

# Chapitre 1

## Des sources internes très largement codifiées

Le droit des étrangers n'a pas échappé au mouvement de codification engagé en France à la fin des années 1980 (I). Il intervient dans un domaine où la profusion des normes de droit ruinait l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi<sup>1</sup>. Ce droit codifié n'a toutefois pas vocation à s'appliquer à tous les étrangers (II).

### I. La ligne de partage de la loi et du règlement

Réserve faite du 4<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 qui garantit une protection à « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté », la Constitution n'énonce aucune norme spécifique aux étrangers<sup>2</sup>. Le législateur et le pouvoir réglementaire exercent donc leur compétence assez librement, dans le respect des normes constitutionnelles générales. Ce premier constat soulève une incertitude de principe qui tient à la ligne de partage de la loi et du règlement que la Constitution ne tranche pas directement. La pratique révèle

1. Il est fait obligation au législateur d'adopter des « dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » pour prévenir le risque d'arbitraire (Cons. const. déc. n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005, cons. 8). Par ailleurs, le législateur ne peut pas éditer des règles d'« une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée » (Cons. const. déc. n° 2005-530 DC, 29 déc. 2005, cons. 77).
2. V. également dans un registre particulier, Const., art. 53-1 (coopération en matière d'asile politique) et 88-3 (droit de vote des ressortissants de l'Union européenne).

que si les principes fondamentaux du droit des étrangers relèvent de la compétence du législateur, le pouvoir réglementaire est fondé à en définir des pans substantiels.

## A. Les contours de la compétence du législateur

### 1. *Les fondements constitutionnels de la compétence législative*

La ligne de partage de la loi et du règlement ne semble souffrir en droit des étrangers d'aucune incertitude si l'on veut bien s'en tenir à la nature législative des deux principales sources de cette matière qui se sont succédé, l'ordonnance du 2 novembre 1945 et, depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005, le code des étrangers. Cette compétence du législateur est conforme à une exigence démocratique qui impose de confier au Parlement le soin de fixer les lignes directrices d'un droit marqué par la contrainte.

En dépit du silence de l'article 34 de la Constitution qui ne range pas le droit des étrangers dans le domaine de la loi, il n'est pas permis de douter de la compétence de principe du législateur. Celle-ci se dégage des enjeux d'un droit qui met en cause « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (Const. 1958, art. 34) et « la liberté individuelle » (Const. 1958, art. 66), lorsqu'il est porté une atteinte grave et prolongée à la liberté d'aller et de venir de l'étranger. L'identification du domaine de la loi renvoie ensuite à des matières législatives qui intéressent la régulation des flux migratoires et qui, pour cette raison, doivent être réglées par la représentation nationale : modalités d'accès à un tribunal<sup>1</sup> ; garanties « essentielles » liées à une procédure contentieuse<sup>2</sup> ; détermination des délits et les peines applicables<sup>3</sup>... Un deuxième volet de la compétence du législateur moins affirmé peut être isolé. Ne se justifiant pas directement au regard de critères constitutionnels explicites, il repose,

1. Cons. const. déc. n° 87-149 L, 20 févr. 1987.

2. Cons. const. déc. n° 2004-499 DC, 29 juill. 2004, cons. 4. Est ainsi concernée la définition du délai de saisine du juge ou des voies de recours.

3. Cette exigence est directement mentionnée par l'article 34 de la Constitution. Sur les délits spécifiques au droit des étrangers, partie 4.

pourrait-on dire, sur les enjeux de certaines questions : documents qu'un étranger doit produire pour entrer en France et y séjourner<sup>1</sup> ; catégories d'étrangers bénéficiant d'un droit de séjour<sup>2</sup> ; droits liés à un titre de séjour<sup>3</sup> ; motifs autorisant l'administration à provoquer le départ forcé d'un étranger<sup>4</sup>...

## *2. Les limites de la compétence législative*

Sans minorer la portée de ces titres de compétence, le législateur ne définit pas, loin s'en faut, l'intégralité du droit des étrangers. Ce constat est renforcé par le fait que la représentation nationale ne jouit que d'une compétence horizontale qui l'autorise, après avoir exposé des principes fondamentaux, à renvoyer à des mesures réglementaires. Pour cette raison, plusieurs questions aujourd'hui investies par la loi pourraient être aisément délégalisées à raison de leur nature réglementaire<sup>5</sup>.

La compétence du législateur est ensuite affaiblie par des dispositions qui renvoient laconiquement à des décrets d'application. L'article L. 211-4 du code se borne ainsi à prévoir que l'attestation d'accueil est « accompagnée des pièces justificatives déterminées par décret en Conseil d'État ». Cette méthode, pour classique qu'elle soit, est problématique lorsque la loi énonce des standards indéterminés qui délimitent le droit de séjour de certains étrangers. Une illustration en est apportée par l'article L. 314-2 du code qui, dans sa rédaction tirée de la loi du 24 juillet 2006, subordonne la délivrance d'une

---

1. C. étrangers, art. L. 211-1.

2. Spécialement C. étrangers, art. L. 313-11, 7° (droit de séjour fondé sur le droit au respect de la vie privée et familiale), 10° (droit de séjour de l'apatride), 11° (droit de séjour fondé sur l'état de santé d'un étranger) et art. L. 314-11, 8° (droit de séjour du réfugié politique).

3. Par exemple C. étrangers, art. L. 322-1 pour l'accès au marché du travail.

4. C. étrangers, art. L. 511-1 et L. 521-1. Pour les étrangers protégés, art. L. 511-4, L. 521-2 et L. 521-3.

5. On pourrait ainsi s'interroger sur la pertinence des dispositions législatives relatives à la compétence et à la composition d'une autorité administrative consultative qui ne met pas en cause une matière placée par la Constitution dans le domaine de la loi (par exemple C. étrangers, art. L. 312-1 pour la commission du titre de séjour qui sera examinée dans la partie suivante de cet ouvrage).

première carte de résident à une « intégration de l'étranger dans la société française, appréciée *en particulier* au regard de son engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de sa connaissance suffisante de la langue française ». L'imprécision de la loi est telle que celle-ci renvoie à un décret en Conseil d'État. Plus largement, il est permis de s'interroger sur l'utilité même de la loi lorsqu'elle envisage une simple possibilité de solliciter un titre de séjour dont l'octroi relève d'une appréciation discrétionnaire de l'administration. C'est dans cette logique génératrice d'espérance pour les candidats potentiels au séjour que l'article L. 314-8 du code concède que « la décision d'accorder ou de refuser la carte de résident [à un étranger qui séjourne régulièrement depuis cinq ans] est prise en tenant compte des faits qu'il peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir durablement en France, notamment au regard des conditions de son activité professionnelle s'il en a une, et de ses [...] ressources qui doivent être stables et suffisantes pour subvenir à ses besoins ».

## B. L'expression d'une prépondérance gouvernementale

Jusqu'en 1980, le gouvernement a pu, grâce à la relative atonie du législateur, définir plutôt librement le droit des étrangers. Comme le note Alexis Spire dans sa remarquable étude consacrée à *L'administration de l'immigration en France*, les gouvernements successifs ont ainsi recouru à de simples circulaires pour organiser le regroupement familial en 1947, protéger le marché du travail en 1949, encourager les régularisations d'étrangers en situation irrégulière en 1956 avant d'y mettre un frein en 1972 ou suspendre l'immigration familiale en 1974<sup>1</sup>. Il faut attendre 1975 pour que la politique migratoire soit définie par un texte normatif. Ce tournant intervient par voie réglementaire lorsque le décret du 21 novembre 1975 réforme les modalités d'attribution des autorisations de travail. Dans la logique de la V<sup>e</sup> République, on ne s'étonnera par ailleurs pas que les réformes majeures aient été initiées par l'exécutif. Par un curieux résumé de

1. *Étrangers à la carte, l'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, p. 13.

l'histoire, la codification du droit des étrangers en 2003 s'est du reste accommodée d'une nouvelle neutralisation du Parlement qui avait délégué sa compétence. L'habilitation à codifier une matière législative n'était pourtant pas anodine. L'article 92 de la loi du 26 novembre 2003 autorisait à modifier la loi par ordonnance « pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit ». C'est à ce titre que quatorze dispositions réglementaires de l'ordonnance de 1945 ont été délégalisées.

Le domaine réglementaire repose tout d'abord sur des mesures prises en application de la loi dont on a relevé qu'elles conduisaient parfois le pouvoir réglementaire à combler les silences de la loi. La compétence réglementaire découle surtout des nombreux renvois, 34 avant la réforme de 2006, de la partie législative du code à des décrets en Conseil d'État. Le gouvernement n'hésite d'ailleurs plus à contester la nature réglementaire de certaines dispositions législatives, ambition quelque peu douteuse lorsque le responsable de cette confusion des normes est l'exécutif lui-même. En 1996, le caractère purement législatif de l'ordonnance avait été contesté par le Conseil constitutionnel qui avait rappelé que les « autorités administratives habilitées à exercer au nom de l'État des attributions [...] relevant] de la compétence du pouvoir exécutif<sup>1</sup> ». Pour cette raison, le Premier ministre avait été autorisé à désigner les autorités compétentes pour prononcer une expulsion. Le recours à la procédure de délégalisation aurait pu s'avérer inutile si le Conseil constitutionnel avait donné une suite à sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 où il avait relevé les incursions de la loi dans le domaine réglementaire. Sans invalider ces malfaçons législatives, il pointait les dispositions réglementaires votées par la loi, habilitant le gouvernement à en modifier le contenu sans avoir à solliciter leur déclassement.

La compétence réglementaire s'exprime ensuite par des mesures individuelles de police administrative prises sur la base de considérations ou de standards que la loi définit rarement. L'« ordre public » est ainsi

---

1. Déc. n° 96-179 L, 14 oct. 1996.

mentionné à 38 reprises dans la partie législative du code sans aucun début de définition. Il en est de même des notions de « demande [d’asile] manifestement infondée » (art. L. 221-1), d’« intégration républicaine » (art. L. 314-2) ou de menace à « la vie ou [à la] liberté » d’un étranger en instance d’éloignement forcé (art. L. 513-2). On relèvera enfin que le code concède au pouvoir réglementaire des pans entiers du droit des étrangers. C’est ainsi que l’article L. 321-2 prévoit simplement que « les conditions de la circulation des étrangers en France sont déterminées par voie réglementaire ». Deux parties du code relatives aux conditions d’entrée en France et au regroupement familial ne comprennent d’ailleurs aucune disposition législative. Des questions essentielles complètent ce bloc de compétence réglementaire : délais et formalités pour accomplir une formalité<sup>1</sup> ; désignation d’une autorité administrative pour exercer une compétence<sup>2</sup> ; formalités liées à l’obtention d’un titre de séjour<sup>3</sup>...

Dans toutes ces hypothèses, la compétence du pouvoir réglementaire s’exerce sous la réserve de ne pas mettre en cause une matière rangée dans le domaine de la loi. Pour cette raison, il paraît plus approprié de se référer à une compétence partagée. Les titres de compétence du pouvoir réglementaire ne sont pourtant pas neutres. Ils sont susceptibles d’influer sur la liberté de circulation des étrangers lorsque le pouvoir réglementaire peut exempter un étranger d’une formalité comme dans le cas de l’arrêté du 10 mai 2010 qui dispense certains étrangers de l’obligation de visa.

## **II. Le champ d’application du code des étrangers**

La volonté codificatrice exprimée en 1945 et en 2005 trouve une limite dans la hiérarchie des normes. Le séjour en France de certains

1. Par exemple C. étrangers, art. L. 421-4 pour l’entrée des bénéficiaires du regroupement familial.
2. Voir ci-dessus Cons. const. déc. n° 96-179 L, 14 oct. 1996 et arrêté du 10 mai 2010 (autorités compétentes pour la délivrance des visas).
3. C. étrangers, art. R. 311-1 suiv.

ressortissants étrangers est en effet pour partie régi par des traités internationaux. Les exigences de l'outre-mer justifient également une neutralisation de certaines dispositions du code des étrangers.

### A. L'application subsidiaire du code des étrangers

Le code des étrangers régit le séjour en France des personnes « qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité » (art. L. 111-1). Tournant le dos à la diversité des situations individuelles, ce critère simplificateur, presque simpliste, assujettit toute personne qui n'est pas française, qui n'a pas de nationalité ou qui refuse de la communiquer à un corpus de règles contraignantes sans considération portée au lien qu'elle entretient avec la France (ancienneté du séjour, parenté avec des ressortissants français...).

Ce premier constat appelle une nuance de taille car certains étrangers ne sont pas intégralement soumis aux rigueurs du code puisque son article L. 111-2 isole les traités internationaux relatifs au séjour des étrangers. Prolongeant la volonté des rédacteurs de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le code prend ainsi la forme assez trompeuse d'un droit subsidiaire qui s'applique dans le silence du droit international. Pourtant, non sans contradiction, le code envisage le séjour des ressortissants de l'Union européenne (voir ci-dessous). Par ailleurs, les traités signés dans ce domaine se bornent tout au plus à régir les modalités d'entrée en France et de séjour sur le territoire, restant vierges sur le chapitre du départ forcé et de l'asile politique. Sur ces deux derniers points, le code a donc vocation à s'appliquer sans réserve aux ressortissants d'un État qui a signé un accord de libre circulation avec la France.

En renvoyant dos à dos le national et la personne qui n'a pas la nationalité française, l'article L. 111-1 du code réserve le cas des apatrides dont le statut est défini par la convention du 28 septembre 1954 qui s'applique à la « personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation » (art. 1<sup>er</sup>). Cette convention assure à environ 700 apatrides qui résident en France une

protection après que le directeur de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) leur ait accordé ce statut. En cas de refus, un recours peut être effectué devant le tribunal administratif qui statue dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir et non de pleine juridiction, comme en matière de contentieux portant sur la reconnaissance de la qualité de réfugié<sup>1</sup>. Pour cette raison, le juge se borne, s'il y a lieu, à annuler la décision contestée et renvoie le requérant devant l'Office. Au contraire des réfugiés, les apatrides et les membres de leur famille ne bénéficient dans un premier temps que d'une carte de séjour temporaire d'une année (C. étrangers, art. L. 313-11, 10°). Au terme de trois ans de séjour régulier, ils reçoivent une carte de résident de dix ans (C. étrangers, art. L. 314-11, 9°).

## **B. Le territoire soumis au code des étrangers**

Les dispositions du code des étrangers relatives à l'asile politique s'appliquent de manière inconditionnelle sur l'ensemble du territoire. Sous cette réserve, seuls la France métropolitaine, les départements d'outre-mer, Saint-Pierre-et-Miquelon et, depuis 2011, Saint-Barthélemy et Saint-Martin sont soumis au code des étrangers (art. L. 111-2). Encore convient-il d'observer que des dispositions sont inapplicables en Guyane, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin. Prenant acte de la forte immigration irrégulière constatée localement, le législateur n'a ainsi pas institué des commissions du titre de séjour qui sont saisies en métropole pour avis lorsque le préfet envisage de refuser de délivrer un titre de séjour normalement remis de plein droit (art. L. 312-3) ou lorsqu'un étranger séjourne depuis plus de dix ans en France et sollicite un titre pour des motifs « humanitaires » ou « exceptionnels » (art. L. 313-14). De même, la loi neutralise la procédure spécifique qui régit les recours dirigés contre les obligations de quitter le territoire (art. L. 514-1).

Plus largement, les dispositions du code des étrangers relatives au droit de l'Union européenne ne s'appliquent pas à l'outre-mer. Pour cette raison, un refus de visa ne peut pas être opposé à un étranger

---

1. CE, 22 juill. 1994, Jabl, req. n° 144859.