

Circulaires et droit

Gérard Moreau

Ancien directeur de la population et des migrations (DPM)

Dans la hiérarchie des normes, la circulaire vient en dernier ; elle n'est pas là pour dire le droit ; elle a pour seul but et seule règle de principe de le faire appliquer, en l'expliquant et en donnant, en ordonnant, une méthode d'application.

La circulaire est nécessaire : destinée à des services administratifs dispersés, elle dicte un mode homogène d'application. Le principe d'égalité veut qu'à situation identique, application identique des règles. En transformant une règle générale, assez abstraite, dans un langage juridique ou politique assez codé, en explications pratiques et en modalités détaillées d'application, la circulaire dicte un mode opératoire simple à des services qui les mettront en œuvre sans débattre la séquence qui leur est imposée.

On voit ce que l'exercice a de redoutable. Parce qu'il est une traduction, d'abord, du pouvoir législatif ou réglementaire ; ensuite, parce que la règle dictée par la voie hiérarchique a plus de valeur que le texte d'origine pour l'agent hiérarchiquement dépendant.

Dans le domaine du droit des étrangers, le risque s'accroît encore pour plusieurs raisons.

D'abord, la longue tradition de ce droit est que les circulaires ont longtemps fait la loi, les étrangers relevant d'un régime de police fluctuant selon les intentions ou les craintes politiques. Si les multiples batailles juridiques menées depuis plus de vingt ans ont fait évoluer la situation et conduit à une opposabilité beaucoup plus structurée de textes européens, législatifs et réglementaires, la culture de la soumission au climat politique de bien des responsables administratifs vient s'ajouter à leur obéissance hiérarchique.

En second lieu, les circulaires sont d'autant plus importantes ou redoutables qu'elles transforment des règles générales en méthode de décision pour des cas individuels. Or si les règles générales sont sous contrôle politique, les décisions individuelles sont, dans la quasi-totalité des cas, déléguées soit à des agents subalternes qui ne sont formés en aucune manière à traiter de situations personnelles pour prendre des décisions qui conditionnent la vie des personnes concernées et demanderaient

dans d'autres domaines des compétences de magistrats, soit à des sous-préfets qui appliquent plus mécaniquement encore des orientations politiques, soit par intérêt personnel à respecter les consignes supérieures, soit pour donner « le bon exemple » à leurs troupes en craignant de laisser dériver des pratiques locales.

Enfin, il faut noter que dans un domaine sensible politiquement et complexe, puisque le droit doit prendre en compte des cas infiniment divers, les choix opérés dans les textes, d'une part, résultent de compromis, d'autre part, sont souvent subtils et nuancés, tendance que peut accroître la jurisprudence, rédigée au calme et hors la pression du nombre quotidien. La circulaire se veut alors simplifiante, parfois schématique, puisque son but est précisément d'être pratique.

Dans ces conditions, on peut décrire d'abord l'univers du rédacteur de la circulaire, qui n'en est naturellement pas le signataire, et en tout cas pas le responsable politique. On peut alors imaginer et évoquer ce qu'il advient lorsque, dans l'équilibre qu'il a construit, intervient une décision jurisprudentielle non-conforme. Dans un second temps, on se placera du côté du lecteur qui en est aussi l'applicateur.

La tâche du rédacteur

Le rédacteur de la circulaire poursuit, selon son propre talent d'écriture, la présentation de ce que le législateur ou le pouvoir réglementaire, dans un certain état de la jurisprudence, ont voulu organiser, en y ajoutant des éléments d'actualité (par exemple s'il s'agit d'organiser des régularisations, donc d'introduire des critères, par construction indicatifs, dans le pouvoir discrétionnaire de l'autorité qui a pouvoir de décider des situations individuelles).

Il y a bien sûr plusieurs types de circulaires ; les plus classiques sont celles qui présentent, expliquent et détaillent la marche à suivre pour de nouvelles réglementations. Elles se veulent pédagogiques, mais le diable est dans les détails et, quelles que soient les précautions rédactionnelles qui ne trompent, et encore, que les décisions de justice, elles fixent des règles supplémentaires. On voit mal, du reste, comment faire autrement ; il faudrait un niveau culturel et technique nettement plus élevé chez les fonctionnaires d'application pour qu'ils parviennent à prendre de la distance avec ce qui est présenté comme une orientation générale ou un critère à cumuler avec d'autres, sans l'appliquer quasi automatiquement. La règle de l'opposabilité de l'emploi a longtemps été l'exemple même de cette application automatique : dire qu'il fallait « opposer la situation de l'emploi » signifiait qu'il fallait comparer le niveau des offres et celui des demandes d'emploi ; le premier chiffre étant toujours très inférieur au second, l'instruction était donc qu'il fallait toujours refuser. Les autorisations de travail se traitaient, sauf intervention politique locale, par recours hiérarchique.

Les circulaires les plus ordinaires ou fréquentes sont les circulaires « conjoncturelles », qui présentent des situations exceptionnelles (arrivée de Kurdes ou d'Albanais en France, régularisation très sectorielle – informaticiens à différentes périodes, etc.) ou qui précisent un point de droit ou de méthode spécifiques, ou encore demandent des comptes-rendus ou des statistiques sur tel point précis. C'est dans cette catégorie que peuvent se présenter des informations jurisprudentielles sur

un arrêt qui modifierait substantiellement la réglementation et dont il faudrait tirer les conséquences dans un sens ou dans l'autre, du reste, pour en limiter les effets « destructeurs ». Ce dernier cas est rare ; en douze ans de fonctions, je n'en compte sans doute pas plus de deux ou trois !

À cet égard, si les circulaires techniques sont parfois signées sans exequatur politique par un directeur, voire un fonctionnaire de moindre position, dès qu'une jurisprudence vient contrer une disposition voulue politiquement, la faire connaître, *a fortiori* en tirer les conséquences suppose un aval politique dont il n'est pas surprenant qu'il soit rare (la règle « n'avouez jamais » n'est pas que d'essence pénale). Bien avant que la loi n'interdise le regroupement familial d'une seconde épouse en cas de polygamie, la jurisprudence de l'arrêt *Montcho* avait provoqué du trouble (elle s'était du reste diffusée assez spontanément) et plusieurs préfetures avaient accepté des regroupements polygamiques, interprétant positivement la décision du Conseil d'État. Il avait été jugé utile alors de les juguler en s'appuyant sur la règle des ressources suffisantes, à l'évidence nécessairement plus élevées dans le cas de deux épouses ! Une circulaire interprétative avait suffi...

Bien évidemment, une réserve d'interprétation dans une décision de justice pouvait être l'occasion de confirmer les instructions mais, plus simplement, il suffisait de n'y rien changer, puisque, comme le disait alors le juge, il ne pouvait être dans l'intention du signataire d'une circulaire de donner une instruction que son caractère systématique rendait illégale. Tel était bien le cas de la circulaire du 4 janvier 1985 sur les ressources stables et suffisantes du demandeur de regroupement familial. En indiquant qu'un étudiant, par exemple, ne pouvait avoir de telles ressources, l'instruction conduisait directement à refuser la demande. Statistiquement, l'instruction était sans doute fondée : un étudiant a rarement des ressources stables puisqu'elles sont subordonnées au cursus qu'il suit¹. Appliquer en revanche d'une manière systématique, sans examen au cas, cette analyse à tous les étudiants transforme la nature même de l'instruction. Les choses se passaient bien ainsi mais le Conseil d'État n'a pas jugé le texte de la circulaire de cette manière².

En revanche – et la cristallisation des pensions en a été l'exemple le plus frappant, en même temps que la limitation du bénéfice de l'allocation supplémentaire du FNS (Fonds national de solidarité) ou de l'AAH (allocation adultes handicapés) aux nationaux, limitation évidemment inconstitutionnelle, mais non repérée en son temps –, les circulaires n'ont jamais fait connaître ni préconisé l'application des décisions contentieuses rendues sur des cas particuliers. Parce que ces décisions jurisprudentielles pouvaient avoir des conséquences financières globales considérables, elles n'ont pas connu d'application directe, l'administration attendant le déclenchement d'un contentieux, au cas par cas, avant de donner suite à une demande. La situation s'est, je pense, nettement améliorée depuis quelques années, notamment parce que la

1. Il est vrai, en sens inverse, que la précarisation générale des situations d'emploi donne à la notion de « stabilité des ressources » une signification non moins précaire...

2. CE 25 sept. 1987, *Gisti*.

loi Chevènement de 1998 a supprimé la condition de nationalité pour les prestations non contributives comme l'AAH ou l'allocation supplémentaire du FNS.

La troisième catégorie de circulaires est plus rare, et plus essentielle. Elle correspond à la volonté d'un service de faire le point sur l'état d'une réglementation et des méthodes de son application. Cela donne une sorte de vademecum global concernant tel ou tel domaine. En son temps, l'OMI (Office des migrations internationales), prédécesseur de l'ANAEM (Agence nationale d'accueil des étrangers et des migrations), publiait assez régulièrement « l'OMIclasseur », résumé des textes et des circulaires ministérielles sur le droit des étrangers, de même que des éditeurs privés publiaient des guides commentés sur le droit des étrangers. Les administrations pouvaient faire de même et c'était une manière d'ajuster, à bas bruit, les instructions à la jurisprudence... ou de la négliger complètement. La DPM a ainsi publié des directives-guides sur la libre circulation en Europe et une synthèse des circulaires sur le droit du séjour, du travail et du regroupement familial, cosignée avec le ministère de l'Intérieur. Mais avec le flux des textes modificatifs qui s'est encore accéléré au cours de ces dernières années, ces synthèses devenaient rapidement caduques.

Face à cet ensemble de textes, une décision de justice contraire – annulation ou réserve d'interprétation – provoque toujours au niveau central un trouble qui va au-delà de la réaction épidermique soit du technicien du droit qui se trouve désavoué, soit du politique qui a peur d'une déstabilisation. Bien sûr, lorsqu'une disposition générale est annulée, une réaction est nécessaire : reprendre ou prendre une disposition législative ou réglementaire pour aller dans le sens de la décision de justice, ou dans le sens contraire, par exemple en corrigeant une procédure fautive. Lorsqu'il s'agit de la disposition d'une circulaire, la réaction est nécessaire si l'annulation porte sur une disposition clé ; sinon, il est possible d'attendre !

Plus complexe est le cas des décisions individuelles lorsque la décision d'une juridiction risque de faire jurisprudence et de faire tache d'huile à l'encontre d'une décision politique d'ensemble. En réalité, la question se pose de manière constante au ministère de l'Intérieur. Sans doute, dans certains cas, la décision du tribunal administratif annulant un refus préfectoral ou une décision de reconduite « autorise » le préfet à régler une situation humanitaire qu'il n'ose pas traiter seul, mais le plus souvent, la tendance est de faire appel, pour bloquer toute possibilité de jurisprudence positive. Mais la pratique du ministère de l'Intérieur sur ce point depuis vingt ans mériterait bien des études.

Le point de vue des destinataires

Que dire alors de la pratique des lecteurs, c'est-à-dire des destinataires techniques des instructions, direction de la réglementation dans les préfetures, DDASS (directions départementales des affaires sanitaires et sociales) pour le regroupement familial, services de l'ANAEM, etc. ?

Une anecdote me revient en mémoire : alors que je souhaitais me rendre dans un service déconcentré pour parler de l'application d'une circulaire récente, il m'avait été répondu qu'il me fallait attendre : la circulaire n'avait pas été diffusée par le direc-

teur local qui l'avait reçue parce qu'il en avait demandé au préalable la « traduction » en termes opérationnels pour ses services... On était loin des finesses des rédactions de jurisprudence ou des « réserves d'interprétation ».

De fait, et faute de vademecum à jour, du type de ceux que j'évoquais plus haut, les préfetures, du moins les plus importantes qui faisaient du chiffre, se sont presque partout construit des fiches de procédures, qu'elles ajustent elles-mêmes, en tenant compte des circulaires, des textes, et même de la jurisprudence selon la culture ou l'impulsion propre du chef de bureau.

Cette pratique n'est anormale que dans la mesure où elle n'est pas validée et s'inspire, souvent du « climat » général de la politique suivie à la fois localement (il est plus aisé de juger les dossiers au cas par cas quand on n'est pas sous la pression du nombre) et nationalement. Pour avoir visité assez fréquemment les services des étrangers des préfetures, j'ai souvent vu ces fiches, manuelles, annotées au crayon, complétées rapidement par une sous-fiche agrafée résumant le texte le plus récent, venant du ministère des Affaires sociales ou de celui de l'Intérieur (et parfois sur le même sujet, il y avait des nuances...).

Au fond, le choix logique est le suivant. Soit, les services locaux traitent les dossiers avec des agents de niveau moyen, quelle que soit leur bonne volonté, et ils devraient être dotés de réels instruments de travail, très pédagogiques et très validés, détaillant les situations et la conduite à tenir; cette situation supposerait une administration centrale très forte pour établir et surtout tenir à jour tout un corpus de fiches de travail, se déclinant selon des algorithmes logiques et pédagogiques.

Soit, le niveau des fonctionnaires traitant les dossiers est nettement relevé et la délégation d'autorité et de décision qui leur est confiée est nettement confirmée. Dans ce cas, les directives centrales sont de principe, l'autorité locale ayant la compétence non plus seulement juridique mais technique, sinon « morale », de décider, tel un magistrat dont c'est le rôle. Dans cette hypothèse, les décisions des juges administratifs auraient moins besoin d'être interprétées ou contredites. Bien évidemment, un suivi statistique précis permettrait de suivre l'orientation quantitative des décisions.

On voit bien, d'une part, que la première solution est presque impraticable parce qu'il n'est pas possible de prévoir tous les cas de figure : l'immigration est une donnée fluctuante et les situations individuelles innombrables. En revanche, la seconde solution tend toujours à faire peur à l'autorité politique, peu habituée au suivi statistique et aux véritables délégations dans ce domaine. Le fait est qu'aujourd'hui encore, la situation est celle d'un entre-deux : ni juges, ni procédures précises.

En conclusion, l'autorité politique, appuyée sur l'autorité administrative, a toujours tendance à façonner le droit selon ses orientations propres, alors que le juge ne se veut que rarement « prétorien ». *A fortiori* dans les domaines sensibles et, depuis trente ans, l'immigration en est un. Mais le politique préfère dans ce domaine façonner le droit soit au bruit le plus bas possible, sauf exception électoraliste, soit avec une grande réactivité, ce qui le conduit à utiliser sans hésiter les circulaires dites interprétatives. Le combat juridique dont l'objet est de faire respecter la hiérarchie des normes n'en est que plus nécessaire.

