruite. C'est dans cette dernière mesure qu'Alexis de Tocqueville affirmait que l' « *on n'a pas assez cherché [...] à bien définir les rapports qui doivent exister entre le droit administratif et le droit politique. [...]. C'est là une question d'un intérêt immense [...] pour tous ceux qui tiennent l'indépendance de leur pays* »⁷¹⁷.

À rebours de l'approche positiviste du droit, il semble nécessaire de rappeler que le droit, plus qu'un instrument neutre, constitue une « *ressource dans le jeu politique* »⁷¹⁸. En effet, le politique précède nécessairement le droit, puisqu'au sein de tout ordre juridique positif, c'est le politique qui produit, formalise et consacre les normes⁷¹⁹. Ce qui signifie que toute norme juridique trouve son origine dans une intention politique. La distinction entre norme et conviction politique repose alors sur l'habillage rationnel que le droit confère à cette dernière. Mais, à ne pas se méprendre, toute armature juridique d'une conviction ne saurait

⁷¹⁵ P. BOURDIEU, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, p. 8.

⁷¹⁶ P. BOURDIEU, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 3.

⁷¹⁷ A. TOCQUEVILLE, « Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel intitulé « Cours de droit administratif », in, *Oeuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, Vol. 9, M. Lévy frères, 1866, p. 73.

⁷¹⁸ J. COMMAILLE, « De la “sociologie juridique” à une sociologie politique du droit » in Jacques Commaille Laurence Dumoulin et Cécile Robert (Dir), *La juridification du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, 2000, p. 34.

⁷¹⁹ En ce sens, M. FOUCAULT affirme que « *l'exercice du pouvoir se formule toujours avec le droit* » (M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 115).

jamais pleinement masquer sa construction politique⁷²⁰, car c'est dans et par celle-ci que le politique peut se déployer⁷²¹.

Il convient toutefois de mesurer cette affirmation, car l'existence même d'un cadre juridique permet de réduire significativement « *l'espace des possibles* »⁷²² politiques, en imposant aux dirigeants certaines barrières dont ils peuvent difficilement se défaire.

L'investissement politique du droit des étrangers. Si la fabrication du droit procède de « *tout un travail politique* »⁷²³, il en va probablement à plus forte raison du droit des étrangers, dont la dimension politique n'a cessé d'être mise en évidence au fil de cette étude. Il apparaît en effet que l'extrême politisation de cette matière a continuellement, et irrésistiblement, court-circuité chacune des analyses juridiques que nous voulions pourtant faire. Jamais il n'a été possible d'envisager les fondements de la désobéissance, du pouvoir discrétionnaire de l'administration ou encore des remèdes institutionnels et juridictionnels, sans ériger en principale limite cette extrême politisation. À l'origine de cette difficulté se trouve un rapport étroit, déjà évoqué, entre souveraineté et migration, qui repose sur une construction historique bien ancrée : celle du lien entre l'État et ses nationaux. Dans cette perspective, l'étranger, extérieur à la communauté souveraine, ne peut qu'être juridiquement subordonné à l'État, en vertu du principe selon lequel « *il appartient à chaque État de déterminer quels sont ses nationaux* »⁷²⁴.

On comprend alors que le droit des étrangers se distingue des autres branches du droit par un investissement politique particulièrement prononcé. Or, subséquemment, c'est le juge des étrangers qui a lui-même été investi politiquement, d'autant plus par la prolifération des actes désobéissants (**B**).

2. *Émergence d'une critique politique du juge des étrangers*

Le juge des étrangers, obstacle à la politique migratoire. Parce qu'il s'immisce dans une compétence hautement politique et souveraine, le juge est alors perçu comme une menace potentielle. Il dérange, car il entrave le plein déploiement des politiques migratoires ; et parce qu'il dérange, il est critiqué, voire ses décisions ne sont pas respectées. Ainsi, lorsqu'il était question d'expulser le ressortissant ouzbek, nonobstant l'injonction contraire du Conseil d'État, le président de la région Auvergne-Rhône-Alpes déplorait ladite décision, y voyant

⁷²⁰ En ce sens, F. SAVERIO NISIO explique que « *les lois sont déterminées par le milieu où elles naissent* » (F. SAVERIO NISIO, *Jean Carbonnier, Regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, 2005, p. 32).

⁷²¹ J. CHEVALLIER, T. PERROUD, J. CAILLOSSE, D. LOCHAK, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 26.

⁷²² P. BOURDIEU, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, p. 3.

⁷²³ J. CHEVALLIER, T. PERROUD, J. CAILLOSSE, D. LOCHAK, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 26.

⁷²⁴ H. FULCHIRON, *La nationalité française*, PUF, 2000, p. 26.

un symbole de ces « verrous juridiques qui [...] condamnent toutes les bonnes volontés à demeurer inéluctablement le parti de l'impuissance »⁷²⁵. De même, dans plusieurs rapports annuels présentés au Parlement sur la politique migratoire, les annulations contentieuses des procédures d'éloignements sont présentées comme un obstacle majeur, identifiées comme la cause de « x % des échecs enregistrés »⁷²⁶. Une telle présentation illustre alors le fait que le juge est perçu comme un pouvoir encombrant. Une perception que Danièle Lochak qualifie de « curieuse [...] dans un État de droit »⁷²⁷.

Par l'édiction d'un acte désobéissant, dont il est certain qu'il sera contesté par l'étranger, l'agent place alors le juge dans une position d'arbitre de conflits politiques. Sa décision, quelle qu'elle soit, l'expose à des critiques, d'un côté de l'échiquier politique comme de l'autre. En somme, l'agent déneutralise le juge.

Le cas de la loi du 26 janvier 2024 en fournit une illustration si paradigmique qu'elle en devient particulièrement préoccupante. Saisi le 26 décembre 2023, dans le cadre du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été contraint de statuer sur la constitutionnalité d'un projet de loi largement polémique, dans un délai court qui n'a pas permis l'essoufflement des controverses, alors même qu'il était reconnu par son auteur lui-même que certaines dispositions étaient manifestement contraires à la Constitution⁷²⁸. Jamais il n'était arrivé dans l'histoire du Conseil constitutionnel, ni même dans celle du juge administratif, que des barricades soient hissées devant le Palais de la rue Montpensier, et que des Compagnies républicaines de sécurité en assurent la sécurité des lieux.

Ainsi poussé dans l'arène politique, le juge des étrangers fait l'objet d'une surexposition médiatique et devient la cible de critiques virulentes, qui « diffusent [tel] un poison lent [et] qui contamine les citoyens »⁷²⁹. Or, la situation semble appelée à se répéter, notamment pour le juge constitutionnel, à la lumière de la proposition de loi visant à interdire le mariage des personnes en situation irrégulière⁷³⁰ ; ou encore du prochain projet de loi sur l'immigration, pour lequel le ministre de l'Intérieur a déclaré ne vouloir se fixer « rien s'interdire, aucun tabou »⁷³¹, ce qui pourrait se traduire par des dispositions contraires à la Constitution. Dans tous les cas, le juge

⁷²⁵ Poste du 11 décembre 2023, sur le réseau social X, profil de Laurent Wauquiez.

⁷²⁶ *Les orientations de la politique de l'immigration - Quatrième rapport établi en application de l'article L.111-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, remis le 28 décembre 2007, p. 153 ; *Les orientations de la politique de l'immigration - Cinquième rapport établi en application de l'article L.111-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, p. 102.

⁷²⁷ D. LOCHAK, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *op. cit.*, p. 714.

⁷²⁸ Le ministre de l'Intérieur alors en poste avait en effet admis devant le Sénat « des mesures sont manifestement et clairement contraires à la Constitution. Le travail du Conseil constitutionnel fera son office, mais la politique ce n'est pas être juriste avant les juristes » (*Tribune du Sénat*, 19 décembre 2023).

⁷²⁹ N. HERVIEU, « Résistance au(x) droit(s) », *Gaz. Pal.*, 2024, n° GPL46817, p. 1.

⁷³⁰ On renvoie ici à ce qui a été dit en première partie, sur l'inconstitutionnalité, en l'état actuel, d'une telle proposition.

⁷³¹ V. en ce sens l'article paru au journal *France Info*, 14 novembre 2024, « *Loi immigration : "On ne s'interdit rien, aucun tabou"*, confirme le ministère de l'Intérieur ».

devra nécessairement y répondre, et encaisser de nouvelles critiques ; jusqu'à ce que réapparaisse la traditionnelle dénonciation du gouvernement des juges.

Le juge des étrangers, obstacle à la démocratie. Cette critique, qui a le plus souvent une connotation péjorative⁷³², s'ancre dans l'idée selon laquelle le juge s'arrogerait un rôle qu'il ne devrait pas avoir, et vole, en définitive, la démocratie aux citoyens. Elle tend, de manière inquiétante, à fragiliser l'institution. C'est peut être ici la conséquence indirecte la plus préoccupante de la désobéissance en droit des étrangers : en imputant au juge un tel rôle sa critique se diffuse, jusqu'à mettre en péril sa légitimité et, partant, son existence. Le juge « pollue »⁷³³ la démocratie. Cette idée, particulièrement dangereuse, imprègne progressivement la logique politique, et se hisse inconsciemment dans l'esprit collectif.

Le Conseil supérieur de la magistrature lui-même s'en est récemment inquiété, dénonçant « *la multiplication et de la répétition de ces attaques et dès lors l'écho qu'elles trouvent aujourd'hui dans l'opinion publique* »⁷³⁴. Attaques qui, au demeurant, sont le fait de hauts fonctionnaires et de personnalités politiques⁷³⁵, c'est-à-dire d'individus dont la haute compétence intellectuelle est souvent reconnue, et confère à leurs propos un certain crédit.

Plus largement, c'est alors le droit lui-même qui est se hisse contre la démocratie. Les « *verrous juridiques* »⁷³⁶ sont alors envisagés comme des obstacles, qui paralySENT l'action politique. C'est dans cette dynamique que l'actuel ministre de l'Intérieur plaide pour un un État de droit qui ne soit ni intangible, ni sacré⁷³⁷ ; en somme d'un droit qui soit malléable sous les volontés politiques des uns, et des autres. Mais affirmer cela, c'est oublier que la complexité du droit n'est jamais qu'un moyen de garantir aux étrangers l'accès à leurs droits ; *curieuse conception de l'État de droit*.

Cette posture politique comporte alors un risque, non négligeable, de mimétisme, capable d'éroder la confiance des citoyens dans le Droit ; confiance déjà largement fragilisée par son inaccessibilité.

⁷³² M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in, *Gouvernement des juges et démocratie*, Science politique, 2001, pp. 22-23.

⁷³³ D. ROUSSEAU, tribune parue au journal *Libération*, 11 avril 2024, « Non, le droit ne pollue pas la démocratie, il la rend possible ».

⁷³⁴ *Rapport annuel d'activité 2023* du Conseil supérieur de la magistrature, du 9 juillet 2024, p. 11

⁷³⁵ Selon les propos de C. SOULARD, Premier président de la Cour de cassation, et président du Conseil supérieur de la magistrature. Les propos sont disponibles sur l'article paru au journal *Affiches parisiennes*, 11 juillet 2024, « *Le Conseil supérieur de la magistrature tire la sonnette d'alarme* ».

⁷³⁶ Propos tenu lors d'un entretien, disponible sur le site du parti Les Républicains, le 13 juillet 2023, « Laurent Wauquiez : “Dans l'intérêt de la France, il faut faire l'union sacrée autour de mesures fortes sur l'immigration, la sécurité et le mérite” ».

⁷³⁷ Propos tenus lors d'un entretien donné au *Journal du Dimanche*, 28 septembre 2024, « Bruno Retailleau au JDD : “Il faut renverser la table en mémoire de Philippine” ».

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

Durant son existence juridique, et par-delà même son existence juridique, la désobéissance produit une pluralité d'effets, qui se déploient, dans l'immense majorité des cas, au détriment de l'étranger.

En effet, même dans les cas où elles sont pensées comme favorables, le constat est celui d'un écart considérable entre la visée initiale de l'acte et sa portée réelle. En théorie, un tel acte peut produire deux types d'effets distincts : il prend la forme soit d'une désobéissance réformatrice, cherchant à encourager une amélioration structurelle du système ; soit d'une désobéissance préservatrice, orientée vers la protection ponctuelle de l'étranger contre une norme jugée injuste. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, les effets positifs demeurent fortement relativisables, à l'exception, peut-être, des mesures de régularisation, dont on peut cependant douter aujourd'hui qu'elles soient encore désobéissantes.

Le plus souvent néanmoins, l'acte n'est pas tourné vers l'intérêt de l'étranger. Il tend plutôt à satisfaire une conviction personnelle de l'agent, dont la teneur exacte échappe bien souvent à l'observation. Cet acte produit alors deux effets principaux. D'une part, il précarise la situation de l'étranger, c'est là son effet le plus immédiat et visible, qui emporte par ricochet une atteinte à l'État de droit dans sa dimension substantielle. D'autre part, plus insidieusement, il fragilise l'ordre juridique lui-même, en projetant l'image d'un droit malléable selon les volontés des uns et des autres. Dans ce cadre, le droit et le juge sont publiquement présentés comme des obstacles à l'action politique, ce qui affecte alors, plus profondément, l'État de droit en son sens formel, voire l'architecture institutionnelle elle-même. Cette conséquence, peut-être plus diffuse, ne doit pas être négligée ; car il est nécessaire de rappeler que lorsque le droit s'effondre, c'est toujours l'arbitraire qui, en définitive, en sort triomphant.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'ambition de cette étude était de s'essayer à une conceptualisation de la désobéissance administrative, à travers l'exemple du droit des étrangers.

Il apparaît que, à l'instar d'une désobéissance civile, elle trouve toujours sa source dans une volonté individuelle, celle de l'agent qui en est l'auteur. Car l'agent, malgré son intégration dans la fonction publique, demeure un individu capable de faire prévaloir une volonté personnelle. À plus forte raison en droit des étrangers, lequel lui confère de larges pouvoirs, et, probablement, un sentiment de puissance renforcé par la vulnérabilité de l'étranger. En revanche, plus singulièrement, le sentiment d'injustice, traditionnellement rattaché à la désobéissance, n'occupe ici qu'une place marginale. Le plus souvent, l'acte est surtout un moyen pour l'agent de satisfaire un but que l'on peut qualifier de dévoyé, en ce sens qu'il semble étranger à toute cause qui serait communément, voire unanimement, jugée juste ou légitime.

Dans cette perspective, si la désobéissance civile suppose la confrontation du droit positif à un droit naturel — entendu comme celui « *que chaque individu possède du fait de son appartenance à l'humanité et non du fait de la société dans laquelle il vit* »⁷³⁸ —, la désobéissance administrative produit en réalité l'effet inverse : elle prive l'étranger de droits que l'on pourrait considérer comme universels. Tel est notamment le cas du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, reconnu comme intangible par la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui cède face à la volonté contraire d'un ministre de l'Intérieur. C'est là le premier effet juridique de la désobéissance : elle précarise de manière significative la situation de l'étranger, un phénomène qui découle sans doute de la distinction juridique et politique opérée entre lui et les nationaux.

Il devient alors évident que ces actes ne s'accomplissent pas seulement au niveau le plus bas de l'administration mais se hissent jusqu'à son sommet. Ils trouvent leur origine dans un sentiment politique partagé, ce qui rend leur résorption d'autant plus complexe. Ces excès de gouvernements ont des répercussions profondes, car il est probable que les agents, en observant les pratiques de leurs supérieurs, s'arrogeront à leur tour la possibilité de désobéir. Cette tentation est d'autant plus forte dans un contexte où le paradigme politique et juridique d'une immigration choisie⁷³⁹ et maîtrisée⁷⁴⁰ entraîne nécessairement une manifestation de volonté de leur part.

⁷³⁸ Définition du dictionnaire juridique de Serge Braudo.

⁷³⁹ Déclaration de M. N. SARKOZY, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire et président de l'UMP, sur les propositions de l'UMP en matière d'immigration, d'intégration et d'emploi, à l'Assemblée nationale le 9 juin 2005.

⁷⁴⁰ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

C'est ici que réside la deuxième singularité de la désobéissance en droit des étrangers : bien qu'elle constitue une transgression manifeste du droit positif, celui-ci, par son illisibilité et les pouvoirs qu'il confère aux administrations, apparaît paradoxalement comme un facteur intrinsèquement génératriceur de tels comportements.

Dès lors, malgré les efforts de judiciarisation, il semble que le droit des étrangers soit toujours affaire de volonté politique, même diffuse. Ce qui s'inscrit dans une dynamique plus globale d'investissement politique du droit, paradigmatisé par le souhait exprimé par l'actuel ministre de l'Intérieur de rendre l'État de droit tangible. Le deuxième effet de la désobéissance est alors de fragiliser le droit, et les garanties qu'il contient. Autrement dit, elle rend compte de ce que le droit est « *impuissant à établir le point que ne veut franchir le pouvoir souverain* »⁷⁴¹.

Au cœur de ces logiques politiques, le juge se trouve dans une situation fort délicate. Comment, en effet, faire respecter la règle de droit, déjà lacunaire, par chaque agent, lorsqu'il existe un sentiment politique contraire, partagé par l'ensemble de l'institution ? Le contrôle juridictionnel ne peut tout faire.

Ainsi, malgré l'intensification du contrôle juridictionnel, celui-ci demeure partiellement inachevé dans son exercice, la critique planant toujours au-dessus du juge, telle une épée de Damoclès. Sous l'effet des désobéissances, la distinction entre politique et justice⁷⁴² s'amenuise, et le juge, en droit des étrangers, endosse un rôle qui l'oblige à arbitrer dans une zone où les frontières entre ces deux sphères sont floues. Cela permet de comprendre pourquoi les moyens principalement retenus par le juge tendent à neutraliser toute dimension volitive de l'acte, alors même qu'il semble avoir parfaitement conscience de ces désobéissances. En effet, bien que noyé dans la masse d'informations contenues dans ses rapports d'activité⁷⁴³, il souligne régulièrement qu'il perçoit, spécifiquement en droit des étrangers, que l'administration, parfois, choisit délibérément de ne pas respecter la norme.

Dans cette perspective, si le détournement de pouvoir apparaît hors de portée, mais que le juge a toutefois conscience des volontés dissidentes des agents, le vice de désobéissance pourrait constituer une alternative intéressante. Plus englobante, cette qualification permettrait de mieux appréhender la dimension transgressive de certaines pratiques administratives. Peut-être moins stigmatisante que le détournement de pouvoir, elle permettrait en outre de responsabiliser davantage les agents, en les dissuadant d'une nouvelle

⁷⁴¹ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Forgotten Books, 1887, p 197.

⁷⁴² B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, LDGJ, 2015.

⁷⁴³ Est ici fait référence aux divers rapports, et actes de colloques, cités dans cette étude, rédigés par des juges administratifs.

désobéissance. Néanmoins, même ici, une critique pourrait émerger, car ce qui peut être considéré comme un vice bénin dans d'autres contentieux ne sera sans doute pas considéré de la même manière en la matière.

Par conséquent, si le droit des étrangers constitue un terrain d'observation particulièrement éclairant pour analyser les conditions d'émergence des désobéissances administratives, son indéniable charge politique semble faire obstacle à toute consécration juridictionnelle du vice de désobéissance, alors même que l'intérêt de sa reconnaissance semble désormais certain.

BIBLIOGRAPHIE :

I. OUVRAGES

ALLAND (D), *Manuel de droit international public*, PUF, 2014, 394 p.

BÄHR (O.), *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, Aalen Scientia, 1961, 226 p.

BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », PUF, 1994, 512 p.

BERGSON (H.), *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, 1932, 346 p.

BEUDANT (C), *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Éd. Arthur Rousseau, 1891, 288 p.

BINET (J.-R.), *Droit et progrès scientifique*, PUF, 2002, 299 p.

BLOCH-LAINÉ (F) et **GRUSON** (C), *Hauts fonctionnaires sous l'Occupation*, Odile Jacob, 1996, 284 p.

CAILLOSSE (J.), **CHEVALLIER** (J.), **PERROUD** (T.), **LOCHAK** (D.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, 1086 p.

CAMUS (A.), *L'État de siège*, Folio Gallimard, 1949, 224 p.

CARRÉ DE MALBERG (R.) :

- *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, tome 1, 837 p.
- *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1922, tome 2, 638 p.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e Éd., 2001, 490 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 2001, 1140 p.

COMMALLE (J.), **DUMOULIN** (L.), **ROBERT** (C.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, 2000, 232 p.

CONTAMIN (J.-G.), **SAADA** (E.), **SPIRE** (A.), **WEIDENFELD** (K.), *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, La Documentation française, 2009, 187 p.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, LGDJ, 1990, 412 p.

DEBBASCH (C.) :

- *Institutions et droit administratifs*, tome 1, PUF, 1976, 367 p.
- *Science administrative*, Dalloz, 5^e Éd., 1989, 622 p.

EISENMANN (C.) :

- *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, 330 p.
- *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, 2014, 790 p.
- *Cours de droit administratif*, tome 2, LGDJ, 2014, 910 p.

DIDEROT (D.), **d'ALEMBERT** (J.) :

- *L'Encyclopédie*, tome 5, Robert Laffont, 1755, 570 p.
- *L'Encyclopédie*, tome 8, Briasson David, Le Breton & Durant, 1766.

DRAHY (J.), *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, L'Harmattan, 2004, 370 p.

DUGUIT (L.) :

- *Le mandat de droit public et la théorie juridique de l'organe*, Fontemoing, 1902, 28 p.
- *L'État, le droit objectif, et la loi positive*, Dalloz, rééd. 2003, 636 p.
- *L'État, les gouvernants, et les agents*, Dalloz, 2005, 790 p.
- *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, Éd. de Boccard, 1928.

ESMEIN (A.), *Éléments de droits constitutionnels*, Éd. Panthéon-Assas, 2001, 1269 p.

FOUCAULT (M.) :

- *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, 224 p.
- *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Seuil, 2004, 368 p.

GERBER (C.-F.), *Grundzüge der deutschen Staatsrechts*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1880, 264 p.

GUGLIELMI (G.), **KOUBI** (G.), **LONG** (M.), *Droit du service public*, LGDJ, 2016, 896 p.

GUYOMAR (M.), **SEILLER** (B.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 5^e Éd., 2019, 642 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e Éd., 2002, 1150 p.

HOBBS (T.), *Léviathan*, Dalloz, 1999, 780 p.

JELLINEK (G.)

- *Gesetz und Verordnung*, Forgotten Books, 1887, 437 p.
- *L'État moderne et son droit*, tome 2, Éd. Panthéon-Assas, 2005, 576 p.

KELSEN (H.), *La Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, trad. C. EISENMANN, 376 p.

LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2, 1^{re} Éd., 1888, 722 p.

LOCHAK (D.), *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985, 256 p.

LOTI (P.), *Mon frère Yves*, Calmann-Lévy, 1883, 423 p.

MATHIEU (B.), *Justice et politique : la déchirure ?*, LDGJ, 2015, 192 p.

MAYER (O.), *Le droit administratif allemand*, tome 1, Giard & Brière, 1903, 399 p.

MEINECKE (F.), *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des Temps modernes*, Bibliothèque des lumières, 1973, 396 p.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome 1, LGDJ, 1906, 560 p.

MOREAU (F.) :

- *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français*, Fontemoing, 1902, 534 p.
- *Manuel de droit public français*, Vol. 2, Fontemoing, 1909, 1268 p.

OUDOT (P.), *Premiers essais de philosophie du droit*, Joubert, 1846, 415 p.

PETIT (J.), **FRIER** (P.-L.), *Droit administratif*, LGDJ, 18^e Éd., 2024, 812 p.

PICAVET (E.), *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, PUF, 2000, 136 p.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Seuil, trad. C. Audard, 1987, 672 p.

RIVERO (J.), *Droit administratif*, préf. de J. WALINE, Dalloz, 2011, 550 p.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 431 p.

ROUSSEAU (J.-J.) :

- *Du contrat social*, Livre I, Flammarion, 1762, 256 p.
- *Les Confessions*, Livre VIII, Launette & Cie, 1889, 648 p.

SAGLIO-YATZIMIRSKY (M.-C.) et **GALITZINE-LOUMPET** (A.), *Lingua (non) grata, Langues, violences et résistances dans les espaces de la migration*, Les Presses De L'Inalco, 2022, 422 p.

SAVERIO NISIO (F.), *Jean Carbonnier, Regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, 2005, 216 p.

STAHL (J.-F.), *Die Philosophie des Rechts*, tome 3, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1878, 766 p.

SPIRE (A.), *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, 406 p.

TCHEN (T.), *Droit des étrangers*, LexisNexis, 3^e Éd., 2024, 1720 p.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 9^e Éd., 2021, 552 p.

VIVEN (A.), *Études administratives*, tome 1, Guillaumin, 3^e Éd., 1859, 492 p.

WIHTOL DE WENDEN (C.), *La globalisation humaine*, PUF, 2009, 272 p.

WITTGENSTEIN (L.), *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2014, 380 p.

II. ACTES DE COLLOQUE

BELORGEY (J.-M.), « L'insuffisance des outils d'exécution », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, p. 265.

BLANC (Y.), « Des chiffres, sous la contrainte du droit », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, pp. 255-258.

DEREPAS (L.), in *60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, Conseil d'État, disponible en ligne, 2023, pp. 100-103.

EVEN (B.), « Les mutations du contentieux administratif des étrangers », in, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, pp. 319-338.

FERRE (N.), « Victoires volées », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, pp. 227-239.

GERRY-VERNIERES (S.), « Délimitations : les figures du “petit” droit », in *La qualité de la norme, l'élaboration de la norme*, Mare & Martin, 2016, pp. 95-105.

LE BARBIER (M.), « Actes – Les enjeux actuels » in *60 ans d'exécution des décisions du juge administratif*, in, coll. du Conseil d'État, 2023, pp. 104-112.

LOCHAK (D.) :

- « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in, *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 673-693.

- « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *in*, CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp.252-285.
- « Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration », *in*, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Cujas, 1978.
- « Loyal à qui, loyal à quoi ? Les marges de manœuvre du fonctionnaire entre devoir d'obéissance et fidélité à des valeurs », *in*, *Les figures de la loyauté en droit public*, Mare & Martin, pp. 487-502.
- « 30 ans de contentieux à l'initiative du GISTI » *in*, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, pp. 43-64.

MOREAU (G.), « Circulaires et droit », *in*, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz/Gisti, 2009, pp. 241-247.

MOREL (J.), **PAQUET** (V.), « Sur l'idéal de neutralité en recherche », *in*, *Et si la recherche scientifique ne pouvait pas être neutre ?*, 2017, pp. 55-66.

SAUVÉ (J.-M.), « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », *in*, *coll. organisé à l'occasion du Xème anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise*, 2011, pp. 1-11.

SICHLER-GHESTIN (F.), « Avant-Propos », *in*, *L'exécution des décisions du juge administratif*, 2017.

SLAMA (S.), « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires », *in*, *Geneviève Koubi, La littérature grise de l'administration: la grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, 2015, pp. 213-242.

TABUTEAU (D.), *Discours d'introduction du colloque sur l'intérêt général dans le cadre des entretiens du contentieux*, 28 novembre 2023.

TROPER (M.), **PFERSMANN** (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », *in*, *Gouvernement des juges et démocratie*, 2001, pp. 22-23.

TROUILLY (P.) « L'exécution des décisions du juge administratif : état des lieux et évolutions récentes », *L'exécution des décisions du juge administratif*, 2020.

III. THÈSES ET MÉMOIRES

BOUSSARD (S.), *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État – Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Y. GAUDEMEST (dir.), thèse de doctorat, droit, 2002.

DE FOURNOUX (L.), *Le principe d'impartialité de l'administration*, G. ECKERT (dir.), thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 2020, 504 p.

DE REYDET DE VULPIILLIÈRES (C.), *Les portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, C. LAZZERI, S. BARBOU (dir.), thèse de doctorat, philosophie, Université Paris Nanterre, 2019, 387 p.

DULOUTRE (M.), *L'application du droit des étrangers en préfecture : comment l'administration utilise la norme juridique dans les procédures relatives aux titres de séjour ?*, D. GUINARD (dir.), mémoire de recherche, droit, Institut d'Etudes Politiques de Grenoble, 53 p.

FORT (N.), *L'intérêt propre des personnes publiques*, M. UBAUD-BERGERON (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Montpellier, 2019, 750 p.

GOREL (L.-M.), *Le rôle du GISTI en matière de droit des étrangers*, rapport de stage, droit, Université de Toulon, 2016, 41 p.

GRABIAS (F.), *La tolérance administrative*, B. PLESSIX (dir.) thèse de doctorat, droit, Université de Lorraine, 2016, 634 p.

GROS (A.), *Survivance de la raison d'État*, H. BERTHÉLEMY (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris, Dalloz, 1932, 399 p.

HALBECK (M.), *L'État, son autorité, son pouvoir*, G.BURDEAU (dir.), thèse de doctorat, science politique, Institut d'études politiques de Paris, 1962, 651 p.

HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, F. DREYFUS (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 1, 2002, 746 p.

LE DÛ (G.), *La Protection des étrangers par le référé-liberté*, B. SEILLER (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 2019.

MAULIN (E.), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, S. RIALS (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 1997, 345 p.

MESTRE (A.), *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1899, 360 p.

POLUBOCSKO (N.), *L'inaction administrative*, D. TRUCHET (dir.), thèse de doctorat, droit, Paris 2, 1999.

IV. ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ABRAHAM (R.), « La Jurisprudence du Conseil d'État relative à la condition des étrangers », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2000, n° 13, pp. 23-48.

BARBIN (E.), « La désobéissance administrative », *Droit administratif*, 2024, n° 4, p. 39.

BARROIS DE SARIGNY (C.), « Le contrôle de la proportionnalité par le juge administratif », *Revue justice actualités*, 2020, n° 4, pp. 26-29.

BELORGEY (J.-M.), « Quand l'exil s'interprète mal », *Plein droit. Langues étrangères*, Ellipses, 2013, n° 98, pp. 24-26.

BERTHÉLEMY (H.), « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, pp. 226-227.

BEZANNIER (G.), « Attestation d'accueil : au bon vouloir des maires », *Plein droit*, Gisti, 2023, n° 136, pp. 40- 43.

BINSARD (R.), **BOUSQUET** (A.), **BRIHI** (S.), **MARTINE** (G.), « Secret-défense : la raison d'État et le droit », *Le droit en débats*, Dalloz (site internet), 2021.

BONICHOT (J.-C.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, Vol. 38, pp. 689-703.

BOUSSON (S.), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone », *AJFP*, 2003, n° 1 et n° 2, p. 34 et s.

BOURDIEU (P.), « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n° 64, pp. 3-19.

BRETONNEAU (A.), concl. sur CE, ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, *RFDA* 2018. p. 656.

CARRÉ DE MALBERG (N.), « Les fonctionnaires (civils) sous Vichy : essai historiographique », *Histoire@Politique*, 2007, n° 2, pp. 12-12.

CHABANOL (D.), « Le décret du 23 décembre 2006 : vers une refonte de l'accès au juge ? », *AJDA*, 2006, p. 377.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Penser l'efficacité de la norme », *Keio Hôgaku*, 2014, n° 29, pp. 368-378.

CHAUVaux (D.), « Les pouvoirs du juge des référés au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative », concl. sur CE, 18 juil. 2006, *Mme Elisondo-Labat*, n° 283474, *RFDA* 2007.

CHAUVET (C.), « Fonctionnaire, obéir / désobéir », *Pouvoirs*, 2015, n° 155, pp. 149-160.

CHEVALLIER (J.) :

- « Droit et État », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1986, n° 17, pp. 1-24.
- « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, 2011, n° 79, pp. 623-636.

CUSSET (P.-Y.), « Pauvreté et immigration », *Constructif. Mesures de la pauvreté, mesures contre la pauvreté*, 2022, n° 62, pp. 36-41.

DABIN (J.), « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », *Revue Philosophique de Louvain*, 1928, n° 20, pp. 418-461.

DECERF (P.), « H. Kelsen et divers auteurs » *Revue Philosophique de Louvain*, 1960, n° 60, pp. 645-648.

DELARUE (J.-M.), « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », in, R. ABRAHAM, P. BON, P. CASSIA, J.-C. BONICHOT (dir.), *Juger l'administration, administrer la Justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoule*, Dalloz, 2007, pp. 219-257.

DENIZOT (A.), « Les difficultés d'exécution pour le juge administratif », *Civitas Europa*, 2017 n° 39, pp. 87-97.

DONIER (V.), « Le droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence : une consécration en demi-teinte. », *RDSS*, 2010, n° 05, p. 800.

DUBOIS (L.), « Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », in, *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 437-438.

EL QADIM (N.), « Contentieux des étrangers et vague managériale au tribunal administratif de Paris », *Droit et société*, 2013, n° 84, pp. 313-338.

FOMBEUR (P.), concl. sur CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, *RFDA* 2003, n° 274.

FREUND (J.), *L'Année sociologique (1940/1948)*, PUF, 1973, Vol. 24, pp. 169-208.

GISTI, « Pas une chance pour la France » (édito), *Plein droit*, n° 143, 2024, pp. 3- 4.

GROS (D.), « Qu'est ce que le droit de résistance à l'oppression ? », in, *Le genre humain*, 2005 n° 44, pp. 11-30.

GUIONNET (G.), « DUBOIS (Vincent), La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère, Paris, Economica (coll. « Etudes politiques »), 1999, 208 pages, index. WELLER (Jean-Marc), L'État au guichet. Sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics, Paris, Desclée de Brouwer (coll. « Sociologie économique ») », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 1955, n° 49, ppp. 159-163.

HENRIOT (P.), « Droit des étranger·ères : de quoi « l'ordre public » est-il le nom ? », *Délibérée*, 2022, n° 17, pp. 59-66.

HERVIEU (B.), « Résistance au(x) droit(s) », *Gaz. Pal.*, 2024, n° GPL468l7, pp. 1-1.

HUMMEL (J.), « L'introuvable vérité du droit public ou l'éclipse du politique dans le discours juridique », *Droits*, 2005, n° 42, pp. 183-189.

JOSÉ FALCÓN (M), **TELLA** (M.-J.), « La désobéissance civile », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997, n° 39, pp. 27-67.

JOUANJAN (O.), « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2014, pp. 51-62.

KELSEN (H.) : « Das Wesen des Staates », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, n° 1.

LAACHER (S.), « L'hospitalité entre raison d'état et principe universel », in, *VEI, enjeux . Accueillir les migrants*, 2001, n° 125, pp. 11-23.

LAFAYX (J.-F.), « L'injonction au principal : une simplification de l'exécution ? », *Civitas Europa*, 2017, n° 39, pp. 109-128.

LE QUANG (J.-L.), « Haute police, surveillance politique et contrôle social sous le consulat et le Premier Empire (1799-1814) », *Annales historiques de la Révolution française. Révolution et environnement*, Armand Colin, 2020, n° 399, pp. 215-220.

LOCHAK (D.):

- « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in, *Le genre humain*, 1996, n° 30-31.
- « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *RFDA*, 2016, n° 159, pp. 701-713.

LYON-CAEN (G.), « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 1966.

MADELINÉ (C.), « L'étranger, un justiciable indésirable », *Plein droit*, 2023, n° 136, pp. 3-6.

MALVERTI (C.), concl. sur CE, 10 octobre 2023, n° 472831, M. B.

MARION (A.), « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 21-34.

MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n° 20.

MOLFESSIS (N.), « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », contribution au Rapport public du Conseil d'Etat *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, pp. 391-398.

MOUANNES (H.), « L'impartialité de la justice, une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2012, n° 91, pp. 281-298.

MULIER (T.), « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 2019, n° 3, pp. 579-607.

NEYRAT (A.), « Mineurs non accompagnés et inapplication du droit de la protection de l'enfance », in, *L'inapplication de la règle de droit*, Mare & Martin, 2020, pp. 79-88.

NOIREL (G), « Réfugiés et sans-papiers : la République face au droit d'asile XIX^e-XX^e siècle », *Population*, 1999, n° 54-4-5 pp. 823-824.

ORSONI (G.), « Citoyenneté et finances publiques. Regards comparés », *Revue française d'administration publique*, 2022, n° 182, pp. 475-489.

PENIGAUD DE MOURGUES (T.), **SALVAT** (C.), « Représenter la volonté générale : Rousseau et son héritage paradoxal. », *Les Défis de la représentation : langages, pratiques et figuration du gouvernement*, Classiques Garnier, 2018, pp. 115-137.

PERREAU (E.-H), « Le nouveau statut des juifs en France », *JCP, Doctrine*, 1941, n° 216.

PFERSMANN (O.), « Entre certitude morale et discontinuité stricte : la raison d'État en Allemagne après 1945 », *Cités. Secrets et raison d'État*, 2023, n° 94, pp. 81-94.

PICARD (E.), « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, Dalloz, 1999, n° spécial, Puissance publique ou impuissance publique, pp. 11- 20.

PICAVET (E.), « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », *Droit et philosophie*, 2004, n° 67, pp. 583- 605

PINA (S.), « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *Arch. Phil. Droit*, 2015, n° 58, pp. 373-392.

PONTIER (J.-M) :

- « Bien commun et intérêt général », *Les Cahiers Portalis*, 2017, n° 4, pp. 33-52.
- « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Recueil Dalloz*, 1998, 35, p. 327, pp. 327.

PROBST (J.), « Le droit et le contentieux des étrangers : enjeux, conflits et processus décisionnels », *Revue des Sciences Sociales*, 2009, n° 42, pp. 62-69.

QUINART (E.), « Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine », *Droits. Parenté, mœurs et droit*, 2020, n° 72, pp. 127-156.

RIALS (S.), « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », *Arch. Phil. Droit*, 1987, tome 32, pp. 189- 208.

RICOEUR (P.), « Étranger, moi-même », in, *L'Immigration : défis et richesses*, Bayard Éditions, Centurion, 1998, pp. 93-106.

RIVERO (J.) :

- « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1953, pp. 279-295.
- « Le juge administratif, un juge qui gouverne », in, *Pages de doctrines*, LGDJ, 1980, pp. 303-312.

RIVIÈRE (C.), « La contribution du Défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *Titre VII*, 2021, n° 6, pp. 58-66.

ROUSSEL (F.), « L'étrange relégation du contentieux des étrangers par l'administration », in, *Contributions à la journée d'étude organisée à l'ENS le 23 juin 2008*, disponible en ligne.

ROUQUET (F.), « L'épuration administrative en France après la libération, une analyse statistique et géographique », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1992, n° 33, pp. 106-117.

SPIRE (A.), « L'application du droit des étrangers en préfecture », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 2005, n° 69, pp. 11-37.

SUTTER (G.), « Utilité et limites des objectifs de valeur constitutionnelle sur le plan contentieux », *Titre VII*, 2022, n° 8.

VACHET (M.-S.), « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *L'Homme & la Société*, 2018, n° 206, pp. 265-287.

VEDEL (G.), « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1977, n° 2.

VIALA (A.) , « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, n° 67, pp. 95-117.

VIRALLY (M.), « L'introuvable « acte de gouvernement » », *RDP*, 1952, pp. 317-358.

WALINE (M.), « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *ECDE*, 1956, pp. 25-33.

V. RÉPERTOIRES, FASCICULES, DICTIONNAIRES

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, Dalloz, 2017, 579 p.

RIALS (S.), *Pouvoir discrétionnaire*, Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, 2019.

GONOD (P.), **GUYOMAR** (M.), « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2008.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	3
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
PARTIE I. GÉNÉALOGIE DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE EN DROIT DES ÉTRANGERS.....	28
Chapitre I. La difficile construction juridique de la désobéissance administrative.....	29
Section 1. La désobéissance administrative, un phénomène qui ne peut théoriquement exister.....	29
I. L'impossible désobéissance dans l'approche positiviste du droit.....	29
A. L'imperméabilité du positivisme à la critique de la règle de droit.....	30
1. L'objectivation de la norme dans l'approche kelsénienne du droit.....	30
2. L'impossible désobéissance dans la conception objective de la règle de droit.....	31
B. L'imperméabilité du positivisme à la critique administrative de la règle de droit.....	32
1. Le positivisme légaliste et la conception strictement exécutante de l'administration.....	32
2. Le positivisme kelsénien et la conception strictement juridique de l'administration.....	34
II. L'inadmissible volonté administrative de désobéir dans l'approche classique de l'administration.....	35
A. L'administration, entité au service de l'intérêt général.....	36
1. La prédominance de l'intérêt général dans la construction juridique de l'administration.....	36
2. La vocation à l'intérêt général, obstacle à l'admission de la volonté désobéissante.....	38
B. L'administration, entité autonome de la volonté de ses agents.....	39
1. La construction doctrinale d'une volonté étatique propre.....	39
2. L'effacement de la volonté de l'agent derrière celle de l'État.....	40

Section 2. Essai d'appréhension théorique de la désobéissance administrative	41
I. L'évolution des postulats doctrinaux : un cadre juridique plus ouvert à l'appréhension du phénomène.	42
A. La nécessaire critique de la règle de droit.....	42
1. La banalisation de la législation antisémite à travers l'approche positiviste du droit.....	42
2. La reconnaissance de la nécessaire, et irrésistible, critique de la règle de droit.....	43
B. Le développement d'une administration autonome du pouvoir législatif.....	45
II. Le développement d'une volonté administrative autonome.....	47
A. La reconnaissance progressive d'une volonté administrative propre.....	47
1. Une volonté étatique inséparable des volontés individuelles des agents.....	47
2. La reconnaissance d'une pluralité d'intérêts administratifs.....	49
B. Les modalités d'identification de la volonté administrative désobéissante.....	50
1. L'hypothèse marginale de la verbalisation de la volonté dissidente.....	51
2. L'identification de la volonté désobéissante à travers des indices factuels et concordants.....	52
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE.....	55

Chapitre 2. L'émergence de la désobéissance administrative dans l'ordre juridique.....	57
Section 1. L'exploitation des dysfonctionnements structurels par l'administration pour désobéir.....	57
I. La désobéissance permise par l'inaccessibilité normative et administrative.....	57
A. La désobéissance administrative permise par l'inaccessibilité du droit des étrangers.....	58
1. La méconnaissance de la norme par le ressortissant étranger.....	58
2. La méconnaissance de la norme par les administrations : une problématique contestable.....	60
B. La désobéissance administrative permise par l'opacité des pratiques administratives.....	62
1. L'opacité des pratiques administratives des services des étrangers.....	62
2. L'opacité comme facteur structurant de la prolifération des désobéissances.....	63
II. La désobéissance permise par l'impuissance administrative et individuelle.....	64

A. La désobéissance administrative fondée sur l'impuissance des services des étrangers.....	64
1. L'impuissance financière et juridique des services des étrangers.....	65
2. L'impuissance des services des étrangers, phénomène renouvelé.....	68
B. La désobéissance administrative permise par l'impuissance de l'étranger.....	69
1. Du difficile accès au droit par l'impuissance linguistique de l'étranger.....	70
2. Du difficile accès au juge par l'impuissance économique de l'étranger.....	72
 Section 2. La désobéissance immédiatement fondée sur une conviction personnelle	73
I. La désobéissance administrative fondée sur la liberté-souveraineté des services des étrangers.....	73
A. Les répercussions juridiques et politiques de la souverainisation de la question migratoire.....	73
1. La souverainisation de la question migratoire comme fondement du pouvoir discrétionnaire.....	73
2. La souverainisation de la question migratoire comme fondement d'une raison d'État.....	75
B. L'utilisation de la souveraineté d'État pour désobéir.....	77
1. L'utilisation des pouvoirs discrétionnaires à des fins désobéissantes.....	77
2. L'utilisation de la raison d'État à des fins désobéissantes.....	78
II. La désobéissance administrative fondée sur la liberté-autonomie des administrations décentralisées.....	81
A. La désobéissance administrative fondée sur le manque d'autonomie des collectivités.....	81
B. La désobéissance administrative permise par l'autonomie des collectivités.....	83
<i>CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE.....</i>	<i>85</i>

PARTIE II. L'ÉVOLUTION DE LA DÉSOBÉISSANCE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE.....

<i>Chapitre I. La difficile résorption de la désobéissance administrative.....</i>	<i>89</i>
Section 1. La difficile prévention de la désobéissance administrative : les mécanismes non juridictionnels.....	89
I. La voie de l'autorégulation, l'illusion d'une réponse institutionnelle efficace.....	89

A. L'amélioration de la qualité de la loi des étrangers.....	90
1. L'augmentation des contraintes légistiques pesant sur le législateur.....	90
2. La simplification — en demi-teinte — du droit par le pouvoir réglementaire.....	91
B. Les remèdes institutionnels à l'impuissance administrative et individuelle.....	93
1. L'adaptation des moyens de l'administration, solution partielle.....	93
2. L'adaptation de la procédure administrative et contentieuse, solution satisfaisante.....	95
II. La voie de l'extra-régulation, le rôle supplétif des entités indépendantes.....	97
A. Le rôle des entités indépendantes dans la visibilisation des pratiques administratives.....	97
1. Le rôle des entités indépendantes dans la révélation des dysfonctionnements structurels.....	97
2. Le rôle des médias dans la révélation des convictions personnelles des agents.....	99
B. Le rôle des entités indépendantes dans l'accès des étrangers à la justice.....	100
1. Le rôle des entités indépendantes en amont des recours contentieux.....	100
2. Le rôle des entités indépendantes au stade contentieux.....	102
Section 2 . La difficile censure juridictionnelle de la désobéissance administrative.....	104
I. La portée partiellement dissuasive du contrôle juridictionnel en droit des étrangers.....	104
A. La neutralisation de la volonté désobéissante à travers le contrôle de légalité externe.....	105
1. L'utilité mitigée du moyen d'incompétence en matière de désobéissance guichetièr.....	105
2. L'utilité mitigée du vice de procédure en matière de partialité administrative.....	107
3. L'utilité mitigée de l'exigence de motivation en matière de partialité administrative.....	109
B. Le contrôle de légalité interne de l'acte désobéissant, limité par son caractère politique.....	111
1. L'essor incontestable du contrôle de la légalité interne de l'acte désobéissant.....	111
a) La pertinence du détournement de pouvoir en matière de désobéissance flagrante.....	111
b) L'efficacité relative du contrôle de l'erreur de droit en matière de désobéissance.....	113

c) Le contrôle restreint des motifs de fait de l'acte désobéissant.....	115
2. Un essor limité par la politisation de la question migratoire.....	118
II. L'efficacité de la censure limitée par la désobéissance post-juridictionnelle.....	120
A. De l'usage systématique du pouvoir d'injonction par le juge des étrangers.....	120
1. Un usage encore modéré du pouvoir d'injonction en procédure normale.....	120
2. Un usage plus satisfaisant du pouvoir d'injonction en procédure d'urgence.....	123
B. La fréquence de la désobéissance post-juridictionnelle : l'inexécution des décisions de justice..	125
1. La faible efficacité de l'injonction face à l'impuissance de moyen de l'administration.....	125
2. La faible efficacité de l'injonction face à la mauvaise volonté de l'administration.....	127
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE.....	129

Chapitre II. Les effets juridiques de la désobéissance administrative.....	131
Section 1. La désobéissance administrative au service des droits des étrangers.....	131
I. De l'utilité marginale, voire contre-productive, de la désobéissance administrative à visée réformatrice.....	132
A. La désobéissance administrative à des fins revendicatives, une hypothèse rare.....	132
1. La désobéissance départementale dans l'accueil des mineurs non accompagnés.....	132
2. L'annonce départementale et communale du refus d'appliquer la loi du 26 janvier 2024.....	134
B. La désobéissance administrative à des fins revendicatives, une hypothèse contre-productive....	136
1. La contre-productivité des arrêtés de refus de prise en charge des mineurs isolés étrangers.....	136
2. Un contexte politique défavorable au succès de cette forme de désobéissance.....	137
II. De l'utilité limitée de la désobéissance administrative à visée préservatrice.....	138
A. La reconnaissance progressive de la nécessité de désobéir.....	138

1. L'émergence d'une critique de l'obéissance de l'administration aux lois vichystes	139
2. L'émergence du devoir de désobéissance en droit de la fonction publique.....	140
B. La désobéissance administrative, faible levier de protection des étrangers.....	142
1. L'admission exceptionnelle au séjour, acte désobéissant à des fins humanitaires.....	142
2. L'inexécution volontaire des OQTF, partiellement protectrice des étrangers.....	144
 Section 2. La désobéissance administrative au mépris des droits.....	146
I. Fragilisation de l'État de droit, en son sens substantiel, par la précarisation des droits de l'étranger.....	147
A. Désobéissance administrative et entrave à l'accès au service public de l'immigration.....	147
1. Le droit des étrangers à un accès normal au service public de l'immigration.....	147
2. L'accès au service public de l'immigration entravé par les désobéissances.....	149
B. Désobéissance administrative et atteintes aux droits subjectifs des étrangers.....	150
1. Désobéissance administrative et précarisation de la situation des étrangers.....	150
2. La rôle de la distinction catégorielle dans la précarisation de la situation des étrangers.....	152
II. Fragilisation de l'État de droit, en son sens formel, par la prolifération des désobéissances.....	153
A. Désobéissance administrative en droit des étrangers et fragilisation du droit.....	153
1. La négation du droit par l'atteinte à l'autorité de la chose jugée : la conception allemande du <i>Rechtsstaat</i>	154
2. La dégradation de la qualité de la justice administrative, par la massification du contentieux des étrangers.....	155
B. Désobéissance administrative en droit des étrangers et fragilisation du juge.....	157
1. L'investissement politique du droit des étrangers.....	157
2. Émergence d'une critique politique du juge des étrangers.....	158
 CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE.....	161

<i>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</i>	163
<i>BIBLIOGRAPHIE.....</i>	167
<i>TABLE DES MATIÈRES.....</i>	177