



HAL
open science

Le statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Le statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers. Alix Perrin. La régularisation, mare & martin, pp.139-159, 2018, Droit public, 978-2-84934-362-3. hal-02061490

HAL Id: hal-02061490

<https://hal.science/hal-02061490v1>

Submitted on 7 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 statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers

Par Serge Slama, *professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes, CESICE*¹

Si, dans le langage administratif, l'usage du terme de régularisation est ancien, notamment en matière fiscale ou pour évoquer la régularisation de la position militaire², en droit des étrangers son utilisation semble se généraliser surtout dans l'après-guerre³, probablement parce que le terme de « séjour irrégulier » est utilisé dans le décret-loi « Daladier » du 2 mai 1938 et l'ordonnance du 2 novembre 1945⁴.

Et même si cette ordonnance n'utilise pas elle-même le terme de « régularisation », il apparaît dans des textes d'application de celle-ci. C'est particulièrement le cas de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 29 janvier 1947 relative aux « visas de régularisation ». Ce visa devait être sollicité par l'étranger voulant s'établir durablement en France mais qui n'était pas bénéficiaire d'un visa d'entrée. Selon les ouvrages de droit des étrangers de cette époque, il s'agissait d'une procédure de « mise en règle » des étrangers désirant rester en France qui avait vocation à rester « tout à fait exceptionnelle ». En effet, comme aujourd'hui, l'étranger démuné de visa d'entrée devait normalement être invité à regagner son pays d'origine pour déposer auprès des autorités consulaires une demande régulière de visa. Toutefois il pouvait être dérogé à cette règle « pour des raisons d'humanité (regroupement des familles) » et lorsque le maintien de l'étranger sur le territoire français représente « un intérêt économique ou démographique »⁵. Cette délivrance d'un visa sur place donnait lieu – et donne d'ailleurs toujours lieu – à la perception de « droits de régularisation » (la taxe de chancellerie)⁶.

Mais à une époque où l'ordonnance de 1945 distinguait l'admission au séjour de l'admission au travail, il existait en réalité deux formes de régularisation. Or, selon Alexis Spire, jusqu'en 1950, les régularisations de séjour, comme les régularisations de travail, sont soumises à un contrôle étroit de l'administration centrale. Les premières ne sont octroyées qu'au bénéfice des étrangers régis par des accords bilatéraux, essentiellement des ressortissants italiens dispensés de visas depuis 1948. Les secondes font l'objet d'un contrôle vigilant de l'administration centrale. Ainsi, l'Office national de l'immigration (« ONI »), qui bénéficiait en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 d'un monopole

¹ Cette contribution avait été effectuée en notre ancienne qualité de maître de conférences HDR à l'Université Paris Nanterre, CREDOF.

² Voir pour une utilisation : A. L'Esprit, *Situation des étrangers en France au point de vue du recrutement : petit manuel théorique et pratique d'extranéité à l'usage des maires*, Berger Levrault, 1888, p.47.

³ Comme le fait valoir Alexis Spire dans sa thèse si la pratique de la régularisation « est aussi ancienne que l'existence d'une législation réglementant la présence d'étrangers en France », en revanche « l'usage qu'en ont fait les agents de l'Etat a beaucoup varié au cours du temps » (*Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, p. 105).

⁴ V. article 4 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers et l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration créant le délit l'aide, directe ou indirecte, au « séjour irrégulier ». Le terme de « régulier » ou « régulièrement » apparaît aussi à plusieurs reprises dans le décret d'application de cette ordonnance (décret n°46-1340 du 5 juin 1946).

⁵ René Desage, *La réglementation des étrangers en France*, Berger-Levrault, 1950, pp.56-57.

⁶ Ibid, p.59. Voir aussi Frantz Spachner, *La condition légale des étrangers en France*, 1953, p.13.

d'introduction en France des travailleurs immigrés, comptabilise mensuellement par nationalité et par secteur d'activité les régularisations par le travail⁷.

On constate d'ailleurs dans cette période une multiplication de l'usage du terme de « régularisation » dans la littérature grise de l'administration. Ainsi, par exemples, il apparaît dans l'arrêté du 8 avril 1953 fixant les conditions que doivent remplir les étrangers, au point de vue sanitaire, pour l'obtention des cartes de séjour⁸ ou encore dans des circulaires du 9 octobre 1961 relative *aux limites d'âge pour l'admission en France des étrangers en qualité de travailleurs salariés (dérogations)*, du 20 mars 1964 relative à *la situation des travailleurs étrangers* ou encore du 15 juillet 1964 relative à *l'introduction et à la situation des travailleurs étrangers*⁹.

C'est pourquoi évoquer la régularisation des sans-papiers c'est, peu ou prou, s'intéresser au statut des circulaires de régularisation de sans-papiers¹⁰. C'est en effet à l'occasion de jurisprudences relatives à celles-ci que le Conseil d'Etat a, dès les années soixante-dix, précisé les modalités et spécificités de la régularisation des étrangers en situation irrégulière. Et le moindre qu'on puisse dire c'est qu'au regard des différentes appréhension de la régularisation donnée en exergue de ce colloque par Alix Perrin la régularisation des sans-papiers correspond au moins disant de cette notion surtout depuis que le juge administratif suprême a précisé dans un arrêt « Ortiz » du 4 février 2015 que cette régularisation constitue une simple « mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun » et que par suite, la circulaire « Valls » du 28 novembre 2012 ne pouvait recevoir la qualification de « ligne directrices » qui auraient été invocables à l'encontre de la décision individuelle de refus d'admission exceptionnelle au séjour ou d'une mesure d'éloignement subséquente¹¹. Si cette décision de Section prolonge largement la logique de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, synthétisée notamment dans l'avis du Conseil d'Etat du 22 août 1996 rendu à l'occasion de l'occupation de l'église St Bernard¹², il y a pourtant tout lieu de penser que le contexte juridique a changé depuis une quinzaine d'années avec l'inscription dans le Code des étrangers de dispositions législatives prévoyant expressément des mécanismes de régularisation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière.

Le pouvoir préfectoral de régularisation de ces étrangers ne se résume certes pas aux circulaires de régularisation. Chaque année, même en dehors de ces opérations exceptionnelles, les préfets régularisent des dizaines de milliers d'étrangers sur le fondement de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois ces circulaires ont joué un rôle crucial dans la définition de la régularisation en droit des étrangers et dans la délimitation de ce pouvoir.

Intervenant dans le cadre de « crises », souvent créées par les mobilisations de mouvements de sans-papiers, les opérations de régularisation se sont progressivement espacées dans le temps et se sont de plus en plus présentées sous la forme d'une circulaire d'interprétation « avec bienveillance » de la législation applicable davantage que comme une dérogation exceptionnelle et temporelle à celle-ci.

⁷ A. Spire, *ouvr. préc.*, p.106.

⁸ *Emploi des étrangers et protection de la main d'œuvre nationale*, Journal officiel, Recueil, 1947, p.44.

⁹ *Etrangers*, Journal officiel, Recueil, 1970, pp. 10, 132, 139, 141.

¹⁰ V. sur les circulaires en droit des étrangers : Serge Slama, « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires » in Geneviève Koubi (dir.), *La littérature grise de l'administration. La grammaire juridique des circulaires*, Berger Levrault, pp.135-158.

¹¹ CE, Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, nos 383267 et 383268, au Lebon ; AJDA 2015. 443, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe.

¹² CE avis, Ass. 22 août 1996, *Etrangers non ressortissants de l'Union européenne*, n° 359622 in Conseil d'Etat, Rapport public 1996, p. 279.

Dans ce contexte, il nous semble important pour bien saisir les spécificités du droit de la régularisation des étrangers en situation irrégulière par rapport au régime général de la régularisation en droit administratif, objet de ce colloque, d'insister d'une part sur l'importance particulière des circulaires dans ce processus, car leur contestation a été l'occasion pour le Conseil d'Etat de déterminer la nature du pouvoir discrétionnaire détenu par le préfet lorsqu'il régularise (I.) mais aussi de dénier aux sans-papiers toute possibilité d'invoquer celles-ci devant les juridictions dans la mesure où il ne serait exister, par définition, de droit à la régularisation. (II.). Cette jurisprudence est néanmoins, à nos yeux, critiquable car elle n'a pas intégré le changement de nature des circulaires de régularisation depuis une quinzaine d'années (III.).

I. L'importance particulière des circulaires dans le processus de régularisation des sans-papiers

Dès l'après l'après seconde guerre mondiale, à une époque où le droit des étrangers était régi essentiellement par de l'*infra droit*¹³, les circulaires ont acquis une importance particulière dans le processus de régularisation des sans-papiers en permettant la généralisation de ces procédures (A.). Si bien qu'à partir des années soixante-dix, la contestation de celles-ci va donner l'occasion au Conseil d'Etat d'esquisser le statut jurisprudentiel de ces circulaires et du pouvoir de régularisation détenu par les préfets en leur reconnaissant, en l'absence de texte, les pleins pouvoirs¹⁴ (B.).

A. Un droit de la régularisation encadré très tôt par l'infra droit

Une grande constante du droit de la régularisation des étrangers en situation irrégulière est qu'il est, très tôt, impulsé, ou à l'inverse limité, par des circulaires ministérielles.

Ainsi, la première grande opération de régularisation a été initiée par voie de circulaire au printemps 1945. Elle visait, sur la base du critère du loyalisme politique, à solder le passif de Vichy tout en réalisant un recensement individuel exhaustif des étrangers présents en France¹⁵.

Mais c'est surtout à partir des années 1950, avec l'augmentation des besoins de main d'œuvre immigrée dans les trente glorieuses, que les pouvoirs publics ont multiplié les circulaires pour assouplir les possibilités de régularisation de séjour mais aussi, et surtout à cette époque, de travail.

Ainsi, par circulaire du 3 septembre 1954, les ministères de l'Intérieur, du Travail et de la Population prennent acte de l'accroissement du nombre d'étrangers entrés en France irrégulièrement ou avec un simple visa de court séjour pour envisager d'étendre les régularisations de séjour à tous ceux qui sont régularisés par les services de la main d'œuvre du point de vue du travail. C'est un moment important dans cette histoire de la régularisation car comme l'explique Alexis Spire, les agents de directions du travail acquièrent dès lors une plus grande autonomie pour décider d'une régularisation. Mais cela a

¹³ Danièle Lochak, « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, mai 1976, p. 43

¹⁴ Nous utilisons ici cette notion de « pleins pouvoir » non pas au sens traditionnel français, c'est-à-dire de pouvoirs exceptionnels mais davantage au sens du droit américain de l'immigration (« plenary power doctrine»). Selon cette théorie, dans le cadre de son pouvoir de régulation de l'immigration, le pouvoir législatif dispose de compétences les plus étendues, mais en outre n'est soumis qu'à des contraintes constitutionnelles et à un contrôle juridictionnel limité (Johann Morri, « Quels acteurs et quel contrôle pour la politique de l'immigration aux Etats-Unis ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 4 | 2013, mis en ligne le 18 décembre 2013. URL : <http://revdh.revues.org/348>). Mais contrairement au droit français ce n'est pas le législateur qui a les pleins pouvoirs en droit des étrangers mais l'exécutif.

¹⁵ A. Spire, *ouvr. préc.*, pp.21-23.

aussi pour conséquence, selon le socio-historien, de creuser les disparités de traitement sectorielles et régionales au gré des besoins de main d'œuvre et des demandes du patronat local. Ces derniers préfèrent en effet la procédure de régularisation à la procédure légale d'introduction des travailleurs immigrés par l'ONI car elle est beaucoup plus souple et permet d'ajuster immédiatement le volume des embauches à la conjoncture économique et aux besoins de mains d'œuvre. Cela permet ainsi d'avoir une main d'œuvre immigrée flexible et corvéable à merci¹⁶.

Si bien que sous pression du patronat, la circulaire du secrétaire d'Etat au Travail du 18 avril 1956 officialise ce processus de régularisation *permanent* en procédant à un « assouplissement des procédures d'introduction et de régularisation exceptionnelle des travailleurs étrangers »¹⁷. A partir de cette circulaire, les procédures d'introduction et de régularisation sont placées sur un même plan dans la mesure où le ministre prescrit à ses services d'accepter « les demandes de régularisations [...] dans les mêmes conditions que les demandes d'introduction et sous les mêmes réserves ». Et si cet assouplissement était présenté par le secrétaire d'Etat dans son instruction comme ayant un « caractère temporaire » au regard de la conjoncture « exceptionnelle », il va perdurer, peu ou prou, jusqu'à la suspension de l'immigration du travail en 1974. Ainsi, en 1957, la part des régularisations atteint 50,3% des travailleurs permanents enregistrés par l'ONI¹⁸. Dans cette période entre 120 000 et 130 000 étrangers entre en France chaque année (essentiellement des Italiens, Espagnols, Polonais puis Portugais et Algériens), dont une large partie sont régularisés sur place dans la mesure où, bénéficiaires d'accords bilatéraux, ils sont exemptés de visas, et en premier lieu les Algériens.

Mais avec la crise économique, et la crise du logement, caractérisée par la multiplication des bidonvilles dans les banlieues des grandes agglomérations, les pouvoirs publics vont, par voie de circulaires, édicter les premières mesures visant à limiter ces régularisations. Les circulaires « *Marcellin-Fontanet* »¹⁹, qui subordonnent début 1972 la délivrance d'une carte de séjour à l'obtention d'un contrat de travail et d'un « *logement décent* », marquent en ce sens une première rupture. Elles provoquent aussi les premières mobilisations de « sans-papiers » et notamment des grèves de la faim et de loyers dans les foyers SONACOTRA²⁰ et plus largement une politisation de la question immigrée²¹.

Ces mouvements aboutissent aussi régulièrement à l'adoption par les ministères concernées de circulaires de régularisation ponctuelle de certaines catégories de sans-papiers²², comme la circulaire « Gorse » du 13 juin 1973 qui aurait permis la régularisation de près de 40 000 travailleurs immigrés. Cela n'a pas empêché, à partir de la décision de juillet 1974 de suspension de l'immigration du travail et des familles, les durcissements successifs des politiques et législations sur l'immigration, provoquant de nouvelles circulaires de régularisation ciblées, comme celle concernant 3000 travailleurs turcs ou celle, beaucoup plus large, consécutive à l'élection de Mitterrand en 1981 visant à « faire table rase du

¹⁶ A. Spire, *ouvr. préc.*, pp. 106-107.

¹⁷ La circulaire est reproduite en annexe de l'ouvrage d'A. Spire, *op. cit.*, p.367 et s.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ 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.

²⁰ Mireille Galano, « Une lutte exemplaire », *Plein Droit* n° 53-54, mars 2002 ; Assane Ba, « Une histoire collective », *Plein droit* n° 29-30, novembre 1995.

²¹ Sur ce contexte v. Sylvain Laurens, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, Belin, 2009, p.182.

²² Pour une vue d'ensemble : Claire Rodier, « Les délices du droit régalién, 1947-1997 : 50 ans de régularisations », *Plein Droit*, n° 38, avril, 1998.

passé »²³, avant d'entreprendre une réforme du droit des étrangers, en régularisant 130 000 travailleurs étrangers (sur près de 150 000 demandes déposées) sur la base de la présentation d'un contrat de travail.

Ce cycle « durcissement / régularisation » se poursuit la décennie suivante, en particulier en faveur des déboutés du droit d'asile²⁴. En effet après la circulaire Fabius en 1985 qui conditionne l'accès à la procédure d'asile à une admission préalable au séjour en préfecture et un premier durcissement du statut des étrangers en 1986 par Charles Pasqua ainsi qu'une série de mobilisations médiatiques (notamment l'affaire du « Charter des 101 Maliens de Vincennes »), la circulaire « Pandraud » prévoit en août 1987 la régularisation de demandeurs d'asile « déboutés »²⁵. La « crise » de l'asile au début des années 1990 et l'accélération des réformes ayant pour effet de multiplier le nombre de déboutés provoquent d'autres mobilisations et grèves de la faim mais aussi la succession durant l'année 1991, jusqu'à l'adoption de la circulaire « Cresson » du 26 septembre 1991, de circulaires prévoyant des régularisations partielle et ponctuelle (limitées dans le temps) des déboutés puis des « surdéboutés » du droit d'asile, aboutissant à environ 15 000 régularisations (sur 50 000 demandes)²⁶.

B. Des circulaires dépourvues de caractère réglementaire en raison des plein-pouvoirs des préfets

D'un point de vue juridique, ces circulaires ont permis au Conseil d'Etat de poser dans cette période les bases du statut de ces circulaires ministérielles mais aussi du pouvoir de régularisation détenu par les préfets. En effet, sur recours initié par le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), les circulaires « Marcelin – Fontanet » de 1972 seront annulées en 1975 avec l'arrêt *Da Silva et CFDT*²⁷. Pour ce faire, le Conseil d'Etat estime qu'un ministre est incompétent pour édicter, par voie de dispositions réglementaires, des prescriptions générales visant à limiter le pouvoir de régularisation dont disposent les préfets. Ainsi, en l'espèce, les ministres signataires ne pouvaient légalement prescrire aux préfectures ou aux services de la main-d'œuvre de refuser systématiquement de régulariser le séjour ou d'accorder une autorisation de travail à des étrangers entrés en France sous couvert d'un simple visa de tourisme si certaines conditions n'étaient pas remplies. Sauf si cela est expressément prévu par un texte légal, l'administration ne peut d'elle-même se priver ou limiter son pouvoir discrétionnaire de régularisation.

Quelques années après seront également annulées pour les mêmes motifs les circulaires mettant en œuvre la décision du 3 juillet 1974 de suspension de manière temporaire des « entrées des travailleurs immigrés » et de leurs familles²⁸. D'une part la circulaire du 5 juillet 1974 est annulée car elle ne pouvait

²³ 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. Droit prospectif*, PUAM, 2008, 3 (123), pp.1495-1516.

²⁴ Pour un aperçu général : Serge Slama, « Les déboutés du droit d'asile. La stratégie de l' « inespoir » » in Julian Fernandez, Caroline Laly-Chevallier (dir.), *Droit d'asile*, Pédone, 2015, pp.315-332.

²⁵ Circulaire n° 87-229 du 5 août 1987 sur les demandeurs d'asile déboutés du Ministère de l'intérieur.

²⁶ Maiténa Poelemans, Sophie De Sèze, « La régularisation des immigrés illégaux en France », in P. De Bruycker (dir.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 160-193.

²⁷ CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, Lebon, p.16 ; D.1975.784, note F. Julien-Laferrrière ; Dr. Soc. 1975 .273, concl. Ph. Dondoux.

²⁸ 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.

« être regardée comme une simple directive laissant aux services destinataires une liberté d'appréciation » dès lors qu'elle enjoignait aux chefs desdits services de ne plus viser *aucun* contrat d'introduction de travailleurs étrangers²⁹. D'autre part, et surtout du point de vue du droit de la régularisation, le juge administratif censure deux circulaires du 30 novembre 1974 qui écartaient de manière générale la régularisation de la situation des salariés de certains Etats d'Afrique noire entrés en France sans un contrat de travail préalablement visé par les services de l'emploi, en dehors des cas résiduels alors que de telles restrictions ne résultaient d'aucun texte légal ou convention applicable en l'espèce³⁰.

Ce sillon jurisprudentiel tracé par le Conseil d'Etat sera ensuite approfondi. Ont ainsi été jugées comme n'étant pas invocables à l'encontre de refus d'admissions exceptionnelles au séjour, en l'absence de caractère réglementaire, aussi bien la circulaire du 11 août 1981 de régularisation des travailleurs étrangers³¹, la circulaire « Fabius » du 17 mai 1985 relative aux demandes exceptionnelles au séjour présentées par des étrangers dont la demande d'asile a été définitivement rejetée³² ou encore la circulaire de régularisation du 23 juillet 1991 sur les déboutés du droit d'asile³³. Comme le synthétise une décision rendue en reconduite à la frontière, une telle circulaire n'a pas « pour objet et n'aurait pu légalement avoir pour effet [...] de limiter le pouvoir qui appar[tient] à l'administration, en l'absence de toute règle de droit le lui interdisant, de régulariser la situation des étrangers »³⁴. Par suite, dépourvue de toute portée réglementaire, l'invocation d'une circulaire de régularisation est un moyen inopérant³⁵.

Ces premières jurisprudences relatives aux circulaires encadrant ou limitant les possibilités de régularisation ont eu tendance à reconnaître la plénitude du pouvoir de régularisation relevant du seul pouvoir discrétionnaire des préfets – ou en tout cas à estimer que l'administration ne pouvait restreindre d'elle-même par voie de circulaire ce pouvoir – et à appliquer le régime général des circulaires issus de la jurisprudence de 1954 *Notre Dame du Kreisker*³⁶.

Par la suite, le Conseil d'Etat ne va pas varier dans sa jurisprudence et dénier toute invocabilité de celles-ci.

II. Le déni de toute invocabilité des circulaires de régularisation en raison du caractère gracieux du pouvoir de régularisation

Aux yeux du Conseil d'Etat, il ne saurait exister, par définition, de « droit à » la régularisation compte tenu du fait qu'il s'agit d'une mesure purement gracieuse (A.). Par suite, les étrangers en situation

²⁹ CE, 24 novembre 1978, *CGT, GISTI et a.*, n° 98340, au Lebon.

³⁰ CE, 24 novembre 1978, *CGT et autres, Association culturelle des travailleurs africains en France et autre*, n°98339, Lebon p. 461.

³¹ CE, 13 janvier 1984, *Rouin*, n°48422, Lebon p. 692.

³² CE, 9 octobre 1996, *Moyo*, n°148835, Lebon p. 666.

³³ CE, 31 juillet 1992, *Préfet de la Seine-et-Marne c/ Kizil*, n°132778, Lebon p. 662.

³⁴ CE, PSC, 15 février 1993, *Préfet du Val-d'Oise*, n°138712.

³⁵ CE 28 juillet 1999, *Préfet de l'Essonne c/ M. Tug*, Lebon T. 594 et 824

³⁶ Voir en dernier lieu la censure, pour incompétence du ministre, de dispositions d'une circulaire de régularisation du 18 janvier 2008 car elle restreignait les conditions de délivrance d'une carte de séjour temporaire en subordonnant la recevabilité des demandes à la présentation d'une promesse d'embauche dans l'un des métiers prévus dans la liste des métiers en tension, ce qui n'était pas prévu par la loi applicable (CE 23 oct. 2009, *Gisti*, n°314397 ; tables, p. 791 ; AJDA 2009. 1975).

irrégulière ne peuvent en aucune façon se prévaloir des circulaires de régularisation, y compris sous forme de « lignes directrices » (ex-directives « Crédit foncier de France ») (B.).

A. La régularisation, une mesure gracieuse aux mains du préfet et non un droit de l'ESI

Saisi à l'occasion de l'affaire de l'occupation de l'église St Bernard³⁷, le Conseil d'Etat a tranché dans le vif en répondant au ministre qui le saisissait qu'« il ne peut exister un « droit à la régularisation », expression contradictoire en elle-même ». En effet, par définition, en droit des étrangers, la régularisation est accordée dans l'hypothèse où l'étranger ne bénéficie d'aucun droit au séjour ou au travail, sinon il suffirait qu'il s'en prévale (hypothèse dite, dans le jargon du droit des étrangers, de la délivrance de « plein droit »). Comme le résumait Dieudonné Mandelkern et Mattias Guyomar, le mot d'ordre du mouvement des sans-papiers de « droit à la régularisation » est juridiquement « dépourvu de sens »³⁸.

Cette idée était déjà sous-jacente à sa jurisprudence sur les circulaires de régularisation. Ainsi, par exemple, à propos de la circulaire du 11 août 1981, il avait déjà estimé que même si celle-ci prescrivait d'examiner « avec la plus extrême bienveillance » les demandes de titre de travail présentées par certains étrangers sollicitant la régularisation de leur situation, cela n'avait « pas eu pour objet et n'aurait pu avoir légalement pour effet d'interdire à l'administration de prendre en considération la situation de l'emploi, dans l'examen individuel de la demande de chaque travailleur auquel elle doit procéder, ou de supprimer, pour l'octroi de la carte de séjour, la nécessité d'un accord préalable des services du ministère du travail »³⁹. Autrement dit, la circulaire qui prescrivait la régularisation des travailleurs sans-papiers n'avait conféré à ceux-ci aucun droit invocable devant l'administration en cas de refus qui pouvait légalement décider d'appliquer les exigences légales pour obtenir un titre de séjour. De même à propos de la circulaire du 5 août 1987 sur les déboutés du droit d'asile, il avait expressément jugé si le ministre de l'intérieur avait ouvert, par celle-ci, la faculté aux préfets, à titre exceptionnel, de régulariser sous certaines conditions la situation d'anciens demandeurs d'asile, « cette circulaire ne pouvait, en tout état de cause, conférer aux intéressés un droit à régularisation de leur situation »⁴⁰.

Et on l'aura compris, comme pour le Conseil d'Etat la régularisation ne constitue pas un droit pour le sans-papier elle constitue donc une simple « faculté »⁴¹ relevant du seul pouvoir d'appréciation des préfets dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Comme le synthétise l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans son avis de 1996, l'autorité administrative « a le pouvoir d'y procéder », sauf si un texte s'y oppose expressément. Comme avait déjà eu l'occasion de le préciser la section du contentieux peu avant⁴², la régularisation d'un étranger en situation régulière constitue en effet une « mesure gracieuse favorable à l'intéressé, justifiée par la situation particulière dans laquelle le demandeur établirait qu'il se trouve » et qui est décidée « à titre exceptionnel et sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir », et plus précisément du juge de l'erreur manifeste d'appréciation⁴³.

³⁷ CE avis, Ass. 22 août 1996, Etrangers non ressortissants de l'Union européenne, n° 359622, Rapport public 1996, p. 279.

³⁸ D. Mandelkern, M. Guyomar commentaire sous l'avis de 1996 in *Grand avis du Conseil d'Etat*, 3ème éd., Dalloz 2008, n°29, p.347.

³⁹ CE, 13 janvier 1984, *Rouin*, préc.

⁴⁰ CE 26 oct. 1990, *Ntrika*, n° 111859.

⁴¹ CE 11 février 2000, *Zahrte*, n°206287.

⁴² CE, avis du 10 mai 1996, *Mme Nouara Tazir*, n°177117, Lebon T. p. 935 ; D. 1997. 38, obs. F. Julien-Laferrière (avis contentieux qui porte sur l'application de l'accord franco-algérien).

⁴³ CE, 16 octobre 1998, *Melle Aidara*, n°147141, Lebon p. 357.

Cela ne signifie pas pour autant que le sans-papier est dépourvu de tout droit face à ce pouvoir de régularisation. En effet, comme le rappelle l'avis de 1996, « la faculté de régularisation prend tout son sens si on la rapproche du principe selon lequel l'administration doit procéder à un examen particulier de chacun des cas sur lesquels elle est appelée à se prononcer ». Le droit du demandeur de régularisation est donc, comme à chaque fois qu'une administration détient un pouvoir discrétionnaire⁴⁴, « celui de voir son propre cas donner lieu à examen, et éventuellement, à un réexamen lorsqu'un élément nouveau apparaît »⁴⁵. Ainsi, de même que l'administration ne peut s'interdire, par une disposition de portée générale, de régulariser la situation d'un étranger en situation irrégulière, un préfet qui ignore la possibilité qu'il a de le régulariser méconnaît illégalement l'étendue de sa compétence⁴⁶. Il a obligation d'examiner les demandes d'admission exceptionnelle au séjour (ou au travail) dont il est saisi et de procéder à une appréciation, au cas par cas, des suites à donner à cette demande de régularisation.

En revanche, les préfets ne sont pas tenus, en l'absence de dispositions expresses en ce sens, d'examiner d'office si l'intéressé peut prétendre à une autorisation de séjour sur le fondement d'une autre disposition de ce code, « même s'il lui est toujours loisible de le faire à titre gracieux, notamment en vue de régulariser la situation de l'intéressé »⁴⁷. Cet examen relève, en l'absence de texte, de leur seul pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Les préfets sont seuls à pouvoir apprécier l'opportunité de régulariser.

De jurisprudence constante, le Conseil d'Etat tire comme conséquence du fait qu'une circulaire de régularisation n'est pas susceptible de conférer de droit à la régularisation à l'ESI mais une simple faculté aux mains du préfet pour estimer qu'en l'absence de dispositions réglementaires, le ministre signataire « s'est borné à donner des *orientations* dépourvues de caractère impératif aux préfets quant à l'usage de leur pouvoir de régulariser le séjour des étrangers en situation irrégulière [...] »⁴⁸. Par suite, ces circulaires ne sont pas invocables.

B. Le caractère non invocable des circulaires de régularisation, même sous forme de lignes directrices

On aurait pu penser que l'avènement de la distinction entre circulaires impératives ou non impératives en 2002⁴⁹ aurait pu amener le juge administratif suprême à infléchir sa position dans la mesure où l'examen attentif des circulaires de régularisation révèlent souvent une forme d'impérativité de la rédaction de certaines dispositions. Toutefois il n'en fut rien dès lors que ces circulaires se rattachent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des préfets⁵⁰.

De manière récurrente s'est aussi posée la question de savoir si ces circulaires ne contenaient pas ce qu'on dénomme désormais des « lignes directrices » dans la mesure où, suivant la logique de l'arrêt

⁴⁴ Jacques Mégret, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire », *EDCE*, 1953.77.

⁴⁵ CE, avis, Ass. 22 août 1996, *préc.*

⁴⁶ CE, 7 oct. 1991, *Diop*, n° 100639, Lebon T. p. 681.

⁴⁷ CE, avis, 28 novembre 2007, *Mme Zhu*, n° 307036, Lebon T. p. 454.

⁴⁸ CE 20 août 2003, n° 213825.

⁴⁹ CE, ass., 18 déc. 2002, n° 233618, *Mme Duvignères*, Lebon 463 avec les concl. ; AJDA 2003. 487, chron. F.

Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 280, concl. P. Fombeur, et 510, note J. Petit ; GAJA, n° 108.

⁵⁰ CE 24 janvier 2003, *Préfet du Val-d'Oise*, n° 222854 ; CE Sect. 5 mai 2003, n° 245424.

« Crédit Foncier de France »⁵¹, qui a reconnu aux ministres, en l'absence de pouvoir réglementaire, la faculté de fixer, dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, des critères d'attribution, qui ne peuvent cependant pas lier le pouvoir d'appréciation de l'autorité chargée de prendre les décisions individuelles. Ces lignes directrices peuvent définir les « orientations générales », selon le terme utilisé dans l'arrêt de 1970, en vue de l'adoption de ces décisions individuelles, l'attitude à suivre en principe ainsi que les critères à mettre en œuvre normalement. Il s'agit d'un encadrement délibéré du caractère discrétionnaire de la compétence détenue, en vue d'assurer une harmonisation des pratiques et de garantir le respect du principe d'égalité.

Or, depuis les années quatre-vingt plusieurs commissaires du gouvernement ont fait valoir dans leurs conclusions que les circulaires de régularisation correspondaient, peu ou prou, à ces caractéristiques. En effet, dans de telles circulaires, le ou les ministres signataires fixent, à destination des préfets, par des orientations générales des critères de régularisation assez précis visant à encadrer leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, eu égard à des considérations d'intérêt général ou aux circonstances particulières de chaque espèce, le préfet reste libre, dans le cadre de l'exercice de sa marge d'appréciation, d'y déroger au cas par cas. Néanmoins, le Conseil d'Etat a constamment fait la sourde d'oreille en écartant systématiquement, la plupart du temps de façon implicite⁵², une telle qualification⁵³ – probablement afin de ne pas ouvrir cette boîte à Pandore de la justiciabilité, au moins partielle (par voie d'exception) des circulaires de régularisation.

Il a aussi systématiquement écarté à l'encontre de circulaires de régularisation le moyen tiré d'une rupture d'égalité entre déboutés selon qu'ils ont ou non obtenu une régularisation sur le fondement de cette circulaire⁵⁴.

En 2006, ce débat a toutefois été relancé alors qu'il était clairement apparu que la circulaire du 13 juin 2006 de régularisation des parents d'enfants scolarisés avait donné lieu à des applications très inégalitaires, surtout à partir du moment où face à l'afflux de demandes, le ministre de l'Intérieur Nicolas Sarkozy avait annoncé au cours de l'été le nombre maximal de régularisation (7 000). Sur son blog⁵⁵, Frédéric Rolin avait alors développé l'idée que pour assurer le respect du principe d'égalité, il fallait appliquer aux circulaires de régularisation le régime des « mesures gracieuses », comme, par exemple, dans le domaine fiscal⁵⁶ ou les dérogations à la carte scolaire⁵⁷. Nous avons nous-même évoqué l'idée que dans le même souci d'assurer l'égalité la circulaire « Sarkozy » devait être appréhendée comme une directive « Crédit Foncier de France »⁵⁸.

⁵¹ CE, sect., 11 déc. 1970, n° 78880, *Crédit foncier de France c/ Mlle Gaupillat et Mme Ader*, Lebon 750, concl. Bertrand ; D. 1971. 674, note D. Loschak ; JCP 1972. II. 17232, note Fromont ; RD publ. 1971. 1224, note M. Waline ; GAJA, 19e éd., 2013, n° 83.

⁵² Ainsi, par exemple, proposée par Rémy Schwartz dans ses conclusions sur l'arrêt *Epoux Useyin* (CE 22 févr. 1999, n° 19724, Lebon T. 582 et 822), le Conseil d'Etat n'y répond pas expressément – en dehors d'une mention dans l'abstract du Lebon.

⁵³ CE 13 janv. 1984, n° 48442, *Rouin* ; CE, 9 oct. 1996, n° 148835, *Moyo*, Lebon ; CE 31 juill. 1992, n° 132778, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Kizil*, Lebon.

⁵⁴ CE 15 nov. 1996, *Préfet du Val-de-Marne c/ M. Pereira*, n° 159016.

⁵⁵ Régularisation des sans-papiers, Bernard Even versus Frédéric Rolin : qui a raison ?, <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2006/09/28/regularisation-des-sans-papiers-bernard-even-vs-frederic-rol.html>

⁵⁶ CE 17 mars 1993, n° 104568, *Charles Hammes*.

⁵⁷ CE 10 juill. 1995, n° 147212, *Contremoulin*, Lebon ; AJDA 1995. 925, concl. Y. Aguila.

⁵⁸ S. Slama, « La circulaire « Sarkozy » de régularisation du 13 juin 2006, une directive « Crédit Foncier de France » ? » www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/09/03/171-circulaire-sarkozy

Si le Conseil d'Etat n'a alors pas retenu cette qualification⁵⁹, il a lui-même relancé cette idée en 2013 dans son rapport sur le « droit souple » en préconisant de réactiver la catégorie des directives « CFF », sous le vocable de « lignes directrices », utilisé ensuite dans l'arrêt *Jousselin*⁶⁰, et, surtout, en prenant comme illustration de circulaires contenant à l'évidence de telles lignes directrices la circulaire « Valls » du 28 novembre 2012⁶¹.

Saisies de nombreux recours contre des refus d'admission au séjour liés à l'application de cette circulaire, les juridictions administratives inférieures se sont divisées sur cette question. Si la CAA de Lyon⁶², imitée par certaines chambres de la CAA de Nantes, de Douai ou de Bordeaux⁶³, ont fait de la résistance face à cette qualification⁶⁴, la CAA de Paris a, dans une formation plénière présidée par le président Patrick Frydman, confirmé un jugement du tribunal administratif de Paris⁶⁵ consacrant la nature de « lignes directrices » de cette circulaire de régularisation. Cette jurisprudence a alors fait tache d'huile⁶⁶.

Mais c'était sans compter la résistance de la section du contentieux à reconnaître aux sans-papiers le moindre droit, y compris sous la simple forme d'un simple « avantage » octroyé par la loi, et le bénéfice du principe d'égalité liée à la notion de lignes directrices, y compris si ce principe n'avait à s'appliquer aux sans-papiers qu'entre eux afin de permettre une application plus uniforme des critères de régularisation fixés par ces circulaires sous le contrôle du juge administratif. Dans ces conclusions⁶⁷, la rapporteure publique Béatrice Bourgeois-Machureau ne fait d'ailleurs pas mystère, après avoir longuement rappelé tous les arguments qui auraient milité en faveur de la reconnaissance du statut de lignes directrices à ces circulaires que ce sont essentiellement des considérations de « pure opportunité » qui ont présidé à l'adoption d'une solution contraire face à cette question « assurément délicate »⁶⁸.

Les responsables du Centre de recherche et de documentation juridique (« CRDJ ») se font l'écho dans leur chronique à l'*AJDA*⁶⁹ « des fortes hésitations » de la section du contentieux pour trancher cette question et relèvent que ces motifs d'opportunité ont « pu peser »⁷⁰ et fait basculer la Section dans le refus de reconnaître la présence de « lignes directrices » au sein des circulaires de régularisation.

Pourtant les motifs avancés par la rapporteure publique ne sont guère convaincants. D'une part, elle fit valoir que si les circulaires de régularisation étaient invocables par les étrangers, il existerait un risque « loin d'être nul », que pour éviter de donner prise à une forme de « droit à la régularisation »,

⁵⁹ CE 24 nov. 2010, n° 310885, *Ministre de l'intérieur c/ Epoux Korkmaz*.

⁶⁰ CE 19 sept. 2014, n° 364385, *Jousselin*, Lebon ; *AJDA* 2014. 2262, concl. G. Dumortier.

⁶¹ Conseil d'Etat, Le droit souple, *Rapport d'activité*, Doc. fr., 2013, p. 145 ; v. aussi L. Cytermann, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA* 2013. 1119.

⁶² CAA de Lyon 2 oct. 2014, n° 14LY01620, *AJDA* 2014. 2112, chron. A. Samson-Dye ; *RFDA* 2014. 1039, concl. L. Lévy Ben Cheton.

⁶³ CAA de Douai, 1er oct. 2014, n° 14DA00711 ; CAA de Nantes 25 sept. 2014, n° 13NT02652 ; CAA Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX03271.

⁶⁴ CAA de Paris 4 juin 2014, n° 14PA00226, *Préfet de police c/ Ortiz*, *AJDA* 2014. 1773, note S. Slama.

⁶⁵ TA de Paris 18 déc. 2013, n° 1306958, *AJDA* 2014. 454, concl. A. Fort-Besnard.

⁶⁶ CAA Nancy, 12 juin 2014, n° 14NC00131 ; CAA Paris, 12 juin 2014, n° 13PA04607 ; CAA Paris, 27 juin 2014, n° 13PA04077 ; CAA de Bordeaux, 30 juin 2014, n° 13BX03418 ; CAA Paris, 20 juin 2014, n° 14PA00001, *AJDA* 2014. 1541, chron. L. Boissy.

⁶⁷ Béatrice Bourgeois-Machureau, « Lignes directrices et pouvoir gracieux - À propos de la régularisation des étrangers » (Conclusions sur Conseil d'État, Section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, préc.), *RFDA* 2015 p. 471.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Jean Lessi, Louis Dutheillet de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA* 2015 p. 443.

⁷⁰ Chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe, préc.

les services du ministère de l'intérieur préfèrent « ne plus y avoir recours » ou à tout le moins optent pour des instructions secrètes diffusées « dans un cadre strictement interne au ministère » (via l'intranet du ministère). D'autre part, selon elle, « *faire l'effort* [sic] de voir dans les circulaires de régularisation, pour des raisons d'opportunité, des lignes directrices » n'aboutirait pas à « renforcer substantiellement » le contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions individuelles prises sur leur fondement.

Or les deux motifs sont parfaitement réversibles. En effet, s'agissant de la publication des circulaires de régularisation, d'une part on conçoit mal comment celles-ci pourraient ne pas être rendues publiques compte tenu de l'importance politique de celles-ci et si elles ne l'étaient pas elles fuiteraient assurément peu après leur adoption dans les médias ou sur le site du Gisti.

D'autre part et surtout, du point de vue légal, les circulaires de régularisation sont des instructions ministérielles destinées aux services de l'Etat et, comme toute instruction ministérielle, les ministères sont légalement tenus en vertu des articles L.312-2 (ancienne loi du 17 juillet 1978) et R.312-8 du Code des relations entre le public et l'administration (ancien décret du 8 décembre 2008) de les mettre à disposition du public sur Légifrance. A défaut ces circulaires ne sont pas applicables et les services de l'Etat ne peuvent « en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés ». Tenir secrète une circulaire de régularisation en la diffusant uniquement sur l'intranet d'un ministère n'est donc pas une option légale, contrairement à ce que laisse supposer la rapporteure publique dans ses conclusions....

Quant à savoir si l'invocation de circulaires de régularisation présenterait un renforcement du contrôle juridictionnel, là aussi les considérations qui ont guidé la Section témoignent une méconnaissance des arcanes et de la réalité du droit des étrangers. En effet, la principale difficulté lorsqu'est en œuvre une opération de régularisation c'est que les critères sont très diversement appliqués et appréciés d'une préfecture ou l'autre et parfois d'un guichet à l'autre et qu'il n'est pas rare de voir deux dossiers très similaires recevoir un traitement très différent – l'un aboutissant à une régularisation l'autre non. Cette disparité est telle que les praticiens du droit des étrangers ou les étrangers eux-mêmes font du préfecture-shopping en s'efforçant de déposer leur demande d'admission exceptionnelle au séjour dans la préfecture la moins restrictive. Or, le fait de donner aux circulaires de régularisation la qualification de ligne directrice aurait non seulement permis aux déboutés d'invoquer les critères fixés par le ministre dans son instruction pour faire valoir qu'ils n'ont pas été ou mal été appliqués par les services préfectoraux mais surtout cela aurait ouvert la possibilité d'invoquer la violation du principe d'égalité entre usagers du service public. Et c'est bien là que là où le bât blesse. Les chroniqueurs à l'AJDA ne font pas mystère qu'il s'agit là d'un motif déterminant : « l'invocabilité d'une ligne directrice et l'application du principe d'égalité en matière de régularisation d'étrangers signifierait, dans certains cas, qu'une personne en situation irrégulière remplissant les critères fixés par les lignes directrices sans qu'on puisse lui opposer aucune raison valable d'y déroger acquerrait un droit à la régularisation »⁷¹. La crainte de l'administration si la régularisation pouvait être perçue comme un avantage accordé par la loi est qu'une régularisation crée un précédent et que les lignes directrices se transforment en « doctrine administrative » équivalente à une doctrine fiscale.

On peut aussi penser que le juge administratif suprême était guidé par la crainte d'alimenter encore davantage vers les greffes des tribunaux administratifs le flot de recours d'étrangers sous le coup d'un refus d'admission exceptionnelle au séjour et d'une obligation de quitter le territoire français avec des requêtes plus complexes à examiner et renforcer ainsi la tendance à la bureaucratisation du contentieux des étrangers. Car comme le font justement valoir Jean Lessi et Olivier Dutheillet de la Mothe, l'utilisation de ce pouvoir pas les préfets n'est pas, dans les faits, « exceptionnelle » et on peut

⁷¹ *Ibid.*

penser qu'on est en présence d'une « modalité de régulation des flux migratoires à part entière, un pouvoir discrétionnaire que l'administration aurait toujours vocation à exercer »⁷². On est donc très loin du pouvoir de grâce auquel les deux chroniqueurs comparent le pouvoir de régularisation. Et effectivement, même sous des gouvernements de droite entre 15 et 30 000 sans-papiers étaient régularisés chaque année. Et depuis l'entrée en vigueur de la circulaire 28 novembre 2012 entre 25 000 et 35 000 sans-papiers sont régularisés annuellement sur son fondement⁷³. En outre, même après le changement de président de la République et de majorité présidentielle, la circulaire « Valls » continue à être appliquée par les préfetures comme n'importe quelle autre circulaire d'interprétation des lois existantes.

Mais dans son arrêt *Ortiz* le Conseil d'Etat n'a pas pris en compte le changement de nature des circulaires de régularisation.

III. Le changement de nature des circulaires de régularisation, mécanismes « au fil de l'eau »

Depuis le milieu des années quatre-vingt-dix le statut des circulaires de régularisation et le contexte juridique qui entoure leur adoption ont sensiblement évolué. Elles ne sont plus seulement de simples orientations destinées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des préfets mais de plus en plus elles ont préfiguré ou mis en œuvre des mécanismes de régularisation « au fil de l'eau » (A.). C'est assurément le cas de la circulaire « Valls » du 28 novembre 2012 qui est d'une nature distincte des précédentes. Cela aurait justifié, eu égard à la nécessité d'assurer le respect du principe d'égalité, que certaines lignes directrices qu'elle fixe soient invocables (B).

A. Des circulaires préfigurant ou mettant en œuvre des mécanismes de régularisation « au fil de l'eau »

Dans le contexte des grèves de la faim et occupations d'églises par des sans-papiers, en particulier par des conjoints et parents d'enfants français dont l'accès au séjour avait été rendu difficile par les exigences des lois « Pasqua » de 1993, ont été édictées successivement, sous le gouvernement Juppé, la circulaire « Debré » du 9 juillet 1996⁷⁴, puis, sous le gouvernement Jospin, la circulaire « Chevènement » du 24 juin 1997⁷⁵. Cette dernière était un long texte qui comprenait neuf catégories d'étrangers régularisables avec des critères de régularisation et des documents à fournir très précis. Elle avait été complétée par une série d'instructions adressées par le directeur des libertés publiques et des affaires juridiques de l'époque (Jean-Marie Delarue) aux préfets pour éclairer l'application d'un certain nombre de critères⁷⁶.

Ayant généré 144 000 demandes et abouti à la régularisation de 80 000 personnes⁷⁷, son application a pourtant soulevé de nombreuses difficultés notamment au regard des conditions d'application

⁷² *Ibid.*

⁷³ www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Documentation/Tableaux-statistiques/L-admission-au-sejour-les-titres-de-sejour

⁷⁴ Circ. n° INTD9600090C du 9 juillet 1996 relative à la mise en oeuvre des circulaires sur les parents d'enfants français, JO 4 août 1996, p. 11830

⁷⁵ Circ. n° INTD9700104C du 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, JO 26 juin 1997, p. 9819.

⁷⁶ www.gisti.org/spip.php?rubrique98

⁷⁷ Pour des détails cf. Commission d'enquête sur les régularisations d'étrangers en situation irrégulière, Sénat, par Paul Masson et José Balareello, Rapport 470 (97-98).

uniforme sur le territoire par les préfetures et suscité un abondant contentieux des déboutés contre les refus d'admission exceptionnelle au séjour ou, le cas échéant, contre l'arrêté de reconduite à la frontière consécutif. Ces dizaines de milliers de requêtes qui ont contribué à l'explosion du contentieux administratif des étrangers a profondément et durablement marqué la juridiction administrative et explique probablement en partie la frilosité du Palais royal à reconnaître la moindre invocabilité à ces circulaires, si ce n'est de manière indirecte au travers des critères d'appréciation de l'atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale normale garantie par l'article 8 de la CEDH⁷⁸.

Si l'invocation de cette circulaire n'a, comme on l'a vu, jamais été consacrée par le Conseil d'Etat il est remarquable de constater que les critères fixés par celle-ci ont largement inspiré la loi « Chevènement » du 11 mai 1998⁷⁹. En particulier, afin de prévenir les atteintes à l'article 8 de la CEDH et la constitution de cas dit de « ni – ni » (« ni expulsables ni régularisables »), a été créé à l'article 12bis 7° de l'ordonnance de 1945 (devenu L.313-11, 7° du CESEDA) un cas subsidiaire de délivrance *de plein droit* d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » au bénéfice de l'étranger dont les liens personnels et familiaux en France, « appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine », sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus.

Le scénario n'est pas très différent une décennie plus tard lorsqu'à la suite de la régularisation ponctuelle liée à l'affaire dite des « 1 000 de Cachan », concernant un millier d'étrangers en situation irrégulière, menacés d'expulsion, occupant successivement de 2004 à 2006 une résidence universitaire, puis le gymnase municipal de Cachan et des mobilisations autour de Réseau éducation sans frontière, le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, a porté une réforme du droit des étrangers⁸⁰ et mené, parallèlement, une régularisation « à titre exceptionnel et humanitaire » à destination des parents d'enfants scolarisés en France par la circulaire du 13 juin 2006⁸¹.

La loi « Hortefeux » du 20 novembre 2007 a renforcé ce phénomène de légalisation des mécanismes de régularisation. En effet, à la suite de mouvements de grèves de sans-papiers initiés par la CGT, notamment dans l'intérim⁸², l'article 40 de cette loi a introduit à l'article L.313-14 CESEDA un dispositif permanent de régularisation des travailleurs sans-papiers suivant un dispositif dit de « listes de métiers ». Encore aujourd'hui cet article L. 313-14 prévoit qu'une carte de séjour temporaire, à l'instar de la carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle, peut être délivrée aux étrangers dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'ils font valoir.

Avec cet encadrement légal, la régularisation n'est plus uniquement, nous semble-t-il, le pur « fait du prince »⁸³ ou une « mesure gracieuse », qui serait comparable au droit de grâce⁸⁴, pouvoir régalien

⁷⁸ Il est souvent avancé par des juges administratifs que de facto la grille de critères informelle permettant d'apprécier l'atteinte de la mesure de refus ou d'éloignement à l'article 8 CEDH correspond, peu ou prou, aux critères utilisés dans la circulaire (durée de présence, condition d'intégration, scolarisation des enfants, maîtrise de la langue, déclaration des impôts, etc.).

⁷⁹ Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JO 12 mai 1998, p. 7087.

⁸⁰ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO 25 juillet 2006, p. 11047

⁸¹ Circ. n° INTK0600058C du ministre de l'Intérieur du 13 juin 2006.

⁸² S. Slama, « Travailleurs sans-papiers : un droit de grève « bridé » ? », Droit ouvrier, janvier 2011, p.65.

⁸³ D. Catteau, Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du prince, AJDA 2007. 403

⁸⁴ Chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe, préc.

détenu par le président de la République, mais un mécanisme permanent prévu par la loi auxquels les étrangers remplissant un certain nombre de critères appréciés par le préfet ont « vocation à y prétendre »⁸⁵. L'opposition entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée est en effet moins tranchée qu'il n'y paraît. Comme le rappellent J. Lessi et O. Dutheillet de Lamothe, si dans le cadre de l'exercice de ce dernier l'administré ne détient « aucun droit subjectif », il dispose en revanche d'une « forme dégradée de droit, d'avantage, d'intérêt juridiquement protégé qu'il puisse faire valoir devant l'administration »⁸⁶.

Or, à notre sens en estimant que dans tous les cas de figure le sans-papier était face à la régularisation dans une absence totale de droit, le Conseil d'Etat n'a pas pris en compte le fait qu'il existe deux formes de régularisation, l'une rattachée au pouvoir propre du préfet, qui ne constitue effectivement qu'une mesure de faveur accordée par le représentant de l'Etat qui décide, en toute opportunité, sur le seul fondement de son pouvoir discrétionnaire, d'accorder, ou non, une régularisation en dérogation aux conditions fixées par la loi et l'autre qui découle d'un encadrement textuel. Cette dernière relève aussi du pouvoir discrétionnaire du préfet mais celui-ci ne peut agir en pure opportunité puisqu'il doit prendre en compte les conditions et critères définis par la loi qui sont, de notre point de vue, précisé par le ministre dans des lignes directrices, afin d'assurer une application uniforme de celle-ci.

C'est ce qui aurait dû amener le Conseil d'Etat à retenir, comme pour l'attribution de ces bourses dans l'arrêt *Jousselin*⁸⁷, la qualification de lignes directrices s'agissant de la circulaire du 28 novembre 2012.

B. La circulaire « Valls » du 28 novembre 2012 une circulaire de régularisation spécifique (une régularisation légale)

A notre sens, si la qualification de ligne directrices aurait dû être retenue pour la circulaire « Valls » c'est qu'elle n'est pas de même nature et ne présentent pas les mêmes caractéristiques que les circulaires des régularisations précédentes, particulièrement celles des années quatre-vingt-dix. Il ne s'agit pas d'une circulaire mettant en place une opération exceptionnelle de régularisation enfermée dans le temps mais d'une circulaire de régularisation « au fil de l'eau » qui repose sur une interprétation favorable des dispositions légales permettant de manière permanente aux préfets de régulariser.

Ce trait caractéristique de la circulaire du 28 novembre 2012 est flagrant. Son introduction indique qu'elle vise à permettre l'examen « approfondi, objectif et individualisé » des « demandes des étrangers en situation irrégulière [...] qui sollicitent une admission exceptionnelle au séjour sur la base des dispositions des articles L. 313-11 7° et L. 313-14 du CESEDA en tenant compte notamment de leur intégration dans la société française, de leur connaissance des valeurs de la République et de la maîtrise de la langue française ». A cet effet, selon les mots du ministre, elle « précise les critères d'admission au séjour sur la base desquels [les préfets peuvent] fonder [leurs] décisions. Elle est destinée à [les] éclairer dans l'application de la loi et dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui [leur] est reconnu par la législation ».

Cette volonté de fixer des orientations est encore plus assumée dans un document officiel distribué lors de la présentation publique de la circulaire par le ministre de l'intérieur le 28 novembre 2012. Il y est indiqué que le « sens de cette circulaire » est, d'une part, de « définir des critères objectifs et transparents pour permettre l'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière » et, d'autre

⁸⁵ Concl. Bourgeois-Machureau, préc.

⁸⁶ Chron. préc.

⁸⁷ Arrêt préc.

part, « de guider les préfets dans leur pouvoir d'appréciation et ainsi limiter les disparités, souvent perçues comme des injustices ». Il est précisé ensuite que ces « mêmes critères d'appréciation permettraient le même traitement sur le territoire de toutes les demandes » et que ces « critères seront pérennes. [...] Cette circulaire n'a pas pour but - et c'est sa différence avec celles de 1981 et 1997 - d'accroître de manière conséquente le nombre d'étrangers admis au séjour ».

Dans ses conclusions, Béatrice Bourgeois-Machureau reconnaît d'ailleurs elle-même que contrairement aux circulaires d'août 1981 et juin 1997 qui organisaient « de manière ponctuelle, des vagues de régularisations », celle de novembre 2012 fixe « des orientations pérennes pour le traitement du flux ordinaire des demandes d'admission au séjour ». Elle reconnaît aussi « la pertinence du rapprochement opéré par la cour administrative d'appel avec la notion de lignes directrices » car les circulaires de régularisation présentent « des similitudes étroites avec cette catégorie ». Elle explique elle-même que ces circulaires de régularisation « posent des critères de nature à orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire des préfets, sans pour autant supprimer leur pouvoir d'appréciation, s'apparentent bien à des directives *Crédit foncier de France* » ou encore que « nul doute que le ministre n'a pas entendu par le biais de la circulaire imposer à ces derniers de s'en tenir systématiquement aux orientations ainsi définies » et que, par suite, « les préfets demeurent à l'évidence libres, si les caractéristiques propres aux demandes qui leur sont soumises ou l'intérêt général le justifient, d'écarter l'application des critères posés par la circulaire. ».

En résumé, pour cette rapporteure publique, la circulaire de régularisation est un « canada dry » des lignes directrices. Elle a exactement les mêmes caractéristiques que les lignes directrices, à l'exception d'une seule : sa rattachant au pouvoir général de régularisation détenu par les préfets elle est insusceptible de faire naître le moindre avantage accordé par la loi, d'ouvrir à la moindre espérance légitime d'être régularisé ni même à une vocation à y prétendre.

Elle reconnaît certes que « l'introduction, au sein du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, de l'article L. 313-14 [...] a un peu brouillé les cartes » - oubliant au passage l'introduction dès 1998 d'un cas de régularisation de « plein droit » à l'article L311-7, 3° - mais qu'il ne faudrait pas « en réalité pas accorder à cet article plus de portée qu'il n'en a réellement » et qu'in fine même dans le cadre de ces dispositions le préfet exerce toujours un pouvoir discrétionnaire.

Et, on l'aura compris, c'est là où le raisonnement du Palais royal achoppe. De notre point de vue, il n'y a pas fondamentalement de différence entre l'octroi des bourses scolaires pour les enfants scolarisés à l'étranger et la régularisation d'un sans-papier décidée sur le fondement d'une disposition du CESEDA.

En effet, pour les bourses scolaires, dont il est question dans l'arrêt Jousselin, l'article L. 452-2 du code de l'éducation définit un groupe d'administrés ayant vocation à y prétendre, à savoir les enfants de nationalité française scolarisés dans certains établissements. Et comme l'expliquent eux-mêmes les chroniqueurs à l'AJDA, « aucun de ces enfants ne peut faire a priori valoir un droit à une bourse : l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE) répartit les crédits dont elle dispose afin d'aider les enfants des familles aux ressources modestes. Il s'agit là d'une finalité qui fonde une compétence discrétionnaire et non d'un critère, fût-il flou, qui ouvrirait droit à la bourse s'il était rempli. Si personne n'a droit à cette bourse, en revanche, certains ont vocation à y prétendre : l'administration est tenue de mettre en oeuvre son pouvoir discrétionnaire en dépensant les crédits accordés dans le respect des finalités fixées par le législateur ».

Il en est de même pour les étrangers régularisés sur le fondement des articles L.313-14 et L.311-7, 3°. Ces deux dispositions définissent des catégories d'administrés (étrangers ayant des liens personnels et familiaux, travailleurs étrangers) ayant vocation à prétendre, aux yeux des priorités fixées par le

législateur, à être régularisés. Aucun des étrangers entrant dans ces catégories ne peut faire valoir un droit à une régularisation : le préfet décide discrétionnairement, au regard des critères définis par la loi, s'il y a lieu, ou non de les régulariser. Le législateur a sciemment défini ces catégories d'étrangers comme étant susceptible de bénéficier d'une régularisation en raison d'un certain nombre de buts poursuivis : permettre à ces étrangers de vivre en famille dans le respect de l'article 8 de la CEDH d'un côté, régulariser des travailleurs sans-papiers dans des domaines où il existe des besoins de main d'œuvre non couverts par la main d'œuvre nationale.

Ce raisonnement aurait donc dû conduire le Conseil d'Etat à estimer que certaines dispositions de la circulaire « Valls » contenaient des lignes directrices visant à orienter, par des critères plus ou moins précise, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des préfets découlant de la loi⁸⁸.

Mais comme pour toute ligne directrice, le préfet reste libre, au regard de considérations d'intérêt général ou de circonstances particulières propres à chaque espèce, de déroger au cas par cas à ces lignes directrices. Et ainsi, en cas de refus, les étrangers déboutés auraient pu non seulement se prévaloir de ces lignes directrices mais en outre le juge administratif aurait pu veiller que le principe d'égalité a bien été respecté. On sait que de manière plus large avec les jurisprudences *Contremoulin*⁸⁹ et *Rousseaux*⁹⁰, le juge administratif applique à des avantages gracieux ou à des mesures discrétionnaires le principe d'égalité.

Malheureusement le Conseil d'Etat s'est, pour les circulaires de régularisation de sans-papiers, braqué devant l'obstacle et par suite transformé ces circulaires en coquilles vides juridiques sur le plan contentieux. De Dijon, nous lançons donc un appel, qui rencontrera sûrement aucun écho durant un grand nombre d'années, à régulariser les circulaires de régularisation.

⁸⁸ Et pour d'autres dispositions, elles ne contiennent aucune ligne directrice comme, par exemple le fait de faire bénéficier du mécanisme de régularisation les ressortissants algériens et tunisiens en dehors de tout cadre légal (puisqu'ils ne peuvent invoquer ces dispositions du CESEDA : CE, avis, 22 mars 2010, n° 333679, *Djilali Saou*, Lebon 83 ; AJDA 2010. 583 ; CE, avis, 2 mars 2012, n° 355208, *Lahouel*, Lebon T. 793 ; AJDA 2012. 463, et 1282, concl. D. Botteghi),

⁸⁹ CE 10 juill. 1995, n° 147212, *Contremoulin*, Lebon ; AJDA 1995. 925, concl. Y. Aguila.

⁹⁰ CE 18 nov. 2011, n° 344563, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Rousseaux*, Lebon ; AJDA 2012. 502, note P. Lagrange.