

**N° 308231**

**Mme B...**

**Section du Contentieux**

**Séance du 18 décembre 2009**

**Lecture du 28 décembre 2009**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Luc DEREPA, rapporteur public**

Mme B... est de nationalité algérienne et elle est aujourd'hui âgée de 34 ans. Elle est entrée régulièrement en France en 2003 pour y suivre des études supérieures et s'est vue délivrer une carte de résident en qualité d'étudiant, valable jusqu'en janvier 2004 puis renouvelée jusqu'en 2005. Mme B... s'est mariée en 2003 avec M. A..., qui est également de nationalité algérienne et vit en France en situation régulière. Deux enfants sont nés en 2004 et 2006. A compter de 2005, M. A... a bénéficié d'une bourse de recherche en vue de l'écriture d'une thèse de doctorat dans le domaine de la génétique.

Mme B... a sollicité en 2005 un nouveau renouvellement de sa carte d'étudiant et un refus lui a été opposé au motif qu'elle n'attestait pas d'une assiduité suffisante à l'enseignement qu'elle suivait. Ce refus a été annulé par le TA de Paris au motif que l'intéressée ayant connu en 2004 une grossesse pathologique qui l'avait empêchée de suivre ses cours normalement, le préfet ne pouvait valablement fonder son refus sur un tel motif.

Le préfet de police a repris l'instruction du dossier et il a pris le 28 juillet 2006 une nouvelle décision de refus de titre de séjour, fondée cette fois-ci sur trois motifs : l'absence d'assiduité dans la poursuite d'études universitaires, manifestée par le fait que Mme B... n'avait connu aucune progression dans son cursus entre 2003 et 2006 ; le fait que l'intéressée ne pouvait se prévaloir d'une atteinte à son droit à mener une vie familiale normale dès lors qu'elle pouvait bénéficier de la procédure de regroupement familial ; et l'impossibilité pour elle d'obtenir un titre de séjour sur la base d'autres stipulations de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié. Mme B... s'est maintenue sur le territoire plus d'un mois après la notification de cette décision, et un arrêté de reconduite à la frontière a été pris à son encontre le 22 septembre 2006

Mme B... a contesté cette dernière décision devant le TA de Paris qui l'a annulée pour cause de méconnaissance du droit à mener une vie familiale normale, sur le fondement de l'art. 8 de la CEDH. Le préfet de police a fait appel et la CAA de Paris a fait droit à cet appel. Mme B... se pourvoit en cassation.

Pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH, la cour a jugé que « eu égard à la nature du titre de séjour de son conjoint et en l'absence de circonstances mettant M. et Mme A... dans l'impossibilité de retourner avec leurs enfants en Algérie, où Mme A... a conservé des attaches familiales, et aux effets d'une mesure

d'éloignement, l'arrêté attaqué n'a pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale, alors qu'elle peut bénéficier du regroupement familial, une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a été pris ».

Mme B... soutient tout d'abord que cette motivation serait insuffisante, mais ce moyen doit être écarté : la motivation que nous venons de citer répond aux canons classiques des réponses au moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH ; cette motivation permet clairement de comprendre l'analyse qu'a faite la cour de la situation de Mme B... .

Il est ensuite soutenu qu'en tenant compte dans son analyse de la nature du titre de séjour détenu par le conjoint de Mme B..., la cour aurait commis une erreur de droit au regard des stipulations de l'accord franco-algérien de 1968. Mme B... rappelle en effet qu'en son art. 7, cet accord stipule que les algériens qui rejoignent un membre de leur famille dans le cadre du regroupement familial bénéficient d'un titre de séjour de même nature que celui détenu par le membre de famille qu'ils rejoignent. Il en résulte selon elle que la nature du titre détenu par son conjoint est sans incidence sur son propre droit au regroupement familial. Mais ces dispositions sont inopérantes au cas d'espèce, car la décision en litige devant la cour était une mesure d'éloignement et non un refus d'autoriser le regroupement familial.

Mme B... soutient ensuite qu'en estimant que la décision de reconduite à la frontière litigieuse ne portait pas une atteinte disproportionnée à son droit à mener une vie familiale normale, la cour aurait inexactement qualifié les faits de l'espèce. Vous exercez un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond quant à la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH par une mesure d'éloignement : S., 11 juin 1999, ministre de l'Intérieur c/ M..., n° 185545 ; au Recueil ; 26 octobre 2007, ministre de l'Intérieur c/N..., n° 299680, aux Tables.

Il nous semble qu'eu égard aux précédents que l'on peut trouver dans la jurisprudence, la cour a effectivement porté une appréciation erronée sur la situation de Mme B... . Les principaux critères pris en compte pour apprécier la gravité de l'atteinte portée à la vie familiale sont la durée du séjour de l'étranger en France, la présence régulière du conjoint sur le territoire français, l'ancienneté des liens matrimoniaux ou de concubinage, et la présence d'un ou plusieurs enfants au sein du foyer. Si l'on veut situer le seuil de déclenchement de la protection issue de l'art. 8 de la convention, on peut dire en résumé qu'une personne de nationalité étrangère installée en France depuis au moins trois ans, dont l'époux est en situation régulière, et qui forme un foyer comprenant des enfants peut a priori invoquer à bon droit l'art. 8 de la CEDH pour obtenir l'annulation d'une décision de reconduite à la frontière : 3 avril 2002, Mme O..., n° 231033, aux Tables ; 3 ss, 10 janvier 2005, Mme L..., n° 257733 ; 5<sup>e</sup> ss, 13 avril 2005, M. K..., n° 269988 ; 7<sup>e</sup> ss, 8 juillet 2005, M. T..., n° 264029 ; 2<sup>e</sup> ss, 6 mai 2006, Mme L..., n° 271404. Vous considérez en revanche qu'il n'y a pas d'atteinte à l'art. 8 dans le cas où l'étranger est en France depuis moins de trois ans (PSC, 27 octobre 1997, Mme G..., n° 184622 ; 30 avril 2005, préfet du Val-de-Marne c/Mme D..., n° 260364, aux Tables ; 3<sup>e</sup> ss, 3 mars 2000, M. C..., n° 211416), ou en l'absence d'enfants né des deux conjoints à la date de la décision litigieuse (21 novembre 2001, M. F..., n° 223535, au Recueil sous une autre rubrique ; 7<sup>e</sup> ss, 21 octobre 2005, H..., n° 269220 ; 10<sup>e</sup> ss, 22 mars 2006, M. U..., n° 259323 ; 7<sup>e</sup> ss, 10 janvier 2000, L..., n° 201831).

A la date de la décision attaquée, Mme B... était en France en situation régulière depuis trois ans. Elle était mariée depuis trois ans avec son époux, qui était également en situation régulière et avait une activité salariée. Le couple avait deux enfants âgés pour l'un de deux ans et pour l'autre de quelques mois. Compte tenu de ces circonstances, et eu égard aux canons de la jurisprudence, on doit considérer que la mesure de reconduite à la frontière contestée portait au droit de l'intéressée à mener une vie familiale normale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise.

Vous pourriez en rester là et annuler pour ce motif l'arrêt attaqué, rejeter l'appel du préfet de police et lui enjoindre de prendre les mesures impliquées par l'annulation de sa décision.

Mais l'affaire a été portée devant votre formation de jugement pour que vous examiniez un autre moyen, tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour dans le maniement des critères qui permettent d'apprécier si une décision de reconduite porte une atteinte disproportionnée au droit à mener une vie familiale.

Comme vous l'avez constaté, la cour a tenu compte de plusieurs critères pour procéder à l'examen de cette atteinte, et l'un des critères ainsi retenus est la possibilité, pour Mme B..., de bénéficier d'une mesure de regroupement familial en cas de retour dans son pays d'origine. Il est soutenu par la requérante que ce critère était sans incidence pour l'examen du respect de l'art. 8 de la CEDH, et qu'en le prenant en compte, la cour aurait commis une erreur de droit.

Vous le savez, le maniement de l'art. 8 de la CEDH en matière de droit des étrangers oblige à porter une appréciation globale sur les effets d'une mesure de reconduite à l'égard de l'intéressé. Un tel raisonnement trouve son origine dans le texte de cet article et dans la déclinaison jurisprudentielle qui en a été faite par la cour européenne et par vous-mêmes. Après avoir posé le principe du droit au respect de la vie privée et familiale, cet article précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit que dans les cas prévus par la loi et lorsque cette atteinte est « nécessaire » à la préservation de divers intérêts publics ou privés, parmi lesquels figurent la « sûreté publique » et la « défense de l'ordre ». Dès les premiers arrêts où elle a fait application de que ces stipulations en matière de droit des étrangers, la Cour européenne a indiqué que l'art. 8 conduisait à vérifier, pour chaque étranger concerné, si l'atteinte qu'il subissait dans son droit à mener une vie familiale normale n'était pas disproportionnée au regard de l'intérêt public qui justifiait la mesure prise à son encontre (voir notamment l'arrêt du 21 juin 1988, Berrehab, A, n° 138, et l'arrêt du 18 février 1991, Moustaquim, A, n° 193, qui utilise la notion de « juste équilibre entre les intérêts en jeu »)

Lorsque, par votre décision d'Assemblée, B... du 19 avril 1991, n° 117680, au Recueil, vous avez inauguré la possibilité d'invoquer directement les stipulations de l'art. 8 à l'encontre d'une mesure de reconduite – ce que le récent arrêt Nicolò vous permettait de faire sans être entravé par les conditions posées par la loi nationale – vous avez tout naturellement emboîté le pas à la Cour, en jugeant que le juge de l'excès de pouvoir devait exercer sur le respect de ces stipulations un contrôle entier, qui conduisait à censurer les atteintes disproportionnées au droit à une vie familiale.

La jurisprudence abondante qui s'est développée sur cette base fait apparaître que le juge procède en fait non pas à un mais à deux bilans successifs pour déterminer dans quelle mesure une décision de reconduite a ou non des effets proportionnés à ses motifs. Le premier bilan est celui qui permet de déterminer l'atteinte à la vie familiale qui résultera de la mesure. Ceci implique de définir, à « l'actif » de l'étranger en quelque sorte, l'intensité de sa vie familiale en France ; les éléments à prendre en compte sur ce point sont ceux que nous avons déjà évoqués : ancienneté de la présence en France, situation du conjoint au regard du droit français, ancienneté du lien conjugal, nombre d'enfants. Au « passif » de ce premier bilan, on trouve les éléments qui atténueront l'impact de la décision de reconduite sur la vie familiale ; sont pris en compte à ce titre la possibilité pour l'étranger de revenir avec son conjoint et ses enfants dans son pays d'origine, ou encore la possibilité de retourner auprès d'un noyau familial resté dans ce pays. Une fois le bilan entre ces deux postes effectué, on a une idée de l'atteinte potentielle que la mesure portera à la vie familiale ; on doit ensuite confronter cette atteinte aux objectifs de la décision attaquée, qui consistent le plus souvent à assurer le respect des dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Et c'est de la comparaison entre l'intensité de l'atteinte à la vie familiale et ces objectifs que dépendra la réponse au moyen.

Au sein de cette séquence, la cour a pris en compte dans le cadre du premier bilan, au titre des éléments qui atténuent l'impact de la mesure sur la vie familiale, la possibilité qu'avait Mme B... de bénéficier de la procédure de regroupement familial une fois revenue dans son pays d'origine.

A dire vrai, la cour n'a pas innové en procédant ainsi. Vous faites vous-mêmes usage de ce critère. Un premier ensemble de vos décisions, dans la lignée duquel la cour s'est située, juge que le droit à une vie familiale normale n'est pas méconnu par un refus de titre de séjour ou une décision de reconduite « compte tenu (notamment) de la possibilité offerte de recourir à la procédure de regroupement familial » ; on trouve un grand nombre de décisions en ce sens, pour la plupart des décisions de sous-section jugeant-seule, depuis une décision du 10 juillet 1996, du conseiller délégué préfet du Val d'Oise c/Mme S..., n° 158766. La consécration de ce raisonnement a été réalisée par une décision du 30 mai 2005, préfet du Val-de-Marne c/Mme D..., n° 260364, aux Tables sur ce point.

Un second ensemble de décisions fait usage de ce même critère mais en aboutissant au résultat inverse. Ces décisions jugent qu'un refus de titre ou une mesure d'éloignement a porté une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé à une vie familiale normale « alors même que l'intéressé peut bénéficier du regroupement familial ». Ce raisonnement est consacré par une décision du 3 avril 2002, Mme O..., n° 231033, aux Tables sur ce point.

Précisons pour éviter tout malentendu que ces deux courants ne sont pas contradictoires. Ils traduisent simplement le fait que le même critère, la possibilité de recourir au regroupement familial, peut, en fonction des circonstances de l'espèce, venir au soutien d'un rejet ou ne pas faire obstacle à une annulation, selon que les deux bilans successifs dans lesquels il s'intègre aboutissent à un résultat favorable à la thèse de l'administration ou à celle de l'étranger.

A s'en tenir à cette jurisprudence, on devrait constater que la cour a fait usage d'un critère bien établi, et écarter le moyen d'erreur de droit. Mais à y regarder de plus près, il nous semble que l'on peut avoir de forts doutes sur la pertinence de ce critère.

Pour examiner ce point, il nous faut tout d'abord présenter l'origine et les principales caractéristiques du régime du regroupement familial. Ce régime est entré, si l'on peut dire, par la petite porte dans le droit français : dans le droit positif moderne, c'est un décret (mais tout de même un décret en Conseil d'Etat) qui a le premier reconnu l'existence d'un droit au regroupement familial des étrangers régulièrement installés sur le territoire français. Ce décret n° 76-383 du 29 avril 1976 prévoyait que le conjoint et les enfants mineurs d'un étranger bénéficiant d'un titre de séjour ne pouvaient se voir refuser un titre de séjour que pour l'un des cinq motifs énumérés par ce texte, au nombre desquels figuraient les ressources et les conditions de logement de l'étranger installé en France, l'état de santé des étrangers rejoignant ou la menace que ceux-ci pourraient représenter pour l'ordre public.

Il en résultait qu'à défaut de pouvoir se fonder sur un des motifs de refus ainsi indiqués, l'administration était tenue d'autoriser le regroupement familial. Nonobstant sa présentation sous une forme négative, ce texte créait donc en creux un droit au regroupement familial.

Ce régime a été depuis lors conforté dans son existence et dans son architecture par trois voies :

- A l'occasion de l'inscription du droit au regroupement familial dans la loi, par la loi n° 93-1207 du 24 août 1993, le Conseil Constitutionnel a estimé qu'il résultait du 10<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », que les étrangers installés de façon régulière et stable en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale. Il en a déduit l'existence d'un droit constitutionnel au regroupement familial, « sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publiques lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ».

- Quelques années auparavant, vous aviez suivi le même raisonnement en déduisant du Préambule de la Constitution de 1946 l'existence d'un principe général du droit, le droit de mener une vie familiale normale, et en annulant pour cause de contrariété à ce principe un décret n° 77-1239 du 10 novembre 1977 qui avait réservé le bénéfice du regroupement familial créé par le précédent décret de 1976 aux seuls étrangers qui ne demandaient pas à accéder au marché du travail (Assemblée, 8 décembre 1978, GISTI et autres, n° 10097, au Recueil p. 493, GAJA n° 88, concl. Dondoux Sr. Soc. 1979.57).

- Enfin, plus récemment, c'est le droit communautaire qui est intervenu dans ce domaine pour harmoniser les conditions du regroupement familial par deux directives, l'une portant spécifiquement sur ce sujet (directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003) et l'autre relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée (directive n° 2003/109/CE du 25 novembre 2003). Ces directives contiennent des dispositions pour l'essentiel similaires à celles qui préexistaient en droit national.

Aujourd'hui les conditions auxquelles est soumis le regroupement familial sont énoncées aux art. L. 411-1 et suivants du CESEDA ; le demandeur doit demeurer en France depuis au moins dix-huit mois (art. L. 411-1) et le regroupement ne peut être refusé que pour trois motifs (art. L. 411-5) : lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources stables et suffisantes, lorsque son logement est insuffisant au vu de la taille de la famille, et, troisième condition ajoutée par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, lorsque « le demandeur ne se conforme pas aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil ». Même lorsque aucun de ces motifs ne peut être opposé à une demande de regroupement, un étranger « rejoignant » peut être exclu du bénéfice d'une telle mesure pour trois motifs : si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, s'il est atteint d'une maladie inscrite au registre sanitaire international, ou s'il réside déjà en France (art. L. 411-6). L'art. L. 411-7 interdit pour sa part qu'un étranger polygame puisse faire entrer en France au titre du regroupement familial plus d'un conjoint avec ses enfants.

Ces dispositions de droit commun ne sont pas applicables aux étrangers dont le régime est défini par une convention internationale. Dans le cas des Algériens, par exemple, l'accord de 1968 modifié en dernier lieu 2001 énonce les mêmes conditions que celles de la loi nationale, à l'exception de la condition de la condition tenant au respect des principes essentiels qui régissent la vie familiale en France ajoutée dans le code en 2006.

Ce dispositif ainsi rappelé, examinons les raisons qui peuvent justifier de prendre en compte, dans la « pesée » inhérente à la mise en œuvre de l'art. 8 CEDH, la circonstance que l'étranger peut bénéficier de la procédure de regroupement familial.

Examinons d'abord comment la question se présente lorsque le litige se noue autour d'un refus de titre de séjour. Sur ce sujet, on constate le législateur a clairement opté pour une hiérarchie des procédures qui permettent aux membres de la famille d'un étranger d'obtenir le droit de séjourner en France. La loi comporte en effet des dispositions qui font de la procédure de regroupement familial depuis le pays d'origine le dispositif de droit commun, et l'attribution d'un titre de séjour en France au titre de la vie familiale une procédure supplétive. Deux dispositions vont en ce sens. La première est le 7° de l'art. L. 313-11 du CESEDA, qui prévoit qu'un étranger bénéficie de plein droit d'une carte de séjour « vie privée et familiale » lorsqu'un refus de titre de séjour porterait une atteinte disproportionnée à sa vie familiale ; cette disposition, qui a été conçue lors de son adoption par la loi du 16 mars 1998 comme une codification de la jurisprudence B..., (Assemblée du 19 avril 1991, n° 117680) exclut toutefois de son champ d'application les étrangers entrant dans les catégories « qui ouvrent droit au regroupement familial ». Autrement dit, la procédure de droit commun de délivrance d'un titre aux membres de la famille d'un étranger installé en France est celle du regroupement familial ; la contrepartie est que ces personnes ne peuvent bénéficier de plein droit d'un titre « vie privée et familiale ».

La seconde disposition allant dans le même sens est celle déjà rappelée qui figure à l'art. L. 411-6 du CESEDA et qui permet de refuser le regroupement familial à un membre de famille résidant déjà en France. L'effet de cette disposition est que si le regroupement familial est de droit lorsque les membres de la famille sont à l'étranger<sup>1</sup>, il n'est plus qu'une faculté soumise au pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsque les mêmes membres de famille

---

<sup>1</sup> - et que l'administration ne peut opposer aucun des motifs de refus prévus par la loi -

sont déjà sur le territoire français. (Nous laissons de côté, pour la clarté du débat, le fait qu'une possibilité de regroupement familial sur place est organisée pour certains cas très précis par l'art. R. 411-6 du CESEDA – dispositions qui, par ailleurs, ne sont pas applicables aux étrangers tels que les Algériens dont la situation n'est pas régie par les dispositions du code).

L'objet de ces dispositions est clair : il s'agit d'inciter les candidats à l'immigration familiale à suivre la procédure de regroupement familial depuis leur pays d'origine, et d'exclure à leur égard tout droit à régularisation sur le territoire français, par la délivrance de titres « vie privée et familiale » ou par une autorisation de regroupement familial « sur place ». L'enjeu sous-jacent est la maîtrise de l'immigration familiale, que le Gouvernement et le Parlement estiment pouvoir plus facilement maîtriser à travers la procédure de regroupement familial.

Vous avez tiré les conséquences de cette architecture textuelle en jugeant que l'administration pouvait légalement refuser le bénéfice du 7° de l'art. L. 313-11 du CESEDA au motif que l'étranger demandeur avait la possibilité de rejoindre la France sous couvert du regroupement familial : ceci a été jugé à propos d'une circulaire qui donnait une telle interprétation de la loi : 30 juin 2000, GISTI, n° 199336, au Recueil ; et à propos d'une décision de refus de titre fondée sur un tel motif : 21 novembre 2001, préfet du Val d'Oise c/M. H..., n° 223535, au Recueil.

Il faut toutefois préciser la portée de ces dispositions et de cette jurisprudence. Elles impliquent que l'étranger qui relève de la procédure de regroupement familial ne peut revendiquer la délivrance d'un titre « vie privée et familiale » en se fondant formellement sur le 7° de l'art. L. 313-11, qui prévoit la délivrance de plein droit d'un tel titre lorsqu'un refus porterait une atteinte disproportionnée à sa vie familiale. Mais cette impossibilité est d'une portée toute relative, car ce que l'étranger placé dans cette situation ne peut obtenir sur le fondement de la loi nationale, il peut immédiatement le demander sur le fondement de l'art. 8 de la CEDH, qui implique quant à lui sans restriction la délivrance d'un titre de séjour en cas d'atteinte disproportionnée à la vie familiale. Vous ne pourriez en effet écarter un moyen tiré de la méconnaissance de l'art. 8 au motif que l'intéressé relève de la procédure de regroupement familial en droit interne, car cela reviendrait à restreindre le bénéfice de cette stipulation par un élément qu'elle n'a pas elle-même prévu, et placerait donc le droit français en contrariété avec la convention. Vous avez d'ailleurs pris acte de cette situation dans une décision du 14 décembre 2005 de vos 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections, GISTI, n° 254934, dans laquelle vous avez indiqué que la réserve posée au 7° de l'art. L. 313-11 « n'a ni pour objet, ni pour effet de priver un étranger susceptible de bénéficier du regroupement familial de se prévaloir, le cas échéant, de l'atteinte disproportionnée que le refus de titre de séjour porterait au respect de sa vie privée et familiale ».

La hiérarchie des procédures de délivrance de titre recherchée par le législateur nous paraît donc d'une portée toute relative. Elle ne fait en tout cas pas obstacle, dans le cas où ce qui est en cause est un refus de titre de séjour, à l'annulation d'un tel refus sur le fondement de l'art. 8 de la CEDH, y compris lorsque l'étranger est susceptible de bénéficier du regroupement familial. Or vous le savez, l'annulation d'un refus de titre de séjour sur le fondement de l'art. 8 de la CEDH implique, sous réserve d'un changement des circonstances de droit et de fait, la délivrance au minimum de la carte « vie privée et familiale » : Avis Section, B..., n° 188350, au Recueil. Dans la même situation, l'impossibilité d'obtenir le

regroupement familial « sur place » pourra être assez facilement contrecarrée par la possibilité d'obtenir un titre « vie privée et familiale » sur le fondement de l'art. 8 CEDH.

Il nous semble que la conclusion qui s'impose est que dans le cas d'un refus de titre, la possibilité de bénéficier du regroupement familial ne peut, nonobstant les termes du 7° de l'art. L. 313-11 du CESEDA, faire obstacle à une annulation sur le fondement de l'art. 8 de la CEDH.

Examinons maintenant, de façon plus proche du cas d'espèce, comment la faculté de bénéficier du regroupement familial peut être appréhendée lorsque ce qui est en cause est non pas un refus de titre de séjour mais une décision de reconduite à la frontière. Par construction le risque d'atteinte au droit à mener une vie familiale est dans un tel cas plus direct. Et la possibilité de bénéficier du regroupement familial peut paraître ici plus pertinente, puisque l'intéressé, une fois reconduit dans son pays d'origine, sera plus à même de bénéficier de cette procédure. Mais nous voyons de réelles difficultés à la prise en compte de ce critère dans un tel cas de figure.

Précisons d'abord ce que l'on entend lorsque l'on indique, pour tenir compte de cet élément ou pour l'écarter, que l'étranger « peut bénéficier du regroupement familial ». Lorsque vous constatez dans vos décisions que l'intéressé « peut bénéficier du regroupement familial », entendez-vous qu'il entre dans les catégories d'étrangers susceptibles de bénéficier d'une telle mesure, ou qu'il remplit effectivement les conditions permettant d'en bénéficier ? Seule la première interprétation peut être la bonne : il ressort de vos décisions que saisi d'un refus de titre ou d'un ARF, vous n'examinez pas si l'étranger remplit effectivement les conditions de ressources et de logement permettant au membre de sa famille de le rejoindre, mais vous vous bornez à constater que le membre de la famille est a priori éligible à une mesure de regroupement familial. La principale raison est que dans un tel cas, le dossier ne permet en général pas de savoir si les conditions mises par les textes au regroupement familial – principalement les ressources et le logement du conjoint vivant en France – sont satisfaites ou non. Le débat contentieux se noue dans ces cas-là sur la situation propre de l'étranger reconduit et l'atteinte portée à son droit à mener une vie familiale normale, et non sur les conditions d'installation du conjoint déjà installé en France. Aussi, même si certaines de vos décisions se sont aventurées à examiner dans une telle situation quel serait le degré de probabilité d'obtention du regroupement familial - ex. 17 mai 2000, J... n°205011, 8 juillet 2005, préfet du Rhône c/O... n°267664 – la plupart se bornent à vérifier si l'intéressé « entre dans le champ de la procédure de regroupement familial » ou « est susceptible de bénéficier de cette procédure », et ce raisonnement nous paraît le seul possible en pratique.

Or nous ne voyons pas comment ce critère pourrait utilement être pris en compte lors de l'examen de l'atteinte au droit à mener une vie familiale normale.

Prenons tout d'abord le cas le plus simple, c'est-à-dire celui dans lequel, après avoir examiné les critères propres à la personne permettant de caractériser la méconnaissance de l'art. 8 – la durée du séjour en France, l'existence ou non d'une période de séjour régulier, le statut matrimonial et la durée de la vie commune, la présence ou non d'enfants au sein du couple – vous constatez qu'au vu de ces seuls critères, l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ne subit pas une atteinte disproportionnée à son droit à mener une vie familiale normale. Un tel constat suffit pour rejeter le recours contre la décision, sans qu'il soit besoin

de prendre en considération la circonstance que l'intéressé pourrait ou non faire l'objet d'un regroupement familial.

Voyons maintenant ce qui se passe lorsqu'au regard des mêmes critères relatifs à la situation personnelle de l'intéressé, vous estimez que la mesure attaquée porte une atteinte disproportionnée au droit protégé par l'art. 8 de la convention. Introduisons alors dans l'analyse le fait que l'étranger est éligible au regroupement familial, ce qui, par construction, est de nature à atténuer l'atteinte à la vie familiale. Dans ce cas se présentent deux hypothèses.

La première hypothèse est celle dans laquelle les conditions permettant à l'étranger de bénéficier d'un regroupement familial sont effectivement satisfaites (logement, ressources, respect des principes essentiels de la vie familiale). Ce qui veut dire que l'administration serait tenue, une fois l'étranger rentré dans son pays, de le réadmettre au séjour au titre du regroupement familial. On voit que dans ce cas, il est difficile de justifier la reconduite par le fait que l'étranger est éligible à cette procédure. D'une part, obliger l'étranger à repartir dans son pays pour demander le regroupement familial l'oblige à quitter la famille qu'il a constituée en France, et cet éloignement constitue en soi une atteinte à son droit à mener une vie familiale normale. Par ailleurs, la durée de cet éloignement peut être assez longue : l'art. L. 421-4 du CESEDA donne six mois au préfet pour se prononcer sur une demande de regroupement familial, et l'art. R. 421-20 précise que l'absence de réponse à l'expiration de ce délai vaut rejet de la demande. Or la demande de regroupement familial, si l'administration respecte la loi et on doit partir du principe que tel est le cas, aboutira nécessairement au retour de l'étranger en France. On constate donc qu'imposer une telle contrainte vise seulement dans ce cas à satisfaire une obligation procédurale Or une contrainte de procédure, dont l'issue est d'ores et déjà prévisible, ne saurait justifier une atteinte, même limitée, au droit à mener une vie familiale normale lorsque celui-ci est déjà constitué sur le territoire. Nous pensons donc que dans le cas où l'étranger bénéficie de la protection de l'art. 8 et remplit les conditions du regroupement familial, ce dernier élément doit être nécessairement écarté de l'analyse.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'étranger est fondé à se prévaloir de l'art. 8 CEDH, mais ne remplit pas, dans les faits, les conditions qui lui permettraient de bénéficier du regroupement familial une fois revenu dans son pays d'origine. Dans ce cas, il devient simplement incohérent de prendre en compte son éligibilité au regroupement familial pour en tirer la conclusion que cette circonstance atténue l'atteinte à la vie familiale ; en effet cette procédure aboutira au contraire à maintenir l'étranger hors du territoire et donc à aggraver l'atteinte à sa vie familiale. Non seulement la procédure de regroupement familial ne permettra pas, dans ce cas, de remédier à l'atteinte à la vie familiale causée par la mesure d'éloignement, mais elle aboutira même à l'aggraver.

Ainsi la prise en compte de l'éligibilité au regroupement familial en tant qu'élément atténuant l'atteinte à la vie familiale nous paraît placer l'administration et le juge dans une impasse logique : dans le cas où l'étranger ne remplit pas les conditions effectives du regroupement familial, cette éligibilité ne peut être un facteur d'atténuation puisqu'elle ne permet pas le retour sur le territoire français, et dans le cas où les conditions du regroupement sont remplies, il est absurde d'en tirer la conséquence que l'étranger est moins fondé à se prévaloir de l'art. 8 de la CEDH.

Pour tout dire, la référence à la possibilité de bénéficier du regroupement familial nous paraît être devenue une clause de style que le juge utilise pour renforcer la solution qui se dégage des critères pertinents pour la mise en œuvre de l'art. 8 de la CEDH, mais sans que cette clause puisse avoir de portée juridique réelle, sauf à déboucher sur des solutions viciées par une contradiction interne.

Un dernier élément nous convainc dans le sens de l'abandon de ce critère dans le cadre de la « pesée » impliquée par l'art. 8 CEDH. C'est le fait que la jurisprudence actuelle a pour effet paradoxal de conduire à des solutions plus strictes à l'égard des personnes mariées qu'à l'égard de celles qui vivent en concubinage. Seules les premières sont, en vertu des textes, admissibles à la procédure de regroupement familial. Il en résulte que la possibilité du regroupement familial ne peut être opposée à un concubin pour justifier son éloignement (ex. 8<sup>e</sup> SS, 28 juillet 2004, préfet de police c/ N..., n° 250680). Le résultat est qu'une procédure censée protéger les personnes dont le lien familial est officialisé par un lien juridique se retourne au contraire contre elles, et les place dans une situation plus défavorable, au regard du droit au maintien sur le territoire français, que celles qui sont dans une situation de concubinage. Cette conséquence singulière ne nous semble pas conforme à l'objet initial de la procédure de regroupement familial.

Un argument non négligeable peut toutefois être soulevé à l'encontre du raisonnement que nous vous proposons. C'est celui tiré de la nécessité d'assurer une certaine effectivité à la procédure de regroupement familial. La jurisprudence actuelle, et nous revenons sur ce point aux développements précédents, se veut aussi la traduction du primat donné par les textes à la procédure de regroupement familial sur les autres modes d'installation régulière des familles étrangères sur le territoire français. Nous avons dit combien ce primat avait un caractère relatif depuis que les étrangers peuvent se prévaloir directement de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH. Il reste que vous devez vous efforcer de donner une portée à la volonté ainsi exprimée par le législateur. Il nous semble que vous pouvez y parvenir en réintégrant la question du regroupement familial dans la « pesée » de l'art. 8 non pas, pour les raisons que nous venons d'exposer, en constatant que l'étranger était éligible à cette procédure à la date de la décision attaquée, mais en vérifiant s'il aurait dû y recourir à la date à laquelle il est entré sur le territoire français.

Un tel raisonnement nous paraît présenter un double avantage. Il évite le reproche d'incohérence que nous avons développé précédemment car il ne se situe pas sur le terrain des conditions de vie de l'étranger à la date de la décision attaquée, mais prend en compte la volonté des familles étrangères de se conformer à la loi française au moment de l'introduction des « rejoignants » sur le territoire. Ce critère conduit à atténuer le droit au bénéfice de l'art. 8 dans le cas des familles qui ont sciemment contourné la procédure de regroupement familial en procédant à l'introduction des « rejoignants » par d'autres voies, en particulier le maintien irrégulier sur le territoire après entrée sous couvert d'un visa de tourisme. C'est un critère de portée à la fois factuelle et morale qui sans exclure l'annulation d'un refus de titre ou d'une reconduite, atténue le constat de l'atteinte à la vie familiale dans le cas d'une installation familiale qui n'a pas respecté la procédure de droit commun.

Le second avantage de ce critère est qu'il ne s'applique pas lorsque, comme dans le cas de Mme B..., la vie familiale est née sur le territoire français. C'est à dire vrai dans de tels cas que la jurisprudence qui tient compte de la possibilité de regroupement familial produit ses résultats les plus absurdes, car elle revient à exiger de deux étrangers qui se sont connus, mariés et sont devenus parents en France à organiser le retour de la famille vers le pays d'origine d'un des parents pour pouvoir ensuite demander le regroupement familial. La solution que nous vous proposons exclut par construction tout débat autour du regroupement familial dans un tel cas. Notons que cette solution est exactement dans l'esprit des dispositions réglementaires qui permettent le regroupement familial sur place (art. R. 411-6 du CESEDA), lesquelles visent précisément le cas des étrangers qui se sont mariés en France et ont le cas échéant fondé une famille sur notre territoire.

Nous vous proposons donc de modifier votre jurisprudence, c'est-à-dire d'exclure désormais que la possibilité de regroupement familial soit prise en compte lors de l'examen du respect de l'article 8 CEDH par une mesure de reconduite à la frontière ; vous pourrez dans le même temps permettre à l'administration et au juge de mettre au passif de l'étranger le fait que cette procédure a été méconnue lors de son entrée sur le territoire ; vous censurerez donc pour erreur de droit l'arrêt de la cour qui, mais elle n'en pouvait mais, a fait application du critère que nous vous proposons désormais d'exclure.

Si vous nous suivez, vous rejetterez après cassation, pour les raisons indiquées en introduction, l'appel formé par le préfet de police, et enjoindrez à celui-ci de statuer sur le droit au séjour de Mme B... (S., 22 février 2002, M. D..., n° 224496, au Recueil).

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt de la cour, au rejet de l'appel du préfet de police, à ce que celui-ci statue sur le droit au séjour de Mme B... dans un délai d'un mois, et à ce que l'Etat verse à l'avocat de la requérante la somme de 2000 sous réserve que celui-ci renonce à la part contributive dont l'Etat serait débiteur au titre de l'aide juridictionnelle obtenue par la requérante.