



HAL
open science

Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires. Koubi, Geneviève. La littérature grise de l'administration: la grammaire juridique des circulaires, Berger-Levrault, pp.213–242, 2015, Au fil du débat, 978-2-7013-1888-2. hal-01647303

HAL Id: hal-01647303

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647303v1>

Submitted on 10 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires

Par Serge Slama, *maitre de conférences en droit public*
Université Paris-Ouest-Nanterre, CREDOF-CTAD UMR 7074

Le droit des étrangers, peut-être plus que n'importe quel autre droit, est caractérisé par la profusion et le caractère central - et même primordial - des circulaires et instructions ministérielles dans la vie quotidienne des administrations des étrangers (préfectures, services des ministères, DIRECCTE¹, OFII², services consulaires, OFPRA, etc.), dans les ressources argumentatives des associations et avocats défendant les étrangers mais aussi dans la vie des étrangers eux-mêmes, puisqu'elles règlent bien souvent leur parcours « de papier ».

Ainsi, comme Alexis Spire l'a mis en évidence dans *Etrangers à la carte*, alors même le statut des étrangers a été stable entre 1945 (ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945) et 1980 (loi « Bonnet » n°80-9 du 10 janvier 1980), « *durant près de trente ans, les hauts fonctionnaires des différents ministères ont [...] pu élaborer une véritable "réglementation" parallèle composée de plusieurs centaines de circulaires se superposant les uns aux autres* »³. Le socio-historien a démontré dans sa thèse que les agents intermédiaires de l'administration des étrangers ont une importance cruciale dans la trajectoire des « *carrières de papier* » et dans la constitution d'un *ethos* préfectoral dans le traitement de leurs dossiers. Dans le même sens, les praticiens du droit des étrangers ont coutume de dire qu'il est vain d'invoquer devant un agent de guichet d'une préfecture une jurisprudence ou la lettre du texte d'une disposition légale – et encore moins la Constitution ou une norme internationale. Suivant le principe de la « hiérarchie des normes inversées »⁴, l'agent obéit d'abord et avant tout aux préconisations des circulaires ministérielles, des interprétations données par intranet et de l'interprétation « locale » de la loi émanant des instructions orales de leur chef de service.

Ce « règne des circulaires » et des pratiques de guichet et des chefs de bureau des étrangers est constitutif de ce que Danièle Lochak a qualifié, dans le prolongement de la pensée de Michel Foucault, d'« *infra-droit des étrangers* »⁵. C'est sûrement Arthur Koestler qui a le mieux décrit ce monstre froid de l'infra-droit des étrangers dans *Scum of the earth* (La lie de la terre).

Ce juif communiste hongrois avait couvert comme journaliste la guerre d'Espagne pour un journal anglais. Détenue par le régime franquiste et condamné à mort il est échangé contre un prisonnier espagnol par le gouvernement britannique. Installé en France avec sa femme anglaise, ne pouvant rejoindre matériellement le Royaume-Uni compte tenu de l'absence de visa et de l'impossibilité de passer par l'Espagne, il se signale de lui-même à la police française pour se conformer à la circulaire du 30 août 1939 qui a prescrit « *le rassemblement dans des centres spéciaux de tous les étrangers de sexe*

¹ Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

² Office français de l'immigration et de l'intégration qui a succédé à l'Agence nationale pour accueil des étrangers et des migrants (ANAEM) et des migrants, elle-même successeuse de l'Office des migrations internationales (OMI) et du Service social d'aide aux émigrants (Alain Morice, « Du SSAE à l'Anaem, une liquidation annoncée », *Plein droit (revue du Gisti)*, n° 72, mars 2007).

³ Alexis Spire, *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, p. 13.

⁴ V. le texte de Vida Azimi qui rapporte des propos de Boucher de Perthes qui en 1835 dénonce déjà ce travers au sein de l'administration française.

⁵ Danièle Lochak, *Etrangers, de quel droit ?*, PUF coll. « Politiques d'aujourd'hui », 1985, p.214. V. aussi « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, mai 1976, p. 43.

masculin ressortissant de territoires appartenant à l'ennemi » âgés de 17 à 50 ans⁶. Après avoir été amené à la salle Lépine de la préfecture de Police de Paris puis retenu plusieurs jours sous les travées du stade de Roland-Garros, avec plusieurs centaines d'autres « étrangers indésirables », il est interné par la République française en plein hiver (octobre 1939- janvier 1940) au Camp du Vernet (Pyrénées Orientales). Dans des conditions épouvantables, il y rencontre ses compagnons de lutte : réfugiés espagnols, pour qui le camp avait été inauguré en 1939, membres des Brigades internationales, italiens antifascistes, intellectuels juifs allemands ou des pays de l'est – souvent les premiers résistants des régimes nazi et fasciste comme il le mentionne dans son récit. Sa confrontation au « monstre froid » de l'administration des étrangers prend une tournure proprement surréaliste lorsque, après sa libération sur ordre du ministre de l'intérieur (grâce à des interventions), il se rend à la préfecture de police de Paris avec son « *cachet de déconcentration* »⁷ dans l'espoir de faire renouveler sa « *carte d'identité d'étranger* ». Réceptionné par un agent de guichet du bureau 34 (4^{ème} étage de la préfecture), l'agent est d'abord étonné qu'on ait interné comme « *ressortissant d'une puissance ennemie* » un Hongrois alors que la Hongrie était alors un Etat neutre⁸. Puis, en l'absence d'instructions écrites sur le sort à réserver aux étrangers-ennemis-non-ennemis, il consulte son chef de service après avoir frappé à la porte du « *Cabinet du chef* »⁹. Il alors décidé par le chef de bureau de renvoyer l'écrivain d'une puissance neutre au 5^{ème} étage au « *Département de l'Eloignement des Etrangers* ». Sans sourciller, ce Département lui délivre immédiatement un « *refus de séjour* » l'invitant à quitter le territoire français. Mais comme il est matériellement impossible d'exécuter la mesure dans un pays en guerre avec son voisin, « *la bureaucratie française a inventé une nouvelle, et raffinée, forme de torture, appelée "le régime des sursis"* »¹⁰. Il est maintenu durant des mois dans ce *twilight status*¹¹, que connaissent bien des étrangers encore aujourd'hui, pour le renouvellement périodique du délai de départ « volontaire », Arthur Koestler n'aura d'autres solutions que de s'engager dans la Légion étrangère. Comme bien d'autres intellectuels juifs allemands, il devra son salut à l'Américain Varian Fry¹² qui, à Marseille, lui obtint un visa.

Le cas d'Arthur Koestler est emblématique de la prégnance en droit des étrangers du « *droit sous-terrain* », pour reprendre une expression utilisée pendant le colloque par Geneviève Koubi, dont la circulaire est la forme la plus émergée. Sans prétendre explorer ici tous les sous-bassement du sujet, déjà explorés par d'autres¹³, cette contribution vise à rappeler que le droit des étrangers est placé depuis tellement longtemps sous perfusion des circulaires (I.) qu'il a particulièrement contribué à leur encadrement juridique (II).

⁶ Circulaires confirmées par le décret-loi du 18 novembre 1939 prévoyant l'extension des mesures d'internement prises à l'encontre des « *individus dangereux pour la défense nationale et pour la sécurité publique* » sur décision du préfet.

⁷ Arthur Koestler, *Scum of earth*, Jonathan Cape, 1941, p. 144. Ces différents termes administratifs sont en français dans la version originale du livre.

⁸ *Ibid.*, p. 144. "But your are a neutral, he said is astonishment".

⁹ « *We only have instructions to deal with enemy aliens released from ordinary camps. Il have to ask the chef for instructions* » (*Ibid.*)

¹⁰ *Ibid.*, p.145. « *The Eloignement was on the fifth floor. As, owing to the war, it was practically impossible to deport a man, the French bureaucracy had invented a new, refined form of torture, called "le régime des sursis". It consisted in refusing a man the authorization to stay en France – refus de séjour, equivalent to an expulsion order – and granting him only short-term "sursis" or delays. Every time the sursis expired he was liable to be put into jail or a concentration camp. On that day the Eloignement gave me a delay of twenty-four hours. When the expired, they gave me five day. After the five day, they gave me forty-eight hours. After that, they gave me a month. The again forty-eight hours. Then a week; the twenty-four hours ; and so on for months, until they arrested me again, when the Germans were within fifty miles of Paris* ».

¹¹ David Martin, *Twilight Statuses: A Closer Examination of the Unauthorized Population*, *Migration Policy Institute (MPI) Policy Brief*, n° 2, juin 2005; Agence des droits fondamentaux, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, Rapport 2011, p. 39.

¹² Varian Fry, *Surrender on Demand*, Random House, New-York, 1945 (publié en France sous le titre *La Liste noire*, Plon, 1999 puis *Livrer sur demande...*, *Quand les artistes, les dissidents et les Juifs fuyaient les nazis (Marseille, 1940-1941)*, Éditions Agone, Marseille, 2008).

¹³ V., en particulier, la thèse de Christophe Daadouch, *La circulaire et l'exercice de l'autorité dans l'administration*, Thèse Paris X-Nanterre, sous dir. Danièle Lochak, 2000.

I. Une dépendance ancienne du droit des étrangers aux circulaires

La dépendance du droit des étrangers est tellement ancienne que, tels des ossements de l'ère paléolithique, on peine à dater précisément la période dans laquelle elles sont apparues en cette matière. Quoi qu'il en soit, le procédé est courant dès la première moitié du XIX^e siècle (A.) et a profondément marqué la construction du statut des étrangers en France (B.).

A. Un procédé courant depuis des temps immémoriaux

De quand date la première circulaire en droit des étrangers ? Lorsqu'on interroge les uns (Michel Borgetto) on nous affirme que le procédé existait déjà sous la Révolution¹⁴. Lorsqu'on interroge les autres on nous dit que sous l'Ancien régime il y avait déjà des textes royaux comparables aux circulaires dans ce champ¹⁵. En tout état de cause, comme le montre la contribution à cet ouvrage de Vida Azimi, le procédé de la circulaire est déjà développé dans la première moitié du XIX^e. Et en consultant les ouvrages sur l'histoire étrangers, il est régulièrement fait état de circulaires ayant marqué le droit des étrangers. Ainsi, par exemple, Gérard Noiriel fait état dans *La tyrannie du national* d'un certain nombre d'instructions ministérielles lors de l'afflux de milliers de proscrits polonais, espagnols ou italiens en France dans les années 1830 afin de leur procurer des subsides puis des emplois, notamment dans la fonction publique¹⁶.

Dans le même sens, au moment de la Révolution de 1848, peu après la proclamation du suffrage universel masculin, et alors que la population étrangère en France est en augmentation constante (370 000 étrangers en 1851 pour 36 millions de Français), le ministre de l'Intérieur, Ledru Rollin, adresse une circulaire informant les préfets : « *qu'un grand nombre d'ouvriers étrangers, particulièrement d'ouvriers belges, quittent leur pays pour venir à Paris dans l'espoir de trouver du travail et un salaire assurés sur les ateliers que vient d'ouvrir la ville* ». Les représentants de l'Etat sont alors invités « *à prendre les dispositions que la loi autorise pour que les ouvriers étrangers dont il s'agit ne puissent être admis à se rendre dans la Capitale* » et plus particulièrement à « *donner des ordres pour que ces étrangers soient informés que s'ils se rendaient à Paris, ils ne parviendraient pas à participer aux travaux et aux salaires que le Gouvernement et la ville de Paris réservent à nos ouvriers nationaux* ». Enfin, à titre de sanction, « *ils s'exposeraient à se voir éloignés de Paris et, au besoin, du territoire français, par une mesure de police exceptionnelle que les circonstances motiveraient* » (Circulaire du ministre de l'Intérieur, Ledru Rollin, Paris, 14 et 18 mars 1848).

Le XIX^e siècle est caractérisé par le peu de textes régissant le séjour des étrangers en France. Hormis la loi du 3 décembre 1849 qui a longtemps régi l'expulsion des étrangers¹⁷, aucun texte n'est adopté avant la III^e République. Et encore, après dix années de débats, le Parlement n'adopte « qu' » un régime de déclaration des travailleurs étrangers en mairie (loi du 9 août 1893 relative au séjour des étrangers et à la protection du travail national reprenant, dans son principe, le décret du 2 octobre 1888). Selon toute vraisemblance face à ce vide normatif, on a dû assister à une profusion de circulaires

¹⁴ Sur la période révolutionnaire v. Albert Mathiez, *La Révolution et les étrangers : cosmopolitisme et défense nationale*, La Renaissance du livre, 1919 ; Sophie Wahnich, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Albin Michel, 1997.

¹⁵ Ainsi, par exemple, Jean-François Dubos et Peter Sahlins reproduisent dans l'annexe de leur livre un « *Déclaration du roy portant confirmation des lettres de naturalité & de légitimation* » du 22 juillet 1697 qui dans une première partie rappelle les précédents « *réglemens* » et édits royaux accordant de telles lettres (qui conférait la qualité de sujet du Roi, c'est-à-dire de Français, aux destinataires) et en seconde partie confirme aux procureurs généraux que les titulaires de ces lettres sont toujours fondés en s'en prévaloir (*Et si on faisait payer les étrangers ?*. Flammarion, 1999, p.444 et s.). On est donc déjà avec ce type de déclaration dans une volonté de faire appliquer par l'administration royale et les officiers la réglementation applicable, probablement parce qu'elle n'était *de facto* par respectée.

¹⁶ Gérard Noiriel, *Réfugiés et sans-papiers. La République face au droit d'asile. XIX^e-XX^e siècle*, Hachette Pluriel, 1991, p.38.

¹⁷ Arthur Desjardin, « *La loi de 1849 et l'expulsion des étrangers* », *Revue des deux mondes*, 1882.

et instructions ministérielles en la matière, mais aussi en droit de la nationalité¹⁸, dans cette période. Mais à notre connaissance aucun travaux n'ont jamais été consacré à l'analyse de celles-ci.

Pour ce qu'on en connaît les circulaires ministérielles ont joué un rôle essentiel dans tout le processus d'« encartement »¹⁹ des étrangers débuté pendant la Première guerre mondiale avec le décret du 2 avril 1917 et qui sera particulièrement prégnant dans l'entre-deux-guerres s'agissant notamment de l'accès aux cartes de travail puis au possibilité d'expulsion de certains étrangers inactifs²⁰ particulièrement les Polonais²¹.

C'est aussi par voie de circulaire qu'on organise, et même parfois on décide²², de l'internement des étrangers ressortissants de « *puissances ennemies* » durant la Première guerre mondiale²³ puis, à partir de 1938, des étrangers « *indésirables* »²⁴, particulièrement les réfugiés républicains espagnols ou brigadistes, puis à partir de la fin 1939, de nouveau, les étrangers de « *puissances ennemie* », comme cela a été rappelé avec le cas d'Arthur Koestler, puis, plus largement, par le Gouvernement de Vichy, les autres « *indésirables* » : étrangers « *en surnombre dans l'économie nationale* »²⁵ et « *israélites étrangers* »²⁶. Dans sa contribution, Vida Azimi nous rappelle d'ailleurs l'horreur des circulaires ayant concrètement et matériellement organisé l'internement dans des camps de concentration puis la déportation des juifs étrangers puis français²⁷.

Il faudra attendre le rétablissement de la légalité républicaine par une ordonnance du 9 août 1944 pour que cette législation xénophobe soit annulée. Toutes les mesures prises par Vichy pour des motifs

¹⁸ Pour des illustrations v. Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset 2002.

¹⁹ Pierre Piazza, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, 2004.

²⁰ Pour un panorama : Serge Slama, « L'unité du droit des étrangers depuis la II^e République ou l'éternel recommencement ? », in E. Saulnier-Cassia, V. Tchen, *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour d'une police administrative*, Dalloz, 2009, pp. 7-24.

²¹ Janine Ponty, *Polonais méconnus. Histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre-deux-guerres*, Publications de la Sorbonne, 1988.

²² Lors de la première guerre mondiale, l'internement des ressortissants des puissances ennemies a été décidé par un décret du 4 août 1914 puis organisée par voie de circulaire. A l'inverse, au début de la seconde guerre mondiale c'est par voie de circulaire qu'on décide de l'internement des étrangers indésirables (circulaire du 30 août 1939), sur le fondement de la législation adoptée dans l'immédiate avant-guerre (décret-loi du 12 novembre 1938 dit « Daladier » qui prévoit l'internement des « indésirables étrangers », élargi par la loi du 18 novembre 1939 qui permet l'internement « *de tout individu, Français ou étranger, considéré comme dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique* »).

²³ Jean-Claude Farcy, *Les camps de concentration français de la première guerre mondiale (1914-1920)*, Anthropos-Economica, 1995.

²⁴ V. en annexe du livre *La République xénophobe* la reproduction de plusieurs circulaires entre 1937 et 1939 sur le traitement à réserver aux étrangers « indésirables », notamment les réfugiés espagnols (Pierre-Jean Deschodt, François Huguenin, *La République xénophobe. 1917-1939*, JC. Lattès, p.346 et s. v. aussi Janine Ponty, *L'immigration dans les textes. France 1789-2002*, Belin sup, 2002.

²⁵ L'acte « dit loi » du 27 septembre 1940 permet de rassembler dans des « *groupements de travailleurs* » les étrangers du sexe masculin, âgés de plus 18 à 55 ans, pour une durée indéterminée dès lors qu'ils sont considérés soit « *en surnombre dans l'économie nationale* », soit s'ils ont trouvé refuge en France. A ces catégories de l'étranger « oisif » et du réfugié, sont ajoutés, par voie de circulaire du 2 janvier 1942, les « *israélites étrangers entrés en France depuis le 1er janvier 1936, y compris ceux ayant acquis la nationalité française* » (v. Léon Ter-Davtian, *Les étrangers en surnombre dans l'économie nationale (loi du 17 septembre 1940). Contribution à l'étude de la condition des étrangers en France*, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit et de sciences politiques de Strasbourg (sise à Clermont-Ferrand), Recueil Sirey, 1942, p.46-49).

²⁶ Anne Grynberg, *Les Camps de la honte. Les internés juifs des camps français 1939-1944*, La Découverte, 1991, réédit. 1999 ; Denis Peschanski, *La France des camps - L'internement (1938-1946)*, Gallimard, 2002.

²⁷ V. pour un autre exemple, en annexe du Marrus & Paxton la note portant consignes pour les équipes chargées des arrestations du 12 juillet 1942 du directeur de la police municipale à l'occasion de la rafle du Vél d'Hiv (Michaël R. Marrus, Robert O. Paxton, *Vichy et les juifs*, Calmann-Lévy, 1981, p. 412). V. aussi sur la gestion bureaucratique de l'antisémitisme par des agents qui souvent travaillaient déjà au bureau des étrangers ou de la main d'œuvre coloniale : Laurent Joly, *L'antisémitisme de bureau. Enquête au cœur de la préfecture de police de Paris et du commissariat général aux Questions juives (1940-1944)*, Grasset, 2011.

politiques sont effacées, en particulier en matière d'internement, d'éloignement, d'assignation à résidence ou d'interdiction de séjour, par une... circulaire (circulaire du 9 décembre 1944²⁸).

B. Des circulaires participant à la construction et aux évolutions du statut des étrangers

Dans la mesure où il faudrait plusieurs volumes pour rassembler toutes les circulaires et instructions produites par l'administration des étrangers depuis la Libération, nous nous proposons ici d'énumérer les circulaires les plus marquantes qui ont construit le statut des étrangers, particulièrement dans la période 1945-1980.

Ainsi, on peut en premier lieu évoquer, la grande opération de régularisation entreprise dès le début de l'année 1945 (du 1^{er} mars au 15 avril) sur la base d'une circulaire. Méconnue, jamais étudiée à notre connaissance, elle vise d'une part à solder le passif de Vichy (au 1^{er} janvier 1945 l'on dénombre 1, 420 millions d'étrangers en France au lieu des 3 millions d'avant-guerre) et d'autre part, et aussi, elle permet d'identifier et de réaliser un recensement individuel exhaustif de l'ensemble des étrangers présents en France pour reconstituer des fichiers. Le principal critère de régularisation étant celui du « *loyalisme politique* » envers les forces issues de la Résistance²⁹. Le mouvement immigré a en effet pris une part significative dans la Résistance (groupe Manouchian, etc.). Dès mars-avril 1944, les différentes organisations immigrées se regroupent pour défendre leurs droits au sein du Comité d'Action et de Défense des Immigrés (CADI). Dès mai 1945, il est prescrit de refuser la délivrance des titres d'alimentation si l'étranger ne s'est pas fait recensé (la logique de police et de contrôle réapparaît rapidement).

Les ministères multiplient les instructions par voie de circulaires (c'est même une des périodes les plus productives en circulaires). Sans être exhaustif on peut évoquer, venant appliquer l'ordonnance de 1945 et le décret du 30 juin 1946, la circulaire n°1145 du 19 mars 1946 et du 10 février 1947 sur le séjour, les circulaires du 7 novembre 1946, du 16 janvier 1947 et du 30 mai 1947 sur l'introduction des travailleurs étrangers ; la circulaire du 23 janvier 1946 sur les changements de résidence la circulaire du 29 janvier 1947 sur les taxes à verser en cas de délivrance d'un visa de régularisation (restée en vigueur jusqu'à une période récente), la circulaire n°1492 du 4 septembre 1946 sur les visas de sortie et de retour, la circulaire n°1281 du 9 mai 1946 sur les visas touristiques, la circulaire n°1490 du 30 août 1946 sur les visas d'entrée au Maroc ou encore la circulaire n°1514 de 1946 sur les entrées sans visa³⁰.

En second lieu, dans une période de crise économique, une circulaire du 15 février 1947 réactive, sur la base d'une législation d'avant-guerre (adoptée en 1932) un système de « *compensation nationale* », reposant sur le principe de protection de la main d'œuvre nationale face à la concurrence des immigrés. Selon ces instructions, toute demande de carte de séjour temporaire ou ordinaire « *doit faire l'objet d'une tentative de compensation au profit du travailleur français, ou à défaut d'un travailleur étranger se trouvant déjà en situation régulière* »³¹. Toutefois dès le redémarrage de l'activité économique au milieu des années 1950, cette procédure est critiquée. Car l'immigration du travail reprend et acquiert une nouvelle vigueur à partir de 1954. Sans changer les textes réglementaires, des dérogations sont accordées, par voie de circulaires, principalement dans le secteur du bâtiment.

En troisième lieu, c'est dans ce contexte du début des Trente glorieuses, qu'est adoptée par le ministère du Travail la circulaire du 18 avril 1956 qui assouplit les « *procédures d'introduction et de régularisation exceptionnelles des travailleurs étrangers* », en officialisant la pratique de régularisation permanente des travailleurs étrangers venus en dehors de la procédure d'introduction par l'Office

²⁸ Citée par A. Spire, *Etrangers à la carte...*, préc., p.21.

²⁹ A. Spire., *Etrangers à la carte...*, op. cit., pp.21-23.

³⁰ Inventaire établi à partir de la table de référence législative de Frantz Spachner, *La condition légale des étrangers en France*, 1953, p.85.

³¹ A. Spire, op. cit., p. 96.

national d'immigration dès lors qu'ils présentent une embauche par un employeur³². Cette circulaire a constitué le pivot de la politique d'admission et de régularisation des travailleurs immigrés jusqu'à la suspension de l'immigration du travail en 1974 (elle-aussi par voie de circulaires).

En quatrième lieu, le 24 janvier 1972 les circulaires « *Marcellin-Fontanet* »³³ subordonnent la délivrance d'une carte de séjour à l'obtention d'un contrat de travail et d'un « *logement décent* ». Ces instructions ministérielles mettent fin aux procédures de régularisation permanente et constituent l'amorce, par les pouvoirs publics, des premiers contrôles du flux migratoire. Elles provoquent les premières mobilisations de « sans-papiers » et notamment des grèves de la faim mais aussi grèves de loyer dans les foyers SONACOTRA³⁴. C'est d'ailleurs dans ce contexte³⁵ qu'apparaît le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (Gisti)³⁶ qui, comme chacun le sait, a été dès lors un acteur majeur dans la contestation des circulaires et donc, non sans paradoxe, dans la construction par le Conseil d'Etat d'un statut juridique des circulaires en général et des circulaires de l'immigration en particulier. Ces circulaires de 1972 seront d'ailleurs annulés par le Conseil d'Etat dans l'un des premiers recours initié par le Gisti³⁷.

En cinquième lieu, c'est par voie de circulaires³⁸ que la décision du Gouvernement prise en conseil de ministre du 3 juillet 1974 de suspendre de manière « temporaire des entrées des travailleurs immigrés » et de leurs familles a été prise³⁹. Événement peu connu, probablement en raison de la notoriété de l'arrêt *GISTI, CGT, CFDTA* rendu peu après et qui figure au *GAJA*, ces circulaires ont été annulés par le Conseil d'Etat en novembre 1978⁴⁰.

Mentionnons aussi, en dernier lieu, en dehors de cette période, s'agissant du droit d'asile⁴¹, la circulaire du 17 mars 1985, signée par le premier ministre en personne (Laurent Fabius) et publiée au *Journal officiel* qui, pour la première fois, conditionne l'instruction du dossier des demandeurs d'asile par l'OFPPRA ou la Commission de recours des réfugiés, à leur admission préalable au séjour. Le droit des étrangers devient dès lors une question d'immigration. Quelques années, par une circulaire du 26 septembre 1991, le premier ministre Edith Cresson remettra en cause le droit pour les demandeurs d'asile d'exercer une activité professionnelle, qui est dès lors conditionnée à l'examen de la situation de l'emploi (en contre-partie ils reçoivent une allocation d'insertion)⁴². Peu après une circulaire du 19 décembre 1991 réserve aux seuls réfugiés statutaires le bénéfice des centres provisoires d'hébergement (CPH) et crée pour les demandeurs d'asile les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA).

³² *Ibid.*, p.365. Alexis Spire a « redécouvert » à l'occasion de sa thèse cette circulaire de 1956, qu'il reproduit en annexe de son ouvrage.

³³ Circulaires n° 72.40 du 24 janvier 1972 du ministre de l'intérieur et n° 1.72 du ministre du travail, de l'emploi et de la population du 23 février 1972 concernant les conditions d'établissement en France des travailleurs étrangers.

³⁴ Mireille Galano, « Une lutte exemplaire », *Plein Droit* n° 53-54, mars 2002 <http://www.gisti.org/doc/plein-droit/53-54/lutte.html> ; Assane Ba, « Une histoire collective », *Plein droit* n° 29-30, novembre 1995 <http://www.gisti.org/spip.php?article3866>

³⁵ Sur ce contexte v. Sylvain Laurens, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, Belin, 2009, p.182.

³⁶ Devenu par la suite *Groupe d'information et de soutien des immigrés* et plus récemment *Groupe d'information et de soutien des immigrés.e.s.*

³⁷ CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, Lebon, p.16 ; D.1975.784, note F. Julien-Laferrère; Dr. Soc. 1975 .273, concl. Ph. Dondoux.

³⁸ Circulaires n°11-74 du 9 juillet 1974, n°7-74 du 9 août 1974 et n°22-74 du 27 décembre 1974 du Secrétaire d'Etat auprès du Ministre du Travail, suspendant provisoirement l'introduction en France des familles des travailleurs étrangers.

³⁹ V. S. Laurens, *ouvr. préc.*, p. 205 et s.

⁴⁰ CE, 24 novembre 1978, *CGT, GISTI et a.*, n° 98340 98698 98700, au Lebon.

⁴¹ Jusqu'aux lois Pasqua de 1993, le droit d'asile n'était pas intégré dans l'ordonnance de 1945 sur les étrangers et était régi par la Convention de Genève de 1951, ratifiée en 1954, et la loi n°52-893 du 25 juillet 1952 portant création de l'*Office français de protection des réfugiés et apatrides*.

⁴² François Julien-Laferrère, *Droit des étrangers*, PUF coll Droit fondamental, 2000, n°18.

Ainsi, pendant près de 150 ans, dans un cadre législatif relativement stable⁴³, la politique de l'immigration a (presque) principalement et essentiellement été gouvernée par voie de circulaires. Elle a pourtant connu des évolutions et des inflexions importantes.

II. L'encadrement juridique des circulaires par le droit des étrangers

Etudier l'encadrement juridique des circulaires par le droit des étrangers c'est, d'une certaine façon (et même d'une façon certaine), étudier essentiellement des arrêts Gisti. En effet, hormis quelques arrêts SOS Racisme⁴⁴ ou FTDA, et plus récemment Cimade⁴⁵ ou Coordination française pour le droit d'asile⁴⁶, la majeure partie du contentieux des circulaires dans les quarante dernières années est due aux actions du Gisti. Sur la centaine de décisions rendues par le Conseil d'Etat sur recours de l'association de défense des étrangers, près d'un tiers concernent des circulaires ou instructions ministérielles, essentiellement du ministère de l'intérieur mais aussi de celui des Affaires Sociales, des Affaires étrangères, de l'Outre-mer ou encore du Garde des Sceaux.

Sans être là non plus exhaustif, on peut mentionner parmi les nombreux apports du droit des étrangers en général et des arrêts Gisti en particulier au droit administratif⁴⁷, certaines évolutions liées au contentieux contre les circulaires portant sur l'immigration :

A. Encadrement du pouvoir discrétionnaire et de la distinction entre dispositions réglementaires et interprétatives

Les premiers arrêts rendus en droit des étrangers sur requête du Gisti dans les années 1970-début des années 1980 ont pratiquement tous porté sur des circulaires – à l'exception du premier arrêt (CE, Ass., 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, n° 94144, au Lebon) et des arrêts du 27 janvier 1978, *Association des Marocains en France et Gisti* (n° 02417, au Lebon) et du 8 décembre 1978 (CE, Ass., 8 décembre 1978, *Gisti, CFDT, CGT*, n° 10097, au Lebon) qui portaient sur des décrets. Tous ces arrêts contribuent à préciser concrètement la distinction entre dispositions interprétatives et dispositions réglementaires de l'arrêt du 29 janvier 1954, *Notre-Dame du Kreisker* et à encadrer le pouvoir discrétionnaire des ministres. Les circulaires sont en effet bien souvent partiellement annulées car elles comportent des dispositions réglementaires prises par une autorité incompétente dans la mesure où le ministre n'agissait ni comme chef de service (CE, 1936, *Jamart*) ni sur habilitation de la loi.

⁴³ En faisant exception des décrets lois de 1938 qui ont profondément fait évoluer le droit des étrangers suivant une logique de police et d'assimilation des « bons » étrangers par opposition des « indésirables », et dont l'économie est reprise en 1945 dans l'ordonnance du Gouvernement provisoire de la République française.

⁴⁴ Dans le contentieux contre la circulaire du 5 août 2010 sur l'évacuation « prioritaire » des campements de « roms » : CE 7 avr. 2011, *Association SOS racisme - Touche pas à mon pote*, req. n° 343387, Lebon ; AJDA 2011. 760 et 1438, note D. Bailleul ; Constitutions 2011. 383, obs. O. Le Bot ; RTD eur. 2011. 887, obs. D. Ritleng.

⁴⁵ Par ex. CE, 17 octobre 2012, *FNARS, Cimade*, n° 353576 à propos de la circulaire NOR IOCL1114301C du 19 août 2011 relative aux missions des centres d'accueil pour les demandeurs d'asile (CADA) et aux modalités de pilotage du dispositif national d'accueil (DNA) et ses textes d'application ainsi que les relations entre les partenaires de la gestion du dispositif national d'accueil (DNA) ; CE, 30 décembre 2013, *La Cimade*, n°350191 à propos de a circulaire du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration du 24 mai 2011 relative au pilotage de l'hébergement d'urgence des demandeurs d'asile financé par le programme 303 " Immigration et asile " (crédits déconcentrés) ; CE, 30 juillet 2014, *Cimade*, n°375430 , au Lebon à propos de la note du 5 décembre 2013 du ministre de l'intérieur relative aux demande d'asile présentées par des étrangers placés en rétention administrative en vue de leur éloignement.

⁴⁶ CE, 4 décembre 2013, *Dom Asile et a.*, n° 359670. Gérard Sadik avait été invité au colloque dont est issu cet ouvrage pour présenter l'ensemble des contentieux contre des circulaires qu'il a initié au sein de la Cimade, et souvent en collaboration avec le Gisti ou d'autres associations membres de Coordination française pour le droit d'asile.

⁴⁷ Sur cette question v. aussi Danièle Lochak, « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti » ; Bruno Genevois, « Le Gisti : requérant d'habitude ? La vision du Conseil d'État » et Ronny Abraham, « Les retombées « collatérales » du contentieux des étrangers dans la jurisprudence et le droit administratifs » in *Défendre la cause des étrangers en justice, sous l'égide du GISTI*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

Ainsi, dès l'arrêt *Da Silva et CFDT (préc.)*⁴⁸, qui portait sur plusieurs dispositions des circulaires « Marcellin- Fontanet » de 1972, le Conseil d'Etat pose en principe qu'un ministre use illégalement d'un pouvoir réglementaire qu'il n'a pas en interdisant aux préfetures ou aux services de la main-d'oeuvre d'accorder un titre de séjour ou une autorisation de travail à des étrangers entrés en France sous couvert d'un simple visa de tourisme, autrement dit en leur interdisant de les régulariser. L'arrêt est assez long car le Conseil d'Etat vérifie, disposition par disposition critiquée, si « *les circulaires contestées sont sur ce point dépourvues de caractère réglementaire et ne font pas grief aux requérants ou qu'elles auraient été validées par l'effet de l'intervention* » d'une loi.

La logique est la même dans deux décisions rendues le 24 novembre 1978 par le Conseil d'Etat portant sur la décision de suspension de l'immigration du travail et des familles de travailleurs immigrés de juillet 1974. La première concerne, comme cela a déjà été mentionné une série de circulaires adoptées à partir de l'été 1974 afin de concrétiser cette suspension (CE, 24 novembre 1978, *CGT, GISTI et a.*, n° 98340, au Lebon) et la seconde pour mettre fin au régime plus favorable de circulation et d'établissement dont bénéficiaient les ressortissants des anciens territoires d'outremer sans attendre la renégociation des conventions (CE, 24 novembre 1978, *CGT, Gisti et a.*, n° 98339, 98699, au Lebon). Si on était dans la logique de l'arrêt *Mme Duvignères* du 18 décembre 2002, l'annulation se serait imposée d'évidence : on est face à des dispositions manifestement impératives et qui portent atteinte à la hiérarchie des normes en violant la loi pour la première ou des accords-bilatéraux pour la seconde. Mais, dans la logique de *Notre Dame de Kreisker*, le raisonnement était plus complexe : il fallait d'abord démontrer que ces dispositions étaient réglementaires, c'est-à-dire qu'elles modifiaient l'ordonnement juridique puis ensuite qu'elles étaient prises par une autorité incompétente ou en violation de la loi. Pour la circulaire du 5 juillet 1974, le Conseil d'Etat juge qu'elle « *ne peut être regardée comme une simple directive laissant aux services destinataires une liberté d'appréciation* » mais comme une véritable norme enjoignant « *aux chefs desdits services de "ne plus viser aucun contrat d'introduction de travailleurs "étrangers", "d'en aviser les employeurs en leur retournant les "contrats" soumis à leur visa et de renvoyer également les contrats non encore visés et détenus par eux ou par l'Office national de l'immigration* ». Ainsi, le Secrétaire d'Etat à l'immigration a « *pris une mesure entraînant une interdiction générale d'entrée en France de travailleurs étrangers, alors que les dispositions législatives et réglementaires en vigueur l'autorisaient seulement à apprécier, dans chaque cas, s'il y avait lieu ou non de viser le contrat de travail qui lui était soumis* ». Dès lors la circulaire a sans conteste ajouté « *des dispositions nouvelles aux dispositions législatives et réglementaires susreproduites* » et le Secrétaire d'Etat a « *illégalement usé du pouvoir réglementaire qu'aucun texte ne l'autorisait à exercer* ». La circulaire est donc annulée car prise par une autorité incompétente.

Il en est de même pour les deux circulaires du 30 novembre 1974 émanant du ministre de l'intérieur et du ministre du travail dès lors qu'elles avaient prétendu imposer l'obligation d'une carte de séjour et d'une carte de travail délivrées dans les conditions prévues par le droit commun des étrangers en faisant échec à une convention internationale. On remarquera qu'en l'absence de référé-suspension, l'annulation de ces circulaires intervient quatre années après ces circulaires, qui ont donc eu tout le temps de produire leurs effets et ont pu entre-temps être remplacées par des réglementations organisant légalement la suspension de l'immigration du travail.

Suivant la même logique, le Gisti obtient au début des années 1980 l'annulation des circulaires adoptées sous le Gouvernement Barre pour limiter l'immigration. Ainsi, sont annulées pour incompétence la circulaire du 27 juillet 1977 du Secrétaire d'Etat aux travailleurs immigrés enjoignant aux services de la main-d'oeuvre de ne plus délivrer de cartes de travail dans le cadre d'une procédure de régularisation (CE, 12 mars 1980, *Gisti*, n° 15188) et la circulaire « *Stoléru* » du 10 juin 1980 relative à l'instruction des demandes de titre de travail (CE, 20 mars 1985, *Gisti*, n° 27408, aux tables). Là

⁴⁸ Le recours a été déposé au nom d'un travailleur portugais et de la CFDT, mais c'est bien le Gisti qui était à l'origine de ce recours. Simplement, le groupe n'était pas encore constitué en association.

encore, les annulations interviennent plusieurs années après l'adoption de ces circulaires et alors que les Socialistes sont arrivés au pouvoir et ont (temporairement) remis en cause cette politique.

Dans la même période, le Conseil d'Etat confirme la légalité d'une circulaire du 5 janvier 1979 du ministre de l'intérieur relative aux conditions de prolongation des certificats de résidence des ressortissants algériens en estimant qu'elle se bornait à informer des stipulations de l'échange de lettres entre la France et l'Algérie. (CE, 6 juin 1980, *Gisti, M. Nadir, Mrap*, n° 17769, 18782, 19571, au Lebon). C'est l'un des rares cas dans lequel un contentieux gistinien de cette époque contre une circulaire n'aboutit pas à une annulation⁴⁹.

Le Gisti obtiendra en revanche l'annulation d'un certain nombre de restrictions posés par le Gouvernement socialiste à partir de 1982, parfois à rebours de lois adoptées par ce même gouvernement (notamment loi « Defferre » du 29 octobre 1981). Ainsi est annulée la circulaire du ministre de l'intérieur du 31 août 1982 prise pour l'application des dispositions relatives à l'accès au territoire (CE, 27 septembre 1985, *Gisti*, n° 47324, au Lebon), une circulaire du 29 avril 1982 du secrétaire d'État aux DOM-TOM qui, pendant cinq ans avait maintenu outre-mer un régime dérogatoire *contra legem* malgré la loi du 29 octobre 1981 (CE, 27 septembre 1985, *Gisti*, n° 54114, au Lebon) ou encore la circulaire du ministre de l'intérieur du 17 septembre 1984 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étudiants étrangers qui, déjà, limitait l'accès des étudiants étrangers au travail et prévoyait que les ressources provenant d'un travail salarié ne pourraient être prises en considération que pour le renouvellement de la carte et pas sa délivrance initiale (CE, 14 mars 1986, *Gisti*, n° 65241, aux Tables) et celle du ministre des Affaires sociales et de la solidarité nationale du 8 octobre 1984 relative aux autorisations provisoires de travail délivrées aux étudiants. Elle est annulée en tant qu'elle réserve cette possibilité aux seuls étudiants ayant déjà effectué une première année d'études (CE, 18 novembre 1987, *Gisti*, n° 65242, aux Tables). Le Conseil d'Etat a aussi annulé une circulaire conjointe des ministres de l'éducation nationale et de l'intérieur du 12 mai 2000 prévoyant la possibilité pour les préfets de passer des conventions avec les universités permettant d'organiser au sein de celles-ci les formalités de dépôt des demandes de titres de séjour (CE, 14 décembre 2001, *Gisti et Sud-étudiants*, n° 229229, au Lebon).

On peut aussi évoquer annulation de certains points secondaires d'une circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation du 31 décembre 1984 portant application de la loi du 17 juillet 1984 et du décret du 4 décembre 1984 (CE, 25 septembre 1987, *Gisti*, n° 66707, aux Tables)

B. Contrôle des circulaires au regard des normes internationales

On a vu que dès la contestation des circulaires de 1974 visant à restreindre l'immigration des pays liés avec la France par des accords bilatéraux, le Gisti a contesté les instructions ministérielles au regard des normes internationales (v. CE, 24 novembre 1978, *CGT, Gisti et a.*, n° 98339, *préc.*). A la fin des années 1980, le Gisti a multiplié les moyens arguant de la violation de ces normes. Cela lui vaut son deuxième arrêt au GAJA rendu à l'occasion de la contestation d'une circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation et du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale du 14 mars 1986 *relative aux conditions de circulation, d'emploi et de séjour en France des ressortissants algériens et de leur famille*. Ces ministres avaient fait une interprétation restrictive de l'avenant à l'accord franco-algérien du 22 décembre 1985. Même si cette décision est un « grand arrêt » puisque le Conseil d'Etat interprète lui-même les stipulations de l'accord sans procéder à un renvoi préjudiciel au ministre des affaires étrangères, alors que l'Etat est partie au procès, en pratique cet arrêt a peu d'incidence en droit des étrangers puisqu'une seule disposition est annulée : celle empêchant les étudiants algériens

⁴⁹ V. pour un autre rejet : CE, 25 septembre 1987, *Gisti*, n° 66708, à propos de la circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation et du ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale du 4 janvier 1985 relative au regroupement familial ou encore, avec l'arrivée de Pasqua aux commandes, CE, 27 octobre 1989, *Gisti*, n° 84684, à propos de la circulaire du ministre de l'intérieur du 17 septembre 1986 prise pour l'application de la loi Pasqua énonçant que la délivrance de la carte de résident de plein droit suppose d'être en situation régulière de séjour.

de travailler parallèlement à leurs études sans avoir à demander d'autorisation de travail (CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, n° 78519, au Lebon). Peu après, le Conseil annule le rejet implicite d'un recours gracieux dirigé contre la circulaire du 2 août 1989 prise pour l'application de la loi du 2 août 1989 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France car elle entendait appliquer cette loi aux ressortissants tunisiens attributaires de plein droit de la carte de résident en vertu d'un accord bilatéral la condition de régularité de leur situation au moment du dépôt de leur demande (CE, 23 janvier 1991, *Gisti*, n° 115876, aux Tables⁵⁰).

Deux décisions rendues dans la même période vont marquer le contentieux des circulaires et contribuer à l'évolution de la jurisprudence orchestrée par l'arrêt *Duvignères* :

En premier lieu, le Conseil d'Etat rejette un recours contre une circulaire du 28 novembre 1986 prise par le ministre de l'intérieur Charles Pasqua, à la suite des attentats du mois de septembre 1986, qui instituait un visa préfectoral que devaient demander les étrangers résidant en France pour leurs déplacements hors de France. Ces visas de sortie et retour, qui équivalaient à subordonner à autorisation le droit de quitter le territoire français, portaient une atteinte grave au droit qu'a toute personne de quitter tout pays, reconnu tant par le Pacte sur les droits civils et politiques que par le Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme. Mais ils n'avaient de surcroît pas l'ombre d'une base légale. Malgré les conclusions de Ronny Abraham regrettant que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permette de constater que l'incompétence et non la violation des normes internationales (RFDA 1993. 567), le Conseil d'Etat rend, six années après la circulaire, un arrêt très court constatant uniquement que « *ces dispositions, qui constituent des restrictions à la liberté fondamentale d'aller et de venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter, ne sont prévues par aucun texte et ont le caractère de mesures susceptibles d'être déferées au juge de l'excès de pouvoir ; que le ministre de l'intérieur ne tenait d'aucune disposition législative le pouvoir d'édicter de telles règles* » (CE, 22 mai 1992, *Gisti*, n° 87043, aux Tables)⁵¹.

En second lieu, la même année le Conseil d'Etat rend une autre décision critiquable, sur conclusions contraires (AJDA 1992 p. 752, concl. D. Kessler), en qualifiant d'acte du gouvernement la circulaire du ministre de l'Éducation nationale du 24 septembre 1990 enjoignant aux chefs d'établissement de suspendre les stages des élèves irakiens en cours, de suspendre le versement des bourses d'études aux étudiants irakiens, de refuser l'inscription des étudiants pour l'année universitaire 1991-91 et d'annuler les inscriptions déjà effectuées, en exceptant les demandeurs d'asile et les réfugiés dans le contexte de la guerre du Golfe (CE, 23 septembre 1992, *Gisti et Mrap*, n° 120437, 120737, au Lebon).

Quelques années après, le Gisti ouvre un autre front : l'invocation à l'encontre des circulaires du droit de l'Union européenne, en particulier des accords d'associations CE-Pays tiers et de dispositions inconditionnelles et précises de directives.

En droit de la protection sociale, cela a abouti à l'annulation de certaines dispositions restrictives de circulaires adoptées dans le prolongement de la loi du 24 août 1993 (CE, 14 janvier 1998, *Gisti et FTDA*, n° 174219). Le Conseil d'Etat a aussi censuré certaines restrictions apportées par voie de circulaire par le ministre de l'intérieur du 7 juin 1994 prise pour l'application du décret du 11 mars 1994 sur le séjour des ressortissants communautaires en France (CE, 27 mai 1998, *Gisti*, n° 170175, aux Tables).

L'invocation de la contrariété au droit de l'Union européenne a été facilitée à partir de l'arrêt *Duvignères* de 2002 puisqu'il suffit désormais d'établir l'impérativité d'une disposition pour qu'elle fasse grief et, par suite, pouvoir invoquer la violation de la hiérarchie des normes, y compris si une loi

⁵⁰ Cette décision provoque un phénomène amusant : la circulaire sur un arrêt du Conseil d'Etat annulant une circulaire (circulaire du ministère de l'intérieur NOR/INT/D/91/000 75/C du 29 mars 1991 *ayant pour objet* « *la circulaire du 2 août 1989 prise en application de la loi du 2 août 1989 (...). Arrêt du Conseil d'Etat du 23 janvier 1991, G.I.S.T.I., requête 115876*). Le procédé sera régulièrement réutilisé. Non sans paradoxe, il y a donc plusieurs circulaires « arrêts *Gisti* ».

⁵¹ Sur les visas de sortie v. aussi, pour une autre annulation d'un arrêté ministériel : CE, 11 juin 1997, *Gisti et FTDA*, n° 157513, au Lebon et pour l'annulation d'une autre circulaire du 8 février 1994 : CE, 21 avril 1997, *Gisti*, n° 158919.

fait écran (sauf en référé en raison de la jurisprudence *Carminati*⁵²). Toutefois, concrètement, le Conseil d'Etat neutralise le plus souvent, notamment par des interprétations conformes, ce moyen. Ainsi, d'une part, s'agissant du « délit de solidarité », il rejette un recours contre des circulaires du 23 novembre 2009 invoquant la directive n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 qui définit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers en estimant que les dispositions inconditionnelles et précises de celles-ci n'interdisent pas pour autant « *aux États membres de sanctionner aussi l'aide au séjour irrégulier à des fins non lucratives* » (CE, réf., 15 janv. 2010, *Gisti et a.*, n°334879, AJDA 2010. 68 ; CE, 19 juill. 2010, *Gisti et a.*, n° 334878, au Lebon ; AJDA 2010. 1457, obs. M-C. de Montecler). D'autre part, s'agissant de l'invocabilité des dispositions inconditionnelles et précises des dispositions de l'article 7 de directive 2008/115/CE, le Conseil d'Etat a jugé, de manière critiquable, à propos d'une circulaire⁵³ venant appliquer l'avis *Jin & Thiero*⁵⁴, qu'en prescrivant « *de laisser aux étrangers qui sont susceptibles, conformément à l'article 7 de la directive, d'en revendiquer le bénéfice, un délai pour quitter volontairement le territoire national ; qu'elle interdit d'opposer le risque de fuite pour refuser d'accorder un délai de départ volontaire d'au moins sept jours ; qu'en apportant ces précisions, de façon à faire bénéficier, dans l'attente de la transposition et de façon générale, les étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement du délai de départ volontaire prévu par la directive* », la circulaire n'a pas manifestement méconnu les exigences qui découlent du droit de l'UE (CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*, n°348774 ; CE, 9 novembre 2011, *Gisti*, n°348773).

En revanche, lorsque la Cimade et le Gisti invoquent la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 pour revendiquer un droit aux conditions matérielles d'accueil décentes pour tous les demandeurs d'asile, y compris ceux relevant du règlement « Dublin II », dans un contentieux contre une circulaire interministérielle du 3 novembre 2009 le Conseil d'Etat censure doublement celle-ci. Avant d'avoir posé une question préjudicielle pour certaines dispositions⁵⁵, puis, une fois la décision préjudicielle rendue⁵⁶, la haute juridiction administrative censure d'autres dispositions pour tirer les conséquences de la décision du juge de Luxembourg⁵⁷.

Toujours dans le contentieux des circulaires restrictives à l'encontre des étrangers sur le fondement d'accords bilatéraux, on peut invoquer la circulaire « Taubira » du 29 mai 2013 qui exclut la célébration d'un mariage de personnes de même sexe lorsque l'un(e) des époux(es) a la nationalité d'un pays hostile au mariage homosexuel et que ce pays a conclu avec la France une convention plaçant leurs ressortissants sous l'empire de leur loi nationale en matière de statut personnel, soit 11 nationalités⁵⁸.

⁵² CE 30 déc. 2002, n° 240430, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati*, Lebon 51 ; AJDA 2003. 1065, note O. Le Bot. Toutefois, en référé-liberté en cas de contrariété manifeste au droit de l'Union européenne, la loi ne fait pas écran en référé malgré l'office limité du juge des référés (CE, réf., 16 juin 2010, *Mme Diakité*, n° 340250, Lebon 205 ; AJDA 2010. 1662, note O. Le Bot ; *ibid.* 1355, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi).

⁵³ Circulaire n° NOR IOVC1108038C du 23 mars 2011 du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, relative aux conséquences à tirer de l'avis contentieux du Conseil d'Etat du 21 mars 2011 sur la directive retour.

⁵⁴ CE, avis du 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, n° 345978 et 346612 ; JCP A 2011, n° 18, n°2173, obs. S. Slama AJDA 2011 p. 1688, obs. H. Alcaraz.

⁵⁵ CE, 7 avril 2011, *La Cimade et Gisti*, n°335924, aux tables; AJDA 2011. 759 ; D. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier.

⁵⁶ CJUE 27 sept. 2012, aff. C-179/11, *La CIMADE, Groupe d'information et de soutien des immigrés c/Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, AJDA 2012. 2267, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; RDSS 2013. 73, note C. Boutayeb.

⁵⁷ CE, 17 avril 2013, *La Cimade et Gisti*, n°335924, D. 2013. 314 chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot. Les associations ont aussi contesté, avec moins de succès, l'instruction du 23 avril 2013 adoptée pour appliquer ces décisions : CE, réf., 19 juin 2013, *La Cimade & Gisti*, n° 368742, et CE, 12 février 2014, *La Cimade & Gisti*, n°368741. Pour un point v. Marie-Laure Basilien-Gainche, Serge Slama, « Implications concrètes du droit des demandeurs d'asile aux conditions matérielles d'accueil dignes », *La Revue des droits de l'homme/ADL*, 5 mars 2014 <http://revdh.revues.org/607>

⁵⁸ Hugues Fulchiron, « Le mariage pour tous... ou presque », D. 2013. Point de vue 1969 ; H. Fulchiron, « Le « mariage pour tous » en droit international privé est d'ordre public », D. 2013, p. 2576 ; Alain Devers, « Mariage pour tous : même pour les couples franco-marocains ! », JCP G 2013, act. 1159 ; Christine Bidaud-Garon, « Mariage consulaire... pour tous ? », JCP G n° 51, 2013, 1325.

Cette circulaire n'a pas été contestée, pour des raisons stratégiques par les associations et a d'ailleurs été partiellement amendée depuis par des instructions confidentielles de la Chancellerie⁵⁹. Elle a été remise en cause par une cour d'appel (CA de Chambéry, 22-10-2013 n° 13/02258⁶⁰), dans une affaire qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation et d'interventions des associations de défense des étrangers et d'observations Défenseur des droits devant la Cour de cassation⁶¹.

C. Spécificités des circulaires de régularisation et des « lignes directrices »

Sans s'étendre sur cette question de l'absence d'invocabilité des circulaires de régularisation⁶² et de la nouvelle invocabilité des « lignes directrices » de certaines dispositions de celles-ci, en particulier la circulaire « Valls » du 28 novembre 2012⁶³, il y a lieu de relever les spécificités de ces circulaires semblent obéir à un régime dérogatoire guidé essentiellement par des considérations d'opportunité juridictionnelle (ne pas encombrer davantage les rôles des juridictions administratives), administratives (ne pas limiter le pouvoir discrétionnaire des préfets en la matière) et politiques (ne pas provoquer davantage de régularisation décidée par le juge suite à un recours pour mauvaise application des critères de la circulaire). De jurisprudence constante, depuis la circulaire de régularisation de 1981, le Conseil d'Etat estime que les dispositions contenues dans une circulaire de régularisation n'ont pas de « caractère réglementaire » et que, dès lors, les étrangers déboutés ne peuvent utilement invoquer, à l'encontre du refus de délivrance de titre de séjour, les critères fixés par celle-ci devant le juge administratif (CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, AJDA 1992, p. 166, chron. C. Maugüé et R. Schwartz).

La substitution, en 2002, à l'ancienne distinction entre circulaire réglementaire et interprétative de la jurisprudence de l'arrêt *Notre-Dame de Kreisker* de la distinction entre circulaires impératives ou non de *Mme Duvignères* aurait dû amener le juge administratif suprême à infléchir sa jurisprudence. Pourtant il n'en fut rien (CE 24 janvier 2003, *Préfet du Val-d'Oise*, n° 222854 ; CE Sect. 5 mai 2003, *M. Mamadou X.*, req. n° 245424). La position adoptée s'explique d'abord par le souci de ne pas reconnaître l'existence d'un « droit à la régularisation » pour les étrangers remplissant les critères fixés par la circulaire (CE 26 oct. 1990, *Ntrika*, n° 111859) mais d'une simple « faculté de régularisation » (CE 11 février 2000, *M. Zahrate*, n°206287), relevant du pouvoir discrétionnaire des préfets⁶⁴. L'invocation d'une circulaire de régularisation est donc un moyen inopérant (CE 28 juillet 1999, *Préfet de l'Essonne c/ M. Tug*, tables 594 et 824).

Pourtant, le Conseil d'Etat a déjà censuré les dispositions réglementaires d'une circulaire limitant les régularisations⁶⁵. Il a surtout censuré des dispositions impératives d'une autre circulaire de régularisation – celle du 7 janvier 2008⁶⁶ - lorsqu'elles limitent le pouvoir discrétionnaire des préfets

⁵⁹ Dépêche DP/459-C1-2013/CA/37-1, 1er août 2013 (accessibles sur *Combats pour les droits de l'homme*). V. égal. la réponse ministérielle parue au JO du 13 août 2013, p. 8634, qui renvoie aux juridictions judiciaires la question de la mise à l'écart de la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle.

⁶⁰ D. 2013. 2464 ; ibid. 2576, entretien H. Fulchiron ; ibid. 2014. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2013. 720, obs. A. Boiché ; RTD civ. 2014. 89, obs. J. Hauser ; JCP 2013. 1159, veille A. Devers.

⁶¹ Pour un précédent : CE, 29 juillet 2002, Gisti, Femmes de la Terre, LDH, n° 231158, aux Tables censurant la circulaire du 10 décembre 1999 relative au Pacs car discriminatoire à l'égard de ressortissants de pays tiers et citoyens de l'UE.

⁶² D. Catteau, Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du prince, AJDA 2007. 403 ; Christel Cournil, « La circulaire du 13 juin 2006, une régularisation sélective au service d'une politique. A propos de la régularisation des parents d'enfants scolarisés », Revue de la Recherche juridique, n° 123, 2008-3, p. 1495 et « La régularisation, une procédure injuste et inefficace », Plein droit n° 76, mars 2008 <http://www.gisti.org/spip.php?article4406>

⁶³ Voir les conclusions du rapporteur public, Amélie Fort-Besnard, in AJDA 2014, p. 1541 et le commentaire de Serge Slama, « L'invocabilité des lignes directrices dans les procédures de régularisation de sans-papiers », AJDA 2014, p. 1773.

⁶⁴ V. aussi CE avis, Ass. 22 août 1996, n° 359622, Grand avis du Conseil d'Etat, 3ème éd., Dalloz 2008, n°29, comm. D. Mandelkern.

⁶⁵ CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, préc.

⁶⁶ Circulaire du 7 janvier 2008 prise en application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 relatif à la délivrance de cartes de séjour portant la mention salarié au titre de l'admission exceptionnelle au séjour.

lors des régularisations (CE 23 oct. 2009, *Gisti*, n°314397 ; aux Tables, p. 791). Sa position n'est donc pas cohérente lorsqu'elle refuse l'invocabilité des circulaires de régularisation, surtout depuis le décret du 8 décembre 2008, puisque dès lors qu'elles sont reprises sur www.circulaires.legifrance.gouv.fr elles sont invocables par les administrés. En outre, et surtout, l'impossibilité d'invoquer les circulaires de régularisation devant le juge administratif crée d'importantes disparités de traitement, puisqu'elle valide le fait d'une application inégalitaire de celles-ci d'une préfecture à l'autre voir d'un guichet à l'autre⁶⁷. C'est dans ce contexte, et compte tenu de la qualification en « *lignes directrices* » (nouvelle appellation des « *directives Crédit Foncier de France* »⁶⁸) de la circulaire du 28 novembre 2012 par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle pour 2013 sur le « droit souple »⁶⁹, que certaines CAA, en particulier celle de Paris, dans une décision rendue en formation plénière, a consacré l'invocabilité de certaines « *lignes directrices* » de cette circulaire de régularisation⁷⁰. A notre sens, il serait utile que le Conseil d'Etat soit saisi de cette question, par une demande d'avis sur une question de droit ou un pourvoi en cassation⁷¹. Il a récemment qualifié de « *lignes directrices* » des dispositions d'une circulaire de l'Education nationale relative aux bourses scolaires (CE, 19 septembre 2014, n° 364385, AJDA 2014 p. 1798).

D. Régime de publication, d'abrogation, d'applicabilité et d'invocabilité des circulaires mises en lignes en vertu du décret du 8 décembre 2008

La question est évoquée par plusieurs contributions de cet ouvrage (en particulier l'article de Pascal Combeau et de Geneviève Koubi) mais il est intéressant de souligner ici l'apport du contentieux des étrangers, en particulier de recours de la Cimade et du Gisti, sur le régime issu du décret du 8 décembre 2008 puisque comme le souligne Danièle Lochak, cela a été « *source de confusion* » et la jurisprudence du Conseil d'Etat a été « *contradictoire, pour ne pas dire incohérente* ».

Dès parution du décret du 8 décembre 2008, avec notre complice Gérard Sadik, nous avons été très attentifs aux circulaires « reprises » sur le site du premier ministre <http://www.circulaires.gouv.fr>. En effet, en application du décret n°2008-1281 toute circulaire ou instruction ministérielle qui ne figurait pas sur ce site au 1^{er} mai 2009 était réputée abrogée, sauf celles dont la loi permet à un administré de se prévaloir. Or nous avons constaté qu'à cette date fatidique le ministère de l'immigration n'avait pratiquement pas alimenté le site et que par suite, la quasi-totalité des instructions dans le domaine de l'immigration étaient réputées abrogées ce jour de la « *St Barthélemy des circulaires et instructions ministérielles* »⁷². Si bien que lorsque Gérard Sadik a vu apparaître durant l'été 2009 sur ce site des circulaires relatives à l'asile qu'il voulait contester, il a fait des copies d'écran et la Cimade & le Gisti ont déféré à la censure du Conseil d'Etat, plus de deux mois après sa reprise, ladite circulaire, en sachant pertinemment que celle-ci était « *réputée abrogée* ». Le Conseil d'Etat avait uniquement précisé, à propos d'une circulaire contenant des dispositions réglementaires, qu'elle devait être «

⁶⁷ V. notre billet, à l'occasion d'un jugement du TA de Toulouse du 4 juillet 2007 ayant consacré cette qualification : La circulaire « Sarkozy » de régularisation du 13 juin 2006 une directive « Crédit Foncier de France » ? <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/09/03/171-circulaire-sarkozy> et Frédéric Rolin, « Régularisation des sans-papiers : Bernard Even vs Frédéric Rolin : qui a raison ? » <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/09/28>

⁶⁸ CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c/ Mlle Gaupillat et Mme Ader*, n°78880, Lebon p.750, concl. Bertrand, D. 1971.674, note D. Loschak ; JCP 1972.II.17232, note Fromont ; RDP 1971.1224, note M. Waline ; GAJA 19ème éd.2013, n°830

⁶⁹ Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, 2013, p. 145 et Laurent Cytermann, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA*, 2013.1119.

⁷⁰ TA Paris, 18 déc. 2013, n° 1306958, AJDA 2014. 454, concl. A. Fort-Besnard, confirmé par CAA Paris, 4 juin 2014, n° 14PA00226, *Préfet de police*, AJDA 2014. 1181.

⁷¹ Certaines CAA, en particulier celle de Lyon, font de la « résistance » v. CAA Lyon, Pl., 2 octobre 2014, n°14LY01523, AJDA 2014.2112, chron. A. Samson-Dye.

⁷² S. Slama, « Ce 1er mai 2009, débarrassez-vous de vos vieilles circulaires désormais abrogées ... au lieu de cueillir du muguet (grâce au décret 8 décembre 2008) », *CPDH*, 1er mai 2009 <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/05/01>.

regardée » comme abrogée en cas de non reprise au 1er mai 2009 sur circulaires.gouv.fr. (CE, 16 avril 2010, *M. Azelvandre*, n° 279817, aux tables).

La stratégie a fonctionné puisque le ministère a produit dans le cadre du contradictoire une copie d'écran contenant la date de mise en ligne de la circulaire pour tenter d'opposer une forclusion puisque le recours avait été enregistré plus de deux mois après cette « reprise »⁷³. Le Conseil d'Etat a alors jugé « *qu'il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté par l'administration que la circulaire du 24 juillet 2008 du ministre de l'immigration [...] n'avait pas été reprise, à la date du 1er mai 2009, sur le site internet créé en application des dispositions de l'article 1er du décret du 8 décembre 2008 citées ci-dessus ; que, par suite, cette circulaire doit, conformément à l'article 2 du même décret, être regardée comme abrogée à compter du 1er mai 2009* » et, surtout « *que sa mise en ligne sur ce même site à une date postérieure au 1er mai 2009 n'a pas eu pour effet de la remettre en vigueur* ». Il donc prononcé un non lieu à statuer sur le recours dirigé contre cette circulaire (CE, 23 février 2011, *La Cimade et autres*, n° 332044).

Dans une autre affaire relative à la circulaire du 5 août 2010 sur l'évacuation « prioritaire » des campements illicites de Roms, il a accepté d'examiner au fond un recours contre une circulaire non référencée sur le site et de l'annuler, sans prendre égard du décret qu'il ne cite même pas (CE 7 avril 2011, *Association SOS Racisme*, req. n° 343387, préc.)⁷⁴. Il a aussi jugé qu'une circulaire non mise en ligne et donc réputée abrogée à la date du 1^{er} mai 2009 pouvait néanmoins faire l'objet d'une demande d'annulation dès lors qu'elle avait reçu un commencement d'application (CE, 16 avril 2012, *Comité Harkis et Vérité*, n° 335140) ;

Par ailleurs, depuis le 1^{er} mai 2009, les circulaires et instructions ministérielles non mises en ligne, ne sont censées plus pouvoir être opposées par l'administration aux administrés ni être invoquées par ces derniers⁷⁵. Mais sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat manque de cohérence et neutralise largement la portée du décret⁷⁶. Il a ainsi jugé que les dispositions du décret de « *n'interdisent pas à l'auteur d'une circulaire de réitérer des circulaires antérieures, comme le fait la circulaire du ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés du 24 novembre 2009 en ce qui concerne ses circulaires en date du 21 février 2006 et du 4 décembre 2006 ; que, d'autre part, la circonstance que les circulaires du 21 février 2006 et du 4 décembre 2006 n'aient pas été mises en ligne sur le site mentionné par ce décret est, en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de la circulaire attaquée* » (CE, réf., 15 janv. 2010, *Gisti et a.*, n°334879 ; CE, 19 juill. 2010, *Gisti et a.*, n° 334878, au Lebon), et ce alors même que ces circonstances sont réputées abrogées et que le décret interdit à l'administration de s'en prévaloir. Il a aussi été admis, s'agissant de l'application de la directive « retour » 2008/115/CE (non transposée), l'applicabilité immédiate d'une circulaire non publiée dès lors que celles-ci visait à faire cesser une application irrégulière du droit et à prescrire aux services de prendre des décisions conformes aux normes de l'Union européenne (CE, 9 novembre 2011, *Gisti*, n°348773).

Du reste comme le relève Geneviève Koubi, ce site www.circulaires.legifrance.gouv.fr constitue le « *réceptacle désordonné et confus de textes disparates* ». En droit des étrangers, on y trouve bien souvent les circulaires et instructions ministérielles bien après leur mise en ligne sur le site du Gisti ou du *Dictionnaire permanent droit des étrangers*. Parfois d'ailleurs certaines circulaires rendues

⁷³ V. S. Slama, « L'hécatombe des circulaires et instructions ministérielles signée avant le 1er mai 2009 », *CPDH*, 1er mars 2011 ; G. Sadik, S. Slama, « Requiem pour l'ensemble des circulaires ministérielles défuntées le 1er mai 2009 (CE, 23 février 2011, *La Cimade*, *Fnars* et *Gisti*) », *CPDH*, 25 févr. 2011.

⁷⁴ La circulaire du 5 août 2010 n'a d'ailleurs jamais été mise en ligne sur un site officiel mais dévoilée par le *Canard Social* (<http://www.lecanardsocial.com/ArticleFil.aspx?i=182>). Quant à celle du 13 septembre 2010 procédant à son abrogation elle n'a été publiée que par...*le Figaro* (<http://www.lefigaro.fr/assets/pdf/circulaire-hortefeux.pdf>). Cette absence de reprise sur un site officiel n'a pas empêché leur application pour évacuer des centaines de campements.

⁷⁵ V., G. Koubi, « La date de mise en ligne des circulaires », *AJDA* 2011, p. 536 ; « De la validité des circulaires administratives antérieures au 1er mai 2009 », *RDSS* 2011/3, p. 514.

⁷⁶ CE, 9 novembre 2011, *Gisti*, req. n° 348773 ; CE, 27 mars 2013, *Assoc. des professionnels de la location meublée*, req. n° 360248 ;

publiques par le Gisti ne sont jamais mises en ligne sur les sites officiels, ni publiée au *Bulletin officiel du ministère*. Ainsi, tel n'a pas été notre surprise lors d'une rencontre avec un haut fonctionnaire du ministère de l'intérieur, lorsqu'il nous a expliqué qu'il était un grand utilisateur du site du Gisti – et de son fameux « CESEDA consolidé » - bien plus pratique que les sites ministériels...