

Retour sur deux combats pour le droit des étrangers

Philippe Waquet

*Doyen honoraire de la Cour de cassation
Avocat honoraire au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

Nous nous proposons de revenir ici sur deux combats importants menés par le Gisti dès sa création : le premier porte sur le sursis à exécution des décisions administratives intéressant les étrangers, le second sur le pouvoir de l'administration de régulariser la situation des étrangers.

Pour qui veut apprécier l'évolution du droit des étrangers depuis 1968, date à laquelle le problème de leur condition juridique va se manifester de façon aiguë, il est bon de rappeler – rapidement – quel était l'état du droit à l'époque.

Depuis l'origine de la juridiction administrative, le statut des étrangers appartenait au « domaine de haute police », c'est-à-dire à un secteur où le juge administratif n'exerçait sinon aucun contrôle, en tout cas qu'un contrôle réduit au minimum. Faut-il rappeler que, par une décision du 22 janvier 1867, le Conseil d'État jugeait qu'un étranger n'était pas recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une décision du ministre de l'Intérieur lui ordonnant de sortir du territoire français¹ ? Si, ultérieurement, la recevabilité du recours contre une décision faisant grief à un étranger a été admise, le Conseil d'État n'exerçait qu'un contrôle restreint.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Association franco-russe dite Roussky-Dom*, le commissaire du gouvernement Heumann déclarait : « À la vérité, aussi bien pour les retraits d'autorisation d'associations étrangères que pour les expulsions, nous sommes dans un domaine de haute police où les mesures sont, pour la sauvegarde de la sécurité nationale ou pour la protection des droits des Français à l'étranger, imposées fréquemment par la nécessité de mettre fin à des activités anti-nationales ou de répondre à des actes d'hostilité commis contre les personnes ou les biens des Français à l'étranger. Ces mesures sont liées à l'état des relations internationales. Il est

1. CE 22 janv. 1867, *Radziwill*, *Lebon* 94.

manifestement impossible, en de telles hypothèses, de prétendre obliger le ministre à révéler les motifs de la mesure au cours d'une instance contradictoire qui conduit inévitablement à une divulgation de ces motifs. Il y a ainsi des cas où le silence du ministre est légitime². »

N'oublions pas qu'à l'époque les décisions administratives, et notamment les mesures de police, n'avaient pas à être motivées.

Quelques années avant 1968, une décision *Époux Bonjean* de 1964 démontrait le maintien de cette solution et du contrôle restreint exercé sur les mesures de police des étrangers³.

Les événements de mai-juin 1968 devaient entraîner une masse importante d'expulsions d'étrangers. Il ne s'agissait pas encore de mesures prises à raison de la situation de l'emploi, mais d'une politique délibérée tendant à imputer aux étrangers présents sur le territoire français une large part de responsabilité dans les troubles survenus dans les grandes villes de France.

Le contentieux des étrangers est devenu, en quelques années, important en nombre et intéressant sur le plan juridique, dans la mesure où des associations comme le Gisti ou des avocats se sont efforcés de contester des solutions anciennes en incitant le juge administratif à sortir de sa réserve traditionnelle en cette matière.

Ce contentieux va concerner tous les aspects du séjour sur le territoire français, notamment les nombreux arrêtés d'expulsion, mais aussi la légalité des associations d'étrangers, celle des publications étrangères et, d'une manière générale, tous les domaines du droit où un sort spécial était réservé aux étrangers (extradition, régimes sociaux, etc.). Et il va mettre en cause de nombreux mécanismes du contentieux administratif : la légalité externe des décisions administratives comme l'étendue du contrôle de la légalité interne. Sur ce dernier point, il faut citer – sans pouvoir s'y attarder – l'arrêt *Librairie François Maspero* rendu en 1973⁴. Cet arrêt, qui statuait sur une décision portant interdiction d'une revue étrangère, franchit un cap important en incluant dans le contrôle minimum – celui exercé sur les actes administratifs concernant l'ordre public – la notion d'erreur manifeste d'appréciation.

Nous nous arrêterons par contre plus longuement sur deux décisions du Conseil d'État, rendues sur des recours soutenus par le Gisti et qui vont avoir une importance pratique considérable :

– l'une concerne le contentieux proprement dit : comment obtenir un sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de police en général – c'est l'arrêt *Ferrandiz Gil Ortega* du 23 juillet 1974⁵ ;

– l'autre concerne le fond du droit : rendue à propos d'un recours contre des circulaires ministérielles, elle consacre le pouvoir de régularisation de l'administra-

2. CE, Sect., 22 avr. 1955, *Association franco-russe dite Roussky-Dom*, Rev. adm. 1955. 404, concl. C. Heumann.

3. CE 31 janv. 1964, *Lebon* 73.

4. CE, Ass., 2 nov. 1973, *Lebon* 611.

5. CE, Ass., 23 juill. 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, *Lebon* 448.

tion – c'est l'arrêt *Da Silva* du 13 février 1975⁶, dont la portée n'a pas été toujours comprise.

Dans l'un et l'autre cas, l'action du Gisti a permis des avancées importantes dans les garanties juridiques apportées aux étrangers.

I. LA QUESTION DU SURSIS À EXÉCUTION : L'ARRÊT *FERRANDIZ GIL ORTEGA* DE 1974

En droit public, les décisions administratives sont en principe immédiatement exécutoires. Pendant longtemps, la circonstance qu'un recours soit possible devant la juridiction administrative et que celle-ci puisse annuler la décision est restée illusoire, dans la mesure où la décision était exécutée immédiatement et où une annulation intervenant après des mois, voire des années, laissait subsister le dommage causé par la décision initiale.

D'où l'intérêt du sursis à exécution. Si cette institution a disparu maintenant avec la loi du 30 juin 2000 et la création du référé-suspension, un rappel des principales règles le régissant est indispensable à la connaissance de la situation existant en 1968 et les années suivantes.

Le sursis à exécution est une institution ancienne, puisque le pouvoir d'ordonner, en certaines circonstances, le sursis à l'exécution d'une décision administrative a été reconnu au Conseil d'État – alors juge de droit commun en matière administrative – dès 1906, alors que ce pouvoir n'a jamais été attribué aux conseils de préfecture. Le Conseil d'État, qui, on l'a vu, était réticent à contrôler les décisions relevant du domaine dit de la « haute police », a néanmoins prononcé dès le début du XX^e siècle le sursis à l'exécution d'un arrêté d'expulsion⁷. D'une manière générale, dans les affaires relevant directement de sa compétence, la Haute Assemblée n'a pas hésité à prononcer le sursis à exécution d'un acte administratif, même lorsque celui-ci intéressait l'ordre public⁸.

Lorsque les tribunaux administratifs ont été créés, le décret du 30 septembre 1953 a admis qu'« à titre exceptionnel » – la réserve est significative – ils pourraient ordonner le sursis à l'exécution des décisions dont ils étaient appelés à connaître en premier ressort. Toutefois le texte réglementaire leur a interdit de « prescrire qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision intéressant le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique » (art. 9, al. 2, du décret du 30 septembre 1953, et art. 22 du décret du 28 novembre 1953). Un texte ultérieur devait substituer, à la notion de

6. CE 13 févr. 1975, *Da Silva et CFDT*, *Lebon* 16.

7. CE 24 janv. 1908, *Solari*, *Lebon* 85.

8. V., pour le cas de la dissolution d'une association : CE, Ass., 17 juill. 1936, *Association Le Mouvement social français des Croix de feu*, *Lebon* 789, et en matière d'extradition : CE, Ass., 3 févr. 1956, *Petalas*, *Lebon* 44.

« décision intéressant le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique », celle de « décision intéressant l'ordre public », ce qui ne faisait qu'aggraver la situation (art. 3 du décret n° 69-87 du 28 janvier 1969 et art. 5 du décret n° 69-88 du même jour).

La situation créée par cette réglementation était paradoxale :

– d'une part, alors que la matière touchant à l'ordre public est celle qui concerne principalement les libertés publiques, le juge de première instance était privé du droit de prononcer un sursis à exécution ;

– d'autre part, lorsqu'il était saisi en appel, le Conseil d'État refusait lui-même de prononcer le sursis⁹ ;

– enfin, cette attitude était d'autant plus étonnante que, lorsqu'il était compétent en premier ressort, le Conseil d'État n'hésitait pas à prononcer le sursis à exécution d'une décision concernant l'ordre public¹⁰.

Cette situation suscitait des critiques, même au sein de la Haute Assemblée, puisque le président Braibant avait pu écrire que « sur ce point la réforme de 1953 a provoqué paradoxalement une véritable régression du droit¹¹ ».

Au sein du Gisti, la question du sursis à exécution, seul moyen d'empêcher l'expulsion des étrangers frappés d'une mesure d'éloignement, était donc posée. Le dossier de José Ferrandiz Gil Ortega a permis de tenter une expérience qui devait se révéler fructueuse.

L'intéressé avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion le 28 mai 1971. Cet arrêté, qui n'avait pas été mis à exécution – l'intéressé restant sur le territoire français à titre précaire –, avait été déféré à la censure du tribunal administratif de Paris. Comme l'administration manifestait la volonté de mettre à exécution cet arrêté, et pour bloquer cette initiative, la défense de José Ferrandiz a décidé de saisir directement le Conseil d'État de conclusions de sursis à exécution.

L'idée, issue de discussions au sein du Gisti, était simple : puisque le sursis à exécution n'était pas interdit de manière générale en matière d'ordre public, et puisqu'il était seulement impossible de le demander au tribunal administratif, celui-ci n'ayant pas le pouvoir de le prononcer, il convenait de s'adresser au Conseil d'État qui, lui, tenait de l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 le droit de prononcer le sursis à exécution, même dans les matières intéressant l'ordre public.

Cette solution était certes audacieuse, mais elle avait l'avantage de mettre le juge administratif en face du dilemme et de l'inciter à résoudre la contradiction interne de sa jurisprudence qui admettait le sursis en matière d'ordre public lorsqu'il

9. CE, Sect., 26 nov. 1954, *Ministre de l'Intérieur c. Van Peborgh, Lebon* 627. Dans cette affaire, le tribunal administratif, saisi d'un recours contre un arrêté d'expulsion, avait, en violation des textes applicables, prononcé un sursis à exécution. Saisi d'un appel par le ministre de l'Intérieur, le Conseil d'État a d'abord annulé le jugement pour incompétence territoriale du tribunal. Puis, évoquant, il a considéré que l'arrêté d'expulsion était au nombre des décisions visées par l'art. 9, al. 2, du décret du 30 sept. 1953 et il a, en conséquence, refusé de prononcer un sursis, sans examiner si les conditions d'un tel sursis étaient remplies

10. CE, Ass., 3 févr. 1956, *Petalas*, concernant un décret d'extradition.

11. Note G. Braibant sous CE, Sect., 26 nov. 1954, *AJDA* 1954. 486.

était demandé directement au Conseil d'État (*Petalas*, 1956, précité) et refusait de le prononcer dès lors qu'il était demandé, d'abord, au tribunal administratif (*Van Peborgh*, 1954, précité).

L'affaire a suscité l'intérêt du Conseil d'État, qui l'a examinée en Assemblée du contentieux.

Le commissaire du gouvernement, M. Rougevin-Baville, a pris de longues conclusions tendant au rejet de la requête. Il a soutenu, en premier lieu, que les textes ont toujours conféré le pouvoir d'ordonner un sursis à exécution à la seule juridiction compétente pour statuer au fond; et le commissaire de faire référence à la décision d'Assemblée du 23 janvier 1970 *Ministre d'État chargé des affaires sociales c. Sieur Amoros et autres*¹². Il a, ensuite, souligné qu'admettre en matière de sursis la compétence du Conseil d'État revenait à porter atteinte au principe du double degré de juridiction; en effet, ajoutait-il, si le Conseil d'État accorde le sursis, le tribunal administratif n'aura plus qu'à annuler la décision au fond, ce qui reviendrait à nier la réforme de 1953. Enfin, le commissaire du gouvernement a fait valoir que le problème avait été vu en 1969 lorsque le décret du 30 septembre 1953 a été modifié, et qu'il était impossible, par voie prétorienne, de passer outre à une solution maintenue de manière consciente par le pouvoir réglementaire.

Malgré ces objections, l'Assemblée du contentieux n'a pas suivi le commissaire du gouvernement. Elle a certes rejeté au fond la requête¹³, mais elle a admis que les dispositions de l'article R. 96, alinéa 2, du Code des tribunaux administratifs n'empêchaient pas le Conseil d'État de se prononcer sur une demande de sursis à exécution pour laquelle il avait compétence en vertu de l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. Et il a affirmé « qu'il suit de là que le Conseil d'État est resté compétent pour connaître directement de ces demandes lorsque les conclusions aux fins d'annulation relevant en premier ressort de la compétence d'un tribunal administratif ont été portées devant un de ces tribunaux¹⁴ ».

C'était pour le Gisti une grande victoire. Il était désormais possible de déposer une demande de sursis devant le Conseil d'État, dès lors que l'arrêté d'expulsion – ou d'une manière générale la mesure concernant l'ordre public – était frappé d'un recours devant le tribunal administratif. Moins d'un mois après, dans une décision *Pardov*¹⁵, le Conseil d'État prononçait le sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion.

Pourquoi cette grande étape est-elle aujourd'hui oubliée? Pour une raison très simple : cette révolution a été si totale que le sursis à exécution a disparu. En deux étapes.

Première étape : le tribunal administratif a fini par récupérer compétence pour accorder le sursis à exécution dans les matières concernant l'ordre public. La disposition de l'article R. 96, alinéa 2, du Code des tribunaux administratifs a été en effet

12. *Lebon* 51. V. le commentaire de M. Waline : *RD publ.* 1970. 1035.

13. En retenant notamment que le requérant n'avait pas, comme il le soutenait, la nationalité française.

14. CE 23 juill. 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*, *Lebon* 448.

15. CE 3 févr. 1975, *AJDA* 1975. 143.

supprimée purement et simplement par le décret du 27 janvier 1983. Le tribunal administratif a donc pu prononcer le sursis à exécution des mesures de police en général, des arrêtés d'expulsion en particulier.

La seconde étape, encore plus radicale, résulte de la création du référé-suspension (art. L. 521-1 du Code de justice administrative) et du référé-liberté (art. L. 521-2 du même code) par la loi du 30 juin 2000¹⁶.

L'arrêt *Ferrandiz Gil Ortega* relève donc désormais de l'histoire du droit. Il n'en conserve pas moins un grand intérêt sur deux plans :

- celui de l'imagination juridique qui est nécessaire pour faire progresser la jurisprudence ;
- celui d'une avancée décisive dans le droit des étrangers : sans sursis à exécution, les décisions de police des étrangers échappaient, pour la plupart, à tout contrôle juridictionnel. Avec l'admission du sursis et désormais d'un référé efficace, les libertés de l'étranger peuvent être plus efficacement défendues.

II. LE POUVOIR DE RÉGULARISATION : L'ARRÊT *DA SILVA* DE 1975

L'arrêt *Da Silva* est injustement méconnu lorsqu'on fait l'inventaire des avancées jurisprudentielles obtenues par le Gisti. Pour deux raisons : d'une part, selon certains, ce ne serait pas un « arrêt Gisti » ; d'autre part, sa portée serait courte : il ne ferait que rappeler la jurisprudence traditionnelle sur les circulaires.

Dénonçons cette double erreur.

- En premier lieu, c'est bien le Gisti qui a engagé cette action contentieuse contre les célèbres circulaires Marcellin et Fontanet.

Si le Gisti n'a pas été le requérant officiel, c'est par simple prudence : sa recevabilité à agir n'était, à l'époque, pas évidente et il a paru préférable de mettre en avant un travailleur immigré, de nationalité portugaise, qui travaillait chez Renault. Le Gisti a d'ailleurs tenu officiellement une conférence de presse pour annoncer et justifier l'action contentieuse qu'elle inspirait contre ces circulaires qui, à l'époque, avaient fait grand bruit. La presse a rendu compte de cette conférence, comme elle a annoncé la décision d'annulation intervenue le 13 janvier 1975. Le journal *Le Monde* a même publié la nouvelle en première page. De bout en bout, cette décision *Da Silva* est donc bien à mettre au crédit du Gisti.

- En second lieu, cet arrêt a une portée capitale.

Là encore, il convient de faire cesser une opinion selon laquelle ce succès serait de faible importance car la solution serait évidente : les circulaires ne peuvent avoir un caractère réglementaire. Cette appréciation est doublement inexacte.

16. V. *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., sous CE 18 janv. 2001, *Venelles et Saez*, p. 829.

A. Il faut d'abord rappeler que le gouvernement avait – et il a, peut-être, encore – la fâcheuse habitude de régler le sort des étrangers par voie de circulaires. Est-ce une conséquence de la théorie selon laquelle le droit des étrangers relevait de la « haute police » ? On peut poser la question.

Quoi qu'il en soit, c'était une avancée incontestable de faire annuler par le Conseil d'État deux circulaires : l'une du ministre de l'Intérieur en date du 24 janvier 1972, et l'autre du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population du 23 février 1972.

Ce succès est d'autant plus important que ces deux circulaires ont, à l'époque, suscité une vive émotion. Dans son commentaire de l'arrêt du 13 janvier 1975, M. Jean-Marc André le rappelle : « La vague de protestations s'était traduite par plusieurs grèves de la faim et par l'occupation en avril 1973 du Bureau départemental de la main-d'œuvre de Paris. Le ministre du travail dut même en suspendre l'application en 1973¹⁷. »

Enfin, la pratique des circulaires est, en soi, contestable, dans la mesure où ces documents ne se bornent pas à de simples commentaires. Il est donc essentiel que le Gisti se soit mobilisé, comme il le fera encore par la suite, pour contrer cette pratique des circulaires.

Mais il y a plus.

B. Les commentateurs de l'arrêt du 13 janvier 1975 n'y voient qu'une application de la règle classique selon laquelle les ministres n'ont pas le pouvoir réglementaire, en sorte que, si une circulaire signée par eux comporte une disposition à caractère réglementaire, cette décision est entachée d'incompétence et donc nulle.

Tout cela est exact. Et il est certain que l'arrêt du 13 janvier 1975 dispose :

« Que le ministre de l'intérieur et le ministre du travail, de l'emploi et de la population ont, dans les circulaires attaquées, ajouté des dispositions nouvelles aux dispositions législatives et réglementaires précitées ; que dès lors le sieur Da Silva et la Confédération française démocratique du travail¹⁸ sont fondés à soutenir que ces circulaires ont dans cette mesure un caractère réglementaire ; qu'ils sont recevables et fondés à en demander l'annulation comme prises par des autorités incompétentes. »

Pourtant, et ceci n'a pas été mis en relief, la décision va plus loin. Seule la confrontation de l'arrêt lui-même avec les conclusions prises devant le Conseil d'État par le commissaire du gouvernement Philippe Dondoux permet de faire ressortir la portée plus grande de la décision du Conseil d'État.

Le commissaire du gouvernement n'avait conclu qu'à une annulation très partielle des circulaires, sur deux points :

– en tant que, d'une part, elles subordonnent l'octroi d'une autorisation de travail et de séjour à la délivrance d'une attestation de logement par l'employeur ;

17. *AJDA* 1975. 258. V. aussi les commentaires de F. Julien-Laferrière : *D.* 1975. 784.

18. La CFDT avait elle-même formé un recours distinct.

– en tant que, d'autre part, elles disposent que le visa du premier contrat de travail tiendra lieu de carte provisoire de travail¹⁹.

Or, l'annulation prononcée concerne aussi un autre problème essentiel, puisque les circulaires sont annulées « en tant qu'elles ont étendu l'impossibilité de demander une autorisation de travail pour certaines professions aux étrangers entrés comme touristes ».

Il s'agit, tout simplement, du problème de la régularisation de situation. Cette régularisation, qui est essentielle puisque c'est elle qui permet à de nombreux étrangers d'obtenir un titre de séjour et de travail une fois qu'ils se trouvent sur le territoire français, est considérée par le Conseil d'État – dans sa décision du 13 janvier 1975 – comme une attribution fondamentale de l'administration.

M. Philippe Dondoux avait bien vu le problème, à savoir que les circulaires attaquées limitaient considérablement les possibilités de régularisation de la situation des étrangers présents sur le territoire, mais il estimait que, ce faisant, « les circulaires n'ont en réalité apporté aucune modification à l'état de droit antérieur ». Il considérait en effet « que l'autorité administrative était parfaitement en droit de limiter le champ d'application de [la] procédure [de régularisation] dès lors que celle-ci, instituée comme nous l'avons dit par voie de circulaire en 1953, est en réalité dépourvue de valeur juridique ».

Non seulement cette analyse n'a pas été partagée par le Conseil d'État, mais celui-ci a vu dans la législation en vigueur – qui est citée longuement dans sa décision²⁰ – une règle générale selon laquelle l'administration a le pouvoir de régulariser la situation des étrangers, comme elle a le pouvoir général de régulariser les situations qui se présentent à elle :

« Si les dispositions législatives et réglementaires précitées font obligation aux étrangers qui viennent en France pour y exercer un emploi salarié de produire un contrat de travail visé par les services compétents du ministère du travail à l'appui de leur demande de titre de séjour et ne prévoient expressément aucune procédure de régularisation de situation, elles n'interdisent ni aux étrangers qui sont venus en France pour d'autres motifs et se trouvent dans une situation régulière sur le territoire français de présenter une demande d'autorisation de travail aux services compétents ni à ceux-ci d'accorder l'autorisation demandée *dans l'exercice du pouvoir qui appartient normalement à l'administration, dans tous les cas où une disposition expresse applicable à l'espèce ne lui interdit pas de régulariser les procédures pendantes devant elle.* »

La décision du Conseil d'État va donc bien au-delà d'une simple annulation pour incompétence : elle consacre un pouvoir général de régularisation des situations, résultant d'un ensemble de textes législatifs et réglementaires. Ce pouvoir de

19. V. ces conclusions publiées par *Droit social* 1975, p. 275.

20. La Haute Assemblée cite la loi du 10 août 1932 (toujours en vigueur en 1975), l'art. 5 de l'ordonnance du 8 nov. 1945, l'art. 7 du même texte, l'art. 1^{er} du décret du 5 juin 1946, l'art. 4 du décret du 30 juin 1946.

régularisation, l'administration doit l'exercer²¹ et, à l'évidence, un ministre ne peut, par une circulaire, supprimer ou limiter ce pouvoir, qui est aussi une obligation pour elle de vérifier si la régularisation est possible.

Voilà la portée réelle, et elle est capitale, de la décision de la Haute Assemblée.

C'est elle qui permet aujourd'hui, dans la crise récente dite des « sans-papiers », de procéder à de nombreuses régularisations en faveur de travailleurs immigrés qui étaient, de fait, employés sans papier ou avec de faux papiers.

L'arrêt du 13 janvier 1975 doit donc être salué comme une des grandes étapes du combat juridique mené par le Gisti pour défendre les droits des étrangers. L'arrêt du 13 janvier 1975 doit donc être salué comme une des grandes étapes du combat juridique mené par le Gisti pour défendre les droits des étrangers. L'étape suivante sera bien entendu l'arrêt du 8 décembre 1978 qui reconnaît le droit à une vie familiale normale²².

*
* *

Retenons pour conclure que l'histoire du droit est nécessaire à l'intelligence du droit. C'est en mettant en lumière les conditions dans lesquelles une solution jurisprudentielle s'est dégagée qu'il est possible d'en percevoir l'exacte portée et de suivre sa trace à travers l'évolution législative et réglementaire. Un véritable droit des étrangers a commencé à voir le jour à partir de 1968. Les deux décisions examinées ici de plus près ne sont que des exemples de l'effort collectif accompli par les juristes, les juridictions, le législateur lui-même, pour reconnaître aux étrangers la jouissance de droits effectifs.

21. Ce qui ne veut pas dire qu'elle est obligée de régulariser.

22. Les conclusions du commissaire du gouvernement Philippe Dondoux sur cette affaire sont reproduites ci-après.

