



**Thèmes
commentaires**

Actes

DÉFENDRE LA CAUSE DES ÉTRANGERS EN JUSTICE

Sous l'égide du GISTI

DALLOZ

gisti, groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

Défendre la cause des étrangers en justice

Actes du colloque
30 ans après le « grand arrêt » Gisti de 1978
Défendre la cause des étrangers en justice
organisé par le Gisti
le 15 novembre 2008 à la Maison du barreau.

Ce colloque a bénéficié du soutien des barreaux de Bobigny, Créteil, Évry, Nanterre, Paris, Pontoise et Versailles, de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, du Centre d'études et de recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense.

Défendre la cause des étrangers en justice

Sous l'égide du Gisti

avec les contributions de :

Ronny Abraham	Danièle Lochak
Jean-Pierre Alaux	Jean-Éric Malabre
Assane Ba	Stéphane Maugendre
Jean-Michel Belorgey	Patrick Mony
Yannick Blanc	Gérard Moreau
Jean-Marie Delarue	Jérôme Pélisse
Bernard Even	Claire Rodier
Nathalie Ferré	Alain-François Roger
Bruno Genevois	Serge Slama
Liora Israël	Gérard Tcholakian
Ollivier Joulin	Adeline Toullier
François Julien-Laferrière	Philippe Waquet
Didier Liger	

coordonnées par **Danièle Lochak**

DAJLOZ

gisti, groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

2009



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

1 **Présentation**

par Stéphane Maugendre, *avocat au barreau de Bobigny, président du Gisti*

Première partie. **Retour sur l'histoire**

9 **Aux origines du Gisti**

par Liora Israël, *maître de conférences à l'École des hautes études en sciences sociales, Centre Maurice Halbwachs*

15 **Retour sur deux combats pour le droit des étrangers**

par Philippe Waquet, *doyen honoraire de la Cour de cassation, avocat honoraire au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

25 **Documents. Le droit à une vie familiale normale**

Conclusions Philippe Dondoux sur l'arrêt *Gisti* du 8 décembre 1979

35 **Les grèves des foyers Sonacotra**

par Assane Ba, *chargé de mission au Comité catholique contre la faim et pour le développement (CCFD)*

39 **La découverte des questions de protection sociale**

par Patrick Mony, *ancien directeur du Gisti*

43 **Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti**

par Danièle Lochak, *professeur émérite à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense*

65 **Le Gisti : requérant d'habitude? La vision du Conseil d'État**

par Bruno Genevois, *président de section au Conseil d'État*

Deuxième partie. **Du contentieux comme stratégie aux stratégies contentieuses**

- 85 **Regard comparatif : l'expérience syndicale**
par Jérôme Péliasse, *maître de conférences en sociologie à l'Université de Reims, chercheur à l'IDHE-Cachan*
- 99 **Délegitimer les discriminations fondées sur la nationalité**
par Serge Slama, *maître de conférences en droit public à l'Université Evry-Val-d'Essonne, CREDOF-Université Paris Ouest - Nanterre La Défense*
- 127 **Documents. Affaire des anciens fonctionnaires et combattants des ex-colonies**
– Saisine de la Halde par le Gisti et le Catred du 23 novembre 2005
– Arrêt du Conseil d'État du 18 juillet 2006
– Délibération de la Halde du 9 octobre 2006
- 139 **La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies**
par Adeline Toullier, *responsable soutien juridique et social, AIDES*
- 157 **Documents. Le dispositif d'aide médicale de l'État**
Décision du Comité européen des droits sociaux de septembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation présentée par la FIDH contre la France pour violation de la Charte sociale européenne
- 165 **Saisir la Cour de justice des Communautés européennes : une route semée d'obstacles**
par Claire Rodier, *chargée d'études, Gisti, présidente de Migreurop*
- 177 **Documents. Affaire de Lampedusa**
– Plainte contre le gouvernement italien adressée à la Commission européenne par le Gisti et neuf autres associations le 20 février 2004
– Ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 avril 2006
- 191 **Table ronde. Les tactiques contentieuses : des avocats racontent**
- 193 **Défendre les étrangers, un métier particulier**
par Gérard Tcholakian, *avocat au barreau de Paris*
- 197 **De l'affaire du dépôt et de quelques autres**
par Didier Liger, *avocat au barreau de Versailles*

- 203 **Faire payer l'administration**
par Jean-Éric Malabre, *avocat au barreau de Limoges*
- 207 **Documents. Affaire du dépôt du Palais de justice**
– Ordonnance de référé du tribunal administratif de Paris du 29 octobre 1993
– Assignation en référé du préfet de police de Paris du 9 novembre 1993
– Ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris du 24 novembre 1993
– Tribunal des conflits, 25 avril 1994

Troisième partie. **Fausse victoires, vaines victoires**

- 227 **Victoires volées**
par Nathalie Ferré, *maître de conférences en droit privé, Université Paris 13, IRIS*
- 239 **Table ronde. Le cas emblématique des circulaires**
- 241 **Circulaires et droit**
par Gérard Moreau, *ancien directeur de la population et des migrations (DPM)*
- 247 **Quelques réflexions sur les circulaires**
par Jean-Marie Delarue, *ancien directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'Intérieur*
- 255 **Des chiffres, sous la contrainte du droit**
par Yannick Blanc, *ancien directeur de la police générale à la préfecture de police de Paris*
- 259 **Asile : des décisions assez peu productrices de « droit »**
par Jean-Pierre Alaux, *chargé d'études, Gisti*
- 265 **L'insuffisance des outils d'exécution**
par Jean-Michel Belorgey, *président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État*

Quatrième partie. **Quel bilan ?**

- 277 **L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers**
par François Julien-Lafferrière, *professeur émérite de l'Université Paris-Sud*
- 297 **Les retombées « collatérales » du contentieux des étrangers dans la jurisprudence et le droit administratifs**
par Ronny Abraham, *conseiller d'État, juge à la Cour internationale de justice*
- 303 **Un regard sur les spécificités du contentieux administratif des étrangers**
par Alain-François Roger, *avocat associé au Conseil d'État et à la Cour de cassation*
- 319 **Les mutations du contentieux administratif des étrangers**
par Bernard Even, *magistrat administratif, vice-président de la Fédération européenne des juges administratifs (FEJA)*
- 339 **Des règles spéciales pour un contentieux à part ou comment se débarrasser des principes pour créer un droit d'exception**
par Ollivier Joulin, *vice-président du Syndicat de la magistrature*

Présentation

Stéphane Maugendre
Avocat au barreau de Bobigny
Président du Gisti

Le 8 décembre 1978, le Conseil d'État rendait, à la requête du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (Gisti), un arrêt promis à un grand retentissement. Dans cet arrêt, le Conseil d'État reconnaissait l'existence d'un « principe général du droit », le droit de mener une vie familiale normale, dont pouvaient se prévaloir non seulement les nationaux mais aussi les étrangers résidant régulièrement en France. Et sur le fondement de ce principe il annulait un décret pris l'année précédente par le gouvernement, qui subordonnait le regroupement familial à l'engagement des membres de famille de ne pas travailler en France.

Cet arrêt, connu de tous les étudiants en droit et qui a immédiatement trouvé place dans les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n'est pas resté isolé. L'arrêt marque en effet le début d'une longue série d'actions en justice grâce auxquelles le Gisti et ses partenaires associatifs ont tenté de faire respecter et progresser les droits des étrangers. Ainsi, au cours des trente années écoulées, le seul Conseil d'État a rendu près d'une centaine de décisions à la requête de l'association, agissant seule ou conjointement avec d'autres.

Quel bilan peut-on tirer de cette forme de mobilisation ? C'est pour tenter de répondre à cette question que le Gisti, saisissant l'occasion du trentième anniversaire de l'arrêt de 1978, a décidé d'organiser un colloque qui s'est tenu le 15 novembre 2008 à Paris. À ce colloque ont participé des membres du Conseil d'État, des magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, des responsables ou anciens responsables administratifs, des avocats, des universitaires et des chercheurs, des militants associatifs.

À partir des combats contentieux engagés devant différentes instances juridictionnelles ou non juridictionnelles – le juge administratif, bien sûr, mais aussi les juridictions judiciaires, la Cour européenne des droits de l'homme, la Haute autorité de lutte contre les discriminations... –, l'objectif était de s'interroger sur les stratégies développées par les associations, les syndicats, les avocats dans le cadre de la défense

des étrangers, d'analyser les raisons qui, trop souvent, privent d'effectivité les victoires obtenues, de faire finalement le bilan de trente ans de jurisprudence concernant la condition des étrangers.

Le colloque comportait un programme très dense, articulé autour de quatre séquences, qui forment les quatre parties de cet ouvrage.

La première partie se présente comme un *retour sur l'histoire* et vise, d'une part à retracer la genèse des premiers combats menés par le Gisti ou avec son soutien en la replaçant dans le contexte du début des années 1970, d'autre part à donner un éclairage synthétique sur une activité contentieuse qui a été en s'intensifiant et en se diversifiant au cours des trente années écoulées.

La deuxième partie envisage le *contentieux comme stratégie*, en s'interrogeant sur l'intérêt et les limites de l'arme contentieuse. Elle décrit également les *stratégies contentieuses* utilisées pour défendre le plus efficacement possible les droits des étrangers lorsqu'ils sont violés mais aussi pour les faire progresser.

La troisième partie s'efforce de mettre en lumière les raisons pour lesquelles les victoires obtenues – lorsqu'elles le sont – ne produisent pas toujours les effets qu'on serait en droit d'en attendre : les vraies victoires sont moins nombreuses que les *fausses victoires* et les *vaines victoires*.

La dernière partie se présente comme un *bilan* du contentieux impulsé par le Gisti et se conclut par une réflexion sur le sens et la portée des très nombreuses réformes intervenues ou projetées pour faire face à l'accroissement continu du contentieux relatif à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers.

La publication des Actes du colloque, auxquels les Éditions Dalloz offrent donc l'hospitalité, clôt une entreprise ambitieuse que le Gisti a pu mener à bien grâce à une série de concours précieux. Du côté des intervenants pressentis, l'initiative a immédiatement rencontré un écho extrêmement favorable, comme en témoigne la liste des contributeurs de cet ouvrage. Le Gisti a aussi bénéficié, pour l'organisation matérielle du colloque, de nombreux soutiens : l'Ordre des avocats de Paris a mis à sa disposition l'auditorium de la Maison du barreau et les subventions des barreaux de Bobigny, Créteil, Évry, Nanterre, Pontoise et Versailles, de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ainsi que du Centre d'études et de recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'université de Paris Ouest - Nanterre La Défense ont permis de couvrir la plus grande partie des frais de ce colloque – considération qui n'est pas tout à fait anodine pour une association dont les finances sont, par hypothèse, fragiles.

Le succès du colloque – qui s'est traduit également par l'affluence des demandes d'inscription, au point qu'il s'est tenu « à guichets fermés » – est un encouragement à poursuivre la mission que le Gisti s'est assignée dès sa création : défendre la cause des étrangers et lutter pour le respect de leurs droits.

Mais on voit bien, en même temps, ce que ce succès a d'ambigu : car si le contentieux des étrangers a connu un développement exponentiel et intéresse à ce point les juristes, si trente ans après le premier « grand arrêt » Gisti les droits des

étrangers ont encore besoin, plus que jamais, d'être défendus, c'est bien parce qu'ils ne sont pas respectés.

Pour qu'ils le soient, le recours au juge ne suffit pas : il faut aussi que se manifeste la volonté politique de prendre les droits des étrangers au sérieux – ce qui ne peut se faire sans changer de politique d'immigration. Mais ceci est une autre histoire...

Je voudrais terminer cette présentation en rendant un immense hommage à Danièle Lochak, à l'origine de ce colloque, qui en fut l'organisatrice intellectuelle et matérielle et qui a coordonné l'édition de ces Actes.

Première partie

Retour sur l'histoire

Il était nécessaire, pour mieux comprendre les objectifs que poursuit le Gisti et le sens qu'il donne à son activité contentieuse, de retracer la genèse des premiers combats qu'il a menés et de les replacer dans le contexte du début des années 1970, qui est à la fois le moment de la création de l'association et celui où s'opère le tournant de la politique d'immigration.

Liora Israël, qui a contribué à acclimater en France l'étude du « *cause lawyering* », c'est-à-dire des usages militants du droit, revient sur les origines du Gisti. Trois témoins de cette période pionnière racontent leur expérience et leurs récits sont autant de coups de projecteur qui éclairent les modes d'action de l'association : les premières requêtes déposées devant le Conseil d'État, racontées par celui qui a joué un rôle déterminant dans leur rédaction (Philippe Waquet), l'engagement du Gisti aux côtés des grévistes des foyers Sonacotra entre 1974 et 1979, que rappelle l'un des grévistes d'alors, qui deviendra plus tard membre puis salarié du Gisti (Assane Ba), l'investissement du Gisti dans les questions de protection sociale, relaté par celui qui y a mis toute son énergie (Patrick Mony). On trouvera également reproduites les conclusions de Philippe Dondoux sur l'arrêt historique du 8 décembre 1978.

Danièle Lochak, qui a été présidente du Gisti pendant quinze ans (1985-2000), rend compte de la façon dont ces premiers combats se sont prolongés dans le temps et des évolutions qui ont marqué l'activité contentieuse de l'association depuis 1972. Pour compléter ce retour sur l'histoire par ceux qui l'ont faite, les organisateurs du colloque ont demandé à un membre du Conseil d'État – et non des moindres, Bruno Genevois – de donner un point de vue plus extérieur et plus institutionnel sur ce requérant particulier qu'est le Gisti.

Aux origines du Gisti

Liora Israël

*Maître de conférences à l'École des hautes études en sciences sociales
Centre Maurice Halbwachs*

Cet ouvrage donne l'occasion de revenir en quelques mots sur la genèse du Gisti et ce que furent certains de ses premiers combats, avant même le premier arrêt victorieux portant son nom rendu par le Conseil d'État. En effet, il n'y avait nulle évidence dans la manière dont fut imaginée et menée à bien, au tout début des années 1970, une forme d'action collective associant manquement du droit et défense des étrangers, et qui réussit si bien que, quelques années plus tard, plusieurs arrêts du Conseil d'État ont reconnu la pertinence de ses interventions.

La création du Gisti eut lieu dans le contexte de l'immédiat après-68 et plus précisément de la vague de protestations suscitée par le projet de loi dite « anti-casseurs ». Certains jeunes énarques, à la fin de leur scolarité à l'ENA, décidèrent alors d'engager une réflexion politique relative aux conditions de l'exercice du pouvoir auquel ils étaient formés¹. L'un d'entre eux décrit ainsi, trente ans plus tard, leur état d'esprit : « nous étions plusieurs à nous poser la question de la manière d'accommoder mission de service public – c'est comme ça qu'on en parlait, à la fois d'un point de vue légaliste et idéologique – qui devait être notre métier, et la question du contexte social et politique dans lequel on allait l'exercer et dont nous pensions que nous ne pouvions pas nous désintéresser ». Quatre de ces futurs hauts fonctionnaires choisirent de s'intéresser plus précisément à la condition des travailleurs immigrés : à l'époque, l'immigré était la figure idéale-typique du lumpen prolétariat moderne, inscrit dans les espaces de relégation qu'étaient les bidonvilles, non représentés par les partis ou les syndicats. Cette cause, séduisante du point de vue politique, constituait également un vrai défi en termes juridiques, qui ne manqua pas d'intéresser ces jeunes énarques : de leur point de vue, la condition juridique du travailleur immigré apparaissait caractérisée par ce qu'ils qualifièrent rapidement de « vide juridique »

1. Sur le contexte de la création du Gisti et les débuts de l'association, v. *Plein droit* juin 2002, n° 53-54, « Immigration : trente ans de combat par le droit ».

ou de « non-droit ». Leur idée était ainsi de contribuer à « remplir » ce vide juridique, avec la certitude que l'absence de droit était préjudiciable aux personnes et qu'il y avait là un domaine concret à investir. Très rapidement, les premières réunions, organisées au domicile des membres fondateurs, réunirent un nombre croissant de participants : avocats, magistrats, travailleurs sociaux². Ce furent ainsi des réseaux personnels, pour partie professionnels, et souvent proches de mouvements chrétiens progressistes (Centre Saint Yves, Cimade) qui furent mobilisés pour rassembler des personnes intéressées par ces thématiques.

La première réunion formelle du Gisti, au sens où elle a donné lieu à un compte-rendu disponible dans les archives de l'association, en décembre 1971, insiste sur un des problèmes qui va constituer l'un des enjeux centraux de la mobilisation du groupe : le problème des foyers de travailleurs immigrés³. L'un des premiers objectifs du groupe qui se constitue est en effet de rassembler une documentation juridique sur les sujets concernant les travailleurs immigrés, qu'il s'agisse de leurs conditions de séjour, de leurs conditions de travail, de leur logement.

Après quelques hésitations, le groupe trouve aussi son nom de Gisti : Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés. Par ces deux premières initiales, il se situe dans la continuité d'autres groupes : le GIP (Groupe d'information prison) de Michel Foucault bien sûr, mais aussi le GIA (Groupe d'information asiles) ou le GIS (Groupe d'information santé). En mars 1972, le groupe qui compte alors vingt-trois membres décide d'orienter son action dans quelques directions principales : la diffusion d'informations, avec déjà l'idée de rédiger un petit guide juridique (qui verra le jour en 1974⁴), et le soutien à des luttes, individuelles et collectives. Cette dernière proposition va se traduire par la mise en place d'une permanence téléphonique, avec la Cimade, à partir d'avril 1972, qui vise à nourrir la réflexion et l'action à partir de cas collectés par ce biais, en complément des cas retenus dans leur pratique par les membres du groupe avocats et travailleurs sociaux.

Un second type important d'action va consister dans la mise à disposition de textes qui, normalement, ne le sont pas, et en premier lieu des circulaires. Celles-ci peuvent être collectées par ceux des membres du Gisti, anciens énarques, qui sont entrés entre-temps dans la haute fonction publique. Ainsi, la circulaire Barbeau du 12 novembre 1972 concernant l'introduction de travailleurs étrangers par la procé-

2. Parmi ceux qui, très tôt, participèrent à ces réunions, on peut citer les noms de Bernard Rettenbach, dominicain, à l'époque responsable du Centre Saint Yves, très actif en 1968, devenu par la suite avocat, Louis Joinet, magistrat, un des fondateurs du Syndicat de la magistrature, Jean-Jacques de Félice et Bertrand Domenach, avocats, proches du Groupe d'action judiciaire (GAJ), qui deviendra par la suite le MAJ (Mouvement d'action judiciaire). Simone Pacot, elle aussi avocate, vint ensuite se joindre au groupe avec des travailleurs sociaux, parmi lesquels Madeleine Babinet, assistante sociale au SSAE, Bruno Ehrmann et Monique Hervo, qui travaillaient sur Nanterre.

3. Sur les luttes dans les foyers, v. le témoignage de Assane Ba, *infra*, p. 35.

4. *Le petit livre juridique des travailleurs immigrés*, Maspero, 1974.

du contrat nominatif va-t-elle être publiée et commentée en mai 1973 dans une publication commune du Gisti et du service migrants de la Cimade⁵.

Assez rapidement, vu la composition même du Gisti, va se poser la question d'engager des actions en justice, devant le juge administratif ou le juge judiciaire. Parmi les premiers membres, certains – avocats ou travailleurs sociaux⁶ – avaient déjà une expérience de ces questions : dès 1971-1972, ils avaient engagé une réflexion en commun sur la question des marchands de sommeil, dans la zone du Bas-Suresnes et du Bas-Puteaux, pour savoir si des chambres louées à six personnes relevaient ou non de la législation sur les hôtels garnis, et si les personnes qui y habitaient étaient protégées ou non contre les expulsions. Ils avaient également réfléchi à la question du statut des habitations dans les bidonvilles. Pour faire respecter les textes qui interdisaient leur extension, les intrusions de la police dans les baraques pour vérifier qu'elles n'étaient pas agrandies étaient fréquentes : pouvait-on assimiler ces intrusions à une violation de domicile ?

Ces dossiers relatifs à la question du logement vont donner lieu à des procédures judiciaires menées par des avocats⁷. Ce sera notamment le cas dans le cadre du soutien à la grève des foyers de travailleurs immigrés entre 1974 et 1979, où le Gisti a joué un rôle à la fois discret et efficace.

Si des problèmes juridiques complexes – et inédits en tant qu'objets de réflexion juridico-politiques – furent discutés dès les premières réunions, c'est sur le front du contentieux administratif que furent néanmoins obtenues les premières victoires, les plus notables et les plus visibles, à l'entrecroisement d'une volonté de rendre disponibles et donc opposables les instruments de régulation de l'immigration, et d'un usage politique du contentieux dans une stratégie d'opposition politique.

Les premières victoires que l'on peut attribuer au Gisti en la matière sont d'ailleurs antérieures au premier arrêt qui porte le nom de l'association, comme le rappelle Philippe Waquet⁸. Il s'agit du recours déposé pour Ferrandiz Gil Ortega, qui donne lieu à un arrêt d'Assemblée reconnaissant la compétence du Conseil d'État pour statuer sur les demandes de sursis à exécution en matière d'expulsion, bien que le recours en annulation soit de la compétence du tribunal administratif.

Second arrêt historique à mettre au crédit du Gisti, du point de vue de sa conception et de sa mise en œuvre, à travers le travail conjoint de deux des membres fondateurs et de Philippe Waquet : l'arrêt *Da Silva* annulant les circulaires dites Marcellin-Fontanet de 1972. Philippe Waquet insiste, dans sa contribution, sur un apport à ses yeux méconnu de l'arrêt : la reconnaissance du pouvoir de régularisation

5. Dirigé par André Legouy, ce service auquel appartenait aussi Patrick Mony va être l'allié principal des premiers combats. Ils rejoindront plus tard le Gisti à la suite d'un conflit avec le service migrants de la Cimade.

6. Simone Pacot et Bruno Ehrmann, notamment.

7. Notamment Christian Bourguet et Arlette Grünstein. V. l'interview de Christian Bourguet dans le numéro précité de *Plein droit*, p. 45.

8. V. *infra*, p. 15. Sur les engagements de Philippe Waquet en faveur des étrangers au sein du Gisti et dans son activité professionnelle d'avocat aux conseils, v. L. Israël, « Philippe Waquet, au cœur de la "fabrique" du droit », *Plein droit* oct. 2008, n° 78, p. 48.

de l'administration. Mais, au départ, ce sont deux autres aspects de ces circulaires sur lesquels vont se mobiliser les commissions droit du travail et droit du logement créées au sein du Gisti. Est d'abord dénoncé le fait que les circulaires, en énonçant que, durant la première année de travail en France, le contrat de travail vaut autorisation de travail et titre de travail, créent une dépendance démesurée à l'égard du premier employeur. Est également critiqué le fait qu'en faisant de l'attestation de logement délivrée par l'employeur un élément du contrat de travail, les circulaires rejettent sur les patrons une responsabilité qui incombe à l'État, incapable de résoudre le problème des logements insalubres. Le recours déposé par Philippe Waquet au nom de M. Da Silva, conjointement avec la CFDT, débouche, en janvier 1975, sur l'annulation des circulaires par le Conseil d'État.

Cette première victoire est fortement publicisée par le Gisti, qui organise une conférence de presse et publie immédiatement, le 20 janvier 1975, un texte intitulé « Conséquences pratiques et politiques de l'annulation par le Conseil d'État des circulaires Marcellin et Fontanet ».

La réactivité et l'excellence juridique du Gisti sont ainsi révélées par cette première victoire. Elle sera suivie par d'autres victoires notables qui illustreront encore la pertinence de ses interventions, en particulier par la reconnaissance de certains arrêts *Gisti* comme « Grands arrêts » de la jurisprudence administrative – dont le plus célèbre est celui de 1978 qui consacre le droit à une vie familiale normale.

Toutefois, ces victoires devant la plus haute juridiction administrative ne peuvent être isolées des autres formes d'action de l'association : en effet, elles sont conçues dès le départ comme un outil parmi d'autres des combats engagés par le Gisti en soutien aux luttes des travailleurs immigrés. Elles doivent ainsi être situées dans le contexte d'une association dont les formes de spécialisation ont été produites à l'intersection de visées stratégiques – à la recherche de la visibilité et des effets concrets susceptibles d'être produits par de telles décisions –, et de la ressource constituée par des compétences spécialisées, en particulier chez les membres fondateurs dont plusieurs sont eux-mêmes entrés au Conseil d'État.

Reste que les requêtes devant le Conseil d'État occupent une place particulière dans l'histoire du Gisti en raison de leur grande visibilité et de la reconnaissance qu'elles ont apportée à l'organisation. On doit pourtant souligner que les recours et surtout les victoires devant le Conseil d'État ont pu avoir pour effet paradoxal de contribuer à renforcer le droit qui était dénoncé, en « légalisant » cette politique par le biais d'un usage efficace du contentieux : fondée sur la compétence de ses membres dans un domaine considéré comme discriminatoire, l'association a effectué en quelque sorte un travail juridique contribuant à le rationaliser et à le renforcer⁹.

Le Gisti est considéré par plusieurs membres du Conseil d'État, comme nous le verrons dans ces pages, comme un requérant à l'influence bénéfique sur le dévelop-

9. C'est ce que j'ai essayé de montrer dans une étude antérieure : v. L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du Gisti », *Politix* 2003, n° 62, vol. 16.

pement de ce droit, par le biais de la jurisprudence qu'il contribue à produire en même temps qu'il en dénonce certains aspects. Néanmoins, cet effet du travail juridique mené par le Gisti ne doit pas dissimuler l'objectif premier de l'association depuis sa création au début des années 1970 – même si aujourd'hui le mot « travailleur » a disparu de la signification de son acronyme¹⁰ : « soutenir les travailleurs immigrés dans leur combat pour la reconnaissance de leurs droits et de leur dignité de travailleurs, et [...] dénoncer tout ce qui, dans la législation et la société française, est une entrave à l'exercice de leurs libertés et de leur droit [...]»¹¹ ». En cela, les effets de légitimation éventuellement produits par l'association en renforçant la « qualité » de ce droit sont loin de contrebalancer l'efficacité d'une posture experte et militante à la fois, reprise par d'autres associations¹², consistant à user du droit, à rebours de sa fonction oppressive, comme un outil d'émancipation et de lutte au service des immigrés.

10. C'est en 1996 que le Gisti, pour tenir compte des nouvelles réalités de l'immigration, s'est résolu à supprimer la référence aux « travailleurs » dans la dénomination de l'association pour devenir le « Groupe d'information et de soutien des immigrés ».

11. Auto-présentation du Gisti dans *Le petit livre juridique des travailleurs immigrés*, Maspero, 1974.

12. J. Drahy, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004.

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.

Documents

Le droit à une vie familiale normale, arrêt du Conseil d'Etat du 8 décembre 1978

Conclusions du Commissaire du Gouvernement
Philippe DONDOUX

I. MM., vous le savez, depuis la dernière guerre (et même dès avant puisque la loi du 10 août 1932 protégeant la main d'œuvre nationale est toujours en vigueur) l'action des pouvoirs publics, en matière d'immigration — il y a environ 4 millions d'immigrés à l'heure actuelle en France —, a revêtu un double aspect : la mise en place d'un cadre juridique d'une part et l'essai de définition d'une politique de l'immigration de l'autre.

A. En ce qui est d'abord du *cadre juridique*, le régime applicable aux étrangers désireux d'entrer, séjourner et travailler en France, varie selon qu'il s'agit des immigrés pris isolément ou des membres de leur famille immédiate.

I. Pour ce qui est, en premier lieu, de la *situation générale des étrangers* en France, la réglementation de l'accès du séjour et du travail résulte de deux ordres de dispositions.

a) Il existe d'abord un *régime de droit commun* applicable aux étrangers qui ne bénéficient pas des stipulations, en général plus favorables, contenues dans les conventions internationales, multilatérales ou non, ou dans certains traités institutionnels tel celui de Rome.

Ce régime de droit commun, qui résulte tout à la fois de la loi du 10 août 1932, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (desormais en partie codifiée dans le code du Travail) et de divers décrets (décret du 30 juin 1946 modifié par le décret du 15-1-1976 pour l'aspect séjour ; décret du 21-11-1975 pour l'aspect travail) présente la caractéristique d'être *restrictif* encore qu'il s'efforce de consolider progressivement

la situation des étrangers, en fonction de la durée de leur résidence sur notre territoire.

Il faut souligner, en effet, que le régime de droit commun applicable aussi bien pour l'entrée et le séjour des étrangers en France que pour l'exercice par eux d'une activité professionnelle est un régime d'*autovisation préalable* et donc un régime de police au sens large. L'étranger n'est pas libre d'entrer en France comme en témoignent l'exigence de principe d'un visa d'entrée ou encore l'obligation imposée aux étrangers désireux d'entrer en France pour y travailler de justifier d'un contrat de travail préalablement visé par les services du ministère du travail. L'étranger n'est pas davantage libre de séjourner en France au-delà de trois mois : il doit, en effet, pour ce faire être détenteur d'une carte de séjour. Enfin, l'étranger n'est pas libre non plus d'exercer une activité professionnelle, salariée notamment, puisqu'il doit obtenir, préalablement, une carte de travail.

Ce régime de droit commun est d'autant plus restrictif, que — seconde caractéristique — : il institue des *liens étroits entre le séjour et le travail*, alors même que ces deux autorisations relèvent de ministères différents : sur ce plan nous nous bornerons à rappeler d'une part que pour l'entrée en France, des considérations tenant à l'état du marché national de l'emploi peuvent être opposées et d'autre part qu'à chaque type de carte de séjour correspond, en gros, un type de carte de travail.

Cela posé, il reste que bien que restrictif dans son principe même, le régime de droit commun s'efforce de donner certaines *garanties* aux intéressés. D'abord en fixant de façon précise les conditions d'entrée, de

séjour et de travail des étrangers en France et en posant le principe que chaque demande doit faire l'objet d'un examen individuel. Ensuite en organisant une *consolidation progressive de la situation des étrangers*, en fonction de la durée de leur résidence en France : les étrangers titulaires de la carte de résident privilégié et de la carte C de travail ont, vous le savez, des droits beaucoup plus étendus que ceux qui ne disposent que d'une carte de résident temporaire ou de la carte A.

b) Ce régime de droit commun, cela étant, ne s'applique que sous réserve des *conventions internationales* existantes, qui peuvent donc librement y déroger. Et comme vous le savez, il existe un très grand nombre de régimes conventionnels, en général plus favorables que le régime de droit commun, même si parfois ils n'y dérogent que partiellement. Parmi les plus connus il y a, vous le savez, le régime applicable aux ressortissants des pays de la Communauté économique européenne, ou encore le régime résultant des accords franco-algériens sans parler des très nombreuses conventions d'établissement ou de circulation passées avec, par exemple, le Portugal ou les différents pays d'Afrique Noire, anciennement sous obédience française. Et beaucoup de ces régimes conventionnels ont pour effet de supprimer notamment l'exigence d'une carte de travail.

2. A ce régime général applicable aux étrangers pris isolément s'est par ailleurs ajouté, tout récemment, un régime particulier applicable aux *membres de la famille des étrangers régulièrement entrés et déjà installés dans notre pays*, pour cette catégorie particulière d'étrangers, en effet, des dispositions nettement plus favorables ont été adoptées, que ce soit par le biais de conventions internationales ou par celui d'une réglementation étatique.

a) Au plan international, de très nombreuses conventions, applicables dès lors qu'elles ont été publiées, ont posé le principe d'un droit, à tout le moins d'une vocation au regroupement familial.

C'est ainsi, par exemple, que la Charte sociale européenne, publiée au Journal Officiel du 9.10.1974 stipule, en son article 6, que les parties contractantes « s'engagent à faciliter autant que possible le regroupement de la famille du travailleur migrant ». De même encore, la convention franco-portugaise du 11 janvier 1977 non seulement précise en son article 6-1 que « les autorités françaises favorisent le regroupement familial des travailleurs portugais employés en France » mais encore stipule en son article 9, que « les autorités compétentes faciliteront l'accès du conjoint du travailleur portugais au marché de l'emploi ».

b) Au plan du droit interne, d'autre part, une réglementation très libérale a été instituée par le décret du 29 avril 1976, relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France.

Alors en effet que, comme nous l'avons dit, les étrangers pris isolément sont soumis à un régime d'autorisation individuelle très largement discrétionnaire, un véritable droit au séjour a été institué, par le décret dont s'agit, pour les membres de la famille immédiate du travailleur déjà installé en France, c'est-à-dire son conjoint et ses enfants mineurs : l'article 1^{er} du décret du 29-4-1976 dispose que « le

conjoint et les enfants de moins de 18 ans d'un ressortissant étranger bénéficiant d'un titre de séjour, qui veulent s'établir auprès de ce dernier, ne peuvent se voir refuser l'accès au territoire français ou d'octroi d'un titre de séjour que pour l'un des motifs suivants ». Suit une énumération limitative, de 6 motifs possibles de refus : y figurent, notamment, la durée de résidence en France du chef de famille, l'existence de ressources suffisantes, les conditions de logement, et les nécessités de l'ordre public.

Il existe donc désormais, un véritable droit au regroupement familial qui inclut un droit au séjour des membres de la famille directe de l'étranger déjà installé en France, mais qui en sens inverse n'implique pas droit au travail ; et le gouvernement n'a pas manqué, en 1976, de souligner le progrès social majeur qui résultait de la définition de ce nouveau droit.

B. Mais comme vous le savez, la rigidité des cadres juridiques ne se concilie pas toujours parfaitement avec les impératifs d'une politique adaptée aux circonstances.

Il n'est pas dans nos intentions bien sûr, de retracer l'évolution de notre politique de l'immigration depuis 1945, avec ses succès et ses échecs. Il suffit de rappeler qu'après avoir été longtemps très favorables à l'immigration — familiale notamment — ce qui incidemment distingue la France de ses voisins et cela pour d'évidentes raisons économiques et démographiques, les pouvoirs publics ont depuis le 3 juillet 1974, adopté une politique tout à fait restrictive, en vue de protéger le marché national de l'emploi.

1. Cette politique très restrictive a d'abord été menée dans le cadre de simples *circulaires*. Le moins que l'on puisse dire est que vous n'avez guère été d'accord avec la généralisation de ce procédé, sans doute souple et adapté mais d'une constitutionnalité plus que douteuse : après avoir annulé par une décision *Da Silva* et *CFDT* du 13 janvier 1975, p. 16, les circulaires Marcellin Fontaine des 24 janvier et 23 février 1972 qui, déjà, restreignaient les possibilités d'accès au séjour et au travail des étrangers, vous venez, par des décisions de sous-sections réunies rendues à nos conclusions et lues aujourd'hui (24-11-1978 *Touré Bokar, Niaky, CGT, Gisti et autres* et 24-11-1978 *MRAP*) de censurer comme prises par une autorité incompétente la quasi-totalité des circulaires qui de 1974 à 1977 avaient suspendu ou réglementé dans un sens très restrictif l'immigration : les circulaires du secrétaire d'Etat au Travail en date des 5 juillet, 9 juillet, 9 août et 27 décembre 1974, qui avaient suspendu provisoirement l'immigration des travailleurs étrangers, ainsi que celle des membres de leurs familles, ont été annulées dans leur totalité.

De même les circulaires du ministre de l'Intérieur, en date des 26 et 30 novembre 1974, et du secrétaire d'Etat au Travail en date du 30 novembre 1974, qui étaient relatives la première à l'entrée et au séjour des étrangers et les deux dernières à la situation particulière des ressortissants des divers pays d'Afrique Noire francophones ont été annulées, dans leurs dispositions essentielles. Enfin, nous rappellerons que votre décision précitée MRAP lue ce jour également, a déclaré illégal, le régime dit d'aide au retour institué par une simple note de service intervenue au début du mois de juin 1977.

2) Sans doute conscient des risques contentieux que comportait pour lui l'emploi du procédé des circulaires, le gouvernement a jugé possible, en un deuxième temps, d'utiliser pour la transcription des nouvelles inflexions de sa politique, un procédé juridiquement moins contestable : le décret.

C'est ainsi qu'un an à peine après qu'ont été affirmé, par le décret du 29 avril 1976, le droit au regroupement et au séjour familial des immigrés, un décret du 10 novembre 1977 en a suspendu, provisoirement, l'application.

Estimant en effet que l'immigration, même familiale, pesait de façon excessive sur le marché du travail et qu'au surplus elle se conciliait fort mal avec la politique dite du « retour », le gouvernement a, par le décret du 10 novembre 1977, « suspendu pour 3 ans » « l'admission en France, dans les conditions prévues par le décret du 29-11-1976, du conjoint et des enfants de moins de 18 ans des ressortissants étrangers bénéficiant d'un titre de séjour (article 1^{er}, alinéa 1), tout en tenant à préciser, à l'alinéa 2, que « les dispositions de ce décret restent applicables pour le droit au séjour familial, c'est-à-dire pour tous les membres de la famille qui ne demandent pas l'accès au marché de l'emploi ».

Il. C'est contre ce décret — qui vous le voyez a pour effet d'interdire pendant 3 ans l'accès du territoire français aux membres de la famille d'un ressortissant étranger titulaire d'un titre de séjour, à moins qu'ils ne renoncent à occuper un emploi — que se sont pourvus :

1^o) Le groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), sous le numéro 10097 ;

2^o) la confédération française démocratique du Travail (CFDT), sous le numéro 10677 ;

3^o) la confédération générale du Travail (CGT) sous le numéro 10679.

Ces pourvois, dont la recevabilité doit être admise, contrairement à ce que soutient le ministre du Travail, dès lors qu'ils émanent d'organismes dont l'objet est la défense des intérêts matériels et moraux des travailleurs étrangers (en ce sens vos décisions précitées 13-1-1975 Da Silva et CFDT et 24-11-1978 CGT et GISTI), invoquent un assez grand nombre de moyens dont la plupart ne sauraient être accueillis.

A. Il en est ainsi d'abord, des trois moyens relatifs à la *légalité externe* du décret attaqué.

Contrairement en effet à ce que soutient la CGT (en requête sommaire seulement il est vrai) aucun texte n'imposait que le décret attaqué fût signé par le Président de la République ; ledit décret, par ailleurs, a bien fait l'objet d'un examen par votre assemblée générale et contrairement à ce qui est prétendu le texte publié au Journal Officiel est bien celui qui avait été soumis au Conseil d'Etat pour avis. Le décret du 10-11-1977 n'est donc pas entaché d'incompétence et votre consultation a été parfaitement régulière.

Enfin et contrairement encore à ce que soutient la CGT, le décret attaqué n'avait pas à revêtir la forme d'un règlement d'administration publique. D'une part, en effet, ledit décret se réfère à l'article 5 de l'ordonnance et sur ce plan le législateur n'a jamais posé le principe d'un RAP ; et d'autre part, s'il

est vrai que le décret attaqué se réfère, aussi, à l'article L.341-4 du code du Travail, il nous paraît clair qu'il n'a eu ni pour objet ni pour effet — juridiquement du moins — de fixer, comme l'a fait le décret du 21-11-1975, les conditions dans lesquelles l'autorisation de Travail est délivrée puisqu'il se place, en réalité, en amont d'une demande en ce sens : un RAP n'était donc pas nécessaire à ce titre. Et nous préciserons, sur ce plan, que si le décret du 29 avril 1976 qu'a suspendu le décret attaqué, constitue lui-même un RAP, c'est seulement parce que, en son article 2, il fixait le rôle imparti à l'office national d'immigration : le décret du 10-11-1977 qui ne modifie pas le rôle ainsi imparti à l'office n'avait donc pas à revêtir cette forme.

B. Au plan de la *légalité interne*, la plupart des moyens invoqués par les requêtes ne tiennent pas davantage.

En dehors d'un moyen tiré d'un détournement de pouvoir évidemment non établi, les requêtes soutiennent que le décret attaqué serait intervenu en violation des diverses conventions internationales applicables et qu'il violerait au surplus l'article 34 de la constitution, l'ordonnance du 2-11-1945, ainsi que plusieurs textes législatifs.

1. Sur le premier point, le moyen paraît au premier abord tout à fait fondé, la quasi totalité des conventions posant, comme nous l'avons dit, le principe d'un droit, à tout le moins d'une vocation des migrants au regroupement familial et le décret attaqué ne contenant pas la réserve expresse des conventions en vigueur.

Ce moyen ne saurait pourtant être accueilli. Car le décret du 29-4-1976 dont le décret attaqué suspend partiellement l'exécution contenait, lui, expressément, la réserve des engagements internationaux de la France : en droit tout au moins il est donc impossible d'estimer que les auteurs du texte qui vous est déféré ont entendu supprimer cette réserve puisqu'ils ne l'ont pas précisé. Au demeurant, vous le savez, la réserve de l'application des conventions en vigueur est, en quelque sorte, d'ordre public et peut donc être implicite (27-1-1978, Association France terre d'asile) : il n'était dès lors pas juridiquement nécessaire que le décret attaqué la comportât.

2. C'est en vain, également, que les requêtes soutiennent que le décret attaqué violerait l'article 34 de la constitution, ainsi que l'ordonnance du 2-11-1945 et diverses autres lois.

D'une part, en effet, s'il est vrai que seul le législateur a compétence pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail, cela n'exclut pas une réglementation des conditions de travail par la voie réglementaire dans le cadre des lois existantes. Et cela spécialement pour des étrangers dont nous avons vu que les textes ne leur attribuaient aucun droit au travail.

Et, d'autre part, il est clair que l'ordonnance du 2-11-1945 n'a pas, non plus, été violée puisque précisément cette ordonnance n'a créé pour les étrangers ni droit au séjour ni droit au travail.

Comme, par ailleurs, le décret attaqué ne méconnaît ni l'article 11 du code civil ni la loi du 1-1-1972

sur le racisme, les requêtes devraient donc être rejetées.

III. A moins que, comme vous y invitent les requérants, vous n'estimiez, qu'en promulguant le décret attaqué le gouvernement a méconnu certains principes de base de notre droit public et plus particulièrement un ou plusieurs principes généraux du droit repris notamment dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4-10-1958 et qui reste donc applicable (en ce sens C.E. 15-1-1975 à propos de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse).

Sur ce plan, la CFDT invoque, d'abord, la disposition du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 en vertu de laquelle « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses organes ».

Mais il nous paraît clair que le droit au travail et à l'emploi ainsi affirmé ne saurait en tout état de cause, être invoqué par des étrangers. En effet, comme nous l'avons vu, la législation existante (loi du 10 août 1932 et ordonnance du 2-11-1945 notamment) est exclusive de l'idée de droit au travail des étrangers ; et ces dispositions législatives, bien qu'antérieures au texte invoqué, doivent nécessairement être combinées avec lui : d'abord parce qu'il appartient normalement au législateur de définir les conditions d'admission au travail des étrangers ; ensuite et surtout parce qu'en faisant éventuellement prévaloir le préambule, vous vous érigeriez en juges de la constitutionnalité des lois, ce que vous vous êtes toujours interdits de faire.

Le problème est plus délicat s'agissant d'un autre des principes proclamés par le préambule de la constitution de 1946 et selon lequel : « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » : pour les requérants, en suspendant le droit au regroupement familial, le décret attaqué a méconnu la disposition constitutionnelle susmentionnée et doit donc être annulé.

Le ministre du Travail n'est évidemment pas de cet avis. Pour lui, en effet, le préambule de la constitution de 1946 n'énoncerait, s'agissant des droits de la famille, aucune règle précise qui, s'imposant de plano à l'autorité administrative, pourrait être revendiquée par les intéressés. Ainsi, le droit au regroupement familial ne résulterait pas d'un principe constitutionnel. Tout au plus présenterait-il le caractère d'un principe s'appliquant en l'absence de texte contraire. Et dans ces conditions, s'il appartenait au gouvernement de concrétiser ce droit en en fixant les limites (ce qu'il a fait par le décret du 29 avril 1976) cela ne l'empêcherait pas éventuellement de revenir provisoirement sur ce droit par un texte de même valeur (le décret attaqué).

Compte tenu de l'argumentation ainsi développée, nous vous proposons de rechercher, successivement :

1) en premier lieu, si un principe général comportant la reconnaissance d'un droit à une vie familiale normale et incluant notamment le droit au regroupement familial, peut être le gage de l'ensemble de notre droit public et en particulier du préambule de la constitution de 1946 ;

2) en second lieu si ce principe peut être directement appliqué par le juge administratif ;

3) en troisième lieu s'il concerne les seuls nationaux ou s'il vise aussi les étrangers ;

4) enfin, si ledit principe a été méconnu par le décret attaqué, ce qui pose tout à la fois le problème de la valeur juridique de ce principe et celui des limitations qui peuvent lui être apportées par la voie réglementaire.

A. Sur le premier point, il n'y a guère de difficultés, à notre avis du moins.

En effet, même si le préambule de la constitution de 1946 emploie, s'agissant de la famille, une formule qui paraît vague au premier abord (« la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ») il n'en « proclame » pas moins un principe social précis qu'il qualifie d'ailleurs de « particulièrement nécessaire à notre époque » : l'existence même et le développement de la famille ; en outre, il impartit aux pouvoirs publics de mettre en œuvre ce principe par l'édiction des conditions nécessaires à ce développement.

Déjà, donc, dans le préambule de 1946, un minimum de droits ont été proclamés, s'agissant de la famille : pour que l'individu se développe, il faut qu'il puisse créer une famille ; et pour que la famille, une fois constituée puisse elle-même se développer, il faut que rien n'entrave son évolution et notamment qu'elle ne soit pas artificiellement séparée.

A tout le moins donc, vous devez admettre qu'il existe en vertu de préambule de 1946 un principe, qui a trait à l'existence même de la famille, et qui reconnaît à tout individu le droit de mener, notamment en créant une famille et en vivant avec elle, une existence et une vie familiale normales.

S'il en était besoin, vous pourriez, aussi, vous référer à d'autres dispositions en vigueur : d'abord à la quasi totalité des conventions conclues depuis 15 ans qui postulent ce droit à une vie familiale normale puisqu'elles affirment un droit au regroupement familial ; et ensuite et surtout à l'ensemble de notre législation familiale, qu'il s'agisse du code de la famille ou du code civil.

Tout cela montre, clairement, qu'il existe à titre de principe général de notre droit

— que ce principe ait été proclamé par le préambule ou simplement repris par lui ;

— un droit à mener une vie familiale normale, qui implique notamment le droit au maintien de l'unité familiale.

B. Cette quasi évidence relevée, il reste à déterminer si le principe dont il s'agit peut être *directement appliqué par le juge* ou si, comme le soutient le ministre, il resterait inapplicable faute d'avoir été précisé et mis en œuvre par le législateur.

Mais ce point, non plus, ne devrait pas vous retenir longtemps.

1. Il est vrai sans doute que la doctrine et votre jurisprudence n'accordent pas la même valeur obligatoire à tous les principes contenus dans les préambules constitutionnels.

Certains sont, en effet, jugés suffisamment précis pour pouvoir être directement appliqués par le juge, alors même que le législateur n'en a pas fixé, comme il aurait dû le faire, les modalités d'application et limites : c'est le cas notamment du droit de grève, en vertu de votre jurisprudence Dehaene du 7-7-1950, p. 426.

D'autres au contraire ne peuvent guère être regardés que comme des déclarations d'intention ou d'éventuels programmes d'action, même s'ils ont fait l'objet de proclamations solennelles ; et beaucoup estiment dans ces conditions que ces « droits créance » — tels le droit à l'emploi ou encore le droit à la solidarité nationale — resteraient inapplicables tant que le législateur n'en a pas fixé, de façon précise, les modalités et limites.

2. Mais en réalité MM., cette dernière affirmation doit être nuancée au plan juridique. On doit admettre sûrement que la proclamation par le constituant d'un « droit créance » n'a pas pour effet d'obliger les pouvoirs publics à mettre en œuvre ce droit et que dès lors les intéressés ne peuvent s'en prévaloir pour obtenir un avantage particulier, c'est la raison pour laquelle vous avez jugé par vos décisions des 10-12-1962, *Sté indochinoise de constructions électriques*, p. 675 et 29-11-1968 *Tallagrand*, p. 607, à propos d'une autre disposition du préambule de la constitution de 1946 (« la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales ») que « le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative précise en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité ».

Mais là, nous semble-t-il, doivent s'arrêter les conséquences de l'imprécision relative d'un principe proclamé par le constituant. Car la proclamation d'un tel principe, lorsqu'il est clair et, deuxième condition, qu'il n'a pas été rendu caduc par l'annulation, postérieure, d'un principe inconciliable avec lui, a au moins un effet de droit : celui d'*interdire* aux pouvoirs publics de le méconnaître. Cela vaut à la fois pour la loi elle-même (voyez par exemple la décision du Conseil Constitutionnel, 15-1-1975, qui examine la constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse au regard de la disposition tout aussi imprécise, du préambule de 1946, qui « garantit à l'enfant la protection de la santé ») que pour les règlements, quand bien même aucune disposition législative ne serait intervenue : pour nous relier à ce que nous avons dit précédemment, vous n'avez jamais hésité à annuler un règlement méconnaissant le principe de l'égalité devant les charges publiques.

Au surplus, nous l'avons vu, le principe du droit à une vie familiale normale n'est pas seulement un principe proclamé par le constituant. C'est aussi, et surtout, un principe général de notre droit. Et, à ce titre, vous ne sauriez exiger que le législateur ait au préalable précisé la portée d'un tel principe par définition les principes généraux du droit préexistent aux dispositions écrites.

Vous devez donc de toute façon admettre que le principe du droit à une vie familiale normale, que reprend notamment le préambule de 1946, peut et doit être appliqué par le juge administratif alors même que le législateur n'en a pas précisé les modalités et limites.

C. Cela posé et admis, il reste à déterminer si ce principe ne vaut que pour les nationaux ou s'il s'applique, aussi, aux étrangers.

Cette question soulève — si du moins vous y voyez un principe constitutionnel — un problème qui n'a pas encore été résolu par votre jurisprudence ni celle du Conseil Constitutionnel : le préambule de la constitution de 1946 ne concerne-t-il que les nationaux français ?

Mais, là encore, la solution nous paraît très claire.

Parmi les principes proclamés par le préambule de 1946 il en est, sans doute, qui ne concernent que les nationaux français. Ainsi en va-t-il par exemple de la disposition précitée sur la solidarité et l'égalité de tous les « Français » devant les charges résultant des calamités nationales.

Mais pour l'essentiel le préambule à une portée beaucoup plus large : fidèle à une tradition qui conduisait en son temps à déclarer solennellement les droits de l'homme et pas seulement ceux du citoyen, il proclame des principes qui, quant à leurs bénéficiaires dépassent en général le cadre de nos frontières.

Il en est évidemment ainsi du droit d'asile reconnu à « tout homme » persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ; ou encore du droit syndical reconnu à « tout homme », pour ne pas mentionner le droit à une existence convenable qui est garanti à « tout être humain » se trouvant dans l'incapacité de travailler.

Pour le principe susmentionné, il en va de même, le constituant ne l'ayant pas réservé aux seuls nationaux et s'étant borné à souligner — ce qui est une évidence — que c'est la « nation » qui assure à l'individu et à la famille les conditions de leur développement.

Il nous paraît donc certain que le principe du droit à une vie familiale normale s'applique aussi aux étrangers, que ce principe résulte du préambule ou qu'il constitue un principe général du droit repris notamment audit préambule. Et dans ces conditions le pouvoir réglementaire devait tenir compte de ce principe y compris dans son aspect droit au regroupement familial qui concerne d'ailleurs surtout les étrangers.

D. D'où une dernière question : ce droit a-t-il été méconnu par le décret attaqué ?

La solution paraît au premier abord évidente, puisque précisément le décret a pour objet et pour effet de supprimer pendant 3 ans le droit au regroupement familial institué par le décret de 1976, lorsque les membres de la famille demandent l'accès au marché de l'emploi.

Mais en réalité le problème est plus complexe car il implique deux recherches préalables :

— celle d'abord de la valeur juridique du principe susmentionné ;

— celle ensuite de l'étendue des limitations qu'il était légalement possible d'apporter au droit au regroupement familial, compte tenu du fait que les modalités précises en ont été fixées par la voie réglementaire, en 1976.

1. Sur le premier point, on peut, évidemment, hésiter, pour deux types de raisons.

a) En premier lieu, comme vous le savez, la *notion de principes généraux du droit* a quelque peu perdu de sa clarté initiale, depuis la constitution du 4 octobre 1958.

En simplifiant un peu une jurisprudence (la vôtre et celle du Conseil Constitutionnel) qui n'est peut-être pas encore totalement fixée, on peut, en effet, relever qu'il existe désormais 3 catégories de principes généraux du droit, au sens large, qui ont chacune leur valeur propre.

Tout en bas de l'échelle des valeurs se trouvent ce que vous appelez « les règles qui s'imposent en l'absence de texte » contraire et auxquelles vous admettez qu'un règlement peut déroger librement (S. 2-3-1973, d'Arboussset, p. 190). Ces règles non écrites concernent surtout la procédure et elles s'apparentent aux principes généraux du droit stricto sensu tout en s'en distinguant par leur caractère non contraignant, pour le pouvoir réglementaire du moins.

A un niveau plus élevé se situent les *principes généraux au sens strict*, auxquels seule la loi peut déroger et qui donc, s'imposent au pouvoir réglementaire, fût-il autonome : cette catégorie admise depuis longtemps par vous (voyez par exemple ASS. 26-6-1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, p. 394) a connu les dernières années des développements importants (voyez ASSP-6, 1973, dame Pevnet, p. 406; A.P. 10-5, 1974, Barié et Honnet, p. 276; A.P. 9-10, 1974, d. David, p. 464); et elle a aussi été reconnue, mais plus récemment, par le Conseil Constitutionnel (CC, 26-6-1969, p. 27).

Au sommet se trouvent enfin les *principes généraux à valeur constitutionnelle*, auxquels la loi elle-même ne saurait déroger. Cette catégorie apparaît au moins implicitement dans certaines de vos décisions, éclairées par les conclusions de vos commissaires du gouvernement (par exemple conclusions Fournier sur votre décision syndical général des ingénieurs-conseils précitée).

Et d'autre part, tout à fait explicitement, encore qu'avec des formulations diverses, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. En effet, cet organisme se réfère, parfois, à certains principes généraux inscrits dans le préambule de nos constitutions ou dans la déclaration de 1789 tel le principe de l'égalité et auxquels la loi elle-même ne saurait porter atteinte (27-12-1973, p. 25, sur la taxation d'office). Par ailleurs, vous le savez, il n'est pas impossible de ranger les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (CC, 16-7-1971, sur la liberté d'association, p. 29) parmi les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle puisqu'ils reflètent un certain état de droit et qu'ils ne peuvent être remis en cause par le législateur lui-même.

D'où une première difficulté : où se situe, quant à sa valeur, le principe du droit à une vie familiale normale et notamment au regroupement familial ?

Le problème est encore compliqué — deuxième raison d'hésiter — par le fait que le principe dont il s'agit peut être rattaché à un préambule *constitutionnel*. Or, à cet égard, vos solutions ne coïncident

pas exactement avec celles du Conseil Constitutionnel.

En effet, à l'heure actuelle, vous ne reconnaissez pas nécessairement une valeur supralégislative à tous les principes contenus dans un préambule constitutionnel, ce qui est d'ailleurs normal puisque vous y voyez des principes généraux du droit. Au contraire, le Conseil Constitutionnel, jusqu'ici, a semblé admettre que tous ces principes ont, du fait de leur forme même, une telle valeur : voyez notamment sa décision précitée du 15-1-1975.

b) En bonne logique, vous deviez donc trancher la question de la valeur juridique du principe du droit à une vie familiale normale qui inclut en particulier pour les étrangers le droit au regroupement familial : est-elle supra législative parce que notamment ce principe est repris dans un préambule ? Ou n'est-elle que supra décrétole ?

Et sur ce plan il serait possible, nous semble-t-il, d'opérer une distinction.

En admettant même, en effet, que le principe ait une valeur constitutionnelle, compte tenu de l'un de ses fondements, ce ne pourrait être que pour les nationaux : pour les étrangers qui sont placés, par principe également, dans une situation plus précaire, vous devriez admettre au contraire que la loi peut librement déroger à ce principe. Et dans ces conditions, il y aurait lieu d'estimer que la valeur du principe susénoncé varie, selon qu'il s'applique ou non à des étrangers.

c) Il reste toutefois qu'en droit, rien ne vous impose de trancher les différents points. Parce que d'une part c'est au Conseil Constitutionnel de le faire ; et parce que, d'autre part, ce n'est pas en réalité nécessaire pour la solution du litige : il suffit, en effet, d'observer qu'en tout état de cause le principe dont il s'agit a une valeur supra décrétole, contrairement à ce que soutient le ministre du Travail.

2) Mais le fait que vous admettiez que le droit au regroupement familial, notamment, a une valeur supérieure à celle des règlements n'implique pas nécessairement que vous annuliez le décret attaqué.

Il y a lieu, en effet, de tenir compte de la jurisprudence, traditionnelle, en vertu de laquelle il appartient au pouvoir réglementaire de *suppléer* à la carence du législateur. Et, vous le savez, cette jurisprudence vaut aussi bien dans le cas des principes posés par le constituant (*Dehaene* précité) que pour celui des principes généraux du droit au sens strict : s'il n'appartient, en effet, qu'au législateur de déterminer, d'étendre ou de restreindre les limites des principes généraux, vous admettez qu'en l'absence de toute disposition législative définissant de manière générale le champ d'application d'un tel principe, le pouvoir réglementaire est en droit d'en faire application : en ce sens ASS 10-5-1974, *Barre et Honner*, p. 276.

Or, au cas présent, le droit au regroupement familial a été institué officiellement par le décret du 29-4-1976.

D'où une double question :

Le décret du 29-4-1976 qui a tout en proclamant officiellement le droit des étrangers au regroupement familial, assorti ce droit de conditions précises, a-t-il fait une exacte application de ce principe, général ou constitutionnel ?

En sens inverse, le décret attaqué du 10-11-1977 a-t-il été au-delà des limitations qui découlaient nécessairement de la nature même de ce principe et en a-t-il dès lors dénaturé la portée et l'esprit ?

Sur ces deux plans, la réponse nous paraît claire.

En premier lieu, la légalité du décret du 29-4-1976 ne saurait être sérieusement mise en doute. D'abord parce que dans son fondement même ledit décret vise à mettre en œuvre, aux lieux et places d'un législateur défaillant, un droit au regroupement familial, qu'impliquait soit un principe général, soit un principe constitutionnel.

Ensuite parce que les conditions précises qu'il édicte à cette occasion constituent une exacte application dudit principe.

En subordonnant, en effet, le droit au regroupement familial à des conditions tirées notamment de l'existence de ressources suffisantes ou de la disposition d'un logement, le décret de 1976 a, en réalité, assuré une protection sociale des familles à regrouper ; et en prenant en compte les considérations d'ordre public, il n'a fait qu'appliquer un principe de notre droit public.

Mais en sens inverse le décret attaqué du 10-11-1977 doit être déclaré illégal. Non pas que le décret de 1976 soit intangible et ne puisse dès lors être modifié par la voie réglementaire. Mais parce que le décret du 10-11-1977 a par trop restreint la portée du droit au regroupement familial, c'est-à-dire d'un principe général dont le décret de 1976 s'était borné à faire une exacte application. Et cela vaut pour les deux alinéas (au demeurant un peu contradictoires) du décret attaqué. D'une part, en effet, en suspendant l'application d'un principe général pendant 3 ans et sans que des circonstances exceptionnelles au sens de votre jurisprudence le justifient, l'alinéa 1^{er} du décret 10-11-1977 a été au-delà de ce qui était légalement permis au pouvoir réglementaire. Et d'autre part en édicte, là encore sans que des circonstances exceptionnelles ne justifient, une condition supplémentaire (que les familles bénéficiant du droit au regroupement ne demandent pas l'accès au marché du travail) l'alinéa 2 a limité à l'excès et donc dénaturé la portée du principe général ou constitutionnel peu importe, dont le décret de 1976 avait fait application : s'il est vrai, en effet, que le droit au regroupement familial n'implique pas droit au travail par lui-même, il implique du moins droit au séjour, pour toutes les familles, c'est-à-dire qu'elles désirent ou non accéder au marché du travail.

La restriction apportée par le décret attaqué au droit organisé par le décret du 29-4-1976 est donc trop générale et absolue pour ne pas aller à l'encontre du principe général, affirmé notamment par le préambule de la constitution de 1946, qui sous-tendait ledit décret — comme elle va d'ailleurs, incidemment, à l'encontre de la législation applicable qui exige,

nous l'avons dit, un examen individuel des demandes d'autorisation de travail.

Le décret du 10-11-1977 doit par suite être annulé, dans la totalité de ses dispositions, puisque celles-ci sont en réalité indivisibles.

IV. Ces précisions données, qu'il nous soit permis, avant de terminer, de formuler deux observations.

A. La première a trait à l'opportunité du décret que nous vous proposons de censurer. Bien que vous n'ayez pas à tenir compte de cet aspect, au contentieux, il n'est pas inutile d'émettre deux remarques sur ce plan.

L'une est que le décret du 10-11-1977 avait surtout une valeur symbolique, nous dirions presque déclarative. Cela est attesté par le fait que 96 % des étrangers vivant actuellement en France sont couverts par un régime conventionnel. L'interdiction inscrite au décret attaqué ne concernait donc que 4 % des travailleurs étrangers et présentait ainsi, surtout, le caractère d'une déclaration solennelle d'intention de rompre avec une politique constamment suivie jusque là malgré la brève parenthèse de l'été 1974.

L'autre remarque concerne le caractère fort discutable d'une interdiction de principe du regroupement familial lorsque les membres de la famille demandent à accéder au marché du travail. D'abord parce qu'une telle règle peut très aisément être tournée. Ensuite et surtout parce que les statistiques montrent que l'influence du regroupement familial sur le marché de l'emploi est tout à fait marginale : elle concerne, au plus, 20 % des membres de la famille rejoignant. Or, l'immigration familiale ne représente qu'environ 50.000 personnes par an.

B. Deuxième et dernière observation : un des principaux intérêts des présents pourvois est nous semble-t-il de permettre de faire le point sur la question, fort controversée, des droits des étrangers en matière de séjour et de travail, toutes dispositions conventionnelles prises à part.

Sur cette question il nous paraît possible au terme de ces réflexions, d'admettre :

1^o que les étrangers, pris isolément, n'ont pas de droit proprement dit au séjour et au travail en France : ils sont en effet soumis à un régime d'autorisation sur ces deux plans ;

que dans ce cadre toutefois :

a) les intéressés ont droit à demander à accéder au séjour et au travail, en l'absence de disposition législative contraire.

b) qu'ils ont droit, aussi, à ce que leurs demandes fassent l'objet d'un examen individuel, comme l'imposent la législation et la jurisprudence existantes 13-1-1975 Da Silva et 24-11-1978 Touré et Bokar et autres précité.

c) qu'une fois autorisés à séjourner et à travailler les intéressés ont droit — à titre de principe général — à un minimum de garanties si du moins ils respectent les conditions imposées par les textes en vigueur. Ces garanties, qui découlent de l'autorisation et qui revêtent en quelques sorte un caractère statu-

taire concernent tout à la fois la procédure et le fond. Elles impliquent d'une part un minimum de stabilité dans les situations individuelles et d'autre part une consolidation progressive de ces situations. Et elles doivent, pensons-nous, et parce qu'elles présentent le caractère d'un principe général, être respectées par l'administration, sous peine d'illégalité, aussi bien dans leur lettre que leur esprit : c'est ainsi que l'on doit admettre, nous semble-t-il, que les étrangers ont droit — sauf disposition législative contraire — à n'être expulsés de notre territoire que pour des raisons d'ordre public, ce terme étant au surplus entendu restrictivement.

2° que pour les familles — il ne s'agit, nous le rappellerons que des familles immédiates comprenant le conjoint et les enfants mineurs — il n'existe des droits accrus, dans la mesure au moins où ces familles peuvent être qualifiées de « rejoignants » (ce qui in-

cidemment se produit surtout en fait après la troisième année de résidence en France du chef de famille) : les familles ont en effet un droit au séjour, si certaines conditions sont remplies; et si elles n'ont pas, en sens inverse, de droit au travail, a priori, elles ne sauraient pourtant être exclues du droit de séjour pour ce seul motif.

Comme vous le voyez la situation des étrangers en France est au total un peu moins précaire qu'on ne le pense généralement dès lors que, notamment, malgré un cadre législatif et réglementaire restrictif, certains principes généraux leur sont applicables. Et c'est précisément en vertu de l'un de ces principes que nous vous proposons d'accueillir les requêtes du Gisti de la C.G.T. et de la C.F.D.T.

Nous concluons par ces motifs à l'annulation du décret attaqué.

Source : *Droit social*, janvier 1979.

Conclusions reproduites avec l'aimable autorisation des Éditions Techniques et économiques.

Les grèves des foyers Sonacotra

Assane Ba

*Chargé de mission au Comité catholique contre la faim
et pour le développement (CCFD)*

Les foyers sont une aberration française, le modèle type de l'habitat ségréatif imaginé à la va-vite pour accueillir la main-d'œuvre immigrée, à une époque de plus grand laisser-faire, où le patronat n'était pas très contrôlé. On peut dire qu'ils ont été créés en duplication des recrutements faits par l'Office national de l'immigration. Il n'a pas été difficile de trouver des zones où les installer, entre les voies de chemin de fer et les zones industrielles, des zones où la pression du foncier n'était pas forte, où il était possible de construire vite, parfois même dans des vieux hangars recyclés et des usines désaffectés. Voilà ce qu'étaient les foyers. À cette différence près que la Sonacotra était une société d'économie mixte où l'État était majoritaire. Avec la résorption des bidonvilles, il avait engagé une politique de construction de foyers pour loger la main-d'œuvre dans un bâti un peu amélioré, mais surtout avec un encadrement beaucoup plus fort, avec la présence de gérants que nous qualifions de racistes parce que majoritairement issus de la Coloniale, de l'Algérie. Ils avaient pour fonction très précise de contrôler les travailleurs qui habitaient ces foyers.

En 1974-1975, ce sont presque 25 000 travailleurs, soit 50 à 60 foyers dans toute la France, mais essentiellement en région parisienne, qui se mettent en grève des loyers pour protester contre des loyers particulièrement chers compte tenu des conditions d'hébergement offertes, à savoir en général une chambre d'environ 9 m² divisée en deux par une cloison, donc au maximum 5,5 m² par personne pour les chambres les plus grandes, un loyer très cher aussi par rapport à ce qu'étaient les salaires des travailleurs à cette époque. Et puis une surveillance, un contrôle systématique, avec interdiction des visites, pas de droit d'association, aucune représentation collective pour discuter des conditions de vie, des augmentations de tarif. C'est contre cette situation que les travailleurs se sont mobilisés et ont tenu pendant cinq ans, malgré la répression, pour faire connaître et cesser la réalité scandaleuse qu'ils vivaient dans les foyers.

C'est en 1974 qu'éclate la grève : 15 foyers se mobilisent, puis 23, plus tard une

cinquantaine. On peut donc parler d'une grosse mobilisation. Les revendications étaient portées par un comité de coordination que les travailleurs, dans ce contexte d'après 1968 où la mobilisation de l'extrême gauche était encore forte, avaient réussi à organiser, avec tout un réseau de soutiens. Soutiens politiques, d'abord, de partis, d'organisations syndicales, malgré beaucoup de difficultés et de tiraillements, en raison des divergences entre l'extrême gauche, d'un côté, le parti communiste et la CGT, de l'autre. Mais il y avait aussi tout le volet soutien demandé aux experts, aux techniciens – aux techniciens du droit, essentiellement, à ceux qui avaient des compétences et des motivations sur les questions du bâti, du logement foyer. Beaucoup d'architectes et d'élèves architectes étaient ainsi impliqués. Il y avait ce besoin de décrypter, pour les travailleurs eux-mêmes et pour mieux sensibiliser l'opinion publique, la façon dont étaient fixés les tarifs des foyers, de montrer comment ces travailleurs immigrés, isolés, dont les familles étaient restées au pays d'origine, cotisaient – au même taux que les Français – pour les allocations familiales sans que leur famille restée au pays puisse en bénéficier. Les sommes collectées étaient en parties reversées à la Sonacotra, *via* le FAS (Fonds d'action sociale), et servaient donc à financer la gestion des foyers, y compris les salaires des gestionnaires. Par ailleurs, comme dans certains foyers, en fonction des régions, le taux d'inoccupation était assez fort, cela renchérisait le coût des loyers, alors que les conditions de logement laissaient à désirer. Tout cela, il fallait pouvoir l'expliquer : l'apport d'expertise va justement permettre de fournir une justification claire, à la fois sur le plan politique et vis-à-vis de l'opinion, de la lutte des foyers, ce qui lui a permis de tenir sur la durée et de résister aux attaques auxquelles elle a dû faire face.

Quel a été, dans ce contexte, l'apport exact du Gisti ? Liora Israël et Philippe Waquet ont rappelé ce qu'était le Gisti à l'époque. C'est en 1972 que le Gisti a commencé à acquérir une existence formelle. Et nous qui étions mobilisés n'en connaissions pas l'existence. Il se trouve qu'à la fin d'une des réunions avec les groupes de soutien, Patrick Mony, qui était encore à la Cimade où il travaillait dans le secteur « migrants¹ », m'a approché. De là est venue l'idée de mettre en place un « comité technique » spécifique au sein de la coordination. Car le comité de coordination qui regroupait les travailleurs immigrés des foyers était assez jaloux de son autonomie, à la fois par rapport aux soutiens politiques et aux soutiens techniques. Il tenait à pouvoir s'organiser et piloter lui-même sa lutte, sans ingérence des soutiens auxquels on demandait seulement d'apporter leur appui ou leur expertise.

La coordination comprenait donc trois commissions : une commission politique, qui réglait les relations avec les partis politiques et les syndicats – tâche très difficile, entre la crainte constante d'être manipulé, le risque d'être accusés de faire le jeu de l'extrême gauche, la nécessité de résister aux assauts de certains partis ; une commission culturelle qui devait nous permettre de populariser nos luttes par les

1. Dans un contexte conflictuel où certains engagements du secteur « migrants » de la Cimade avaient conduit au licenciement de son directeur, André Legouy, puis au départ de ses autres membres, dont Patrick Mony, qui se retrouveront ultérieurement tous au Gisti.

moyens audiovisuels, même si, à l'époque, on avait des difficultés pour récupérer des films, des diapositives, etc. ; et enfin le comité technique dont j'avais la charge et dans lequel le Gisti a joué un rôle déterminant.

C'est ainsi que, grâce au Gisti², nous avons mis en place cette réunion hebdomadaire où l'imagination créative était à l'œuvre. Nous ne comprenions pas forcément tous les débats techniques entre avocats, mais ce qui nous importait c'était de pouvoir rendre compte de ce qui se passait dans les foyers – la Sonacotra attaque, des expulsions ont été décidées, le ministère de l'Intérieur a expulsé seize délégués en Algérie, etc. – et de trouver, grâce aux juristes, les moyens de résister. Nous nous sommes battus et c'est ainsi que nous avons par exemple obtenu une décision de sursis à exécution du Conseil d'État qui a permis le retour des délégués. Vous imaginez ce que nous pouvions ressentir en demandant à leur avocat, Christian Bourguet, de partir en Algérie pour aller chercher les délégués expulsés et de les ramener à Orly où une manifestation de 20 000 personnes avait été organisée. C'est cela qui nous a permis de nous renforcer et de tenir pendant cinq ans.

Puis il y a eu la lutte victorieuse pour obtenir l'arrêt des saisies sur salaire qui étaient opérées sur la paie des grévistes. Au-delà de l'enjeu financier, c'était aussi une reconnaissance de la pertinence de nos moyens d'action, la preuve que nous avions eu raison d'utiliser l'arme de la grève des loyers pour faire pression sur la Sonacotra.

*

* *

La première leçon qu'on peut tirer, avec le recul, de cette lutte et des conditions dans lesquelles elle s'est déroulée, c'est l'importance de l'appui apporté par des experts motivés et engagés – juristes, mais aussi en l'occurrence architectes et économistes – et de l'organisation d'une capacité de réflexion et de mobilisation collective. Cet appui et cette réflexion en commun ont permis d'apporter une justification technique à nos intuitions et de donner plus de poids à des revendications qui nous paraissaient justes mais dont nous n'étions pas en mesure, seuls, de démontrer la justesse à l'opinion et à nos interlocuteurs.

La seconde leçon concerne plus directement la tâche que s'est assignée le Gisti dès sa création. Il était important que des personnes qui ont une expertise en droit aient décidé de mettre cette expertise au service d'une lutte portée par des travailleurs, des anonymes, qui, seuls, n'auraient pu, devant les tribunaux ou dans d'autres instances, être écoutés ni se faire entendre.

Dans la lutte des foyers, les victoires obtenues sur le plan juridique et contentieux ont conféré à cette lutte une légitimité qui nous a permis de parler plus fort, d'être écoutés, et finalement de gagner la bataille aussi sur le plan politique.

2. Outre Patrick Mony, beaucoup d'avocats se sont investis dans cette lutte : Arlette Grünstein, future présidente du Gisti, Christian Bourguet, Madeleine Terrasson, Bernard Rettenbach, Michel Iogna-Prat, Renée Rodrigue, Chantal Hounkpatin, Henri-José Legrand...

La découverte des questions de protection sociale

Patrick Mony

Ancien directeur du Gisti

Le Gisti, dès l'origine, s'est senti concerné par ce qui faisait le quotidien de la vie des immigrés. C'est la raison pour laquelle il a apporté son soutien, comme l'a rappelé Assane Ba, à la lutte des foyers¹. C'est aussi ce qui l'a conduit à prendre en charge les questions de protection sociale. Son intervention dans ce champ complexe était notamment dictée par le constat des nombreuses discriminations dont les étrangers étaient ici victimes.

Il faut souligner le rôle qu'ont joué, dans cette prise de conscience du Gisti, les travailleurs sociaux membres de l'association, et plus particulièrement une assistante sociale du SSAE (Service social d'aide aux émigrants), Madeline Babinet. Ils étaient en effet confrontés à des pratiques illégales, comme la remise en cause des prestations familiales et du droit à la formation pour les demandeurs d'asile, en violation de la convention de Genève, ou la remise en cause du droit à l'assurance-maladie pour les ayants droit sans titre de séjour, notamment les membres de famille venus hors regroupement familial. Les premiers recours engagés par le Gisti en matière de protection sociale l'ont été sur la base des informations apportées par les travailleurs sociaux. Ils ont débouché, à l'époque, sur la reconnaissance de ces droits que l'administration déniait aux étrangers.

C'est très tôt, également, que le Gisti a été amené à se pencher sur les discriminations frappant les étrangers handicapés. Un ancien porte-parole du comité de coordination des foyers, lui-même handicapé et sans ressources, avait décidé de regrouper des immigrés handicapés comme lui à qui on refusait l'allocation adulte handicapé (AAH) et le droit aux différentes prestations non contributives versées aux invalides et aux retraités. C'est sur cette base qu'il a créé le CATRED (Collectif des accidentés du travail retraités pour l'égalité des droits), afin de dénoncer cette

1. V. sa contribution *supra*, p. 35.

discrimination fondée sur la nationalité, instaurée en violation des conventions internationales ratifiées par la France.

Concernant ces conventions, c'est grâce à un des responsables du secteur immigration de la CGT – qui a été à l'origine de l'arrêt *Pinna* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, en 1986² –, que le Gisti a découvert l'importance du droit international en matière de protection sociale – conventions de l'OIT, accords CEE-pays tiers, notamment avec l'Algérie, conventions bilatérales de sécurité sociale – à une époque où ces textes étaient encore pratiquement inconnus de la plupart des juristes et des militants. Même au sein du Gisti, quand j'ai évoqué pour la première fois l'existence des accords CEE-pays tiers, je me suis entendu répondre que, certes, ils étaient très intéressants, mais qu'en l'absence de textes d'application ils n'étaient pas applicables (on l'a même écrit dans l'une de nos brochures...).

Ils étaient *a fortiori* ignorés de l'administration. Il me faut ici rappeler cette anecdote significative et presque surréaliste. La première fois que j'ai fait pour une Algérienne une demande d'allocation adultes handicapés, j'ai invoqué la convention franco-algérienne, l'accord CEE-Algérie et la Convention 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale (sur ce point, j'avais fait une erreur, car l'Algérie ne l'a pas ratifiée). La Caisse a répondu : « Madame, vous invoquez des textes qui sont très anciens... De plus, nous ne savons pas s'ils vous sont applicables, ni où nous pouvons nous les procurer. »

Cette ignorance était d'autant plus dommageable qu'il s'est avéré que les instruments internationaux étaient d'excellents leviers pour contester les discriminations et pour exiger le rétablissement de droits remis en cause par les pratiques mais aussi par les textes.

On en a eu une première preuve tangible avec l'arrêt *Mazari*, rendu par la Cour de cassation en 1991³. Cette décision, obtenue notamment grâce au travail et à l'opiniâtreté d'un juriste de l'ODTI (Office dauphinois des travailleurs immigrés), Yacine Soltani, reconnaissait à un ressortissant algérien, en application de l'accord CEE-Algérie⁴, le droit de bénéficier de l'allocation supplémentaire du FNS (Fonds national de solidarité).

2. CJCE 15 janv. 1986, *Pinna c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. 41/84, *Dr. soc.* 1987. 70. Dans cet arrêt, la CJCE condamne, comme contraire au principe de l'égalité de traitement, le refus de verser les prestations familiales au taux plein lorsque les membres de la famille résident dans le pays d'origine. Cet arrêt, obtenu après neuf ans de procédure, après une longue résistance des autorités françaises, a permis l'exportation des prestations familiales entre États membres de la Communauté européenne. Rappelons que cette exportation n'est toujours pas la règle pour les ressortissants des États tiers : les prestations familiales, ne sont versées au titre des enfants restés dans le pays d'origine que s'il existe une convention bilatérale entre ce pays et la France et, dans cette hypothèse, le montant des prestations est dérisoire par rapport à celui des allocations versées en France.

3. Soc. 7 mai 1991, *Mazari c. CPAM de Grenoble*, *Bull. civ.* V, n° 231.

4. L'art. 39 de l'accord de coopération entre la CEE et l'Algérie prévoit que « les travailleurs de nationalité algérienne bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres ».

À la suite de cette décision une campagne de recours a été engagée par le CATRED, la FNATH (Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés), le Gisti, le GRAVE (Groupe de recherche et d'action sur la vieillesse des étrangers en France) et l'ODTI, qui a permis de faire connaître à un public plus large les textes sur lesquels on pouvait s'appuyer pour obtenir la reconnaissance du droit aux prestations non contributives pour les étrangers⁵.

Mais il aura fallu encore deux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, dix arrêts de la Cour de cassation et des centaines de recours individuels devant les tribunaux (TASS et cours d'appel) donnant systématiquement raison aux requérants pour que finalement, en 1998, le législateur décide sur ce point de mettre les textes en conformité avec les conventions internationales⁶.

D'autres campagnes ont suivi : sur l'assurance-maladie, sur l'aide médicale, sur les prestations familiales ou encore sur les pensions des anciens combattants⁷.

Je pense que ce combat, qui a croisé le droit international, la protection sociale et la lutte contre les discriminations, a contribué à faire prendre conscience de l'importance du droit international dans la défense des étrangers. Et peut-être aussi, plus largement encore, dans la défense des droits de l'homme en général.

5. C'est dans ce but que ces cinq organisations ont édité ensemble une brochure intitulée : « Les engagements internationaux de la France pour les handicapés et les retraités étrangers. Vers une égalité de traitement ? », juin 1994

6. Il s'agit de la loi dite « Chevènement » du 11 mai 1998 qui supprime la condition de nationalité pour l'accès aux prestations non-contributives. Rappelons que huit ans auparavant le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 janv. 1990, avait reconnu l'inconstitutionnalité de la disposition du Code de la sécurité sociale subordonnant à une condition de nationalité l'allocation supplémentaire du FNS.

7. V. not. les contributions de S. Slama, *infra* p. 99 et de A. Toullier, *infra* p. 139.

Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti

Danièle Lochak¹

Professeur émérite à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense

Après quelques coups de projecteurs qui ont permis de retracer les premiers combats contentieux du Gisti, couronnés par une série de succès, on tentera de rendre compte de la façon dont ces combats se sont prolongés dans le temps et des évolutions qui ont marqué l'activité contentieuse de l'association au cours des trente années écoulées.

L'évolution est à la fois quantitative et qualitative : on constate en effet un accroissement du nombre des recours, témoin d'une vigilance constante pour traquer chaque atteinte portée illégalement aux droits des étrangers, et la diversification des outils contentieux mobilisés, bien au-delà du plus notoire et du plus visible d'entre eux : le recours pour excès de pouvoir formé devant le Conseil d'État contre les décrets et les circulaires (I). Ce premier constat conduit à se demander jusqu'à quel point l'énergie ainsi déployée a été et est encore réellement efficace pour défendre la cause des étrangers, autrement dit à tenter de faire le bilan des victoires obtenues et des combats perdus (II), avant de conclure par quelques considérations sur les liens entre contentieux et politique.

I. UNE VIGILANCE CONSTANTE ET MULTIFORME

La notoriété du Gisti dans la communauté des juristes est due avant tout au nombre important d'arrêts du Conseil d'État qui, rendus à la requête de l'association, portent son nom. Mais le Gisti est présent sur bien d'autres fronts, même si sa visibilité est alors moindre. Les formes d'action du Gisti se sont en effet diversifiées avec le

1. Danièle Lochak a été présidente du Gisti de 1985 à 2000.

temps, à mesure que les instances de recours, juridictionnelles ou non, internes ou internationales, se sont elles-mêmes multipliées.

A. DES « ARRÊTS GISTI » PAR DIZAINES

La liste des « arrêts Gisti », émanant essentiellement du Conseil d'État, telle que nous avons pu la reconstituer, comporte plus de 80 décisions². Sur ce nombre, 34 concernent des décrets – qu'il s'agisse de recours directs ou, plus rarement, de recours dirigés contre un refus d'abrogation –, une trentaine concernent des circulaires, un peu moins de dix des arrêtés ministériels. Le reste est constitué par des contentieux mettant en jeu directement le Gisti : habilitation pour l'accès aux zones d'attente ou refus de communication de documents administratifs. À quoi il faut ajouter, pour être complet, en s'en tenant toujours à la juridiction administrative, une série d'interventions à l'appui de requêtes individuelles dans lesquelles le Gisti n'apparaît pas de façon visible, bien que ces requêtes soulèvent souvent des questions de principe importantes³.

Même s'il n'est pas possible de le démontrer chiffres à l'appui, faute de s'être livré à un décompte exhaustif, on peut affirmer sans grande crainte d'être démenti qu'une proportion importante, sinon massive, des décrets et des circulaires pris dans le domaine de l'immigration et déferés au Conseil d'État l'ont été par le Gisti, agissant seul ou avec ses partenaires. Un dernier élément atteste de l'importance qualitative et pas seulement quantitative de ce contentieux à l'initiative du Gisti : une majorité des « arrêts Gisti » ont été publiés au *Lebon* ou mentionnés dans les *Tables*.

Si on resitue l'ensemble de ces décisions dans le temps, on constate un accroissement significatif et même spectaculaire du nombre des requêtes et des arrêts rendus : 5 pour les années 1974-1978⁴, 18 pour les années 1980-1989 – dont la quasi-totalité concerne des mesures prises par la gauche, ce qui confirme que la vigilance du Gisti ne s'est pas émoussée après 1981 –, 25 pour les années 1990-1999 – dont 6 pour la seule année 1997 où sont jugés des recours intentés contre des décrets et des circulaires pris pour l'application de la loi Pasqua de 1993 –, 50 pour

2. Bruno Genevois, à l'aide de l'outil informatique, a comptabilisé 99 décisions, ce qui est également le chiffre auquel parvient Serge Slama.

3. À titre d'exemple, on peut citer l'intervention du Gisti à l'appui de recours dirigés contre des arrêtés d'expulsion pour contester (en vain) l'application, à ses yeux rétroactive, des dispositions de la loi Pasqua de 1986 qui supprimaient la protection contre l'éloignement accordée par la loi de 1981 à certaines catégories d'étrangers, et pour contester le fait qu'un étranger puisse être expulsé alors qu'au moment de sa condamnation il était inexpulsable : CE 21 oct. 1988 *Ministre de l'Intérieur c. Campopiano*, n° 90239 et CE 9 févr. 1990 *Ministre de l'Intérieur c. Hocine*, n° 94761. Le Gisti est également intervenu pour tenter de faire dire (là encore en vain) qu'il n'était pas possible d'expulser le père naturel d'un enfant français qui, par hypothèse, n'avait pu être déchu d'une autorité parentale qu'il n'exerçait pas : CE 24 janv. 1986, *Ministre de l'Intérieur c. M. Azzouzi*, n° 62921.

4. Dont deux ne portent pas le nom du Gisti pour les raisons que rappelle Philippe Waquet dans sa contribution : v. *supra*, p. 15.

les années 2000-2008, avec 5, 6, 7, 8 et jusqu'à 9 décisions rendues chaque année par le Conseil d'État, sachant que désormais les décisions rendues correspondent, sauf accident, à des requêtes déposées dans l'année même ou l'année précédente.

Le nombre des requêtes déposées devant le Conseil d'État atteste de l'attention vigilante du Gisti, qui s'efforce de traquer toutes les illégalités qui peuvent entacher un texte dès qu'il en a connaissance. Et s'il arrive que cette vigilance soit prise en défaut, la demande ultérieure d'abrogation d'un décret ou d'un arrêté peut remédier à ces moments d'inattention⁵, tandis que l'absence de publication au *Journal officiel* des circulaires, qui est le plus souvent la règle, donne un temps supplémentaire pour réagir, réfléchir collectivement et rédiger des recours dans des conditions plus confortables.

Cette question des délais est d'autant moins anodine que le Gisti agit souvent avec d'autres organisations qu'il sollicite ou, plus rarement, qui le sollicitent pour entamer conjointement un contentieux⁶. Les configurations qui en résultent doivent beaucoup au hasard et n'obéissent pas toujours à des stratégies mûrement réfléchies. Jouent en effet ici des considérations diverses et contradictoires. Plaident pour la pluralité de requérants l'idée que l'on est plus performant à plusieurs et que certains arguments pourront mieux être développés par telle organisation particulièrement compétente dans le domaine concerné, la volonté de montrer que les associations forment un front uni dans la dénonciation du texte critiqué ou encore, plus prosaïquement, le souhait d'être présent dans la procédure pour s'assurer une certaine visibilité. Mais, en sens inverse, les requêtes collectives sont beaucoup plus lourdes à monter, raison qui incite à limiter le nombre de requérants, surtout lorsque les délais de recours sont sur le point d'expirer.

Les « arrêts Gisti » sont en quelque sorte la « vitrine » de l'association, la partie la plus visible de son activité contentieuse. Ils en représentent aussi, quantitativement, la partie la plus importante et celle dont l'enjeu est le plus immédiatement politique, puisqu'il s'agit d'attaquer et, le cas échéant, d'obtenir l'annulation des décrets et circulaires par lesquels le pouvoir met en œuvre sa politique d'immigration.

5. Ainsi, le Gisti, qui n'avait pas attaqué le décret et l'arrêté du 3 nov. 2003 fixant le taux des retraites des anciens combattants, a demandé leur abrogation au Premier ministre et aux ministres compétents et attaqué ensuite le refus implicite d'abroger les textes contestés : CE 18 juill. 2006, *Gisti*, n° 274664. Le même procédé a été utilisé pour soumettre au Conseil d'État l'arrêté fixant la redevance due à l'OMI à l'occasion de l'examen médical subi par les étrangers demandant un titre de séjour : CE 20 mars 2000, *Gisti*, n° 205266.

6. Les partenaires habituels du Gisti ont été, au début, les syndicats. Par la suite, les requêtes collectives – qui représentent sur la totalité de la période un peu plus d'un tiers de l'ensemble, sachant que leur proportion a nettement augmenté au cours des dernières années – ont été déposées avec des associations généralistes comme la LDH (une vingtaine de recours) ou le MRAP, avec des associations œuvrant dans le champ de l'immigration et du droit d'asile comme la FASTI, la Cimade, France terre d'asile, Forum réfugiés et, plus récemment, Amnesty, avec des associations spécialisées dans le champ de la santé comme Médecins du Monde ou Aides, ou encore avec ces syndicats un peu particuliers que sont le Syndicat des avocats de France ou le Syndicat de la magistrature.

Mais cette visibilité du contentieux administratif ne saurait conduire à minimiser l'importance du volet judiciaire de l'activité contentieuse du Gisti, non plus qu'à passer sous silence les outils plus nouveaux dont le Gisti se saisit – désormais avec une fréquence croissante – pour défendre la cause des étrangers, comme la saisine d'autorités administratives indépendantes ou d'instances de contrôle internationales.

B. LE CONTENTIEUX JUDICIAIRE : ENTRE INVISIBILITÉ DE ROUTINE ET MÉDIATISATION OCCASIONNELLE

Contrairement à ce qui est le cas devant la juridiction administrative, le Gisti ne peut agir devant les tribunaux judiciaires qu'à l'appui de contentieux individuels : ce type d'intervention est par essence moins visible – sauf lorsqu'un concours de circonstances aboutit à la médiatisation d'une affaire dans laquelle le Gisti est partie prenante⁷.

Les interventions volontaires, qui laissent en général peu de traces visibles, en laissent encore moins lorsque l'intervention est finalement jugée irrecevable. Caractéristique à cet égard est l'arrêt *Behta*, rendu par la Cour de cassation en 1995⁸ : arrêt capital sur le plan des principes, puisqu'il reconnaît au juge de la rétention – en tant qu'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle – de mettre fin à la rétention lorsqu'il apparaît que l'interpellation de l'étranger a eu lieu dans des conditions irrégulières. Le Gisti était intervenu, et l'on peut penser que l'argumentation qu'il développait a été prise en considération, mais son intervention n'a pas été jugée recevable : il reste donc invisible⁹.

1. Plaintes pénales et constitutions de partie civile

Il est arrivé au Gisti, à de nombreuses reprises, de se constituer partie civile pour dénoncer et faire condamner des comportements délictueux ou criminels visant des étrangers en tant que tels. Quelques exemples significatifs permettent de comprendre les objectifs poursuivis par le Gisti lorsqu'il a recours à la voie pénale.

Ainsi, le Gisti s'est constitué partie civile en 1995 devant le juge d'instruction de Basse-Terre, pour incendies, destructions volontaires et discrimination, aux côtés de ressortissants haïtiens dont les maisons avaient été détruites à l'initiative de la municipalité de Saint-Martin, en Guadeloupe. Il s'est également constitué partie

7. On ne traitera pas ici des affaires dont les avocats membres du Gisti ont à connaître dans le cadre de leur activité professionnelle autonome. Il est néanmoins évident que l'expérience acquise et les stratégies testées dans ce cadre concourent à enrichir la réflexion collective au sein de l'association et à accroître l'efficacité des actions futures. Par ailleurs, les interventions volontaires du Gisti, tant en matière civile qu'en matière pénale, sont souvent suscitées par les avocats lorsqu'ils constatent que l'affaire dont ils sont saisis pose une question de principe.

8. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-5000, *Bull. civ.* II, n° 221, p. 127.

9. C'est ce qui conduit Nathalie Ferré à classer l'arrêt *Behta* parmi les « victoires volées » : v. *infra*, p. 227.

civile, en 1996, aux côtés des résidents d'un foyer en vue de faire condamner le gestionnaire de ce foyer sur le fondement de l'article 225-14 du nouveau Code pénal qui réprime le fait de soumettre une personne vulnérable à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine¹⁰. Le Gisti est encore intervenu en 1997 – avec la LDH, FTDA et la Cimade – à l'appui d'une plainte pour homicide involontaire déposée à la suite du décès, en 1991, dans des conditions suspectes, d'un demandeur d'asile reconduit de force vers le Sri-Lanka¹¹.

On peut rappeler aussi l'affaire de Sospel, dans laquelle un enfant bosniaque avait été tué, dans la nuit du 19 au 20 août 1995, à l'occasion d'un contrôle routier près de la frontière italienne. L'auteur du coup de feu mortel, mis en examen pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, avait bénéficié d'un non-lieu. C'est au stade de l'appel que le Gisti, la Ligue des droits de l'homme, France terre d'asile et la Cimade s'étaient portées parties civiles aux côtés de la famille de la victime. La constitution de partie civile a été rejetée par la chambre d'accusation, au motif que « pour être recevables les constitutions de partie civile des associations doivent être réalisées à la suite d'infractions commises en raison de considérations de race, d'appartenance ethnique ou de nationalité des victimes », puis par la cour d'assises, qui a par ailleurs acquitté le policier.

Dans un contexte et avec des objectifs différents, le Gisti est intervenu en 1995 devant le tribunal correctionnel de Paris, à l'appui d'une action engagée par le Syndicat de la magistrature et le Syndicat des avocats de France contre un fonctionnaire de la préfecture de police de Paris, sur le fondement de l'article 432-1 du Code pénal qui réprime « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi¹² ». La plainte principale, et par voie de conséquence l'intervention du Gisti, ont été jugées irrecevables, mais l'audience, à laquelle la presse avait donné un certain écho, avait malgré tout permis de mettre en évidence les pratiques illégales de la préfecture de police de Paris.

Plus récemment, en 2006, le Gisti et le MRAP se sont constitués partie civile contre X aux côtés d'une femme employée depuis près de vingt ans comme saisonnière agricole et victime de comportements tombant sous le coup de la loi pénale de la part de son employeur : faux contrats OMI, faux bulletins de salaire, emploi dissimulé... Il s'agit d'une affaire symbolique parce que caractéristique des pratiques

10. Le tribunal correctionnel puis la cour d'appel ont finalement relaxé le prévenu, au motif que les faits concernaient des étrangers en situation régulière de séjour, qui n'étaient donc pas en situation de vulnérabilité...

11. La plainte de la famille, confiée à un premier juge d'instruction, n'avait pas été instruite durant des années, ce qui a justifié l'intervention des associations pour obtenir qu'une enquête soit menée. L'affaire, qui durait donc depuis 1991, s'est terminée en 1999 par une relaxe, en raison de « l'absence de certitude véritable sur le lien direct de causalité entre la faute commise et le décès » et les parties civiles ont été de ce fait déclarées irrecevables.

12. L'intéressé était l'auteur d'une circulaire invitant le commandant du centre de rétention du Mesnil-Amelot à faire transiter les étrangers en situation irrégulière par le dépôt de Paris, artifice destiné à justifier la compétence du juge délégué par le président du TGI de Paris pour statuer sur la prolongation de la rétention.

courantes et illégales de recrutement et d'emploi de travailleurs saisonniers étrangers dans les Bouches-du-Rhône.

Enfin, de façon moins habituelle, le Gisti a déposé en mars 2001 une plainte contre X après avoir repéré le manège de « rabatteurs » qui profitaient des audiences du « 35 quater », pour entrer en contact avec des jeunes femmes entrées en France irrégulièrement et leur proposer de les prendre en charge lorsqu'elles sortaient libres de la zone d'attente. De janvier 2000 à juin 2001, une cinquantaine d'adolescentes africaines sans papiers avaient ainsi disparu après leur passage au Palais de justice. En février 2003, le tribunal correctionnel de Bobigny a condamné dix personnes pour proxénétisme aggravé, ce qui a d'ailleurs placé le Gisti dans une position inconfortable puisque les peines de prison ont été accompagnées, pour l'un des condamnés, d'une interdiction du territoire français dont le Gisti est un farouche détracteur.

2. Le détour par la voie de fait

Le référé voie de fait a été fréquemment utilisé par les avocats pour faire cesser des agissements illégaux de l'administration, à une époque où le référé-liberté n'existait pas encore. Le procédé a notamment servi, généralement avec succès, pour venir à bout de la résistance des maires à célébrer des mariages entre un ressortissant français et un étranger en situation irrégulière. Lorsque ces maires ont été assignés pour voie de fait devant le juge des référés pour que celui-ci enjoigne au maire de procéder à la célébration du mariage, le cas échéant sous astreinte, le Gisti s'est porté intervenant volontaire dans un certain nombre de cas¹³.

C'est également par le biais de la voie de fait que des avocats ont tenté d'obtenir, en 1993, qu'il soit mis fin au scandale des conditions de rétention au dépôt de la préfecture de Paris. Cette affaire, longuement relatée par Didier Liger dans sa contribution¹⁴, n'a pas été couronnée de succès sur le plan juridique, puisque le Tribunal des conflits a jugé qu'il n'y avait pas voie de fait et que le tribunal de grande instance de Paris était incompétent pour connaître de la requête¹⁵. Mais la presse a donné un large écho à cette affaire qu'on peut donc considérer comme une victoire politique, comme on le redira plus loin.

C. EN DEÇÀ ET AU-DELÀ DU CONTENTIEUX : LA SAISINE DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Depuis la mise en place de la Halde, le Gisti a été amené à plusieurs reprises à saisir cette instance – et il continue à le faire de façon de plus en plus systématique – pour lui soumettre des affaires de discriminations fondées sur la nationalité.

13. V. par ex. : TGI Melun 11 mai 1994, *Vianga-Morvan c. Maire de Dammarie-les-Lys* ; TGI Versailles, juge des référés, 9 mars 1993 ; CA Versailles 1^{er} mars 2000, *M. et Mme Bikec*. Cette tactique a moins d'occasions d'être utilisée depuis que le législateur a donné aux maires le pouvoir de faire obstacle aux mariages qu'ils soupçonnent d'être de complaisance – soupçon fréquent, pour ne pas dire systématique, lorsque l'un des futurs conjoints est en situation irrégulière.

14. V. *infra*, p. 197.

15. T. confl. 25 avr. 1994, *Dulangi et Gisti*, n° 02920.

La saisine de la Halde peut notamment se révéler utile dans les hypothèses où la voie contentieuse est bloquée en raison de la nature législative du texte qui fonde la discrimination. C'est ainsi que le Gisti, seul ou conjointement avec des associations partenaires, a saisi la Halde de la question de la carte famille nombreuse, qui était alors subordonnée à une condition de nationalité¹⁶, des discriminations frappant les harkis en matière de droits sociaux¹⁷ ou de celles frappant les médecins à diplôme étranger. Il l'a également saisie d'une réclamation tendant à faire modifier l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse qui, après l'abrogation du décret-loi de 1939, laissait subsister la possibilité pour le gouvernement d'interdire une publication étrangère¹⁸.

Dans une seconde série d'hypothèses, le Gisti a saisi parallèlement la Halde et le juge administratif. Concernant l'exclusion du droit de vote et de l'éligibilité des artisans étrangers pour les élections aux chambres des métiers, les deux procédures ont abouti à la reconnaissance du caractère discriminatoire de la disposition contestée¹⁹. En revanche, dans l'affaire des pensions des anciens combattants, les critiques adressées au dispositif fondé sur le critère de la « parité des pouvoirs d'achat », rejetées par le Conseil d'État, ont été au contraire prises en considération par la Halde qui y a vu une discrimination fondée sur la nationalité et en a recommandé la modification²⁰. Plus récemment, après avoir déposé, conjointement avec la FAPIL (Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement), un recours contre le décret mettant en œuvre la loi « DALO », qui exclut du bénéfice du droit à un logement décent de nombreuses catégories d'étrangers résidant régulièrement en France, les associations requérantes ont décidé de saisir parallèlement la Halde en lui demandant de produire ses observations dans l'affaire pendante devant le Conseil d'État.

Le troisième cas de figure est celui où la saisine de la Halde accompagne des contentieux individuels. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire des pratiques discriminatoires des services fiscaux à Marseille : ceux-ci refusaient de délivrer des avis de non-imposition à des retraités maghrébins habitant dans des hôtels meublés, qui ne pouvaient de ce fait avoir accès aux prestations subordonnées à la présentation de ce document. Un certain nombre de requêtes individuelles avaient été déposées devant le tribunal administratif, mais c'est l'intervention de la Halde qui a permis de déblo-

16. Le Gisti et la LDH avaient saisi quelques années auparavant le Conseil d'État du refus du Premier ministre d'abroger la disposition litigieuse. Le Conseil d'État, sans se prononcer sur le fond, avait jugé que la disposition étant de nature législative le Premier ministre n'était en tout état de cause pas compétent pour l'abroger : CE 22 oct. 2003, *Gisti et LDH*, n° 248237. Par une délibération du 18 sept. 2006, la Halde a, en revanche, constaté le caractère discriminatoire de cette disposition.

17. Déposée le 26 nov. 2005 avec l'association « Harkis et droits de l'homme », cette saisine n'avait toujours pas abouti à la fin de l'année 2008.

18. La Halde, dans sa délibération du 18 sept. 2006, a constaté le caractère non conforme aux art. 10 et 14 de la CEDH de l'art. critiqué en tant qu'il permet à l'autorité exécutive d'interdire une publication étrangère sans préciser aucun motif.

19. CE, Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638 ; délibération du 4 juill. 2005.

20. CE 18 juill. 2006, *Gisti*, n° 274664 ; délibération du 9 oct. 2006.

quer la situation : elle a non seulement reconnu l'existence d'une discrimination indirecte mais aussi saisi le parquet de Marseille afin qu'il examine si le délit de discrimination en raison de l'origine était constitué²¹.

Ce dernier exemple montre l'intérêt de recourir à la Halde lorsque, compte tenu du grand nombre de personnes concernées, il est difficile, voire impossible, de mettre en place des procédures juridictionnelles individualisées. C'est ainsi que, face au caractère massif des discriminations constatées dans l'accès aux droits sociaux outre-mer, notamment en Guyane et à Mayotte, le Gisti a saisi la Halde successivement, à partir de novembre 2006, des restrictions mises au bénéfice des prestations familiales à Mayotte, de l'impossibilité d'accès aux soins pour les étrangers en situation précaire à Mayotte²², des entraves à l'accès à l'éducation des mineurs ou jeunes majeurs étrangers à Mayotte²³, des discriminations dans l'accès à l'éducation en Guyane²⁴ – liste qui est destinée à s'allonger puisque la situation n'est pas près de s'améliorer dans les territoires concernés.

Dans plusieurs de ces hypothèses, la saisine de la Halde s'est accompagnée d'une saisine de la Défenseure des enfants, dont l'investissement dans les questions touchant à l'immigration et au statut des étrangers s'est confirmé au cours des années écoulées.

Enfin, témoignant de la volonté d'utiliser pleinement l'ensemble des moyens de contrôle existants, on peut citer une initiative suggérée par le Gisti et qui a consisté, sous l'égide de deux collectifs dont il fait partie – Migrants Mayotte et Migrants Outre-mer –, à saisir le même jour et dans les mêmes termes le président du Comité contre la torture de l'ONU, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, le président du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), le contrôleur général des lieux privés de liberté et la Défenseure des enfants, pour les alerter sur les conditions dans lesquelles sont exécutées les mesures d'éloignement et sur les conditions de rétention à Mayotte²⁵.

D. DES VOIES D'ACCÈS INDIRECTES AUX INSTANCES INTERNATIONALES

Cet inventaire ne serait pas complet si on n'y incluait pas les procédures initiées par le Gisti devant la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe, et même devant la Cour de justice des Communautés européennes. Toutes ces procédures ont en commun que le Gisti n'apparaît

21. Délibération du 27 févr. 2006.

22. Saisine conjointe du Gisti, de AIDES, de la Cimade, du collectif Migrants-Mayotte et de Médecins du Monde, déposée en févr. 2008.

23. Saisine conjointe de Mom (Migrants Outre-mer) du collectif Migrants-Mayotte, de la FSU, du Sgen-CFDT et du SNUipp ainsi que de plusieurs sections syndicales de syndicats de l'éducation nationale à Mayotte, déposée en juin 2008.

24. Saisine conjointe de Mom, du collectif pour la scolarisation des enfants en Guyane, de la Ferc-CGT, de la fédération des syndicats de Sud-éducation, de la FSU, du Sgen-CFDT, déposée en sept. 2008.

25. Saisines déposées le 3 févr. 2009. V. [<http://www.gisti.org/spip.php?article1376>].

pas en tant que tel, puisqu'il ne remplit pas les conditions permettant de saisir ces différentes instances.

On peut malgré tout rappeler que, dans l'affaire *Ekin*, le Gisti était intervenu comme *amicus curiae* et avait à ce titre déposé un mémoire démontrant le caractère discriminatoire du décret-loi de 1939 sur les publications étrangères au regard des articles 10 et 14 de la CEDH. Plus récemment, le Gisti est intervenu comme tierce partie devant la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire *Mohammed Salem et autres c. Italie* : la requête a été introduite devant la Cour en mars 2005 par des avocats italiens au nom de 79 ressortissants étrangers expulsés ou menacés de l'être depuis l'île de Lampedusa vers la Libye.

Dans l'affaire *Gebremedhin c. France*, concernant un journaliste érythréen à qui l'accès au territoire français comme demandeur d'asile avait été refusé et où la France a finalement été condamnée par un arrêt du 26 avril 2007 pour violation du droit à un recours effectif, le Gisti a pris une part active à la procédure dans laquelle l'Anafé²⁶ apparaît comme *amicus curiae*. De façon plus informelle encore, le Gisti a participé en novembre 2008 avec la Cimade à la rédaction d'une requête tendant à saisir en urgence la Cour de Strasbourg pour qu'elle demande au gouvernement français de suspendre l'éloignement programmé de onze Afghans²⁷.

On peut également rappeler que c'est à l'initiative du Gisti que la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) a déposé en mars 2003 une réclamation contre la France devant le Comité européen des droits sociaux pour contester la réforme de l'Aide médicale État et de la CMU²⁸.

Plus complexes et sinueuses encore sont les voies empruntées par le Gisti pour tenter de faire réagir les organes de l'Union européenne lorsqu'il constate que des atteintes sont portées aux droits des étrangers en violation du droit communautaire. Le Gisti a ainsi adressé des plaintes à la Commission²⁹, saisi le Tribunal de première instance des Communautés européennes puis, en appel, la Cour de justice, contre le refus de la Commission de saisir la Cour d'un recours en manquement contre l'Italie à la suite du renvoi de *boat people* de Lampedusa vers la Libye³⁰, obtenu du Parlement

26. Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers. L'Anafé regroupe 22 organisations, dont le Gisti.

27. Le 17 nov. 2008, le président de la chambre a décidé « d'indiquer au gouvernement français, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, que les requérants ne devaient pas être renvoyés vers l'Afghanistan » : v. le communiqué de presse de la Cour du 11 juill. 2008.

28. V., sur le fond de cette affaire, la contribution d'A. Toullier : *infra*, p. 139.

29. On peut citer à titre d'exemple récent la plainte contre la France déposée en juill. 2008 auprès de la Commission pour violation du droit communautaire et de la liberté de circulation par le Gisti et sept autres associations (Collectif Romeurop, Cimade, CCFD, FASTI, Hors la rue, LDH et MRAP). La plainte passe en revue l'ensemble des textes – lois, décrets, circulaires –, des pratiques administratives et des décisions des juridictions administratives qui transposent imparfaitement ou violent purement et simplement le droit communautaire, en mettant notamment l'accent sur les dispositions relatives aux ressortissants des États soumis à une période transitoire – Roumains et Bulgares – et aux membres de famille ressortissants des pays tiers.

30. CJCE 6 juin 2006, *Gisti c. Commission*, aff. C-408/05 P. V. la contribution de C. Rodier : *infra*, p. 165.

européen – après une intense action de *lobbying* – qu’il intente un recours devant la Cour de justice contre la directive sur le regroupement familial³¹...

*
* *

Face à ce premier bilan qui met en lumière l’accélération de la cadence des recours intentés par le Gisti devant des instances de plus en plus diverses et nombreuses, une question vient immédiatement à l’esprit : cette accélération est-elle due à la frénésie contentieuse du Gisti ou à l’inflation des textes – plus exactement, des textes dont la légalité est jugée douteuse ? Le sentiment vraisemblablement partagé par les membres du Gisti – mais qui pourrait l’être aussi par la plupart des observateurs « impartiaux » – est que non seulement le nombre de textes en matière d’immigration connaît une croissance exponentielle, mais que ces textes apportent sans cesse de nouvelles restrictions aux droits des étrangers, suscitant donc irrésistiblement la tentation de les attaquer. Et cela, même si la victoire est loin d’être assurée, comme on va le montrer à présent.

II. VICTOIRES ET DÉFAITES : UNE COMPTABILITÉ DIFFICILE

Tant d’énergie, tant d’imagination déployées : pour quels résultats ? Satisfactions et déceptions ont ponctué l’activité contentieuse du Gisti au cours des trente années écoulées. Pour autant, il n’est pas aisé de faire entrer les résultats obtenus à l’intérieur de la grille d’analyse la plus simple, celle qui vient immédiatement à l’esprit et qui consiste à comptabiliser séparément victoires et défaites³².

On voit bien ce qu’est une défaite franche et massive, lorsque le juge, sans ambiguïté, donne tort au requérant. Encore que, même ici, il faille nuancer. D’abord, les enjeux n’ont pas toujours la même importance : certaines défaites paraissent donc plus graves que d’autres qui peuvent sembler mineures ; ensuite, le sentiment de défaite est d’autant plus sensible et la défaite d’autant plus amère qu’on comptait sur une victoire... Car on a bien entendu conscience que les « chances » de gagner sont inégales d’une affaire à l’autre.

31. CJCE 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil de l’Union européenne*, aff. C-540/03. Claire Rodier décrit plus loin la « stratégie de l’ombre » développée par le Gisti et ses partenaires de la coordination européenne pour le droit de vivre en famille pour obtenir que le Parlement européen intente cette action inédite : *infra*, p. 165.

32. Sur les obstacles rencontrés pour distinguer victoires et défaites, v. notre intervention au colloque de Toulon, en nov. 2007, sur le thème : « L’étranger entre la loi et les juges » : D. Lochak, « Devant le Conseil d’État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L’étranger entre la loi et les juges*, L’Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 45-61. V. aussi, sur le même thème, D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d’État », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2008, p. 673-693.

Les victoires sont encore plus difficiles à caractériser que les défaites. Les vraies victoires existent, mais bien plus fréquentes sont les demi-victoires – qui sont donc aussi des semi-défaites – ou encore les petites victoires : on les qualifie ainsi parce qu'elles portent sur des questions ponctuelles ou secondaires, ou bien se soldent par des annulations partielles laissant subsister l'essentiel des dispositions contestées, ou encore sont obtenues sur des moyens de légalité externe qui font seulement gagner un peu de temps.

Et puis il y a les fausses victoires et les vaines victoires : celles où l'éclat de la victoire au plan des principes masque les retombées concrètes décevantes de ladite victoire ; celles qui n'entraînent pas de modifications des pratiques parce que l'administration n'en tient pas compte ; celles qui sont contrecarrées par l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire ; celles qui interviennent trop tardivement pour être d'une quelconque utilité... Nathalie Ferré revient plus loin sur ces difficultés de qualification et analyse en particulier ce qu'elle appelle les « victoires volées » : les unes volées au stade du contentieux, les autres obtenues devant le juge mais privées d'effet par le législateur ou l'administration³³.

Toutes les victoires, donc, ne procurent pas la même satisfaction. Les défaites, en revanche, même lorsqu'elles sont attendues, ont toujours un goût d'amertume dans la mesure où elles signent un recul des droits des étrangers³⁴.

A. DES VICTOIRES AUX MULTIPLES VISAGES

Si l'on comptabilise les annulations obtenues, il est clair qu'en trente ans le Gisti a engrangé une série de victoires impressionnante. Mais toutes n'ont pas objectivement la même importance – d'autant que toute annulation prononcée par le juge, si l'on se place dans le cadre du contentieux administratif, n'est pas *ipso facto* assimilable à une victoire – et toutes n'ont pas eu le même impact à long terme. Dans l'ordre de satisfaction croissante, on mentionnera les victoires de façade, les victoires symboliques, et puis, quand même, quelques « vraies » victoires.

1. Victoires de façade

Les victoires de façade, ce sont d'abord les succès ponctuels, dont on a pu se féliciter ou se réjouir sur le moment même, mais dont l'impact est limité. C'est par exemple l'annulation d'une circulaire du 8 octobre 1984 réservant le droit d'obtenir une autorisation provisoire de travail aux seuls étudiants ayant déjà effectué une première année d'études³⁵ ; l'annulation de l'arrêté du ministre de l'Intérieur fixant la

33. V. *infra*, p. 227.

34. Notre corpus est constitué ici majoritairement des décisions rendues par les juridictions administratives, car c'est dans cette branche du contentieux que l'action propre du Gisti est le mieux repérable.

35. CE 18 nov. 1987, *Gisti*, n° 66707.

liste des pays dont les ressortissants étaient soumis à la formalité du visa de sortie en tant qu'il incluait dans cette liste les réfugiés statutaires et les apatrides originaires de ces pays³⁶; ou encore l'annulation des dispositions d'une circulaire sur le regroupement familial dont l'une excluait les étudiants de la procédure et dont l'autre imposait une superficie de 5 m² supplémentaires par personne au-delà de huit³⁷.

On est encore plus réticent à considérer comme un succès l'annulation partielle de la longue circulaire Chevènement du 12 mai 1998, dans la mesure où elle laisse subsister la plupart des dispositions contestées par le *Gisti*³⁸; ou, plus récemment, l'arrêt censurant la disposition qui subordonne à une durée de résidence de trois mois l'accès à l'AME (Aide médicale État), mais seulement en tant que cette condition concerne les mineurs, le Conseil d'État la jugeant légale pour les majeurs³⁹.

Faut-il, de même, se réjouir et considérer qu'on a gagné lorsque le Conseil d'État propose du texte qu'on défère à sa censure une interprétation qui donne raison au requérant mais qui permet de faire échapper le texte à l'annulation? Certes, le juge reconnaît dans ce cas le bien-fondé des critiques contenues dans la requête. Mais cette forme de réserve d'interprétation qui « vide le texte de son venin », selon la formule consacrée, est pernicieuse, dans la mesure où les agents chargés d'instruire les dossiers le font sur la base de ce qui est écrit dans le décret ou la circulaire et non sur la base de l'interprétation qu'en a donnée le Conseil d'État et qu'en général ils ne connaissent pas. D'autant que, pour sauver un texte de l'annulation, il arrive que le juge lui fasse dire tout autre chose, voire le contraire de ce qu'il semble dire clairement. Les exemples d'interprétations neutralisantes audacieuses, pour ne pas dire surprenantes, ne manquent pas. Ainsi en est-il lorsque, face à une disposition qui indique que la nécessité de ressources stables et suffisantes « conduit à écarter » les demandes des travailleurs saisonniers, des étudiants, des titulaires d'une autorisation provisoire de travail, des demandeurs d'emploi, le Conseil d'État déclare que le ministre n'a pas entendu édicter une exclusion de principe des étrangers visés⁴⁰. Ou lorsqu'une circulaire sur les modes de preuve de la résidence habituelle en France exige la production d'une « preuve certaine » par an, sous la forme d'un document émanant de l'administration, alors que la loi prévoit la possibilité de justifier de cette résidence « par tout moyen », et que le juge sauve la

36. CE 11 juin 1997, *Gisti et FTDA*, n° 157513. L'arrêté avait été pris sur le fondement de la loi Pasqua de 1993 qui donnait au ministre de l'Intérieur le pouvoir d'imposer par arrêté à certaines catégories d'étrangers la possession d'un visa de sortie pour quitter le territoire.

37. CE 30 sept. 1998, *Gisti*, n° 164286 et 164287.

38. CE 30 juin 2000, *Gisti*, n° 199336. Le Conseil d'État annule notamment la disposition qui, pour l'application de l'art. 12 bis 7°, subordonne à la présence d'enfants communs la reconnaissance de l'effectivité de la vie familiale entre concubins mais refuse d'annuler celle qui donne comme critère de la stabilité de la communauté de vie une durée de cinq ans.

39. CE 7 juin 2006, *Gisti, Aides, MRAP, LDH, Médecins du Monde*, n° 285576.

40. CE 25 sept. 1987, *Gisti*, n° 66708. Sur cet exemple, v. aussi les remarques de N. Ferré (*infra*, p. 227) et de G. Moreau (*infra*, p. 241). La même méthode a été utilisée à l'égard d'un décret du 14 août 2004 sur le droit d'asile (CE 12 oct. 2005, *Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés*, n° 273198), avec pour conséquence que les préfetures ignorent l'interprétation favorable du texte proposée par le Conseil d'État : v. la contribution de J.-P. Alaux : *infra*, p. 259.

circulaire de l'annulation en déclarant que l'énumération « n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de restreindre les modes de preuve en matière de séjour⁴¹ ».

2. Victoires symboliques

Pour qu'une décision puisse être objectivement qualifiée de victoire, il faut que son impact ne soit pas seulement ponctuel ou limité dans le temps, qu'elle produise des effets à long terme et ne perde pas très vite son intérêt en raison de l'évolution de la législation. Pour autant, il est difficile de ne tenir aucun compte du poids symbolique qu'une annulation ou plus généralement une décision favorable peut avoir dans le contexte où elle intervient, même si elle ne répond pas aux critères que l'on vient d'énoncer. Il y a donc des décisions qui, subjectivement, ont bien le goût de la victoire, indépendamment du caractère limité ou décevant de leurs effets à moyen ou long terme.

On peut à cet égard choisir deux exemples contrastés, fournis précisément par les deux arrêts les plus connus, labellisés comme « grands arrêts » par la grâce de leur inscription dans le GAJA. La décision phare de 1978 a représenté à l'évidence une grande victoire, à un double titre : parce qu'elle reconnaissait l'existence d'un droit fondamental et parce que, dans le contexte de l'époque, elle sonnait comme un clair désaveu de la politique gouvernementale. Mais cette victoire est loin d'avoir tenu toutes ses promesses et la proclamation du droit de mener une vie familiale normale n'a pas eu les résultats protecteurs qu'on pouvait en attendre, car le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État ont admis de plus en plus largement la possibilité d'y apporter des restrictions.

L'autre « grand arrêt » Gisti a lui aussi retenu – à juste titre – l'attention des commentateurs, en raison du revirement de jurisprudence qu'il opérait. Un revirement tant attendu qu'il serait intervenu de toute façon à brève échéance, ne fût-ce que pour ne pas encourir la censure de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais il ne s'accompagne d'aucune victoire sur le fond de l'affaire⁴². Après s'être reconnu le pouvoir d'interpréter l'avenant à l'accord franco-algérien, le Conseil d'État a en effet entériné sur presque tous les points l'interprétation des auteurs de la circulaire.

Au titre des victoires symboliques, on peut aussi évoquer l'ordonnance de référé rendue le 12 janvier 2001 en faveur de Mme Hyacinthe, soutenue par le Gisti. Dans cette première affaire de référé-liberté, le juge affirme de façon très ferme que l'impossibilité pour cette femme haïtienne, du fait du comportement de la préfecture, de demander l'admission au séjour au titre de l'asile porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié. Mais cette victoire au plan des principes s'est révélée

41. CE 14 déc. 2005, *Gisti*, n° 254934.

42. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, n° 78519.

impuissante à mettre fin aux pratiques des préfectures qui continuent à multiplier les obstacles sur la route des demandeurs d'asile⁴³.

Faut-il placer l'affaire du dépôt de la préfecture de police de Paris, déjà évoquée plus haut et relatée ailleurs plus en détail⁴⁴, parmi les victoires ou parmi les défaites ? Victoire politique, certes, puisque les avocats ont réussi à faire sortir ce lieu de rétention de la « clandestinité » qui l'entourait et à dévoiler la réalité d'une situation scandaleuse. Mais défaite au plan juridique, puisque la procédure a été stoppée par l'arrêté de conflit pris par le préfet et confirmé par le Tribunal des conflits. Le Gisti avait, dans les circonstances rappelées plus haut, assigné le préfet en référé devant le tribunal de grande instance pour réclamer une expertise sur les conditions de la rétention de M. Dulangi et pour demander qu'il lui soit enjoint de mettre fin à cette privation de liberté opérée dans des conditions non conformes à la loi. Le Tribunal des conflits a refusé de reconnaître l'existence d'une voie de fait, dès lors que la rétention avait une base légale⁴⁵. Les résultats concrets obtenus sont eux-mêmes ambivalents : certes, le dépôt a été fermé, des travaux y ont été effectués ; mais la situation globale des centres de rétention s'est dégradée et elle continue à faire l'objet d'observations critiques des différents organes de contrôle (Comité européen pour la prévention de la torture, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, contrôleur général des lieux de privation de liberté...).

Le combat juridique, momentanément perdu, n'aura toutefois pas été mené en vain. La répétition d'une affaire similaire, trois ans plus tard, consécutive au refus du Tribunal des conflits de qualifier de voie de fait le refus d'entrer sur le territoire français opposé à deux étrangers consignés à bord du bateau sur lequel ils avaient voyagé et empêchés de solliciter l'asile⁴⁶, va provoquer l'électrochoc qui aboutira à la réforme des procédures d'urgence devant les juridictions administratives.

Victoire symbolique, également, que celle obtenue plus récemment devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris du 30 octobre 2008 lorsque celui-ci a annulé, à la requête de cinq organisations, dont le Gisti, la procédure d'appel d'offres pour l'attribution du marché de l'information juridique à délivrer aux étrangers placés en rétention⁴⁷. La décision du juge, estimant que les modalités d'appréciation de la valeur technique des offres n'étaient pas pertinentes parce qu'elles minoraient la prise en compte de la qualification juridique des candidats, a bien entendu été ressentie sur le moment même comme une défaite pour le ministre, et donc comme une victoire pour les associations requérantes. Mais cette victoire n'aura été rien d'autre que le petit grain de sable qui a retardé la mise en œuvre du nouveau dispositif en obligeant l'administration à rédiger un nouvel appel d'offres. Elle n'a pas abouti – et ne pouvait aboutir – à remettre fondamentalement en cause

43. V. sur ce point la contribution de J.-P. Alaux : « Asile : des décisions assez peu productrices de "droit" », *infra*, p. 259.

44. V. la contribution de D. Liger, *infra*, p. 197.

45. T. confl. 24 avr. 1994, *Dulangi et Gisti*, n° 02920.

46. T. confl. 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c. TGI Paris*.

47. TA Paris, référés, 30 oct. 2008, *Gisti et autres*, n° 0816312.

le principe même de la mise en concurrence et la stratégie ministérielle visant à fractionner le marché jusque-là confié à la seule Cimade.

3. Quelques victoires incontestables

On peut en revanche classer parmi les victoires incontestables, car produisant des effets à long terme et cumulatifs, celles qui, donnant toute sa portée au principe d'égalité, contribuent à l'élimination progressive des discriminations fondées sur la nationalité⁴⁸. On peut remonter à cet égard jusqu'à une décision de 1982 concernant la procédure de préinscription imposée aux étudiants étrangers, dans laquelle le Conseil d'État avait censuré le fait de n'avoir pas exclu du champ d'application de la procédure les étrangers résidant déjà en France et qui se trouvent placés dans la même situation que les candidats français⁴⁹.

Dans la lignée de son arrêt *Ville de Paris* de 1989, le Conseil d'État a successivement censuré les dispositions réservant la médaille famille française et les avantages qui y sont attachés aux familles dont tous les membres ont la nationalité française⁵⁰, le décret retirant aux artisans étrangers la qualité d'électeur et maintenant l'exigence de nationalité française pour l'éligibilité aux chambres des métiers⁵¹ ou encore les dispositions du Code rural subordonnant à une condition de nationalité française le bénéfice de certaines aides sociales aux agriculteurs⁵².

Le Conseil d'État a aussi reconnu le caractère discriminatoire des distinctions fondées sur la nationalité de la personne avec laquelle un étranger a conclu un pacs. Dans une première décision, rendue en 2002, il a censuré la disposition d'une circulaire qui modulait l'exigence d'ancienneté de la communauté de vie pour pouvoir prétendre à la délivrance d'une carte de séjour – fixée respectivement à trois ans et cinq ans – selon que le pacs avait été passé avec un Français ou avec un étranger extracommunautaire⁵³. Plus récemment il a ordonné en référé la suspension d'une circulaire du ministère des Affaires étrangères qui invitait les consulats à refuser d'enregistrer les pacs conclus entre un Français et un étranger – mais non entre deux Français – dans les pays dont la législation réprime les relations homosexuelles, estimant qu'il en résultait une discrimination non justifiée à l'encontre des couples franco-étrangers⁵⁴.

Ce bilan victorieux n'est toutefois pas sans nuances. On a rappelé plus haut que le Conseil d'État, saisi d'une demande d'annulation du refus d'abroger la disposition réservant le bénéfice de la carte « famille nombreuse » de la SNCF aux Français, l'avait rejetée en se fondant sur la nature législative de la disposition litigieuse⁵⁵. Il a

48. Pour une analyse détaillée de ce contentieux, v. la contribution de S. Slama, *infra*, p. 99.

49. CE 26 juill. 1982, *Gisti et SGEN-CFDT*, n° 22931 et 22934.

50. CE 17 déc. 2003, n° 248238.

51. CE, Ass., 31 mai 2006, n° 273638.

52. CE 24 janv. 2007, n° 243976.

53. CE 29 juill. 2002 *Gisti, Femmes de la Terre, LDH*, n° 231158.

54. CE, référé, 18 déc. 2007, *Gisti et autres*, n° 310837.

55. CE 22 oct. 2003, *Gisti et LDH*, n° 248237.

fallu attendre que la question ressurgisse, en juin 2006, à l'occasion de l'annonce par le gouvernement de la mise en place d'une nouvelle mouture de cette carte pour que la Halde, saisie par les mêmes associations, recommande la modification de la loi et pour que la disposition soit finalement abrogée par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

Quant à l'affaire de la cristallisation des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires ayant perdu la nationalité française, elle montre que le souci de l'égalité peut céder devant les enjeux financiers : le Conseil d'État a en effet validé le remplacement du critère de la nationalité par celui dit de la « parité des pouvoirs d'achat », qui consiste à indexer le montant des pensions sur le pouvoir d'achat du pays de résidence⁵⁶. C'est la saisine de la Halde qui a permis de surmonter la résistance du Conseil d'État : elle a reconnu l'existence d'une discrimination à raison de la nationalité dans la mesure où le critère de résidence ne s'appliquait qu'aux étrangers et non pas aux Français résidant à l'étranger dont les pensions n'étaient pas minorées⁵⁷.

D'une façon générale, la jurisprudence globalement audacieuse de la Halde sur la question des discriminations fondées sur la nationalité incite, comme on l'a dit plus haut, à la saisir systématiquement. Les victoires obtenues dans ce domaine doivent donc aussi être portées au crédit de la nouvelle institution.

Dernière ombre au tableau : aux yeux du Conseil d'État – comme du Conseil constitutionnel – le principe d'égalité cesse de produire effet lorsque les étrangers sont en situation irrégulière, y compris pour l'accès aux droits sociaux. À chaque fois que le Gisti a tenté de contester la subordination de l'accès aux prestations sociales à une condition de régularité de séjour en invoquant le principe de non-discrimination proclamé par différents instruments internationaux, le Conseil d'État a écarté ces arguments⁵⁸.

B. COMBATS PERDUS, DROITS DÉNIÉS

Les défaites sont d'autant plus mal ressenties que l'enjeu semble important et la cause juridiquement solide. Il est particulièrement frustrant, à cet égard, de voir le juge – et même le commissaire du gouvernement qui, lui, n'est pas tenu par l'adage *imperatoria brevitatis* – balayer en une phrase une argumentation étayée avec soin.

56. CE 18 juill. 2006, n° 274664.

57. Délibération du 9 oct. 2006.

58. Il a notamment écarté l'allégation d'une violation de l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'art. 1^{er} du Protocole additionnel, estimant qu'il existait bien une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur s'était ainsi fondé « sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi » : CE 6 nov. 2000, Gisti, n° 204784. Position réitérée à propos de la différence de traitement instaurée par la loi entre les personnes pouvant bénéficier de la CMU et celles relevant de l'aide médicale de l'État, le législateur ayant « entendu tenir compte de la différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » : CE 7 juin 2006, Aides, Gisti, LDH, Médecins du Monde, MRAP, n° 285576.

Et l'amertume d'avoir perdu un combat est particulièrement vive lorsque les dispositions validées par le juge découlent d'une interprétation excessivement large des textes législatifs. Car si l'on ne peut bien entendu faire porter au juge la responsabilité principale de la dégradation de la situation des étrangers, la jurisprudence a dans un certain nombre de cas contribué à l'aggraver, en acceptant des restrictions au droit au séjour et un accroissement des prérogatives de l'administration et de la police dans des conditions qu'on peut juger contestables et dont le Gisti persiste, pour sa part, à contester le bien-fondé.

1. La validation des restrictions au droit au séjour

Parmi les défaites anciennes dans ce domaine, on peut citer le combat perdu contre l'instauration, par le décret du 27 mai 1982, du certificat d'hébergement pour les étrangers qui veulent entrer en France pour une visite privée⁵⁹, dispositif qui a été à l'origine de dérives importantes que le Gisti avait très tôt pressenties⁶⁰. Plus récemment, le juge a validé les dispositions permettant à l'administration de vérifier les ressources de la personne qui se propose d'héberger un visiteur étranger⁶¹ et même, en dépit des réserves de la CNIL, les modalités du fichage de ces mêmes personnes⁶².

Défaite importante, aussi, lorsque dès 1986 le Conseil d'État a reconnu aux préfets le droit de contrôler non seulement la réalité mais aussi le sérieux des études des étudiants étrangers, entérinant ainsi l'empiètement de l'administration préfectorale sur les prérogatives de l'université⁶³.

Plus amère encore est la défaite subie à la suite du recours contre un décret du 4 décembre 1984 pris pour l'application de la loi du 17 juillet 1984 créant la carte de résident⁶⁴. Le Gisti contestait l'exigence d'une entrée régulière, condition non prévue par la loi et qu'il jugeait contraire à la notion même de délivrance de plein droit. Or le Conseil d'État, non seulement a donné tort au Gisti, mais il l'a fait en des termes tels que l'arrêt servira à justifier une interprétation de la loi encore plus restrictive que celle que le Gisti contestait. Le Conseil d'État répond en effet qu'« il ressort de l'ensemble des dispositions de ces textes, éclairées par les travaux préparatoires, que les étrangers justifiant appartenir à l'une de ces catégories doivent être entrés régulièrement en France *et y séjourner régulièrement* [souligné par nous] ». Ce dernier membre de phrase, qui n'était pas nécessaire pour trancher la question soumise au Conseil d'État, reposait sur une interprétation des textes que rien, dans les travaux préparatoires, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, ne permettait de conforter. L'arrêt *Gisti* sera par la suite cité dans toutes les circulaires et l'administra-

59. CE 27 sept. 1985, *Gisti*, FTDA, LDH, n° 44484, 44485.

60. V. la brochure éditée en 1985 : « Le certificat d'hébergement. Des règles contestables, des pratiques condamnables. »

61. CE 26 juill. 2006, *Gisti*, n° 276777.

62. CE 26 juill. 2006, *Gisti*, LDH et IRIS, n° 285714.

63. CE 14 mars 1986, n° 65241.

64. CE 26 sept. 1986, *Gisti*, n° 65749

tion se fondera sur cette décision du Conseil d'État pour exiger non seulement une entrée régulière mais aussi une condition de séjour régulier.

Il faut citer aussi la portée rétroactive que le Conseil d'État a conférée à l'interdiction posée par la loi Pasqua de 1993 de délivrer une carte de résident aux polygames et à leurs épouses en acceptant que cette interdiction joue aussi pour le renouvellement de ce titre, même obtenu avant l'entrée en vigueur de la loi. Cédant au mouvement de diabolisation des polygames, il a entériné, sur la base d'un raisonnement juridique contestable, une interprétation des textes qui non seulement va au-delà de l'intention du législateur mais aboutit surtout à aggraver la situation de précarité de personnes – et notamment de femmes – qui vivent en France depuis dix, vingt ou trente ans⁶⁵.

2. Des garanties de procédure sacrifiées à la lutte contre l'immigration irrégulière

Au nom de la lutte contre l'immigration clandestine, le législateur a considérablement élargi les pouvoirs de la police en matière de contrôles d'identité. Force est de constater que le Conseil d'État a entériné l'interprétation extensive de ces pouvoirs telle qu'elle ressort des instructions ministérielles adressées aux policiers. On peut rappeler à cet égard le refus du Conseil d'État d'annuler une circulaire du 11 octobre 1999 du ministre de l'Intérieur qui, dans ses dispositions sur les modalités d'interpellation des étrangers, incitait à des contrôles sélectifs⁶⁶, et plus récemment le refus de considérer comme un procédé déloyal la pratique suggérée par voie de circulaire et consistant pour les préfetures à interpellier les étrangers au guichet et les reconduire à la frontière après les avoir convoqués pour examen de leur situation sans mentionner qu'ils s'exposent à une mesure d'éloignement forcé⁶⁷.

Soucieux de ne pas entraver l'efficacité du dispositif de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière, le Conseil d'État a été jusqu'à entériner la présence des enfants en rétention⁶⁸. Le décret attaqué prévoyait que « les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent [...] de chambres spécialement équipées, et notamment de matériels de puériculture adaptés ». Les associations faisaient valoir, d'une part, que les mineurs ne pouvant faire l'objet d'une mesure d'éloignement, ils ne pouvaient donc pas être placés en rétention et, d'autre part, qu'une telle pratique était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, d'après l'article 3-1 de la Convention internationale sur les droits de

65. CE 18 juin 1997, *Gisti et FTDA*, n° 162517, 162518. Pour une démonstration des effets néfastes de la réglementation, v. D. Lochak, « La double peine des épouses de polygames », *Dr. soc.* 2006. 1032.

66. CE 13 févr. 2002, *Mme Gbamou et Gisti*, n° 215216 et n° 220905. La phrase litigieuse était ainsi rédigée : « tout en évitant le risque de contrôles *systématiquement* sélectifs [souligné par nous], vous appellerez aux services de police et de gendarmerie la nécessité d'effectuer des vérifications répétées dans les endroits qu'ils vous auront indiqués comme étant ceux où se concentrent les irréguliers ».

67. CE 7 févr. 2007, *Cimade, Fasti, Gisti, LDH, Syndicat de la magistrature*, n° 292607.

68. CE 12 juin 2006, *Cimade, Gisti, LDH, Amnesty*, préc.

l'enfant, doit prévaloir en toute circonstance. Le Conseil d'État s'est borné à répondre que « ces dispositions n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des familles des personnes placées en rétention » et « qu'elles visent seulement à organiser l'accueil des familles des étrangers placés en rétention ». Par cette formule sibylline, le Conseil d'État entérine ici, non pas le *placement* des enfants en rétention, mais leur *présence* dans les centres de rétention. Mais accepter la présence d'enfants dans les centres de rétention, c'est faciliter l'éloignement des parents qui risquerait sinon de se heurter à des problèmes difficilement solubles pour l'administration.

Les demandeurs d'asile ont eux aussi connu la fragilisation progressive des garanties dont ils bénéficiaient, sans que le juge y voie de contradiction avec le caractère fondamental et constitutionnellement protégé du droit d'asile. Le Conseil d'État a notamment entériné la délibération de l'OFPPA fixant la liste de douze pays d'origine sûrs (la personne originaire d'un pays sûr voit sa demande d'asile examinée selon la procédure dite « prioritaire »)⁶⁹. Il a validé la non prise en charge des frais d'interprétariat par l'État lorsque l'étranger dépose sa demande depuis la zone d'attente, contrairement à ce qu'il avait jugé dans une décision antérieure⁷⁰, ainsi que la brièveté du délai – cinq jours – dans lequel est enfermée la demande d'asile dans cette même hypothèse⁷¹. Il s'est aussi refusé à admettre que la limitation à vingt et un jours du délai pour présenter une demande – écrite, argumentée et rédigée en français – à l'OFPPA pouvait dénaturer le droit d'asile⁷².

3. La transparence prise en défaut

On peut, pour terminer, faire état des échecs à répétition essuyés par le Gisti en matière d'accès aux documents administratifs. Et comme, dans un nombre non négligeable de cas, le Gisti avait entre les mains les documents litigieux, il était à même de constater le peu de pertinence des arguments invoqués pour lui en refuser la communication. Ainsi, ni le Gisti, ni aucune autre organisation n'a jamais réussi, dans le passé, à obtenir communication de l'instruction sur les visas, au motif qu'une telle communication risquait de porter atteinte au secret de la diplomatie française. Mais, depuis que les instructions consulaires sont communes à tous les États de l'es-

69. CE 5 avr. 2006, *Gisti, Amnesty, LDH, ACAT, GAS, FTDA, Forum réfugiés*, n° 284706. Ulérieurement, il est vrai, saisi par Forum réfugiés d'une liste complémentaire de cinq pays d'origine sûrs, il a accepté d'examiner la situation concrète des pays concernés et a annulé en conséquence la décision attaquée en tant qu'elle incluait l'Albanie et le Niger : CE 13 févr. 2008, *Association Forum réfugiés*, n° 295443.

70. CE 26 janv. 2000, *Gisti, Amnesty, FTDA*, n° 201020 et n° 202537. Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait censuré la disposition prévoyant que le demandeur devait supporter les frais éventuels d'interprétariat.

71. CE 12 juin 2006, *Cimade, Gisti, LDH, Amnesty*, n° 282275. Le texte contesté était un décret du 30 mai 2005 relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente.

72. CE 12 oct. 2005, *Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés*, n° 273198.

pace Schengen, ces instructions sont publiées, ce qui montre la fragilité du prétexte invoqué.

Par la suite, malgré une longue mobilisation contentieuse, le Gisti n'a obtenu, du moins par les voies officielles, ni la communication des télégrammes diplomatiques de mai et juin 1998 relatifs aux conditions de délivrance des visas aux chercheurs et artistes interprètes⁷³, ni celle des « fiches techniques » annexées à une circulaire de 1999 sur l'éloignement des étrangers et qui portaient respectivement sur les interpellations, l'identification des étrangers, la rétention des étrangers à éloigner et l'exécution des mesures d'éloignement⁷⁴. Le Gisti n'a pas obtenu non plus, de façon plus surprenante, la communication du rapport dit « Darcy-Bondaz » concernant l'organisation des services des étrangers dans les préfetures. Le tribunal administratif de Paris puis la cour administrative d'appel avaient pourtant jugé illégal le refus de communication. Mais le Conseil d'État, saisi en cassation – ce qui témoigne de l'opiniâtreté de l'administration – en a décidé autrement, estimant que le rapport n'était pas séparable du processus de décision visant à réformer l'organisation du service des étrangers dans les préfetures et qu'il avait par conséquent bien le caractère d'un document préparatoire⁷⁵. Le problème, c'est qu'aucune décision ni aucune réforme n'a jamais suivi ce rapport qui, comme bien d'autres, est d'autant plus facilement tombé dans les oubliettes que toute publicité lui a été refusée.

Une anecdote permet de montrer la fragilité des critères – et des raisons – qui fondent la décision d'accepter ou non la communication d'un document. Le Gisti avait demandé au directeur des Libertés publiques et des Affaires juridiques la communication de la circulaire de 1999 citée plus haut sur l'éloignement des étrangers ainsi que des « fiches techniques » qui lui étaient annexées et qui portaient respectivement sur les interpellations, l'identification des étrangers, la rétention des étrangers à éloigner et l'exécution des mesures d'éloignement. Dans sa réponse, le directeur des Libertés publiques avait donné son accord pour communiquer la circulaire mais non les fiches techniques, au motif que cette communication serait de nature à porter atteinte soit à la sécurité publique, soit au secret des délibérations du gouvernement. Comme la circulaire n'était pas jointe au courrier, le Gisti avait dû lui écrire à nouveau pour lui signaler cet oubli, à la suite de quoi il reçut la circulaire... avec ses annexes. Il s'agissait certainement d'une erreur du secrétariat, mais qui atteste que l'administration n'était pas elle-même convaincue de la nécessité de garder secret ce document, qui avait du reste déjà largement circulé... et que le Gisti avait bien entendu entre les mains.

*

* *

73. TA Paris 6 juill. 2000, confirmé par CAA Paris 5 juill. 2001, puis en cassation par CE 20 mars 2002.

74. TA Paris 13 oct. 2000.

75. TA Paris 2 févr. 2001, confirmé par CAA Paris 6 déc. 2001, mais cassé par CE 9 juill. 2003, n° 243246.

Le contentieux est politique...

À l'encontre de l'impression première que peut donner le nombre de succès contentieux obtenus par le Gisti – impression au demeurant biaisée par le fait que les arrêts d'annulation reçoivent une publicité plus grande que les arrêts de rejet –, le bilan, on le voit, est plutôt pessimiste.

Or, pour le Gisti, l'arme contentieuse est aussi une arme politique dans la mesure où faire constater par un juge l'illégalité des actes de l'exécutif est une façon de démontrer le bien-fondé des critiques qu'on adresse à la politique gouvernementale. Les défaites subies devant le juge, lorsqu'elles se répètent et l'emportent sur les victoires, peuvent donc aussi être interprétées jusqu'à un certain point comme des défaites politiques.

Comment interpréter ces défaites à répétition, même entrecoupées de victoires qui incitent à poursuivre malgré tout sur cette voie difficile ?

Rejetons l'hypothèse d'une jurisprudence d'opportunité – sauf peut-être lorsque le Conseil d'État fait revivre la théorie des actes de gouvernement pour éviter d'avoir à annuler une circulaire ministérielle entachée d'illégalités grossières et multiples, prise pendant la guerre du Golfe et enjoignant aux présidents d'université de refuser l'inscription des étudiants irakiens dans leurs établissements et d'annuler les inscriptions déjà effectuées⁷⁶.

Plus simplement, il faut admettre que, dans un contexte globalement défavorable aux immigrés, le juge ne peut à lui seul contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique, à défaut de recueillir le soutien unanime de l'opinion publique. D'autant que ce juge ne vit pas dans une tour d'ivoire et peut être lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers.

Il nous paraît indéniable que le souci de garantir les droits des étrangers – repérable notamment dans les avancées du principe d'égalité mais aussi dans l'accroissement de l'intensité du contrôle exercé sur les mesures de police des étrangers – a eu tendance à céder devant les nécessités de la politique de « maîtrise des flux migratoires ». Certes, il n'entre pas dans les prérogatives du juge de contrecarrer l'évolution d'une législation qui, en trente ans, a multiplié les dispositions répressives. On a malgré tout le sentiment que, dans l'ensemble et sur le long terme, la jurisprudence a accompagné plus qu'elle n'a vraiment canalisé la précarisation du droit au séjour, la fragilisation de la protection accordée aux demandeurs d'asile, l'accroissement des pouvoirs de l'administration et de la police.

Il faut savoir en tirer les conséquences et prendre acte des limites du recours à la justice pour défendre des « causes ». Le Gisti, pour sa part, a toujours eu conscience des limites de l'arme contentieuse qui n'a de réelle efficacité, du moins à long terme, que si elle vient à l'appui du combat politique et n'en est pas simplement un substitut.

76. CE 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*, n° 120437 et n° 120737. Les détails de cette affaire – peu glorieuse pour le Conseil d'État – sont rappelés par N. Ferré (*infra*, p. 227) et par F. Julien-Laferrière (*infra*, p. 277).

Le Gisti : requérant d'habitude? La vision du Conseil d'État

Bruno Genevois

Président de section au Conseil d'État

L'intitulé du sujet qu'il m'a été demandé de traiter appelle de ma part une double précision.

– Il me faut souligner d'emblée que je serais bien en peine d'exprimer la « vision » que le Conseil d'État aurait du Gisti. En tant que juridiction, le Conseil n'est pas conduit lorsqu'il rend un arrêt à porter un jugement de valeur sur un requérant hors le cas où il prononce une amende pour recours abusif, ce qui, on le verra, ne s'est jamais produit pour le Gisti. Au demeurant, je n'ai nul mandat pour prendre la parole au nom de mes collègues. Tout au plus puis-je exprimer un point de vue personnel sur l'action contentieuse du Gisti en ayant eu le privilège d'assister au délibéré de certaines des requêtes introduites par lui ou même, au cours des dernières années, de prendre part à un semblable délibéré. Signe des temps, il m'a été donné de suivre le 24 novembre 1978 le délibéré de l'Assemblée du contentieux sur l'arrêt lu le 8 décembre 1978, dont nous fêtons le trentième anniversaire.

– Je revendique en revanche, la paternité de l'interrogation portant sur le point de savoir si le Gisti doit ou non être regardé comme un requérant d'habitude. Il m'a semblé intéressant en effet, d'appréhender l'action du Gisti par référence à une étude doctrinale sur « les requérants d'habitude » publiée il y a quatre ans à la *Revue française de droit administratif*¹. Son auteur, Fabrice Lemaire, avait volontairement exclu du champ de ses réflexions les pourvois émanant des personnes morales. Il n'en avait pas moins adopté une grille d'analyse susceptible de viser aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.

Une première difficulté se présente. Il s'agit de définir ce que l'on entend par requérant d'habitude. Notre auteur y range « les requérants qui ont formé un nombre de recours significatifs intéressant des contentieux distincts ». La formule est quelque

1. V., F. Lemaire, « Les requérants d'habitude », *RFDA* 2004. 554.

peu imprécise. Si on insiste sur le fait que les requérants d'habitude interviennent dans des « contentieux distincts » on pourrait être tenté d'exclure *de plano* le Gisti de cette catégorie dans la mesure où son action intéresse la défense des droits des étrangers. Mais si on met l'accent sur le nombre significatif de recours introduits, on sera enclin au contraire à ranger le Gisti parmi les requérants d'habitude.

Plus éclairants pour notre sujet sont d'autres éléments d'appréciation introduits par F. Lemaire, selon que les requérants d'habitude ont une dimension nationale ou simplement locale. L'interrogation porte également sur les motivations de cette catégorie de requérants. Au total, l'auteur jugeait le bilan de leurs interventions comme « globalement positif ».

Comment se présente la situation du Gisti au regard de ces différents éléments ?

Elle me paraît justifier trois séries de remarques. En premier lieu, l'action du Gisti a su éviter les travers de nombre de requérants d'habitude (I). En deuxième lieu, elle illustre l'efficacité de l'action collective devant la juridiction administrative (II). Elle se heurte encore à certaines limites (III).

I. LE GISTI A SU SE GARDER DES DÉFAUTS OBSERVÉS CHEZ CERTAINS REQUÉRANTS D'HABITUDE

Le juge n'ignore pas que pour qu'il y ait une jurisprudence il faut qu'en amont survienne un procès. En l'absence de saisine d'office, un procès suppose l'intervention d'un justiciable. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir le procès est fait à un acte administratif. L'intérêt pour agir est entendu largement surtout lorsque l'acte contesté a un caractère réglementaire.

Dans ce contexte, le risque existe que des requérants, pour des motifs plus personnels que juridiquement fondés, contestent de façon systématique la légalité d'actes administratifs. Il existe ainsi toute une gamme de requérants. Entre des cas extrêmes, celui des requérants atteints de quérulence et celui qui ne formera qu'une requête unique, il y a des requérants habituels.

L'expérience des trente dernières années a montré que le Gisti n'encourait pas les critiques susceptibles d'être formulées à l'encontre de certains requérants d'habitude. Cela tient à la conjonction de deux facteurs : la nature des motivations qui l'animent ; le caractère très sélectif de ses actions contentieuses.

A. LES MOTIVATIONS DU GISTI

Si on se réfère à la typologie établie par Fabrice Lemaire, l'action du Gisti ne répond pas à des mobiles subjectifs et personnels, mais au contraire à une action objective.

1. Sous la rubrique « action personnelle », notre auteur fait figurer les actions émanant de trois types de requérants : la « victime » d'une injustice ou la personne qui estime être dans cette situation ; le persécuté ; le rancunier.

Aucun de ces traits ne se retrouvent dans le cas des motivations du Gisti.

Me paraît également faire défaut la saisine du juge de l'excès de pouvoir prise en tant que plaisir purement intellectuel, comme l'atteste le cas d'un requérant d'habitude au Conseil d'État (très actif en période électorale ou référendaire) qui assiste régulièrement aux séances publiques de la Section du contentieux, de l'Assemblée du contentieux et du Tribunal des conflits. C'est ce même requérant qui est intervenu, en novembre 2005, en défense, dans une instance de référé relative à l'institution de l'état d'urgence et qui se félicitait à l'issue de l'audience de référé d'avoir passé « une excellente matinée² ».

2. L'action du Gisti répond en réalité à ce que Fabrice Lemaire qualifie « d'action objective ». Il distingue au sein de cette dernière, deux variétés : l'action du politique ; celle du « chevalier blanc » qui n'aurait d'autre motivation que la défense de la légalité.

Au regard d'une telle classification, l'action du Gisti se situe, me semble-t-il, à mi-chemin. Il mène devant le juge un combat que l'on peut qualifier de politique (la défense des droits des étrangers), mais ce combat est poursuivi par des moyens juridiques appropriés. À cet égard, un parallèle pourrait être fait avec certaines associations de défense de l'environnement, agréées au plan national sur le fondement de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

B. LE CARACTÈRE SÉLECTIF DES ACTIONS MENÉES

Sur l'ensemble de la période le nombre de pourvois introduits par le Gisti est relativement élevé. Il n'est cependant pas inconsideré.

1. Le nombre des pourvois est relativement élevé sur un strict plan statistique. Selon les éléments d'appréciation qui m'ont été fournis par le service informatique du Conseil d'État, à partir de la base de données Ariane, sur la période de trente ans qui est antérieure au 21 octobre 2008, le Gisti a formé quatre-vingt-dix-neuf requêtes. Je n'ai pas pu vérifier la fiabilité de ce nombre global. À tout le moins, il fournit un ordre de grandeur très parlant. Si on raisonne sur une moyenne annuelle cela équivaut donc à trois requêtes au moins par an.

On est très loin des records établis par certains requérants d'habitude, tel cet ancien magistrat du siège révoqué par le Conseil supérieur de la magistrature puis réintégré en qualité de membre du parquet avant d'être à nouveau révoqué ou encore à cet entrepreneur de taxi installé en Polynésie française qui, une fois découverte l'existence de la juridiction administrative à la faveur de la contestation d'un

2. CE, Ord., 14 nov. 2005, *Rolin, Lebon* 499.

texte relatif à l'exercice de sa profession, l'accable de pourvois en puisant au besoin son inspiration dans des « blogs » où des juristes exposent leur point de vue.

2. Dans le cas du Gisti, le nombre de 99 pourvois recensés par voie informatique est d'autant moins excessif que ces pourvois n'ont pas donné lieu à des types de décisions accompagnant parfois le traitement de requêtes trop hâtivement présentées.

En effet, pour ce qui est du Gisti et sauf erreur de ma part, on ne relève pas de rejet pour incompétence de la juridiction administrative. Dans un cas seulement il y a eu une erreur de sa part, quant à la compétence respective du Conseil d'État et du tribunal administratif de Paris³.

Je n'ai recensé aucun rejet d'une requête du Gisti pour irrecevabilité manifeste.

Devant le juge des référés, il semble que ce soit dans un cas seulement qu'ait été opposée au Gisti une ordonnance dite de tri, prise sur le fondement des dispositions de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative. On rappellera que cet article permet de rejeter sans instruction une demande en référé « lorsqu'elle ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il *apparaît manifeste*, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ».

En aucune circonstance, le Gisti ne semble, à ma connaissance, avoir été condamné au paiement d'une amende pour recours abusif. Si tel avait été le cas je suis convaincu qu'il n'aurait pas manqué de signaler une semblable condamnation pour, selon toute probabilité, la stigmatiser.

De ces constatations, on ne peut tirer en quelque sorte que des vertus négatives. Il convient de pousser plus avant l'analyse en soulignant le discernement dont a su faire preuve le Gisti. Il illustre en effet l'efficacité de l'action collective devant la juridiction administrative.

II. LE GISTI ILLUSTRE L'EFFICACITÉ DE « L'ACTION COLLECTIVE » DEVANT LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

On pourra contester mon propos en fonction de la définition de l'action collective que l'on adopte. Depuis la décision de principe du 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*⁴, l'action d'un syndicat ou d'une association peut être

3. L'importance concrète des conflits de compétence au sein de la juridiction administrative a été mise en évidence par un séminaire d'études à l'École nationale d'administration dirigé par le professeur R. Drago (*EDCE* 1967, p. 147, spéc. p. 181) et par une décision de section du 20 déc. 1968, *Montagne* annotée à la *Rev. adm.* 1969. 325 par le requérant. À l'initiative du président R. Odent, alors président de la section du contentieux, a été pris un décret du 20 févr. 1972 qui permet de régler les questions de compétence internes à la juridiction administrative par voie d'ordonnance.

4. CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, *Lebon* 977, concl. J. Romieu; *Grands arrêts*, 16^e éd, p. 113.

dirigée contre des mesures de caractère réglementaire ou collectif portant atteinte aux intérêts moraux ou matériels de l'ensemble de ses membres ou d'une partie d'entre eux ou contre des actes individuels dits positifs qui les lèsent dans leurs intérêts généraux ou qui portent atteinte aux droits d'une fraction ou de la totalité de ses membres.

Lorsqu'elle est couronnée de succès une telle action bénéficie à des tiers en raison de l'effet *erga omnes* des annulations pour excès de pouvoir. À mon sens il s'agit d'une forme d'action collective à la française. Mais elle ne coïncide pas avec la « *class action* » entendue comme une action permettant à une personne d'exercer, au nom d'un groupe ayant les mêmes intérêts, une action en faveur des membres de ce groupe. C'est une action de ce type que la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice avait recommandé de développer⁵.

Sous le bénéfice de ces observations d'ordre terminologique, deux points méritent d'être soulignés. D'une part, le Gisti a su faire un usage judicieux du droit administratif et de la procédure contentieuse administrative. D'autre part, les résultats qu'il a obtenus sont tout à fait conséquents.

A. UN USAGE JUDICIEUX DU DROIT ADMINISTRATIF

Une partie de la doctrine, en particulier le professeur Michel Fromont, se montre parfois critique à l'égard du droit administratif français, par référence à un modèle idéal qui serait représenté par le droit administratif allemand⁶. Si instructives que puissent être les comparaisons, elles ne doivent pas conduire à occulter des aspects positifs du modèle français, qu'il s'agisse de la procédure contentieuse ou du fond du droit.

1. *Sur le plan procédural*, le Gisti a bénéficié du faible coût des procédures dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en premier ressort. De plus, le risque de condamnation du requérant au paiement des frais de l'instance en cas d'insuccès est faible dans la mesure où le défendeur est l'État, lequel ne sollicite que rarement le concours d'un avocat.

Le Gisti a su tirer parti des règles qui gouvernent l'intérêt pour agir dans le contentieux de la légalité. Outre le champ ouvert à l'action des groupements par la jurisprudence *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* citée précédemment, il faut souligner que la détermination de l'intérêt pour agir au regard de la nature de l'acte attaqué est entendue largement. Dans le cas des circulaires, la tâche du Gisti a été facilitée depuis l'intervention de l'arrêt de Section du 18 décembre 2002, *Mme Duwignères*⁷. Celui-ci admet la recevabilité d'un pourvoi à l'encontre d'une

5. Rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, P. Bouchet, D. Charvet et B. Fragonard, 2001, p. 21.

6. M. Fromont, « La place de la justice administrative en Europe », *Dr. adm.* juill. 2008, p. 8.

7. CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duwignères*, *Lebon* 463, concl. P. Fombeur ; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 888.

circulaire dès lors que l'interprétation qu'elle donne des lois et règlements a un caractère impératif, sans la faire dépendre du point de savoir si la circulaire édicte des règles nouvelles.

D'autres jurisprudences élargissant la possibilité pour le justiciable de lier le contentieux ont été mises à profit par le Gisti. Tel est le cas de la jurisprudence d'Assemblée du 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*⁸ qui permet de déférer au juge le refus de l'autorité compétente d'abroger un règlement illégal, que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature ou que son illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date. De même, le Gisti a utilisé une jurisprudence très innovante⁹ permettant de contester devant le Conseil d'État le refus du Premier ministre d'engager la procédure de déclassement des textes de forme législative intervenus dans une matière réglementaire prévue par l'article 37 de la Constitution¹⁰.

Le Gisti a encore mesuré très tôt l'intérêt des procédures d'urgence instituées par la loi du 30 juin 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, en agissant soit comme intervenant¹¹, soit comme requérant.

Il n'a pas manqué de faire usage des divers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir avec une priorité donnée au vice d'incompétence, spécialement à l'encontre des circulaires, ainsi qu'à la violation de la loi.

2. Sur le fond du droit, le Gisti a su développer une action consistant, selon le cas, à s'appuyer sur la jurisprudence ou à chercher à la faire évoluer.

La référence à des jurisprudences bien établies s'est manifestée notamment à travers l'invocation à l'encontre des actes de nature réglementaire de la violation des principes généraux du droit et plus spécialement du principe d'égalité¹². Le Gisti n'a pas hésité à se prévaloir à l'encontre de la loi de la méconnaissance des conventions internationales, spécialement à la suite de l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989¹³.

Plus originale est l'action conduite aux fins de faire évoluer la jurisprudence. Il est à l'origine de la consécration d'un nouveau principe général du droit, à savoir le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France, comme pour les nationaux, de mener une vie familiale normale¹⁴. Il a su mettre en cause avec succès les règles traditionnelles d'interprétation des conventions internationales qui conduisaient, en cas de doute, le juge administratif à renvoyer la question au ministre des Affaires étrangères¹⁵.

8. CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, *Lebon* 44; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 675.

9. CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, *Lebon* 3799, concl. F. Lamy; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 807.

10. CE 22 oct. 2003, *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme*, *Lebon* 414; *RDSS* 2004. 155, concl. J.-H. Stahl.

11. CE, Ord., 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, *Lebon* 12; *AJDA* 2001. 589, note J. Morri et S. Slama.

12. CE, Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, *Lebon* 268; *RFDA* 2006. 1194, concl. D. Casas.

13. CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Lebon* 685, concl. P. Frydman; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 685.

14. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *CFDT et CGT*, *Lebon* 493; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 632.

15. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Lebon* 171, concl. R. Abraham; *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 705.

Dans chacun de ces cas, le Gisti a servi de catalyseur de signes avant-coureurs de changement qui étaient perceptibles. Dans le premier, la position adoptée par le Conseil d'État statuant au contentieux s'est inspirée d'un avis rendu par son assemblée générale lors de l'examen du projet de décret attaqué (avis du 27 octobre 1977). Dans le second cas, des voix s'élevaient au sein même de la juridiction administrative pour estimer que le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères de l'interprétation d'un traité, constituait une « mutilation » du pouvoir juridictionnel¹⁶.

Avec le recul du temps, certaines évolutions paraissent naturelles. Le droit à une vie familiale normale a été consacré sur le plan conventionnel par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷ puis au plan constitutionnel par le Conseil constitutionnel¹⁸. Le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères a été condamné, au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, par la Cour de Strasbourg¹⁹.

Il n'est pas indifférent cependant que l'action de requérants, alliant science du droit et détermination, ait contribué à accélérer le mouvement.

Quoi qu'il en soit les résultats atteints par le Gisti dans ses diverses actions contentieuses sont tout à fait conséquents.

B. LES RÉSULTATS ATTEINTS SONT CONSÉQUENTS

Même si les résultats des actions contentieuses engagées par le Gisti ne répondent pas pleinement aux souhaits de ses inspireurs, si je me réfère au jugement porté par Danièle Lochak²⁰, ils sont néanmoins très conséquents. Je suis enclin à mettre l'accent sur le fait que le verre est à moitié plein alors que d'autres se plaisent à souligner qu'il est à moitié vide.

Plusieurs données extraites d'une étude statistique effectuée à ma demande par le service informatique du Conseil d'État viennent conforter mon point de vue. Elles concernent respectivement, la formation de jugement appelée à statuer sur les pourvois du Gisti, le degré de satisfaction obtenu et l'impact jurisprudentiel des arrêts consécutifs à ces pourvois.

1. *La nature de la formation de jugement* appelée à statuer sur une requête est un critère révélateur de l'importance qui lui est accordée par le Conseil d'État.

Depuis l'intervention d'un décret du 10 janvier 1980, qui a permis à une sous-section isolée de statuer sur une requête, le Conseil d'État s'est efforcé de diversifier

16. Concl. D. Labetoulle sur CE, Sect., 27 oct. 1978, *Debout, Lebon* 395.

17. CEDH 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*; 25 janv. 1991, *Moustaquim c. Belgique*.

18. Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.* 224; *Grandes décisions*, 14^e éd., p. 699.

19. CEDH 24 nov. 1994, *Beaumont c. France*.

20. D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, p. 673.

le mode de règlement des requêtes dont il est saisi en fonction de leur degré de difficulté²¹. Il en résulte que, dans la période récente, le nombre d'affaires réglées par les formations de jugement supérieures (Assemblée, Section, Sous-sections réunies) est nettement moindre que celui des affaires tranchées par les sous-sections jugeant seules²². Qui plus est, il y a également un nombre élevé d'affaires faisant l'objet d'ordonnances émanant respectivement du juge des référés, du président de la Section du contentieux au titre du règlement des conflits de compétence internes à la juridiction administrative ou des présidents de sous-section pour les litiges les plus simples²³.

Le Gisti a vu la plupart de ses requêtes examinées à un niveau supérieur. Mis à part le cas des référés réglés par ordonnance, le plus souvent après instruction, qui sont au nombre de sept, les autres requêtes du Gisti ont été examinées par les sous-sections réunies (81) par la Section du contentieux en formation de jugement (3) et par l'Assemblée du contentieux (3).

On a là un premier indice du caractère sélectif des actions contentieuses engagées par le Gisti.

2. Un deuxième indice est fourni par le degré de satisfaction atteint.

La détermination du taux de satisfaction d'un requérant est délicate à faire sur un plan méthodologique. La satisfaction doit-elle s'apprécier par rapport à la décision administrative initiale en se plaçant au point de vue de la partie privée, ou par référence aux conclusions dont le requérant saisit le Conseil d'État, ce qui aboutit à des situations très diverses selon que le Conseil statue en premier ressort, comme juge d'appel ou en cassation. L'issue d'un litige est variable : annulation totale ou partielle, rejet, désistement, non-lieu, issue non encore déterminée en cas de renvoi à une autre juridiction ou de décision avant dire droit. La portée d'un désistement diffère en fonction de ses raisons : renoncement à une contestation trop hâtive ou satisfaction obtenue entre-temps. Le non-lieu traduit une satisfaction indirectement obtenue lorsqu'il est justifié par le retrait de l'acte en cours d'instance. Mais il peut tirer son origine de circonstances défavorables au demandeur (loi de validation).

Les études sur le degré de satisfaction des requérants doivent donc être interprétées avec prudence. À titre indicatif, dans le contentieux de l'excès de pouvoir porté devant le Conseil d'État au cours de l'année judiciaire 1965-1966, le pourcentage

21. B. Genevois, « Comment tranche-t-on au Conseil d'État? », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'office du juge*, Éd. du Sénat, p. 296.

22. En 2006, 3 370 affaires ont été réglées par les sous-sections jugeant seules, contre 1 564 en sous-sections réunies, 41 par la Section et 15 par l'Assemblée. En 2007, 3 623 affaires ont été réglées par les sous-sections jugeant seules, contre 1 537 en sous-sections réunies, 27 par la section et 8 par l'Assemblée (rapport public 2008, p. 27).

23. En 2007, il y a eu 423 ordonnances du juge des référés du Conseil d'État (1 203 ordonnances du président de la section du contentieux au titre du règlement des questions de compétence internes à la juridiction administrative et 3 105 ordonnances des présidents de sous-section sur le fondement de l'art. R. 122-12 CJA – rapport public 2008, p. 27).

d'annulation (total ou partiel) était de 32,1 % et celui des rejets de 67,9 % une fois écartés les désistements et les non-lieux²⁴.

Nous avons le sentiment que le taux de satisfaction a dû plutôt se réduire avec l'accroissement du nombre des requêtes sur la longue période.

Pour sa part, le Gisti se distingue. Il a obtenu 45 annulations totales et 5 annulations partielles, soit un taux de satisfaction moyen de l'ordre de 50 %, dont bien des avocats aux Conseils aimeraient pouvoir se targuer.

3. Enfin, et c'est un troisième indice de succès, le Gisti est à l'origine d'un nombre élevé de *décisions qui ont fait jurisprudence*.

Par décision faisant jurisprudence, il faut entendre celles qui sont publiées au *Recueil des arrêts du Conseil d'État* ou mentionnées aux tables analytiques de ce Recueil, appelé *Recueil Lebon*, du nom d'un de ses fondateurs²⁵.

Il n'est pas inutile d'indiquer le mode de sélection des arrêts. Les décisions rendues par l'Assemblée du contentieux et par la Section du contentieux sont, en raison de leur importance, publiées au *Recueil*, sauf de très rares exceptions²⁶. Pour les affaires délibérées par les sous-sections réunies, leur publication ou leur mention au *Recueil* est décidée par le président de la formation de jugement (président de la Section du contentieux ou l'un des trois présidents adjoints). En cas de doute sur l'intérêt ou l'opportunité d'un fichage, la décision est prise lors de la réunion hebdomadaire du président de la Section et des présidents adjoints, appelée « Troïka²⁷ ». La sélection opérée est stricte.

A donc toute sa valeur le fait que dans les deux tiers des cas, (64 en nombre), un arrêt rendu sur pourvoi du Gisti a été soit publié au *Recueil*, soit mentionné aux *Tables* de celui-ci.

À cela s'ajoute la présence parmi *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, ouvrage dans lequel un auteur²⁸ voyait l'équivalent pour la jurisprudence, du « Gault et Millau », de deux arrêts rendus sur requête du Gisti²⁹.

Tous ces éléments plaident en faveur de l'action du Gisti. Ils illustrent aussi

24. V. le séminaire dirigé à l'École nationale d'administration par le professeur R. Drago (*EDCE* 1967, p. 156 et 157).

25. Il y a publication au *Recueil* pour les arrêts classés en A et mention aux *Tables* pour les arrêts classés en B. V., C. Maugué et J.-H. Stahl, « Sur la sélection des arrêts au Recueil Lebon », *RFDA* 1998. 768.

26. Ne figure pas au *Lebon*, l'arrêt de section du 25 juin 1993, *Haddad* (req. n° 97127) par lequel le Conseil d'État s'est posé comme règle de conduite de s'abstenir d'évoquer après cassation d'une décision d'une juridiction ordinaire infligeant une sanction disciplinaire. En outre, certaines des décisions rendues par l'Assemblée à propos de l'élection des représentants au Parlement européen sur le fondement de l'art. 25 de la loi n° 77-729 du 7 juill. 1977, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-327 du 11 avr. 2003, n'ont pas été publiées, faute de revêtir un intérêt juridique suffisant.

27. V., D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 83.

28. V., N. Kada, « Les grands arrêts et le droit administratif », *AJDA* 2008. 2098.

29. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 632 ; CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Grands arrêts*, 16^e éd., p. 705.

l'efficacité de la juridiction administrative. Le recours pour excès de pouvoir est un bon instrument pour une action collective à la française. En outre, la loi du 30 juin 2000 sur le référé a permis de rendre plus effective l'intervention du juge administratif.

Je ne puis cependant arrêter mon propos sur cette vision optimiste. Il m'est difficile de laisser sans réponse les interrogations critiques formulées par Danièle Lochak.

III. L'ACTION DU GISTI SE HEURTE ENCORE À DES LIMITES

Si le Gisti, comme nous venons de le voir, a su tirer parti de la juridiction administrative, il a été confronté à l'instar d'autres justiciables, aux limites que rencontre l'intervention du juge administratif. Ces limites sont de deux ordres : les unes sont propres au juge ; les autres lui sont extérieures.

A. LES LIMITES PROPRES AU JUGE

L'interrogation peut ici porter sur deux points qui se situent sur des registres bien différents. D'une part, on peut nourrir encore des critiques à l'égard du fonctionnement matériel de la justice administrative, en dépit des efforts accomplis pour l'améliorer à la suite d'un article célèbre du professeur Jean Rivero³⁰. D'autre part, la pertinence de certaines jurisprudences du Conseil d'État peut donner lieu à débat.

1. *Sur un plan matériel*, le Gisti, a pu se heurter à certains dysfonctionnements de la juridiction administrative.

Je n'ai pas fait procéder à une étude précise de la durée des instances engagées par le Gisti. J'ai le sentiment que cette durée est supérieure à la durée moyenne des litiges soumis au Conseil d'État.

En 2007, la durée moyenne d'une instance, calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires réglées par ordonnance du président de la Section du contentieux a été de onze mois³¹.

L'arrêt du 8 décembre 1978, dont nous fêtons le trentième anniversaire, a été rendu dans un délai de moins d'un an, décompté à partir de la date d'introduction de la requête ; le décret dont il a prononcé l'annulation avait été pris le 10 novembre 1977.

Mais cet exemple est resté isolé. La durée moyenne d'examen des requêtes du Gisti est sensiblement plus longue, ne serait-ce qu'en raison de leur sérieux. Cette

30. J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962. Chron. 37 ; *Pages de Doctrine*, t. II, LGDJ, 1980, p. 329.

31. V. rapport public 2008, p. 23.

caractéristique conduit à ce que, une fois effectuée une instruction écrite contradictoire, la requête fasse l'objet de l'ensemble des examens individuels et collégiaux propres aux litiges soumis aux sous-sections réunies, à la Section ou à l'Assemblée du contentieux. L'abondance des moyens invoqués est en lui-même un facteur objectif d'alourdissement de la procédure.

Dans la mesure où le Gisti conteste le plus souvent la légalité d'actes réglementaires, on pourrait penser que lorsqu'il obtient gain de cause, le caractère rétroactif de l'annulation, en garantissant au bout du compte l'efficacité. Mais cet élément doit être relativisé en raison de la mutabilité du droit applicable aux étrangers. On ne peut exclure que l'annulation de l'acte réglementaire attaqué intervienne à un moment où la législation a été modifiée.

J'ai relevé avec un fort sentiment d'insatisfaction un cas extrême tout à fait anormal. Il s'agit de la contestation par le Gisti devant le tribunal administratif de Paris de la décision du ministre de l'Intérieur du 22 septembre 1998 lui ayant refusé l'accès aux zones d'attente. Le Gisti s'est mépris sur les règles de répartition de compétence au sein de la juridiction administrative³². De son côté, le président du tribunal administratif de Paris a tardé à faire usage des dispositions du Code de justice administrative lui donnant compétence pour transmettre le dossier au Conseil d'État. Il ne l'a fait qu'en 2003, tant et si bien que l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte attaqué a été prononcée par un arrêt du 28 décembre 2005. Il faut souhaiter que de tels dysfonctionnements ne se renouvellent pas.

2. Sur le plan juridique et sans entrer dans le détail des analyses faites par Danièle Lochak³³, on peut nourrir légitimement des interrogations sur certaines solutions jurisprudentielles.

Il s'agit avant tout d'abord de l'application aux circulaires ministérielles de la technique dite du « retrait de venin ». Elle consiste pour le juge à reconnaître la légalité d'un texte moyennant son interprétation dans un sens restrictif. Elle est au nombre des règles d'interprétation des lois et règlements appliquées classiquement. Le président R. Odent en a souligné les mérites : « L'administration y gagne puisque son action n'est pas censurée ; mais elle sait comment dorénavant se comporter pour éviter une annulation. De leur côté, ni la légalité, ni les administrés n'y perdent puisque la mesure ainsi interprétée ne pourra recevoir qu'une application légale³⁴. »

La façon de procéder du juge administratif français n'est que l'illustration d'une démarche adoptée par nombre de juridictions appelées à pratiquer un contrôle de légalité. On songe d'abord au cas du Conseil constitutionnel³⁵. Mais, le droit

32. Un acte administratif dont le champ d'application excède le ressort d'un tribunal administratif relève de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État.

33. V., D. Lochak, *supra* note 20.

34. R. Odent, *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz 2007, t. I, p. 37.

35. Cons. const. 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Rec. Cons. const.* 58 ; Cons. const. 30 janv. 1968, n° 68-35 DC, *Rec. Cons. const.* 19.

comparé fournit de nombreux autres exemples : Cour suprême des États-Unis³⁶; Cour de justice des Communautés européennes³⁷; Cour constitutionnelle italienne³⁸; Tribunal constitutionnel polonais³⁹; Cour constitutionnelle belge⁴⁰.

Tous ces éléments plaident en faveur de la jurisprudence sur « le retrait de venin ». Mais encore faut-il que les autorités publiques se conforment à la chose jugée. Tel est le cas lors de l'élaboration d'un décret en Conseil d'État pris pour l'application d'une disposition législative ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. La situation est plus problématique s'agissant des autorités locales destinataires d'une circulaire ministérielle ayant fait l'objet d'un « retrait de venin ». Dans cette dernière hypothèse, le respect de la légalité serait assuré avec plus de certitude par une censure que par une réserve d'interprétation.

L'autre jurisprudence sur laquelle on peut avoir des hésitations est celle qui pose qu'en principe il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier la conventionnalité de la loi⁴¹. La jurisprudence a précisé que cette limitation ne joue pas si l'inconventionnalité a été au préalable constatée par une autre juridiction⁴². Même avec ce tempérament, une telle jurisprudence prête le flanc à la critique dans la mesure où elle ajoute aux termes du Code de justice administrative et n'est pas en harmonie avec les positions prises par la Cour de justice des Communautés européennes⁴³. À l'expérience, le Conseil d'État pourrait redéfinir l'office du juge des référés en matière de contrôle de conventionnalité.

Aux limites propres au juge, qui sont susceptibles d'évoluer s'ajoutent des limites qui lui sont extérieures.

B. LES LIMITES EXTÉRIEURES

Des contraintes externes pèsent sur l'action du juge administratif et peuvent en conséquence réduire l'efficacité de son intervention. Ces limites se manifestent essentiellement de deux façons : d'une part, le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution ; d'autre part, l'action du Conseil d'État est tribu-

36. Cour suprême 1937, *National Labour Relation Board*, in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, p. 467.

37. CJCE 12 nov. 1969 (*Gaz. Pal.* 1970. 1. 68); 13 déc. 1983, aff. 218/82, *Rec. CJCE* 4063.

38. Cour const. italienne, arrêt n° 559 du 12 déc. 1990.

39. Trib. const. polonais 4 déc. 2001, in P. Bon et D. Maus (dir.), *Grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, p. 781.

40. Cour const. belge, arrêt n° 118 du 19 sept. 2007.

41. CE 30 déc. 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire c. Carminati*, *Lebon* 510.

42. CE, Ord., 21 oct. 2005, *Association Aides*, *Lebon* 438; CE, Ord., 9 déc. 2005, *Allouache*, *Lebon* 562.

43. V., T.-X. Girardot, « Le retour à la loi écran devant le juge des référés », *AJDA* 2006. 1875; R. Abraham, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 1; C. Groulier « Contrôle de conventionnalité de la loi et juge des référés », *AJDA* 2007. 1274.

taire de celle de la Cour de justice lorsqu'est en cause le respect des droits fondamentaux par le droit communautaire dérivé.

1. Nous avons déjà eu l'occasion d'analyser *le refus du Conseil d'État de contrôler la constitutionnalité des lois*⁴⁴. Sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ce refus était davantage justifié en opportunité qu'en droit strict⁴⁵. Sous l'empire des Constitutions de 1946 et 1958, le refus repose sur une interprétation fidèle de la volonté du pouvoir constituant. C'est ce qu'exprime en particulier un arrêt du 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard* : « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application. »

Une telle jurisprudence a été opposée au Gisti comme à l'ensemble des justiciables.

Cet état du droit est en passe d'être modifié à la suite de l'introduction dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 d'un article 61-1 aux termes duquel : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » Il est spécifié qu'une loi organique détermine les conditions d'application de l'article 61-1.

Contrairement à ce qui a parfois été dit par commodité de langage, il n'y a pas là un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité, comparable à l'exception d'illégalité d'un règlement. On est en présence d'une procédure de renvoi préjudiciel. Dans cette procédure, le Conseil constitutionnel conserve le monopole de la déclaration de non-conformité à la Constitution d'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Le Conseil d'État et la Cour de cassation jouent un rôle de filtrage.

Ainsi que l'indique sans ambiguïté l'article 46 de la loi constitutionnelle, ce nouveau dispositif entrera en vigueur dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à son application. Au jour du trentième anniversaire de l'arrêt *Gisti* du 8 décembre 1978, la question préjudicielle de constitutionnalité n'est donc pas encore une réalité. Mais une chose est certaine, le moment venu, le Gisti ne manquera pas de mettre en œuvre la nouvelle procédure.

44. B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000. 715 ; « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 31.

45. CE, Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi, Lebon* 966 ; D. 1938. 3. 1, concl. R. Latournerie, note J. Mestre.

2. Une autre limite soulève des questions plus délicates encore. Elle concerne le *contrôle de la conformité aux droits fondamentaux du droit communautaire dérivé*.

Le droit communautaire tel qu'il est interprété par la Cour de justice emporte trois conséquences : sa primauté sur l'ordre juridique des États membres de la Communauté ; la soumission du droit dérivé au droit communautaire originaire lequel englobe le respect des principes généraux de l'ordre juridique communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme ; le monopole de la Cour de justice pour déclarer invalide, soit par la voie de l'action, soit sur renvoi préjudiciel d'une juridiction d'un État membre, un acte de droit dérivé⁴⁶.

Le Conseil d'État, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur les actes réglementaires de transposition d'une directive ainsi que sur la conventionnalité d'une loi de transposition, a cherché, par des décisions récentes⁴⁷ à promouvoir un contrôle *effectif* du respect des droits fondamentaux par la directive à transposer.

À cet effet, il exerce directement un contrôle au regard des principes propres à la Constitution française. Si les principes en cause ont leur équivalent dans le droit communautaire originaire, le Conseil d'État écartera le moyen pris de sa violation en l'absence de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire, il saisira à titre préjudiciel, la Cour de justice. Dans ce schéma, la responsabilité finale incombe à la Cour de Luxembourg.

Significative et à certains égards préoccupante, est la position adoptée par elle lorsqu'elle a statué sur le recours du Parlement européen dirigé contre la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

La directive permet aux États d'exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas « dépasser deux ans » avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Une telle durée avait été regardée comme contraire au principe constitutionnel du droit à une vie familiale normale par l'assemblée générale du Conseil d'État⁴⁸. Elle n'avait été admise par le Conseil constitutionnel qu'au prix d'une réserve d'interprétation spécifiant que la procédure de regroupement pouvait être engagée avant l'expiration du délai de deux ans⁴⁹.

L'arrêt rendu par la Cour de justice sur le recours du Parlement européen est quelque peu en retrait⁵⁰. Même si la directive n° 2003/86/CE autorise les États à maintenir ou à adopter des dispositions plus favorables, le droit au regroupement familial se trouve fragilisé.

46. CJCE 22 oct. 1987, *Foto Frost*, Lebon 4099.

47. CE, Ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine*, Lebon 56, concl. M. Guyomar ; *Grands arrêts*, 16^e éd, p. 934 ; CE, Sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux*, RFDA 2008. 575, concl. M. Guyomar.

48. AG (Section de l'intérieur) 24 et 27 mai 1993, n° 354453, EDCE n° 45, p. 146.

49. V. le considérant n° 71 de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec. Cons. const.* 224 ; *Grandes décisions*, 14^e éd., p. 699.

50. CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil*, AJDA 2006. 2205, note L. Burgorgue-Larsen ; *RTD eur.* 2006. 673, note B. Masson.

Des réflexions analogues viennent à l'esprit s'agissant de la directive relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, qui vient d'être adoptée⁵¹.

Dans un tel contexte, l'action du Gisti devrait pour être pleinement efficace, dépasser le cadre national.

*
* *

En conclusion, on se bornera à mettre l'accent sur quelques traits essentiels.

Le Gisti s'il peut être rangé parmi les requérants d'habitude, ne reproduit nullement les travers de certains d'entre eux. Il est avant tout un familier de la juridiction administrative.

L'action menée par lui au cours des trente dernières années illustre de façon positive le parti qu'un groupement avisé peut tirer du recours pour excès de pouvoir à l'effet de faire respecter le principe de légalité.

Les contraintes et limites auxquelles l'action conduite par le Gisti a pu se heurter tendent à s'estomper. Certaines limites ont pu être surmontées grâce à l'institution par la loi du 30 juin 2000 de procédures de référé efficaces. D'autres sont en passe de l'être comme c'est le cas pour l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois.

L'émergence de ce dernier, conjuguée, avec la montée en puissance des juridictions supranationales (Cour de Luxembourg, Cour de Strasbourg) donnent à penser que le Gisti, à l'instar du juge administratif lui-même, devra de plus en plus situer son action dans un univers juridique multipolaire.

Enfin, comment ne pas relever que l'action du Gisti a fait des émules dans des domaines autres que le droit des étrangers. On songe en particulier au droit pénitentiaire et aux actions engagées par la Section française de l'Observatoire international des prisons⁵². Dans un cas comme dans l'autre une action collective à la française permet à un groupement de faire sortir de zones de non-droit des catégories de personnes. Il faut, pensons-nous, s'en féliciter.

51. Dir. n° 2008/115/CE du 16 déc. 2008 (*JOUE* 24 déc. 2008).

52. V. CE, Sect., 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, *AJDA* 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber; *Dr. adm.* janv. 2009, n° 10, note F. Melleray; *D.* 2009. 134, note M. Herzog-Evans.

Deuxième partie

**Du contentieux
comme stratégie
aux stratégies contentieuses**

Quelle place faut-il accorder à l'arme contentieuse dans les luttes politiques et sociales ? Jusqu'à quel point peut-on compter sur le droit et sur le recours au juge pour garantir les droits déjà conquis et promouvoir de nouveaux droits ? La question s'est posée de longue date aux syndicats, comme le rappelle opportunément Jérôme Pélisse, qui fournit ainsi un point de comparaison utile pour apprécier l'originalité des actions menées sur le terrain de l'immigration.

L'arme contentieuse peut être utilisée comme une arme politique dans la mesure où faire constater par un juge l'illégalité des actes de l'exécutif est une façon de démontrer le bien-fondé des critiques adressées à la politique gouvernementale. Mais son efficacité est moindre lorsqu'elle est utilisée seule, *a fortiori* dans un contexte globalement défavorable à la cause que l'on défend. D'où l'intérêt de combiner l'arme politique et l'arme contentieuse, comme le Gisti s'est notamment efforcé de le faire dans sa lutte – qui n'est pas encore terminée – contre les discriminations fondées sur la nationalité (Serge Slama).

Choix stratégiques, choix tactiques : les défenseurs de la cause des étrangers ont fait preuve depuis plus de trente ans d'une inventivité juridique sans cesse renouvelée, utilisant toutes les ressources de la procédure, mobilisant les conventions internationales, saisissant des instances de plus en plus diversifiées – la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes, le Comité des droits économiques et sociaux, la Halde, la Défenseure des enfants – pour tenter, parfois avec succès, parfois sans, de contester les textes attentatoires aux droits des étrangers et de faire cesser les pratiques administratives illégales ou, à défaut, en obtenir réparation. La protection sociale apparaît comme le terrain d'expérimentation par excellence de ces nouvelles stratégies (Adeline Toullier), tandis que la communautarisation de la politique d'immigration et d'asile incite à se tourner vers la Cour de justice des Communautés européennes pour assurer la protection des droits des étrangers, ce qui ne va pas sans obstacles (Claire Rodier).

Dans ce domaine, les avocats sont souvent en première ligne. Nous avons donc donné la parole à trois avocats qui ont des liens anciens avec le Gisti : Gérard Tcholakian, Didier Liger et Jean-Éric Malabre, afin qu'ils nous fassent part de leur expérience.

Regard comparatif : l'expérience syndicale

Jérôme Pélisse¹

*Maître de conférences en sociologie à l'Université de Reims,
chercheur à l'IDHE-Cachan*

Le Gisti entretient, et a peut-être surtout entretenu, des relations fortes et de proximité avec les syndicats ouvriers. Les premiers grands arrêts *Gisti* montrent à quel point les syndicats ont été des alliés essentiels dans ces premières années, notamment en s'associant ou même en portant les affaires montées par l'association auprès des juridictions. Certes, c'est aussi parce qu'ils n'ont pas été réellement soutenus par ces syndicats – et notamment leur secteur « migrant », aussi bien à la CGT qu'à la CFDT – que les jeunes énarques à l'initiative de l'association ont fondé le Gisti². Mais dès le début, des contacts ont été pris et des réflexions communes ont été menées sur la manière dont le droit syndical et le droit du travail pouvaient constituer des ressources utiles pour faire reculer le « non-droit » qui caractérisait alors, pour ces fondateurs, la situation des étrangers en France, d'ailleurs toujours considérés, alors, comme des *travailleurs* immigrés.

Il ne s'agit pourtant pas, dans cette contribution, de retracer ces liens, ni même d'évoquer l'activisme, notamment juridique et judiciaire, des syndicats à destination des travailleurs étrangers et immigrés. Si c'est un récit qui structurera le propos, ce n'est pas de cette histoire qu'il s'agit, mais, plus largement, de celle des relations entre le mouvement syndical, le droit et l'institution judiciaire. Il ne sera donc pas

1. Reprenant une contribution publiée en 2007 (J. Pélisse, « Les usages syndicaux du droit et de la justice », in J. Commaille, M. Kaluzynski [dir.], *La fonction politique de la justice*, La Découverte, coll. « Recherche ») les expériences syndicales des usages et rapports au droit et à la justice présentées ici s'appuient sur diverses études proposées par des historiens et des sociologues à propos des transformations du droit du travail, du fonctionnement des prud'hommes, des activités des services juridiques développés par les syndicats, des inspecteurs du travail. Notre thèse de sociologie menée autour de la mise en œuvre des 35 heures entre 1998 et 2004 (*À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, thèse de sociologie, CEE-LATTS-Université Marne-la-Vallée, 2004) constitue également une source de première main.

2. Comme le rappelle un des fondateurs du Gisti : v. L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale du Gisti », *Politix* 2003, n° 62, vol. 16.

question des étrangers, et encore moins du Gisti. Mais il s'agira de s'interroger sur la place du droit et de la justice dans les luttes sociales, en proposant un regard au cœur, on l'espère, des mécanismes sociologiques, juridiques et politiques qui fondent aussi les particularités de l'action du Gisti dans le domaine des étrangers : l'usage du droit et le recours à l'institution judiciaire pour transformer des statuts, améliorer des conditions de travail et de vie, étendre les garanties du droit et promouvoir de nouveaux droits.

L'histoire de ces expériences syndicales du droit et de la justice peut en effet se présenter comme celle d'un passage de la question du recours ou non au droit dans les luttes à celle des stratégies juridiques et judiciaires employées par les syndicats dans ces luttes. C'est ainsi que se structurera ce récit, débouchant finalement sur la question de la juridicisation et/ou judiciarisation qui serait caractéristique de la situation actuelle. En tentant d'y voir plus clair en la matière, on pourra ainsi préciser quelques-uns des intérêts mais aussi quelques-unes des limites qui marquent le recours au droit et à la justice, dont le Gisti, plus encore que les organisations syndicales, a fait l'une de ses armes privilégiées.

I. UN RAPPORT INAUGURAL OU POURQUOI JUSTICE ET DROIT DU TRAVAIL N'ONT PAS TOUJOURS FAIT BON MÉNAGE

Sous ce titre provocateur, se tient une thèse iconoclaste principalement avancée par Alain Cottereau qui étudie depuis plus de vingt ans les archives prud'homales et l'invention du droit du travail.

A. PRUD'HOMMES ET MOUVEMENT OUVRIER : DES RAPPORTS STRUCTURANTS

Archétype judiciaire pour les syndicats, bien que soutenus par les patrons à leur naissance, les prud'hommes inventés dès 1806 constituent une institution judiciaire originale : paritaires dès 1848, d'accès facile et modique, comportant une phase de conciliation puis de jugement devant des sections professionnelles spécialisées, ils contribuent à résoudre les conflits, discipliner et stabiliser la main-d'œuvre mais aussi réguler la concurrence. Selon N. Olzak, « l'origine historique de l'attachement du mouvement ouvrier à la prud'homie pourrait ainsi se trouver dans le fait que celle-ci a joué un rôle structurant pour celui-là, tout en permettant de développer le modèle d'une autre Justice, en apparaissant comme un élément déstructurant du système judiciaire³ ». De fait, les élections prud'homales et l'apparition de cette figure qu'est le conseiller prud'homme, jugeant en équité plus qu'appliquant le droit, ont contribué à l'émergence et à l'organisation du mouvement ouvrier.

3. N. Olzak, « Les conseils de prud'hommes : un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier ? », *Le Mouvement social* 1987, n° 141, p. 101-120.

Au XIX^e siècle, l'une des fonctions de cette institution singulière est ainsi, comme l'a montré A. Cottereau⁴, de légitimer, ou au contraire, de rendre illégitimes certaines règles patronales ou ouvrières (car ceux-ci parvenaient aussi à instituer des règles – tarifs minimums, horaires de travail, définition des tâches, etc.). C'est tout l'intérêt de la phase de conciliation, largement dominante jusqu'aux années 1950. Défendre son « bon droit » n'avait donc pas qu'une dimension individuelle. « Vider les querelles » et « faire un précédent » à partir d'usages et de coutumes, construisaient de « quasi législations locales » auxquelles se conformaient ouvriers et patrons. De plus, les ouvriers ont développé très tôt des pratiques collectives (jonctions de plaintes individuelles par exemple) qui pouvaient s'avérer payantes⁵. Au final, cette institution a « saturé institutionnellement l'émergence des relations professionnelles en France, influençant profondément les structures de mobilisation des travailleurs [...]. Le langage et les tactiques des premières organisations ouvrières, conditionnés en partie par l'accès à cette juridiction spécifique, ont pris un tournant judiciaire centré sur le respect des obligations contractuelles, la recherche de l'équité et l'application des droits⁶ ».

B. L'INVENTION D'UN DROIT DU TRAVAIL AMBIVALENT

« De la justice, pas du droit ! » C'est ainsi que N. Olzak résume alors l'intérêt des prud'hommes pour les syndicats ouvriers, qui opposent « la primauté du fait – plus tard, à la CFDT, on parlera de “réalités vécues” – à l'abstraction des règles juridiques ». Ce régime particulier de légalité – qu'A. Cottereau désigne comme celui du « bon droit »⁷ – est bousculé par l'invention progressive d'un droit du travail formalisé, inventé par l'État et des juristes qui en font un objet de doctrine, puis une discipline académique à part entière (la législation industrielle puis le droit du travail).

Comme l'a magistralement analysé A. Supiot, le droit du travail rompt en effet sur deux plans avec la doctrine civiliste. La première rupture apparaît avec le principe de protection, inauguré en 1841 avec la loi limitant la durée du travail journalière des enfants. La prolétarianisation et la surexploitation en vigueur dans les industries nouvelles font apparaître les principes juridiques d'égalité et de responsabilité qui règlent les relations de travail « comme de monstrueuses fictions juridiques⁸ », nécessitant l'invention de ces protections légales pour assurer la sécurité physique des travailleurs. Une seconde dimension s'invente ensuite, s'appuyant sur les syndicats, en passant par « les voies du collectif » pour faire pièce à l'asymétrie du contrat

4. A. Cottereau, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales, 1806-1866 », *Le Mouvement social* 1987, n° 141.

5. P. Couton, « A Labor of Law : Courts and the Mobilization of French Workers », *Politics and Society* 2004, vol. 32, n° 3, p. 327-365.

6. *Ibid.*

7. « Droit et “bon droit”, un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail », *Annales ESC* 2002, n° 6.

8. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

de travail et aux apories de la soumission volontaire. Et il n'est pas anodin que la consécration juridique de cette voie, par la loi sur les conventions collectives de 1919, soit suivie l'année suivante de la reconnaissance législative de la pleine et entière capacité du syndicat à agir en justice pour la défense des intérêts de la profession⁹. Se substitue progressivement à un droit reposant sur « l'échange » contractuel et la « négociation » individuelle, un droit protecteur et collectif, résultat de projets réformateurs, de débats doctrinaux et parlementaires souvent forts longs, mais aussi de négociations et de luttes sociales nombreuses.

Cette histoire présente néanmoins une autre face qui contribue à la disciplinarisation du travail. Car ce qui justifie cette protection légale réside dans la reconnaissance de la *subordination*, transcrite notamment dans des règlements d'atelier. Comme le montre Cottureau, un renversement de jurisprudence de la Cour de cassation, à l'occasion d'une affaire en 1866, consacra ceux-ci comme « des conventions librement formées » et marqua un tournant capital dans l'histoire des prud'hommes¹⁰. Il signifiait la fin de soixante années d'autonomie judiciaire qui se déroulaient avec le consentement des milieux industriels concernés. L'employeur devint alors le seul juge des règles de la relation de travail, en ce qui concerne du moins les règlements intérieurs et les droits de sanction des ouvriers. Ce renversement prépara aussi « la voie à la création du concept de subordination juridique en droit civil [proposé par E. Glasson en 1886], alors que les législateurs et les tribunaux, durant des décennies, avaient opiniâtement refusé de restaurer une notion qui leur paraissait incompatible avec l'authentique droit civil, car liée à l'ancien pouvoir domestique des supérieurs sur les inférieurs¹¹ ». Après la loi sur la légalisation des syndicats en 1884, qui vise aussi à contrôler les ouvriers ou du moins à cantonner leurs représentants dans des espaces délimités et encadrés¹², celles qui portent sur les licenciements en 1890 et surtout sur les accidents du travail en 1898 généralisent le « schéma d'équité de la servitude, fondé sur l'échange dissymétrique asservissement – protection¹³ ». Et si « ce principe est [aussi] retenu par la jurisprudence pour éviter que trop de travailleurs ne profitent des lois sociales protectrices¹⁴ », il contribue à substituer « à la conception bilatérale du pouvoir comme relation négociée, l'idée de commandement et de gouvernement exclusif de l'entreprise¹⁵ ».

Ce changement de culture normative est donc placé sous le signe d'une *rationnalisation* qui affecte un droit légiféré de plus en plus formel, mais aussi les juridictions

9. C. Didry, *Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20^e siècle*, Éd. de l'EHESS, 2002.

10. A. Cottureau, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail... », préc.

11. A. Cottureau, « Droit et "bon droit"... », préc.

12. D. Barbet, « Retour sur la loi de 1884. La production des frontières du syndical et du politique », *Genèses* 1991, n° 3, p. 5-30.

13. A. Cottureau, préc.

14. O. Tholozan, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

15. A. Cottureau, préc.

du travail, avec la soumission progressive, à la fin du XIX^e siècle, des conseils de prud'hommes au contrôle de la Cour de cassation. En absence de conciliation et d'acceptation du jugement par les deux parties, légalité positive et légalité judiciaire doivent désormais coïncider au détriment des usages et du « bon droit ».

C. LA DIFFICILE ACCEPTATION DU DROIT DU TRAVAIL PAR LES SYNDICATS

Le mouvement ouvrier n'est pas insensible à cette évolution. Au sein des prud'hommes d'abord, et souvent avec l'appui des patrons qui y siégeaient, loin d'être tous favorables à cette logique de subordination qui renforce aussi l'esprit de classe. Une véritable guérilla semble avoir eu lieu durant plusieurs décennies entre prud'hommes et Cour de cassation, autour des règlements d'atelier ou du délai-congé. Mais aussi au sein des premiers syndicats, où l'État – et donc l'un de ses piliers les plus remarquables, le droit – ont été considérés comme au service exclusif du patronat, et à ce titre à détruire par la grève générale. Le discours de la CGT à l'égard de l'inspection du travail est un signe parmi d'autres de cette conception. Elle fait de cette institution d'État un « non lieu », et de l'inspecteur une « figure douteuse », condamnée pour son incompétence technique, sociale et morale, à la différence des conseillers prud'hommes, à qui des projets syndicaux proposeront dans les années 1880 de transférer les missions d'inspection¹⁶.

Le droit du travail est donc ambivalent et ambigu. Mais la méfiance dont il fait l'objet est relative. Le pragmatisme des anarcho-syndicalistes devenus syndicalistes révolutionnaires les pousse à accepter, voire même à revendiquer le développement d'une législation ouvrière. Participer à la production même des lois devient objet d'attention, au sein d'instances (Société d'études législatives, Conseil supérieur du travail, ou, dans les années 1920 et 1930, Conseil national économique), où les savants sont progressivement remplacés par des syndicalistes à qui s'ouvrent de nouveaux répertoires et de nouvelles arènes pour l'action collective¹⁷. L'inspection du travail en est une pour faire appliquer localement le droit et l'évolution est sensible dans le discours de la CGT, qui cherche finalement à syndiquer les inspecteurs eux-mêmes et à en faire les « auxiliaires de l'organisation syndicale¹⁸ ». Si l'État constitue toujours une cible centrale des grévistes, il ne s'agit pas tant de l'abattre que d'en solliciter l'intervention et l'arbitrage.

16. P. Ariès, « Inspection du travail et inspection ouvrière dans le discours de la CGT, de la genèse de l'institution à l'entre-deux-guerres », *Droit et Société* 1996, n° 33.

17. F. Soubiran, « De la société d'études législatives au Conseil national économique : production savante ou production par des acteurs collectifs du droit du travail ? », in J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, op. cit.

18. P. Ariès, préc.

II. UNE RELATION CONJUGALE ? LES ÉTAPES D'UN SYNDICALISME JURIDIQUE

En retraçant rapidement les étapes d'un syndicalisme juridique qui s'institutionnalise après la Seconde Guerre mondiale, on peut en effet souligner comment se substituent à la question du recours ou non au droit dans la lutte syndicale des interrogations stratégiques quant au type de luttes juridiques et de contentieux qu'ils peuvent mener. Non pas que l'ambivalence du droit du travail ne soit pas constamment soulignée par les syndicalistes. Des débats permanents ont ainsi lieu à propos de ce que produit le déplacement d'un conflit sur le terrain judiciaire¹⁹. La division du travail et la coupure entre profanes et professionnels du droit posent question, voire créent des tensions, selon les types d'investissement – militants ou savants – dont le droit du travail fait l'objet²⁰. Le responsable du secteur juridique de la CGT ne rappelle-t-il pas, aujourd'hui encore, les préventions encore vivaces qui feraient du droit « un palliatif à l'action syndicale », ou du militant juriste un acteur compromis « avec l'ordre établi puisqu'il s'efforce d'en comprendre et d'en utiliser les règles » ?²¹ Il n'en reste pas moins que les prud'hommes et le registre du et des droits saturent institutionnellement les formes syndicales, comme l'incarne l'histoire, esquissée par L. Willemez, des « tournants juridiques » des deux principaux syndicats français²².

À la fin des années 1940 et dans les années 1950, au moment où le droit du travail se consolide à travers des revues, des cours et une législation qui, à la suite du Front populaire voire du corporatisme vichyssois, développe les voies du collectif (loi créant les comités d'entreprise en 1945, visant à développer la négociation des conventions collectives en 1950, etc.), l'action juridique des syndicats s'institutionnalise. Principalement à travers la diffusion d'une presse juridique à la CGT, dans une logique de défense individuelle et collective, et dans une optique plus réformatrice à la CFTC, notamment au sein du groupe prônant la déconfessionnalisation du syndicat. Après avoir créé un service juridique confédéral en 1951, intégré dans le secteur revendicatif en 1959, le syndicat chrétien envisage lors de son congrès en 1963 de « mener des luttes juridiques, c'est-à-dire des actions destinées à promouvoir un changement du droit, se déroulant sur le terrain même du droit, et s'appuyant sur une recherche proprement juridique ».

Un second tournant a lieu dans les années 1970, dans la ligne de ces préconisations, au moment même où le droit du travail étend ses garanties et où les représen-

19. F. Soubiran, *Le recours à la justice dans les conflits du travail : histoire d'un détour (l'exemple de l'automobile)*, multig., CESDIP, 1987.

20. H. Michel et L. Willemez, « Investissements savants et investissements militants du droit du travail : syndicalistes et avocats travaillistes dans la défense des salariés », in P. Hamman, J.-M. Méon, B. Verrier (dir.), *Discours savant, discours militant : mélange des genres*, L'Harmattan, 2002.

21. P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », *Le Peuple* juin 2006, n° 1631.

22. L. Willemez, « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés Contemporaines* 2003, n° 52.

tants syndicaux obtiennent enfin une reconnaissance légale dans les entreprises. Alors que les confédérations syndicales (y compris la CGT) signent avec le patronat plusieurs grands accords interprofessionnels ou sectoriels, la CFDT s'investit sur le terrain judiciaire et plus spécialement devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, jugée plus progressiste que la chambre sociale. Il s'agit de défendre ses délégués syndicaux, encore très souvent licenciés abusivement, et de faire appliquer les droits des travailleurs, mais aussi de faire surgir des droits nouveaux. La pénalisation du droit du travail qui s'ensuit, appuyée par des « juges rouges » et une Cour plutôt favorable aux propositions jurisprudentielles des syndicats, offre une série de victoires, qui accompagnent aussi celle, partielle mais bien réelle, que les syndicats obtiennent lors de la réforme des prud'hommes, menacés dans les années 1970 et consacrés en 1979²³. L'augmentation importante des demandes devant cette juridiction à la fin des années 1970 et les stratégies jurisprudentielles visant à faire préciser les conditions individuelles et collectives de licenciement montrent une fois de plus l'investissement constant des syndicats dans une stratégie judiciaire, en particulier « dans les temps où la droite est au pouvoir » pour reprendre le titre d'un article paru en 1978 dans la toute nouvelle revue juridique de la CFDT²⁴. Car ces années sont aussi celles d'une politisation du droit et d'un usage offensif des registres juridiques et des enceintes judiciaires par de nombreux mouvements sociaux... dont le Gisti est un exemple²⁵.

Les années 1980 et 1990 sont marquées par une double évolution, liée d'abord à l'arrivée de gouvernements de gauche et aux alternances politiques qui ont pour conséquence un « *stop and go* » législatif qui rend de plus en plus complexe le droit du travail. Alors que les syndicats espéraient beaucoup de la loi (notamment des lois Auroux en 1982) pour faire avancer les revendications des salariés – en termes de citoyenneté et de démocratie dans le travail et pas seulement de progrès social ou économique –, mais sont déçus par les réalisations, certains d'entre eux, et en particulier la CFDT, se tournent dans les années 1990 vers une stratégie de création autonome du droit, *via* la négociation collective. Il ne s'agit plus de légiférer, et moins de judiciariser les rapports sociaux que de les juridiciser par une pratique renouvelée de la négociation collective. Celle-ci est accompagnée par l'État qui ne cesse de vouloir développer, depuis les mêmes lois Auroux de 1982, un dialogue social créateur de normes, en « libérant » de plus en plus la négociation *via* la multiplication des dérogations permettant de contourner le principe de faveur²⁶. L'architecture des lois de réduction du temps de travail en 1998 et 2000 est un symbole

23. J.-P. Bonaffé-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Le mouvement social* 1987, n° 141 ; H. Michel et L. Willemez (dir.), *Les prud'hommes en politique : actualité d'une justice bicentenaire*, Éd. du croquant, 2008.

24. Cité par L. Willemez, « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés Contemporaines* 2003, n° 52.

25. L. Israël, préc.

26. Le principe de faveur désigne la hiérarchie juridique des normes du travail qui, à partir de la loi conçue comme un minimum, fait primer l'intérêt des salariés à mesure que les textes de niveau inférieur (décret, conventions collectives, accords d'entreprise) la complètent ou la déclinent.

de cette évolution, et leur mise en œuvre, bien plus négociée qu'imposée, un accélérateur puissant de la juridicisation de l'action syndicale au quotidien²⁷.

Les transformations du rapport à l'État et de l'action publique elle-même, qui recourt de plus en plus au dialogue social et à une négociation centrée sur les règles, incitent donc aussi, sinon imposent aux syndicats de se saisir du droit. Les règles de représentativité n'ayant pas évolué, les nouvelles organisations sont tout autant entraînées sur ce terrain juridique et judiciaire, ne serait-ce que pour contrer la concurrence syndicale ou faire reconnaître leur existence, au point de sophistiquer leurs usages du droit et d'en devenir des virtuoses, à l'image de certains syndicats comme SUD²⁸. « Le discours juridique tend à devenir une des manières légitime de faire de la politique, au même titre que d'autres discours d'experts », et c'est aussi pour cela que les syndicalistes se voient obligés de « faire du juridique » selon H. Michel et L. Willemez²⁹. Mais « faire du juridique » conduit-il à judiciariser les relations de travail ? Cette question conduit à examiner quelques usages contemporains du droit et de la justice du travail... et leurs limites.

III. JUDICIARISATION OU JURIDICISATION DES RELATIONS DE TRAVAIL ?

En effet, la judiciarisation des relations de travail – entendue comme un recours accru au tribunal – est un processus clairement contredit par les statistiques. Il n'en reste pas moins que les syndicats ont sophistiqué leurs usages du droit et des enceintes judiciaires, non sans limites ou paradoxes.

A. JUDICIARISATION ? UN PHÉNOMÈNE NON CONFIRMÉ ET UN DISCOURS INTÉRESSÉ

Comme le démontrent les travaux de E. Serverin et B. Munoz-Perez, entre 1993 et 2007, le nombre de conciliations mais aussi et surtout de demandes aux prud'hommes ont baissé significativement, de presque 12 % au fond à 22,8 % en référé³⁰. Certes, les procédures s'allongent en raison de la hausse des taux d'appel dont sont frappées les décisions prud'homales. Mais la propension au procès prud'homal décline significativement³¹. N'assisterait-on pas cependant à une aug-

27. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, thèse de sociologie, CEE-LATTS-Université Mame-la-Vallée, 2004.

28. J.-M. Denis, « Les syndicalistes de SUD-PTT : des entrepreneurs de morale ? », *Sociologie du travail* 2003, n° 3, vol. 45.

29. H. Michel et L. Willemez, « Investissements savants et investissements militants du droit du travail... », préc.

30. B. Munoz-Perez et E. Serverin, « Le droit du travail en perspective contentieuse de 1993 à 2003 », Rapport du ministère de la Justice, 2005, actualisé en 2008.

31. Sur l'usage des statistiques en sociologie du droit, v. J. Mélot et J. Péliasse, « Prendre la mesure du droit : enjeux de l'observation statistique pour la sociologie juridique », *Droit et Société* 2008,

mentation des procédures collectives initiées par les syndicats ? En effet, au-delà de leur présomption de représentativité récemment réformée, le cadre juridique confère aux syndicats une place exceptionnelle dans l'ordre judiciaire³². Les possibilités d'agir collectivement dans l'intérêt du syndicat, dans celui de la profession ou même à la place des salariés sont autant de voies d'actions judiciaires possibles. Mais ces contentieux collectifs, s'ils ont augmenté depuis les années 1970 (d'environ 200 affaires par an à 4 000 aujourd'hui), restent peu utilisés. Et si les syndicats ont acquis une maîtrise certaine des règles qui concernent leurs prérogatives (droit syndical, procédures concernant les plans sociaux ou contestant la légalité des accords collectifs), d'autres contentieux sont encore rares (requalification de CDD en CDI par exemple), ou quasi absents (discrimination ou même action en exécution pour faire appliquer des accords), malgré un arsenal juridique conséquent³³.

La dénonciation d'une judiciarisation des relations de travail n'est donc pas un discours neutre. Les gestionnaires de la justice y ont intérêt pour diminuer la masse des contentieux qu'ils ont à examiner, comme de récentes dispositions y visent dans le domaine du travail³⁴. Cette dénonciation appuie tout un discours économique qui oppose réglementation et accord, droit et incitation ou incertitude intrinsèque de la justice et rationalité économique des entreprises³⁵. Le rapport de Virville publié en 2004 ne vise-t-il pas d'abord à « sécuriser » les décisions des employeurs devant les tribunaux, et la « séparation à l'amiable » négociée par certains partenaires sociaux en 2008 à diminuer la possibilité de saisie des prud'hommes ? Plutôt qu'une augmentation des contentieux, la critique d'une judiciarisation des relations sociales viserait ainsi l'intervention croissante et néfaste des juges sur les normes économiques, à travers la jurisprudence qu'ils contribuent à produire et ses conséquences sur les régulations politiques et sociales. Nul doute que cette source de droit est plus importante aujourd'hui qu'hier, sous l'impulsion en particulier de Philippe Waquet, membre puis doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation entre 1988 et 2002. Mais c'est aussi que les syndicats ont sophistiqué leurs usages du droit et de la justice, tout en cherchant, par des voies contrastées sinon opposées, à re-politiser la légalité et à populariser la recherche de la justice.

n° 69-70. En matière de recours judiciaires ou administratifs par les étrangers, les chiffres ne sont pas connus. Mais, *a contrario*, il est possible qu'ils se soient accrus depuis une quinzaine d'années, en raison notamment de l'action du Gisti mais aussi et surtout d'autres associations de soutien.

32. F. Guiomard, « Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique », *Mouvements* 2003, n° 29.

33. L'arsenal ne suffit pas, ni même son activation par des demandeurs : bien des procès-verbaux dressés par des inspecteurs du travail, comme des plaintes, même soutenues par la Halde, sont classés sans suite.

34. Depuis 2001 une procédure permet à la Cour de cassation de ne pas examiner, sans avoir à motiver sa décision, les pourvois qu'elle estime insuffisamment fondés ; un décret publié le 20 août 2004 impose aussi qu'un pourvoi en cassation dans une affaire prud'homale soit déposé par un avocat au Conseil. Depuis 2004, le nombre de pourvoi a baissé de 40 %, passant de 9 500 à 5 600 environ.

35. A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme : questions de fonctions et de fonctionnement », Working Paper CSDLE Massimo d'Antona, INT 41, 2005.

B. DE QUELQUES USAGES ACTUELS DU DROIT ET DE LA JUSTICE PAR LES SYNDICATS

Certains domaines du droit du travail ont ainsi connu une complexification et une technicisation poussées. Le temps de travail en est peut-être un exemple extrême, tant son régime juridique résulte aujourd'hui d'interventions législatives nombreuses – qui plus est incitant constamment les partenaires sociaux à négocier des dérogations au Code du travail –, de normes issues de la jurisprudence, et de la multiplication des sources de droit (directives de l'Union européenne, jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais aussi et surtout accords de branche ou d'entreprise). Cette sur-réglementation a pourtant paradoxalement contribué à une dérégulation pratique du temps de travail attestée par les inspecteurs du travail chargés de contrôler l'application du droit. Elle a aussi multiplié les contradictions entre les règles et ouvert une sophistication inégalée des usages du droit devant la justice, qu'il s'agisse de contester une partie ou l'autre de la réforme des 35 heures (notamment les forfaits jours instaurés par la loi Aubry II, devant les instances européennes), de relancer l'action contre le régime particulier des équivalences³⁶ ou d'obtenir, avec un certain succès, l'annulation entière ou partielle d'accords RTT³⁷.

L'usage du tribunal comme lieu et forme renouvelés, voire substitutives, de confrontation peut aussi avoir pour objectif de transformer l'image du syndicalisme. Ainsi, à la CGT, la lutte contre les discriminations syndicales ces dernières années passe par un usage novateur du référé, mais contribue aussi à une évolution culturelle du militantisme, qui fait « passer d'une vue "martyrologique", selon laquelle l'entrave à la carrière est une conséquence scandaleuse mais normale de l'engagement syndical, à l'exigence de pouvoir mener de pair une vie professionnelle épanouissante et une activité militante³⁸ ». Du côté de ce syndicat, le développement de l'expertise et l'usage très technique et parfois tous azimuts des textes – qui est un jeu *avec* et pas seulement *dans* la forme du droit³⁹ – semblent aller de pair avec une volonté de populariser et de collectiviser l'action judiciaire comme ressource possible permettant de prolonger ou de mener sur un autre terrain les luttes du travail. En témoignent l'affaire des chômeurs « recalculés » en 2004, qui voit, après des manifestations peu mobilisatrices, l'investissement d'associations, de comités des chômeurs et du service juridique de la CGT, 123 tribunaux de grande instance saisis en trois mois de milliers de demandes, ou celle du CNE (contrat nouvelle

36. V., P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », *Le Peuple* juin 2006, n° 1631.

37. J. Péliste, *À la recherche du temps gagné...*, *op. cit.*

38. En réalité, la répression n'était probablement pas vécue comme « normale » ; par contre, sa dénonciation permettait de cultiver une image de pugnacité nécessaire et contrainte associée à l'action syndicale.

39. P. Lascoumes et J.-P. Le Bouhris, « Des "passe-droits" aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société* 1996, n° 32 ; V. Roussel, « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et Société* 2004, n° 56-57.

embauche), qui a donné lieu à des contestations judiciaires largement médiatisées par les syndicats⁴⁰.

Cet usage simultanément sophistiqué et populaire du droit et de la justice, appuyé d'abord sur la loi et les règles étatiques, se distingue de la stratégie de la CFDT, davantage tournée vers le juridique et la production de normes conventionnelles. Il s'agit aussi de politiser les relations de travail, mais à travers la négociation collective⁴¹. En associant aux 35 heures un objectif affiché de syndicalisation et en encourageant ses équipes à négocier et à signer des accords, la CFDT a visé par exemple autant à étendre les garanties collectives et les droits, mais dans un souci plus institutionnel et moins conflictuel qu'à la CGT. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle use moins du tribunal. Mais elle le fera peut-être sur un registre plus procédural et moins pour des problèmes d'application ou de non-respect du droit étatique, vus comme autant de moyens de négocier.

C. UNE JUDICARISATION ÉGALEMENT SUBIE, ET NON SANS RISQUES

Ces stratégies contrastées ne sont pas sans conséquences, ni sans risques sur le type de droit revendiqué ou l'action syndicale elle-même. En faisant feu de tout bois, la CGT légitime par exemple des conceptions juridiques dont elle était très loin, comme dans l'affaire des recalculés. Demander par voie judiciaire des comptes à l'Unedic induit en effet « une conception contractuelle des relations entre l'Unedic et les demandeurs d'emploi, alors que nous défendions – et défendons toujours – la nature assurantielle des prestations chômage » explique le responsable de son service juridique. « L'idée était à ce point iconoclaste, poursuit-il, que nombre d'excellents avocats, proches de nous, déconseillèrent formellement d'y donner suite. Nous avons cependant décidé d'y aller [...] [assumant] une pluralité d'approches juridiques et [contribuant] à lancer une mobilisation qui a finalement fait passer au second plan l'action judiciaire⁴². » De même, en plaidant les droits de la personne devant les tribunaux pour faire annuler une clause contractuelle de mobilité, en faisant appel au contrat de travail ou en s'appuyant sur le principe civiliste de loyauté de la négociation pour contrer un accord dérogatoire aggravant les conditions de travail, la CGT use de normes et d'une approche individualisantes qu'elle a toujours considérées avec méfiance comme favorables au patronat. Ces usages du tribunal ne sont

40. Alors que le CNE visait à déjudiciariser les ruptures, les syndicats ont pesé aux prud'hommes pour entourer ce contrat d'une insécurité juridique dissuasive pour les employeurs. Mais cette stratégie n'a été qu'un demi-succès : le risque des contentieux était très faible, même si le risque juridique ouvert par ces contentieux était élevé (F. Guiomard et E. Serverin, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT* 2007. 502). De fait, les syndicats ont fait tomber ce contrat par une contestation judiciaire s'appuyant sur les normes internationales, bien plus que par des contentieux massifs.

41. L'idée de politisation renvoie ici moins à l'expression conflictuelle d'intérêts divergents qu'à l'idée d'espace et de bien commun entre salariés et employeurs, atteint par des compromis qui permettraient aux salariés d'intervenir dans la gestion des entreprises, de leur emploi et de leur travail.

42. P. Masson, « Le droit, outil à part entière de l'action... », préc.

donc pas sans risque, même s'ils témoignent d'une inventivité renouvelée qui se manifeste aussi juridiquement dans son projet d'un nouveau statut du travail salarié, aujourd'hui repris par de nombreux acteurs du champ politique.

Du côté de la CFDT, s'engager à produire des droits par la négociation collective n'est pas non plus sans conséquences. L'institutionnalisation pourrait conduire à reléguer à l'arrière-plan des stratégies de rupture, et les actions judiciaires en exécution ne semblent pas plus avoir augmenté que le travail avec des avocats. L'établissement de normes décentralisées conduit en outre à un éclatement guère propice aux revendications interprofessionnelles ou même collectives. Elle ne garantit pas non plus leur application, et peut même en complexifier à l'extrême le contrôle, comme dans le cas du temps de travail⁴³.

Ces risques ne doivent pas enfin conduire à méconnaître que les employeurs ne sont pas les derniers à se saisir du droit ou de la justice. En prônant une négociation collective ouverte et « libérée », véritable cheval de Troie pour transformer le droit du travail en « technique d'organisation de l'entreprise⁴⁴ » passant avant sa dimension protectrice, il s'agit de réduire la place du réglementaire au profit du contractuel. La transformation des relations professionnelles qui en est attendue, à l'image du projet de « refondation sociale » lancée en 2001 ou de ce qui s'est passé à l'occasion de la mise en œuvre des 35 heures, constitue alors une véritable « reconquête patronale des règles⁴⁵ ». Mais il peut s'agir aussi de criminaliser l'action syndicale, et les exemples ne manquent pas de ces attaques, parfois appuyées par les parquets, contre des militants ou des mouvements de grève que l'on demande au juge de qualifier d'illégaux.

*
* *

Le détour par cette analyse historique et sociologique des relations entre droit, institution judiciaire et syndicat, où il n'a pas été question du droit des étrangers – ni de l'usage du premier, ni des soutiens aux seconds –, entend ne pas être qu'exotique dans cet ouvrage. Certes, les échelles historiques ou l'ancrage dans un mouvement social (qui existe bien autour de la condition des étrangers mais sans commune mesure avec celui qui a existé et existe dans le monde du travail autour du syndicalisme) sont bien différents. Mais un regard comparatif entre l'histoire et le positionnement du Gisti et l'expérience syndicale en matière de droit, de justice et de stratégies contentieuses, y compris en plongeant dans ses racines au XIX^e siècle, rappelle quelques évidences.

43. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné*, op. cit.

44. J. Barthélémy, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Éd. Liaisons sociales, 2003.

45. L'expression est de C. Morel (v. *La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Les Éditions d'Organisation, 1981). Sur ce processus analysé aussi comme une « managerialization du droit » qui consiste à mettre les règles de droit au service du management et des valeurs d'efficacité, de compétitivité ou de rationalité, v. J. Péliasse, *À la recherche du temps gagné...*, op. cit.

Celle qui découple droit et justice, qui montre que le registre juridique et l'arme judiciaire ne sont pas toujours les meilleurs moyens d'obtenir justice par exemple. Les manifestations, grèves de la faim, occupations d'églises, et, plus récemment, grève avec occupations des lieux de travail, ne constituent-ils pas des armes efficaces dans la lutte pour l'obtention de droits, ici sous forme de « papiers » ?

L'analyse brièvement exposée des expériences syndicales montre aussi que la juridicisation des relations, autrement dit l'extension du droit comme référence pratique pour les actions, n'est pas le garant de leur judiciarisation, autrement dit de la possibilité, en cas de conflit, d'injustice, d'iniquité, de recourir à un tiers.

Enfin, l'usage stratégique du droit et des arènes judiciaires, mené au nom du droit, n'est pas sans risque, ambivalence ou paradoxe dans le domaine du droit du travail comme dans celui des étrangers. L'un de ceux que révèle l'histoire du Gisti et du droit des étrangers en France, et que l'on retrouve dans le domaine des luttes syndicales et du droit du travail, tient manifestement à ce qu'est le droit, simultanément ressource, contrainte et cadre pour l'action. La dialectique mise en évidence par Liora Israël à propos du Gisti⁴⁶ – celle qui montre comment la contestation du droit des étrangers est allée de pair et a contribué paradoxalement à l'édification de ce droit spécifique, y compris dans ses aspects répressifs – n'est en effet pas sans écho lorsqu'on examine les actions et relations des syndicats au droit et à l'institution judiciaire. Ces jeux devenus très techniques, similaires en droit des étrangers et en droit du travail, entre recours judiciaires, constitution de jurisprudences et nouvelles réglementations prenant la forme de lois, décrets, règlements, circulaires (ou, en droit du travail, accords de branche et d'entreprise), impliquent une inventivité et un renouvellement permanents des techniques juridiques et judiciaires. Et même si l'expertise est loin d'être l'apanage de l'État ou du patronat, c'est un véritable travail de Sisyphe qui s'engage alors entre des acteurs aux ressources inégales, sans pour autant qu'il puisse garantir l'extension des droits, l'amélioration de la condition juridique des salariés ou des étrangers, ou la possibilité de faire appel à un tiers.

C'est pourquoi ce travail nécessaire – celui qui consiste à mobiliser le droit pour le faire appliquer, sinon pour l'améliorer – est indissociable d'un travail politique. Le Gisti en est bien conscient et l'a engagé, par exemple avec fracas en 1997 autour du mot d'ordre de la liberté de circulation. Tout comme il l'engage au jour le jour dans ses actions, qui ne sont pas que des actions en justice, mais aussi des permanences, des publications, ou la participation à des réseaux associatifs et européens qui visent, en réalité, à peser sur les conditions politiques d'exercice *du* et *des* droits.

46. L. Israël, préc.

Délegitimer les discriminations fondées sur la nationalité

Une stratégie politique et contentieuse

Serge Slama

*Maître de conférences en droit public à l'Université Evry-Val-d'Essonne,
CREDOF-Université Paris Ouest - Nanterre La Défense*

Sur la centaine d'arrêts dus à l'action du Gisti de 1974 à 2008, une dizaine seulement font directement application du principe d'égalité ou son *alter ego* le principe de non-discrimination. On peut y ajouter une demi-douzaine de recommandations de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) rendues sur saisine du Gisti.

Et pourtant, comme l'a constaté Danièle Lochak¹, c'est dans l'application de ces principes aux étrangers qu'on constate les « avancées » les plus notables – comparé au droit au séjour, à la protection accordée aux demandeurs d'asile, à l'accroissement des pouvoirs de la police ou de la marge d'appréciation de l'administration des étrangers². En effet, au cours de la décennie écoulée, on constate un recul marqué des droits et emplois fermés aux étrangers (carte famille nombreuse, emplois de la sécurité sociale, de la RATP, d'Air France, etc.) ou des régimes dérogatoires (associations étrangères dès 1981, droit de vote et – dans certains cas – d'éligibilité aux élections professionnelles, publications étrangères, etc.).

Au début de l'année 2009, les sénateurs socialistes ont déposé une proposition de loi visant à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers non européens à l'exercice de certaines professions libérales ou

1. D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, LGDJ, 2009, p. 673-693 ; « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges* (Actes du colloque de Toulon des 8 et 9 nov. 2007), L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 45-61.

2. V., A. Spire, *Reconduire ou accueillir, Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'Agir, 2008.

privées³. Même si cette proposition laisse de côté la question de l'ouverture des emplois de la fonction publique non régaliennne, cette initiative pourrait aboutir à l'ouverture d'un certain nombre de professions ordinales (médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme, pharmacien, vétérinaire, architecte, géomètre expert, expert-comptable). Ce qu'il importe surtout de relever c'est que dans un Sénat dominé par la droite la commission des lois a adopté, le 4 février 2009, cette proposition, le rapporteur soulignant que « l'ambition du texte est d'amorcer une réflexion plus générale sur la pertinence de la condition de nationalité pour l'exercice de certaines professions » et qu'après examen de chaque profession concernée « il est apparu que la condition de nationalité était de moins en moins justifiée et historiquement datée ». L'objectif revendiqué dans la proposition est donc « d'amorcer un processus » afin d'engager la réflexion « sur les principes justifiant l'existence d'emplois fermés ».

Depuis plus de dix-huit mois, le comité consultatif de la Halde mène lui aussi cette réflexion. Lors de son audition par la commission sénatoriale, le président de la Haute autorité, Louis Schweitzer, a annoncé qu'elle devrait rendre publique prochainement la recommandation sur les emplois fermés.

On constate donc qu'il existe désormais un début de consensus politique sur l'idée que pour les emplois relevant du secteur privé et les professions libérales la condition de nationalité ne se justifie plus – et cela d'autant moins que les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen ainsi que les ressortissants de certains pays bénéficiant d'une convention de réciprocité ont d'ores et déjà été admis dans ces professions.

Ce résultat n'était pas acquis d'avance. En effet, en 2000, c'est le Premier ministre socialiste Lionel Jospin qui avait écarté l'idée d'ouverture des emplois soumis à une condition de nationalité. La majorité de la gauche plurielle a aussi contribué en 2002 au maintien d'une législation discriminatoire sur la cristallisation des pensions des anciens combattants.

Le Gisti a sans aucun doute contribué, par ses différentes actions, au processus de délégitimation qui a permis d'aboutir à cette remise en cause de l'existence des droits et emplois fermés. Conformément à ses modes d'action habituels⁴, le Gisti a réussi, en mêlant actions politiques et médiatiques, analyses scientifiques et recours juridiques, à créer un phénomène de remise en cause du critère de nationalité dès lors qu'il est appliqué en dehors de la stricte sphère régaliennne de l'État et qu'il n'a pas de « justification objective et rationnelle ».

3. Proposition de loi déposée par Mme Bariza Khiari et a., *Doc. Sénat* n° 176 (2008-2009), 21 janv. 2009.

4. V., A. Marek, « Le Gisti ou l'expertise militante : une analyse du répertoire d'action de l'association », Institut d'études politiques de Paris, 2001 ; L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* 2003, n° 62 ou encore la récente thèse de L. Kwarar, *Defining Legal Frontiers : Immigrant Rights Adjudication in France and the United States*, New York University (Institute for Law & Society), janv. 2009.

L'association de la villa Marcès n'a évidemment pas agi seule. Groupe ressource, elle a été l'aiguillon d'actions collectives avec d'autres organisations (comme la Ligue des droits de l'homme, le MRAP, SOS Racisme ou encore certains syndicats ou partis politiques)⁵, fidèle en cela au credo du Gisti depuis sa naissance en 1972, résumé dans le *Petit livre juridique des travailleurs immigrés* : « Nous pensons que le droit n'est pas une "panacée" mais qu'il est une arme parmi d'autres. Sans illusion sur la portée des armes juridiques [...], nous pensons qu'il faut utiliser les ressources du droit pour en tirer, dans chaque cas, l'avantage "maximal". Cependant, des actions "cas par cas" sont sans portée si elles ne s'insèrent pas dans une lutte collective⁶. »

Dans le cadre de ce colloque, d'autres illustrations ont été données de ce mode d'action spécifique au Gisti, que ce soit dans le domaine de la protection sociale⁷ ou des politiques européennes d'asile et d'immigration⁸, dont les initiatives autour de la situation des étrangers outre-mer – et plus particulièrement, aujourd'hui, à Mayotte – fournissent encore un exemple.

Sous l'influence notamment du Gisti, aussi bien par son action de groupe ressource que par ses recours devant le Conseil d'État, on a donc assisté à une remise en cause de la légitimité du critère de nationalité appliqué aux ressortissants des pays tiers (I). Cette remise en cause a contribué, de manière corrélative, à l'évolution de la définition des principes d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence à la réduction des différences de traitement entre Français et étrangers et donc du périmètre des droits et emplois fermés (II).

I. UN TRAVAIL DE SAPE DE LA LÉGITIMITÉ DU CRITÈRE DE NATIONALITÉ

Depuis le début des années 1990, des rapports publics et des études ont remis en cause l'existence d'un secteur fermé aux étrangers aussi étendu⁹. Mais ces rapports n'ont alors pas – ou très peu – été suivis d'effets. Peut-être fallait-il d'abord que l'intégration des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique non régalienne adoptée en 1991 et dans la majeure partie des professions réglementées

5. Le parallèle avec les modes d'action du GIP (Groupe information prisons) fondé par Foucault a parfois été fait : v. P. Artières, « 1972 : naissance de l'intellectuel spécifique », *Plein droit* mars 2002, n° 53-54 (accessible sur le site du Gisti).

6. *Plein droit* n° 53-54, « Immigration : trente ans de combat par le droit », mars 2002 (également sur le site du Gisti).

7. V. les contributions de P. Mony, *supra*, p. 39 et d'A. Toullier, *supra*, p. 139.

8. V. la contribution de C. Rodier, *infra*, p. 165.

9. V. not. le rapport « Marchand » sur « L'intégration des immigrés », *Doc. AN* n° 1348, 11 mai 1990 et le Rapport du Conseil national des populations immigrées, « Égalité des droits », rédigé par Danièle Lochak en 1991. En 1988, Danièle Lochak avait consacré une importante étude au *Jurisclasseur droit international* sur la « Condition des étrangers. Droits publics ». Fasc. 525-A, recensant les droits et emplois fermés aux étrangers et les fondements de ces exclusions. Cette étude a été actualisée par nos soins en 2008.

puisse entrer dans les faits et contribuer à démontrer que la présence d'étrangers en leur sein n'avait rien de problématique ? La réflexion sur la question va être relancée, à partir de 1997, au sein du Gisti qui va développer une stratégie de remise en cause des emplois fermés (B). Le terrain a été aussi préparé par la publication d'un certain nombre de rapports et d'études faisant l'inventaire des droits et emplois fermés et remettant en cause leur légitimité (A).

A. UNE DÉLÉGITIMATION PRÉPARÉE PAR L'ACCUMULATION DE RAPPORTS ET D'ÉTUDES

1. Rapide panorama des droits et emplois fermés

Le panorama est connu. À l'aube du XXI^e siècle, près de 6,3 millions d'emplois étaient fermés aux étrangers non ressortissants des pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Au total cela représente près du tiers de l'emploi salarié.

Les trois fonctions publiques (étatique, hospitalière et territoriale) représentent le plus gros contingent de ces emplois avec environ 5,2 millions. Seuls les emplois publics de non-titulaires dans l'administration (contractuels, auxiliaires, etc.), de médecins contractuels des hôpitaux, les emplois précaires aidés et les emplois d'enseignants titulaires dans l'enseignement supérieur et la recherche sont accessibles aux étrangers des pays tiers.

	Estimation
Fonctions publiques (emplois statutaires)	5 200 000
Entreprises publiques à statut	400 000
Salariés du secteur privé (dont sécurité sociale)	200 000
Professions libérales	300 000
Autres professions indépendantes	200 000
Total	6 300 000

Source : *Les dossiers de CERC-Associations*, n° 3, mars 1999, note de synthèse.

Depuis 1991, la plupart des emplois publics ont été ouverts aux ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, puisqu'on estime à moins de 800 000 les emplois strictement réservés aux Français. Ces emplois « de l'administration publique », selon le sens donné à cette notion par la Cour de justice des Communautés européennes en 1980, sont pour l'essentiel les postes de la fonction

publique dite régaliennne (armée, police, justice, impôt) ou impliquant des activités comme l'élaboration ou le contrôle des actes juridiques¹⁰.

En outre, dans le secteur privé, une cinquantaine de professions font l'objet de restrictions explicites liées à la nationalité (ce qui représente 615 000 emplois) ou à la détention de diplômes (ce qui représente 625 000 emplois). Certaines professions sont également soumises à des restrictions moins directes, soumettant leur exercice par des étrangers à des quotas (sportifs, marins ou personnel d'industrie travaillant pour la défense nationale), ou à un contrôle particulier de l'administration (journalistes par exemple).

2. La prise de conscience de l'effet de contagion des discriminations inscrites dans la loi sur les discriminations illégales (1997-2000)

En juillet 1997, la Commission nationale consultative des droits de l'homme recommande de réaliser « un inventaire exhaustif » des discriminations frappant les étrangers. En 1998, la ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Martine Aubry décide d'entreprendre cet inventaire. Elle annonce qu'il « sera procédé à une analyse exhaustive des différentes professions dont l'exercice est interdit, en droit, aux étrangers [...]. À l'issue de cette analyse, le gouvernement envisagera la suppression des discriminations qui n'ont plus aucune signification ».

La Direction des populations et des migrations passe alors un appel d'offres à cet effet – mais en le limitant au seul secteur privé. Réalisé par le cabinet Bernard Brunhes Consultants, ce rapport conclut au caractère non justifiable de la condition de nationalité pour la plupart de ces emplois. Il apparaît également que les représentants des professions concernées n'ont, à de très rares exceptions près, émis aucune objection à la suppression de ces restrictions¹¹.

C'est alors que le CERC-Association, élargissant le champ d'investigation à l'ensemble des emplois fermés, réalise une mise en perspective historique de ces « discriminations légales » dans l'accès à l'emploi et un état des lieux des dispositions légales soumettant les emplois à une condition de nationalité. Ce rapport évalue, pour la première fois, leur importance quantitative et leurs effets de légitimation sur le développement des discriminations illégales. Il préconise de supprimer les discriminations « légales » non justifiées et d'aligner la situation des étrangers des pays tiers sur celle des ressortissants européens, que ce soit dans le secteur public ou privé¹².

10. La loi du 26 juill. 1991 réserve aux nationaux les seuls emplois « dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques » (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 5 bis).

11. « Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers », Rapport à la DPM-Ministère des Affaires sociales, nov. 1999, 2 vol. Ce rapport est disponible sur le site du Gisti.

12. « Immigration, emploi et chômage. Un état des lieux empirique et théorique », *Dossiers de CERC-Association* mars 1999, n° 3, chap. IV. V. sur ce rapport, préparé par Antoine Math et Alexis Spire, la page du *Monde* du 21 avr. 1999 « L'emploi des étrangers se heurte à des "discriminations légales

À son tour, le Groupe d'étude sur les discriminations¹³ met en place un groupe de travail sur les emplois fermés, auquel le Gisti prêtera son concours. Il aboutit à la même conclusion que les rapports précédents, à savoir la nécessité de supprimer les emplois fermés non justifiés par l'exercice de prérogatives régaliennes. Ce rapport insiste par ailleurs sur les effets de contagion des dispositions légales et réglementaires excluant les étrangers de certains emplois sur les pratiques de discrimination raciale d'autres secteurs : « L'existence massive d'emplois fermés aux étrangers pèse plus qu'on ne l'a estimé jusqu'à aujourd'hui sur les processus d'intégration et interroge directement l'efficacité des initiatives de lutte contre les discriminations », remarque-t-il. Ainsi « l'ouverture des emplois fermés aux étrangers contribuerait à clarifier la limite entre le légal et l'illégal et donc à réaffirmer l'illégalité de toute discrimination fondée sur l'origine. Elle participerait du nécessaire engagement des pouvoirs publics pour contrarier les processus d'institutionnalisation des logiques discriminatoires¹⁴ ».

À la suite de cette note, Martine Aubry s'était engagée « à réfléchir aux évolutions statutaires nécessaires pour permettre une égalité d'accès ». La thématique va ensuite être évoquée dans la majeure partie des rapports et des études sur les discriminations ethniques et raciales¹⁵. En mai 2000, plusieurs députés déposent – en vain – une proposition de loi visant à permettre l'accès des ressortissants étrangers non communautaires à la fonction publique non régalienne¹⁶.

Mais, en mai 2000, dans le cadre des Assises de la citoyenneté, le Premier ministre Lionel Jospin se dit partisan d'« assouplir » l'accès des jeunes étrangers à la citoyenneté française plutôt que d'ouvrir les emplois fermés, bloquant ainsi une évolution bien entamée – sans du reste que des mesures concrètes soient prises dans le sens préconisé en matière d'accès à la nationalité.

Les années 1997-2000 ont pourtant constitué, comme l'analyse Didier Fassin, une période « d'invention » de la discrimination¹⁷, c'est-à-dire un moment impor-

injustifiées" » et l'entretien de Danièle Lochak, comme professeur de droit public et présidente du Gisti : « Comment l'État pourrait-il bannir la discrimination dans le privé, alors qu'il donne le mauvais exemple ? »

13. Créé en 1999, le GED deviendra en oct. 2000, après les Assises de la citoyenneté, le Groupe d'études et de lutte contre les discriminations (GELD) avant d'être absorbé dans la Halde, lors de sa création en 2005.

14. « Une forme méconnue de discrimination, les emplois fermés aux étrangers : secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques », note n° 1, mars 2000.

15. V. en particulier les travaux de M. Viprey « L'insertion des jeunes d'origine étrangère », *Étude du Conseil économique et social*, Éd. des journaux officiels, n° 2002-12 ; « Positions et actions syndicales face aux discriminations raciales », *Documents de travail de l'IRES*, n° 00.01, sept. 2000. V. aussi notre étude « Discriminations » au *Dictionnaire permanent droit des étrangers* (Éditions législatives) qui comprend un chapitre entier sur les droits et emplois fermés aux étrangers.

16. *Doc. AN*, n° 2431, 30 mai 2000.

17. D. Fassin, « L'invention de la discrimination », *RF sc. pol.* août 2002, vol. 52, n° 4, p. 403. V. aussi le rapport essentiel de J.-M. Belorgey, « Lutter contre les discriminations », *Rapport à Madame la ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, mars 1999, publié aux éditions de la MSH, 2001. C'est dans ce rapport qu'apparaît pour la première fois la proposition de créer une autorité indépendante de lutte contre toutes les discriminations.

tant du processus de reconnaissance du phénomène discriminatoire dans l'espace public et de légitimité à la combattre avec la création d'organismes spécifiquement chargés de cette lutte.

B. L'ACTION DU GISTI : FAIRE ÉMERGER LA THÉMATIQUE DANS L'ESPACE PUBLIC ET COMBATTRE SES FONDEMENTS PAR LE DROIT

Pendant toute cette période le Gisti ne s'est pas tant comporté comme un groupe de pression – mode d'action qui n'appartient pas à sa « culture » – que comme un groupe ressource, produisant des connaissances et diffusant ses analyses afin de faire émerger cette thématique dans l'espace public¹⁸.

1. Le combat contre les discriminations : un axe fort de l'action du Gisti

Dans le bilan d'activité 2001 du Gisti est annoncée la création d'un « groupe discriminations », avec pour objectif « de mener une réflexion et des actions sur les discriminations institutionnelles (c'est-à-dire trouvant leur source ou émanant de l'appareil étatique au sens large) frappant les étrangers, qu'il s'agisse de discriminations fondées sur la nationalité, directement ou indirectement (régularité du séjour, durée de résidence, domiciliation, etc.) ou sur un critère d'altérité autre (diplôme étranger par exemple)¹⁹ ».

Ce groupe va procéder à un recensement exhaustif – et fastidieux – des textes fondant l'exclusion des étrangers de certains droits ou emplois ou imposant d'autres restrictions indirectes (condition de réciprocité, de diplôme, de maîtrise de la langue, de résidence, de durée ou de type de carte de séjour, etc.). Ainsi, par exemple, aucun texte légal ou réglementaire ne prévoit la condition de nationalité pour exercer la profession de débitant de tabac. Après bien des recherches, on a découvert qu'il s'agit en réalité d'une pratique de l'administration fiscale, sur la base d'instructions internes, justifiée par le fait que les débiteurs perçoivent des recettes parafiscales et ont un monopole de la distribution du tabac. De même pour les emplois de la sécurité sociale, seules deux lettres circulaires n° 79-373 du 19 octobre

La thématique des emplois fermés comme vecteur de légitimation des discriminations est en revanche superbement ignorée par le rapport du Haut conseil de l'intégration *Lutter contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, La Documentation française, 1998.

18. On peut faire là encore le rapprochement avec les principes de fonctionnement du GIP, tels que les rapporte Audrey Kiefer : « un principe d'information nourri d'un travail critique et un principe de diffusion qui met en lumière un travail de rupture ». V., A. Kiefer, « Le groupe d'information sur les prisons (4), les modalités d'action », *Blog détention et rétention carcérales*, janv. 2009 [http://detentions.wordpress.com].

19. Avant même la création du groupe le numéro de *Plein droit*, la revue du Gisti : « ... Inégaux en dignité et en droits », avr. 1999, n° 41-42, avec notamment l'article « Sept millions d'emplois interdits » par A. Math et A. Spire, p. 3 ; « Médecins à diplôme étranger. Les responsabilités sans le statut » par C. Wolmark (articles accessibles sur le site du Gisti), « Consensus politique sur la santé » par A. Math et A. Toullier ou encore « La charge de la preuve dans le cas de discriminations : Les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers » par M.-T. Lanquetin.

1979 et n° 1293 du 16 octobre 1980 relatives à l'embauche de personnel étranger dans les organismes de sécurité sociale prévoyaient que certains emplois étaient soumis à une condition de nationalité (agent de direction, agents comptables, agents de contrôle et ingénieurs). En théorie, seuls 3 000 emplois étaient formellement concernés, mais, en pratique, par effet de contagion et d'assimilation des caisses à des administrations, la quasi-totalité des 180 000 emplois de la Sécurité sociale étaient concernés²⁰.

Comment faire pour lutter juridiquement contre de telles pratiques informelles ? Organiser des tests de situation pour poursuivre les responsables de caisses de sécurité sociale pour discrimination illégale ? Saisir les juridictions administratives ? Mais de quel texte ? Faire dire au Conseil d'État que les deux lettres circulaires n'impliquent pas l'exclusion des étrangers des pays tiers de l'ensemble des emplois des caisses de sécurité sociale ?

Autre illustration : la carte « famille nombreuse » de la SNCF. Aucun rapport ni étude n'avait identifié le fondement juridique de cette condition de nationalité. La consultation d'un formulaire de demande de la carte trouvé dans un guichet de la SNCF faisait apparaître une curieuse liste de pays ressemblant à... la France coloniale, plus les ressortissants communautaires²¹. Les recherches sur *Légifrance* ont permis de retrouver l'article 8 de la loi du 29 octobre 1921 relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général créant cette « carte d'identité » pour les familles nombreuses et les militaires invalides. Cette loi avait été ensuite modifiée par un acte dit « loi » du 24 décembre 1940 qui, conformément à son idéologie, développa les réductions pour les familles et les anciens combattants. Mais Vichy n'avait pas posé la condition de nationalité. Elle existait déjà ! Par la suite, la loi de 1921 fut « déclassée », conformément à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution (décret du 3 novembre 1961) et modifiée en 1980.

Restait à découvrir comment avait été introduite la condition de nationalité. Après quelques journées dans les sous-sols poussiéreux de la bibliothèque Cujas, nous avons mis la main sur la réponse à une question parlementaire qui donne la solution de l'énigme : il s'agissait de l'article 44 de la loi budgétaire du 22 mars 1924. La carte « famille nombreuse » de la SNCF créée en 1921 a été réservée aux « seuls citoyens français et originaires des colonies ou des pays du protectorat » dans le cadre d'un plan d'économies du gouvernement Poincaré consécutif à une crise financière.

Sur la base de l'inventaire précis et à peu près exhaustif des droits et emplois fermés, le Gisti a alors décidé d'écrire une « lettre ouverte » au Premier ministre lui demandant d'abroger la cinquantaine de textes fondant la condition de nationalité lorsqu'ils relèvent du décret et de déposer au Parlement un projet de loi lorsqu'ils relèvent de la loi. L'argumentation juridique développée est la suivante : – le pouvoir réglementaire n'a pas compétence pour poser une condition de nationalité dans

20. Rapport CERC-Association, *op. cit.*, p. 100.

21. Pour se conformer à l'arrêt de la Cour : CJCE 30 sept. 1975, *Cristini c. France*, aff. 32-75.

l'accès à un droit ou un emploi lorsqu'elle n'est pas prévue par la loi. L'ensemble des textes réglementaires ne découlant pas de la loi sont donc illégaux car contraires à l'article 34 de la Constitution ; – dès lors qu'aucun motif objectif et raisonnable ne vient justifier l'exclusion des étrangers, les textes légaux énumérés sont contraires à l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques et à l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 1^{er} du premier protocole ou l'article 8.

2. La « Lettre ouverte » au Premier ministre

En avril 2001 une trentaine d'organisations sollicitées par le Gisti²² adressent au Premier ministre la lettre ouverte lui demandant de supprimer la condition de nationalité dans l'accès aux droits et emplois des secteurs privé et public, invoquant la possibilité de recours juridiques pour certains d'entre eux.

Peu après, Elisabeth Guigou, nouvelle ministre des Affaires sociales, annonce la création de groupes de travail sur ces questions. Le Gisti saisit alors la ministre d'un courrier lui demandant de prendre les mesures nécessaires afin d'ouvrir les emplois des organismes de sécurité sociale à tous les étrangers. Dans une lettre du 30 juillet 2001, la ministre reconnaît que « le maintien de la clause de nationalité française pour les personnels de sécurité sociale n'a plus de raison d'être » et abroge par une circulaire du 22 octobre 2001 les précédentes consignes ministérielles qui réservaient aux seuls nationaux les emplois impliquant une gestion directe ou effective du service public de la protection sociale²³.

À la même époque, un groupe de travail au sein du ministère des Transports (dont le domaine de compétence représente environ 400 000 emplois fermés : EDF-GDF, RATP, SNCF, Air France, France Télécom, Aéroports de Paris, etc.), aboutit à une remise en cause très ponctuelle des emplois fermés, compte tenu de la réticence des syndicats à toucher aux statuts. Néanmoins, en décembre 2002, le conseil d'administration de la RATP supprime l'article 9 du statut du personnel de 1950 posant une condition de nationalité, disposition qui avait déjà été modifiée une première fois pour permettre l'intégration des ressortissants de l'Union européenne.

En ce qui concerne la carte « famille nombreuse », le ministre des Transports, saisi par le Premier ministre de la demande d'abrogation des textes relevant de son secteur, répondit au Gisti le 2 mai 2002 qu'il « pourrait être envisagé d'aborder l'ensemble de ces questions dans le cadre d'un travail de refonte plus général du dispositif des tarifs sociaux ». Il n'en fut rien alors que la réflexion aurait pu être rapidement menée dans la mesure où rien ne justifiait objectivement et raisonnablement le maintien de cette condition de nationalité héritée de l'ère coloniale.

La voie politique étant manifestement bouchée, restait donc la voie judiciaire pour obtenir l'abrogation de la condition de nationalité.

22. LDH, Cimade, MRAP, SOS Racisme, Fasti, Sud Rail, Sud PTT, LCR, Les Verts, Association des travailleurs maghrébins en France, Syndicat de la magistrature, Emmaüs, etc.

23. Circ. DSS/4 B n° 2001-514, 22 oct. 2001 : BOMES n° 44, 29 oct.-4 nov. 2001.

Dans des conclusions sur un arrêt *Gisti* moins célèbre que d'autres, sans doute parce qu'il porte sur l'accès aux prêts agricoles²⁴, Terry Olson raille gentiment la démarche du Gisti :

« Comme on le sait, le Gisti fait depuis plusieurs années déjà un travail assez systématique d'identification des dispositifs réglementaires supposés traiter les étrangers moins favorablement que les nationaux et assimilés. Dès qu'il en tient un, si l'on peut dire, il forme devant l'autorité compétente une demande d'abrogation dans la logique de votre décision d'assemblée du 3 février 1989 Compagnie Alitalia [...]. Lorsque cette demande d'abrogation est rejetée, le Gisti saisit tout aussi systématiquement le juge de l'excès de pouvoir.

Ce scénario a été en l'espèce respecté. Le Gisti a relevé qu'en matière d'aide à l'installation en agriculture le bénéfice de plusieurs dispositifs figurant dans le code rural était réservé aux nationaux et assimilés. [...]»²⁵.

Au départ telle n'était d'ailleurs pas la stratégie définie par le Gisti. L'idée était, à partir de la demande d'abrogation de l'ensemble des droits et emplois fermés, d'isoler ceux relevant du domaine réglementaire et de déférer le refus implicite d'abrogation au Conseil d'État. Consultée sur ce projet de recours, Claire Waquet²⁶ a fait remarquer, compte tenu de la disparité des régimes juridiques et des objets, qu'il était plus opportun de faire une demande d'abrogation suivie d'un recours pour chacun des textes critiqués.

Dès lors la tâche devenait immense et largement au-dessus des forces du Gisti – dont l'activité contentieuse repose essentiellement sur le militantisme et le bénévolat de ses membres. Et comment, de surcroît, s'attaquer aux exclusions posées par la loi comme celle de 1924 pour la carte famille nombreuse ?

Mais, comme l'a rappelé Philippe Waquet, une des spécificités de la démarche du Gisti depuis sa création n'est-elle pas de mettre l'imagination juridique au service de la cause des étrangers²⁷ ? En l'espèce l'enjeu était de contribuer, par le droit et les

24. Cet arrêt *Gisti* est toutefois un arrêt de principe sur la question de l'abrogation en cours d'instance de dispositions ayant fait l'objet de la demande d'abrogation et leur remplacement par de nouvelles dispositions reprenant la même condition. Le Conseil d'État était en effet saisi par le Gisti de la légalité du refus implicite du... 10 janv. 2002 du Premier ministre d'abroger des dispositions du Code rural. Néanmoins, entre-temps, elles ont été abrogées et reprises pour certains d'entre elles dans d'autres dispositions du Code rural dans sa rédaction issue du décret n° 2004-1308 du 26 nov. 2004. La jurisprudence du Conseil d'État n'envisageait pas expressément ce cas (v. CE 30 déc. 2002, *Confédération nationale des Syndicats dentaires*, *Lebon T.* 609) – ce qui vaut à cet arrêt d'être publié aux tables du *Recueil Lebon*, dans l'*AJDA* et la *RFDA*.

25. Concl. T. Olson sur CE 24 janv. 2007, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés*, n° 243976, aux *Tables*.

26. Philippe Waquet a été associé dès le départ à l'activité contentieuse du Gisti (v. sa contribution et celle de L. Israël, *supra*, p. 9 et p. 15). Par la suite, le cabinet Waquet a, pendant une très longue période, et bénévolement, assuré le suivi d'un grand nombre d'affaires portées par le Gisti devant le Conseil d'État.

27. V. sa contribution à cet ouvrage, *infra*, p. 15, ainsi que son entretien avec Liora Israël, « Philippe Waquet, au cœur de la "fabrique du droit" », *Plein droit* oct. 2008, n° 78, p. 49. V. aussi notre billet : « À la redécouverte du premier arrêt "Gisti" (CE, Ass., 23 juill. 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*) », *Combats pour les droits de l'homme*, 14 nov. 2008 [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2008/11/>].

recours contentieux, à réduire au coup par coup le périmètre réservé aux nationaux et aux Européens. Le travail de sape des bases juridiques des droits et emplois fermés finirait bien par déstabiliser l'édifice et créer un phénomène de délégitimation.

II. UNE CONTRIBUTION À LA RÉDUCTION DU PÉRIMÈTRE DES DROITS ET EMPLOIS FERMÉS AUX ÉTRANGERS PAR L'ACTION JURIDIQUE

Comme le note Danièle Lochak, depuis l'arrêt *Ville de Paris c. Lévy* en 1989, le Conseil d'État fait prévaloir « une conception nettement plus exigeante qu'auparavant du principe d'égalité, considérant comme a priori "suspectes", au sens où la Cour suprême des États-Unis utilise ce terme, les distinctions fondées sur la nationalité, en dehors bien sûr de celles qui ont trait au séjour ou aux droits politiques²⁸ ».

Il nous semble qu'au prisme des « arrêts Gisti », dont le point culminant est l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, on peut voir apparaître une évolution sensible de l'appréhension du principe d'égalité par le Conseil d'État (A). Cette conception moins rigide, influencée par le principe de non-discrimination issu de la jurisprudence des cours suprêmes anglo-saxonnes, de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme, permet de mesurer des effets concrets sur l'ouverture de droits et emplois (B).

A. L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ AU PRISME DES ARRÊTS « GISTI »

Comme l'explique Ferdinand Mélin-Soucramanien, l'égalité se décompose en deux branches. D'une part, une égalité « indéterminée » c'est-à-dire le principe d'égalité classique, ou encore la conception formelle « à la française » de l'égalité ; celui-ci ne bénéficiait jusqu'à une période récente que d'un « faible degré de protection ». D'autre part, l'égalité « déterminée » – qui correspond au principe de non-discrimination anglo-saxon – qu'on peut appeler l'égalité « dure²⁹ ». Il consiste à prohiber toute différence de traitement fondée sur un certain nombre de critères estimés illégitimes, car arbitraires³⁰, dès lors qu'aucun motif objectif et raisonnable n'est susceptible de la justifier. Il bénéficie d'un contrôle assez poussé sur la base du principe de proportionnalité.

28. D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité... », préc.

29. F. Mélin-Soucramanien, « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in E. Saulnier-Cassia et V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour d'une police administrative*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 107.

30. V. l'art. de référence D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987. 778 ainsi que « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990. 76.

Si le bilan de la jurisprudence dans l'application du principe d'égalité reste contrasté, il nous semble qu'on assiste néanmoins, ces dernières années, au regard d'un certain nombre d'arrêts rendus à la requête du Gisti, à une convergence, dans la jurisprudence du Conseil d'État, des deux types d'égalité : égalité et non-discrimination.

1. Un bilan contrasté de l'application du principe d'égalité en droit des étrangers

a. Depuis fort longtemps le juge administratif applique aux étrangers un principe d'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines. À titre d'illustration, on peut citer l'arrêt du 14 mars 1863, *Sauphar*, où le Conseil d'État considère qu'un étranger qui avait pu légalement être employé dans un emploi subalterne d'une administration publique ne devait pas voir, nonobstant sa qualité d'étranger, son droit à pension suspendu³¹.

Mais c'est dans « LE » grand arrêt Gisti du 8 décembre 1978 – celui qui justifie l'organisation de ce colloque des 30 ans – que le Conseil d'État pose les bases de sa jurisprudence actuelle en considérant qu'« il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, *comme les nationaux*, le droit de mener une vie familiale normale³² ».

La décision est célèbre pour la consécration du principe général de droit de mener une vie familiale normale. Mais au-delà de la consécration de ce principe, l'enjeu de cette affaire était de savoir si ce principe s'appliquait aussi bien aux étrangers qu'aux Français. La solution n'était pas « très claire » comme le soulignait le commissaire du gouvernement Philippe Dondoux dans ses remarquables conclusions : « le préambule de la constitution de 1946 [dont est issu le principe général de droit] ne concerne-t-il que les nationaux français ? ». Certains principes particulièrement nécessaires à notre temps, énumérés dans les alinéas de ce préambule, évoquent en effet les « Français » ou les « citoyens ».

Pourtant, il apparaît « certain » à Philippe Dondoux que le principe général de droit consacré pour l'occasion « s'applique aussi aux étrangers ». En effet, constate-t-il, comme le droit d'asile est reconnu à « tout homme » persécuté pour son action en faveur de la liberté et le droit à l'existence convenable à « tout être humain » se trouvant dans l'incapacité de travailler, le droit à mener une vie familiale normale bénéficie aux étrangers – « [...] le constituant ne l'ayant pas réservé aux seuls nationaux et s'étant borné de souligner – ce qui est une évidence – que c'était la “nation” qui assure à l'individu et à la famille les conditions de leur développement³³ ».

31. *Lebon* 249. V. aussi CE 12 juill. 1882 *Krau*, *Lebon* 689.

32. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *CGT et CFDT*, *Dr. soc.* 1979. 57, concl. P. Dondoux.

33. P. Dondoux, « Le droit à une vie familiale normale. Arrêt du Conseil d'État du 8 déc. 1978 », *Dr. soc.* janv. 1979. Ces conclusions sont reproduites *supra*, p. 26.

C'est donc bien du principe d'égalité – ou plutôt de l'application égalitaire d'un principe – qu'il s'agit en 1978.

On retrouvera la même formulation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – et Bruno Genevois n'y est sans doute pas étranger – dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*. Dans cette décision qui fonde le « statut constitutionnel des étrangers », le Conseil pose aussi, et surtout, le principe d'universalisme des droits et libertés fondamentaux issues de la Constitution : les étrangers jouissent de ces droits et libertés, de manière égale aux nationaux dès lors qu'ils sont en situation régulière³⁴.

Le Conseil d'État approfondit cette jurisprudence en 1982 dans un autre arrêt *Gisti* concernant les étudiants étrangers. Il considère, d'une part, qu'en ce qui concerne les conditions d'accès à l'enseignement supérieur, seules des considérations tenant au contrôle de la connaissance de la langue française étaient de nature à justifier une différence de traitement entre les candidats français et étrangers et, d'autre part, qu'en ce qui concerne le choix de l'établissement, s'agissant des candidats étrangers résidant en France « aucune considération d'intérêt général tirée du bon fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur ne justifie que ces derniers soient soumis à cet égard à des règles différentes de celles qui s'appliquent aux étudiants français³⁵ ».

On reconnaît là la déclinaison classique du principe d'égalité par le Conseil d'État depuis l'arrêt *Denoyer et Chorques* de 1974. À l'initiative du MRAP, cette jurisprudence a abouti à un arrêt de principe en la matière : l'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1989 rendu à propos d'une allocation de congé parental d'éducation, prestation d'aide sociale facultative, allouée par décision du Conseil de Paris aux seuls parents de nationalité française, que les deux ou un seul aient cette nationalité.

Dans cette affaire, le Conseil d'État considère que « l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels [d'une] allocation [...], laquelle n'était pas une conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations ». Or, en l'espèce, la Haute juridiction estime qu'il n'existait, « au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants », aucune différence de situation tenant à la nationalité des parents et que l'objet de l'allocation, qui était « d'encourager le développement démographique de la population parisienne [...] afin de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises », ne pouvait être regardé comme une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation³⁶.

34. B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA* 1993. 871.

35. CE 26 juill. 1982, *Gisti et Sgen-CFDT*, n° 22931, au *Lebon*.

36. CE 30 juin 1989, *Ville de Paris, BAS de Paris c. Lévy*, n° 78113, *RFDA* 1990. 575, concl. D. Lévis. V. aussi M. Long, « Le principe d'égalité et les étrangers », in Conseil d'État, *Rapport public pour 1996*, La Documentation française, p. 355.

b. L'application du principe d'égalité a donné lieu, jusqu'en 2006, à une jurisprudence contrastée. En s'inspirant de la typologie développée par Danièle Lochak pour classer l'ensemble des arrêts *Gisti*, on peut *du seul point de vue de l'application du principe d'égalité de traitement aux étrangers* classer les décisions obtenues par le Gisti de la façon suivante.

– Il y a quelques « vraies victoires ».

On peut évoquer en premier lieu les décisions par lesquelles le Conseil d'État a estimé contraire au principe d'égalité les distinctions fondées sur la nationalité de la personne avec laquelle un étranger conclut un Pacs. Rappelons que l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 indique que la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue « l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens de l'article 7^o de l'article 12 *bis* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 [devenu depuis l'art. L. 313-11, 7^o du CESEDA] ». Ces décisions sont d'autant plus remarquables qu'elles concernent le droit au séjour, domaine dans lequel le principe d'égalité trouve peu à s'appliquer.

Or, dans une première décision, rendue en 2002, le Conseil d'État a censuré la disposition d'une circulaire qui modulait l'exigence d'ancienneté de la communauté de vie pour pouvoir prétendre à la délivrance d'une carte de séjour — fixée respectivement à trois ans et cinq ans — selon que le Pacs avait été passé avec un Français ou avec un étranger extracommunautaire. Le Conseil d'État annule précisément ces dispositions dans la mesure où la loi n'introduit « aucune distinction entre les demandeurs de carte de séjour selon la nationalité de leur partenaire³⁷ ».

Dans une seconde décision le juge des référés du Conseil d'État a ordonné la suspension d'une circulaire du ministère des Affaires étrangères du 28 septembre 2007 qui invitait les consulats à refuser d'enregistrer les Pacs conclus entre un Français et un étranger — mais non entre deux Français — dans les pays dont la législation ou les usages sociaux répriment les relations homosexuelles ou le concubinage. Sur le fondement de l'article 5 de la convention de Vienne du 24 avril 1963, la circulaire estimait que les services consulaires étaient « incompétents » pour enregistrer un Pacs dans certains pays énumérés en annexe en référence à « l'ordre public local ». La prétendue incompétence pouvait être levée pour un couple de Français moyennant une reconnaissance de mise en garde. En revanche, elle était insurmontable pour les couples mixtes.

La Conseil d'État admet qu'il appartient bien aux services consulaires de mettre en garde les demandeurs souhaitant enregistrer un Pacs des risques qu'ils encourent du fait des lois en vigueur ou des usages sociaux de l'État de résidence – risque davantage dû, d'ailleurs, à la vie commune qu'à la procédure d'enregistrement elle-même. Mais il constate que le ministre n'a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre à un régime de transcription différent les Pacs dont les deux parte-

37. CE 29 juill. 2002, *Gisti, Femmes de la terre*, LDH, n° 231158, aux *Tables*.

naires sont ressortissants français et ceux associant une personne française et une personne étrangère³⁸.

Sur le terrain des droits et emplois fermés, on peut citer aussi, au titre des victoires, l'arrêt sur les prêts agricoles. Le Conseil d'État relève que l'objectif poursuivi par les dispositions en cause du Code rural était d'assurer « la constitution d'exploitations viables et durables et d'en faciliter la modernisation par l'octroi d'aides ». Or, si ces aides sont liées à des engagements pris par leurs bénéficiaires sur une certaine durée, « cette circonstance ne peut suffire à justifier légalement une différence de traitement entre les personnes demandant à bénéficier de ces aides reposant sur leur nationalité ayant pour effet d'exclure de la possibilité d'en bénéficier ceux d'entre eux qui n'ont ni la nationalité française, ni la nationalité d'un autre État membre de la communauté européenne ou de tout autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou qui ne peuvent invoquer les stipulations d'un accord international interdisant une restriction d'activité fondée sur la nationalité³⁹ ».

– Constitue une « demi-victoire », dont la portée est surtout symbolique, l'arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2003 sur la médaille de la famille française.

L'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1982 réservait cette médaille aux mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français. Précisant que cette distinction est « destinée à récompenser les mérites des personnes ayant élevé de nombreux enfants de nationalité française », le Conseil d'État considère que « la circonstance que les parents des enfants concernés possèdent ou non la nationalité française ne constitue pas une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, laquelle ne peut être regardée comme dictée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet honorifique de la mesure ». Le critère de nationalité de l'un des parents est donc illégal. En revanche, et assez curieusement, le Conseil d'État valide la conformité au principe d'égalité de l'exigence de la possession de la nationalité française pour tous les enfants de la famille nombreuse, eu égard à l'objet de la distinction honorifique⁴⁰. Ainsi, il suffit que l'un des enfants, par le hasard des circonstances, ne soit pas français, pour que les prestations liées à la médaille ne soient pas dues. Curieux jugement de Salomon !

Le décret n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 est venu par la suite abroger le décret de 1982 en l'intégrant dans la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles. À cette occasion cette distinction honorifique a été rebaptisée « médaille de la famille » et il est désormais prévu que peuvent l'obtenir les mères ou les pères de famille « dont tous les enfants sont français » (art. D. 215-7 CASF).

38. CE, réf., 18 déc. 2007, *Gisti, Inter-LGBT, Ardhis, LDH*, n° 310837. Par de nouvelles instructions, le ministre des Affaires étrangères a retiré purement et simplement les précédentes instructions et indiqué que dès lors que les conditions d'enregistrement d'un Pacs sont « conformes aux dispositions du code civil », l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire « procède à l'enregistrement du pacte de solidarité » (Circ. NOR : MAEF0801234C 19 janv. 2008).

39. CE 24 janv. 2007, *Gisti*, n° 243976, aux *Tables*; RFDA 2008. 754, chron. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet.

40. CE 17 déc. 2003, *Gisti*, n° 248238, aux *Tables*.

– Constitue une défaite quasi-totale, la décision du Conseil d'État du 3 novembre 2003 sur les élèves-fonctionnaires de l'École normale supérieure.

La requête du Gisti visait à faire reconnaître que dans la mesure où la majeure partie des élèves-fonctionnaires de l'ENS se destinent à des concours de l'enseignement supérieur qui sont accessibles aux étrangers (postes de chercheurs, d'enseignants-chercheurs, etc.), on ne pouvait exiger la condition de nationalité pour bénéficier de ce statut. Le Conseil d'État va pourtant déduire, de manière mécanique, des dispositions des textes réglementaires sur les fonctionnaires stagiaires et du statut de la fonction publique en général que l'exigence de nationalité doit aussi s'appliquer aux stagiaires dès lors qu'ils ont vocation à occuper une fonction soumise à condition de nationalité (par exemple l'agrégation du secondaire), et ce même si l'ensemble des corps auxquels destine le stage ne sont pas soumis à une condition de nationalité. Il juge toutefois illégale l'exclusion des ressortissants de l'Espace économique européen de l'accès à la qualité de fonctionnaire stagiaire en violation des accords de Porto qui posent un principe d'égalité de traitement à leur égard⁴¹.

On peut regretter que le Conseil d'État n'ait pas saisi l'occasion de développer un raisonnement plus constructif, comparable à celui de l'arrêt *Gisti* du 31 mai 2006, qui aurait permis d'admettre les élèves étrangers de l'ENS au bénéfice de ce statut de fonctionnaire stagiaire dès lors qu'ils se destinent à un emploi de la fonction publique accessible à l'ensemble des étrangers.

– Constitue une défaite totale du Gisti, l'arrêt du 5 mai 2008, *Mme Koubi et Gisti*.

Dans cette affaire, le Gisti et le professeur Geneviève Koubi⁴² contestaient l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 31 mars 2006 relatif aux actes de l'état civil requis pour la délivrance du passeport électronique qui posait une obligation de produire la copie intégrale de l'acte de naissance ou, à défaut, de l'acte de mariage, pour obtenir la délivrance d'un passeport. Il était estimé, entre autres, que ces exigences engendraient des discriminations fondées sur l'origine, la filiation ou l'identité sexuelle. Le Conseil d'État a rejeté ces griefs en estimant que les différents inconvénients mentionnés n'étaient pas excessifs par rapport aux objectifs de sécurité et d'identification poursuivis⁴³.

– On peut considérer comme une victoire différée – en dépit du rejet de la requête – la décision du Conseil d'État du 22 octobre 2003 *Gisti et LDH* sur la carte SNCF famille nombreuse. On se rappelle que le fondement de cette condition de nationalité coloniale était une loi budgétaire de 1924.

Compte tenu du caractère évidemment discriminatoire de cette exigence, il aurait été possible de saisir un tribunal d'instance ou un juge de proximité sur le cas

41. CE 3 nov. 2003, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés*, n° 244045, aux *Tables*.

42. C'est le professeur Koubi qui avait signalé au Gisti cet arrêté (v. son blog *Droit criTIC* <http://koubi.fr/>).

43. CE 5 mai 2008, *Koubi et Gisti*, n° 293934, 294056.

individuel d'une famille étrangère⁴⁴. Dans le cadre de ce litige, le requérant individuel lésé par le refus de la SNCF de délivrer la carte aurait pu exciper de l'inconventionnalité de la loi de 1924 fondant ce refus. Il ne s'est néanmoins jamais présenté au Gisti de famille étrangère n'appartenant pas à une ancienne colonie française et souhaitant assigner la SNCF. Il n'existait pas non plus de mesures d'application de la loi de 1924 (décret, arrêté ou circulaire) qui auraient permis de soulever une exception d'inconventionnalité.

L'idée a alors été d'utiliser la jurisprudence *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*⁴⁵. Dans cette décision, le Conseil d'État a estimé que pouvait être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir la décision du Premier ministre refusant de saisir le Conseil constitutionnel en vue de faire « délégaliser » une disposition législative postérieure à 1958 empiétant sur le domaine réglementaire. Or, l'article 37 alinéa 2 de la Constitution prévoit également qu'il est possible au Premier ministre de procéder au déclassement d'une disposition de forme législative par décret, après avis du Conseil d'État, dès lors qu'elle est antérieure à la Constitution de 1958 et qu'elle relève du domaine réservé au règlement depuis 1958.

La stratégie du Gisti et de la Ligue était bien évidemment, une fois la décision de déclassement prise, de faire reconnaître que la disposition portait atteinte au principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale dans la jouissance d'un « bien » garanti par l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention et à l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques et au principe d'égalité de traitement issu de la Constitution.

Néanmoins le Conseil d'État estime que cette carte a « pour objet d'aider les familles à élever leurs enfants au même titre que les prestations de sécurité sociale ou les allocations d'aide sociale qui leur sont destinées » : ce dispositif relève par conséquent des principes fondamentaux de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution et, dès lors, le Premier ministre n'avait pas compétence pour procéder à la modification de ce dispositif en vertu de l'article 37 alinéa 2.

Il rejette aussi, et surtout, l'argument des associations requérantes qui tendait à démontrer que dès lors qu'une disposition législative était incompatible avec un engagement international il aurait toujours été possible au Premier ministre de constater cette incompatibilité et au Conseil d'État d'annuler le refus du Premier ministre de mettre fin à cette contrariété⁴⁶.

Mais il s'agit bien malgré tout d'une victoire différée : en juin 2006, cette question va ressurgir, à l'occasion de l'annonce par le gouvernement de la « modernisation » de cette carte. Alertée par un communiqué de presse associatif initié par le

44. La SNCF étant alors un établissement public industriel et commercial, les relations avec ses usagers-clients relèvent du juge judiciaire.

45. CE, Sect., 3 déc. 1999, au GAJA ; *Lebon* 379 ; *RFDA* 2000. 59, concl. F. Lamy.

46. CE 22 oct. 2003, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés et Ligue des droits de l'homme*, n° 248237, *Lebon* 404 ; *RDSS* 2004. 155, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 2004. 347, note F. Tourette.

Gisti puis saisie par le Gisti et la LDH, la Halde va s'approprier la question et constater – dans des délais records – l'inconventionnalité au regard des articles 14 et 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH mais aussi de l'article 11 de la directive n° 2003/1098 sur les résidents de longue durée de 2003. Elle recommande la modification de la disposition législative et, une fois n'est pas coutume, en obtient rapidement l'abrogation par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance⁴⁷.

Autre victoire différée : celle qui concerne le régime des publications étrangères suite à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Ekin*.

Certes, ni devant la Cour, ni devant le Conseil d'État le débat n'a été tranché à l'aune de l'article 14 de la CEDH, bien que ce grief ait été soulevé par l'association *Ekin* devant la première et par le Gisti devant le Conseil d'État, saisi du refus implicite du Premier ministre d'abroger le décret-loi du 6 mai 1939⁴⁸. Mais – et ceci est moins connu – l'histoire ne s'arrête pas là. La consultation de *Légifrance* a permis de constater que l'abrogation du décret-loi de 1939 avait fait revivre l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 dans sa version issue de la loi de 1895. Ce texte donnait la possibilité d'interdire une publication étrangère par décret pris en conseil des ministres de manière générale et pour l'ensemble du territoire avec sanctions pénales à la clef⁴⁹. C'est pourquoi la Halde a été saisie par le Gisti le 11 octobre 2005 du caractère discriminatoire du maintien de ce régime dérogatoire.

La Halde a estimé que ce régime paraissait contraire à l'article 14 de la CEDH combiné à son article 10, à moins que le gouvernement n'apporte de justifications objectives et raisonnables suffisantes⁵⁰. Après plusieurs relances de la Halde, le Premier ministre a renvoyé la question au ministre de l'Intérieur qui, jugeant la question juridiquement délicate a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis. Par une délibération du 10 janvier 2008, la section de l'intérieur a estimé que l'abrogation du

47. Délib. Halde n° 2006-192, 18 sept 2006.

48. CEDH 17 juill. 2001, *Association Ekin*, RTDH 2002. 685, note P. de Fontbressin; AJDA 2002. 52, note F. Julien-Laferrière; LPA 22 févr. 2002, note Pech et CE 7 févr. 2003, *Gisti*, *Lebon* 30; AJDA 2003. 996, note F. Julien-Laferrière; RFDA 2003. 972, note A. Fitte-Duval et J. Rabiller; RD publ. 2003. 901, note P. Mouzet.

49. N. Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », AJDA 2005. 1606 et R. Fraisse, « Presse écrite. Liberté de la presse », J.-Cl. Adm., fasc. 270.

50. Délib. n° 2006-196 du 18 sept. 2006. Dans la lettre adressée au Gisti et approuvée par le collège de la Halde, le président écrit, suivant une argumentation qui « miroite » fortement : « De telles restrictions si elles ne sont pas *a priori* incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, doivent néanmoins s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction, et efficace quant au contrôle juridictionnel des éventuels abus. [...] Il pourrait être considéré légitime que l'article 14 de la loi de 1881 sur la presse restreigne la liberté d'expression dans un but de sécurité nationale ou d'ordre public afin de répondre à un besoin social impérieux. Le fait que cette restriction ne s'applique qu'à des publications faites à l'étranger a été considéré comme discriminatoire, sauf à considérer que ces publications ne peuvent être atteintes par les règles pénales qui s'appliquent aux responsables de publications en France. »

V. sur cette question E. Dreyer, « Restaurer le contrôle des publications étrangères », JCP 2006. II. 1829; J.-Y. Montfort, « Pratiques administratives : le regard de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in E. Saulnier-Cassia et V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, op. cit., p. 100.

décret-loi de 1939 n'avait pas remis en vigueur les dispositions de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 dans sa rédaction initiale dès lors que ces dispositions relevaient de la loi.

Le régime des publications étrangères, dont le caractère discriminatoire était manifeste, n'existe donc plus depuis octobre 2004. *Euskadi en guerre* aura été la dernière publication étrangère interdite par un ministre de l'Intérieur.

On constate donc que le bilan de l'application du principe d'égalité par le Conseil d'État dans les arrêts Gisti est contrasté. Il admet la réduction d'un certain nombre de différences de traitement mais considère certaines d'entre elles comme justifiées par des différences de situation qu'il estime appréciables ou des motifs d'intérêt général. Cette jurisprudence oscille entre principe d'inclusion et d'exclusion selon une ligne de démarcation qu'il est difficile de tracer.

On peut se demander si l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, qui couronne la « campagne » contentieuse du Gisti contre les droits et emplois fermés, ne traduit pas l'émergence d'une conception plus exigeante du principe d'égalité et plus intégratrice des étrangers.

2. L'émergence d'une conception du principe d'égalité plus exigeante et intégratrice

En 1999, un décret avait reconnu aux étrangers ressortissants des pays tiers le droit de vote et aux ressortissants communautaires – sans y inclure ceux de l'Espace économique européen – l'éligibilité aux élections aux chambres des métiers. À l'occasion de la refonte du régime électoral, des décrets du 27 août 2004 ont retiré la qualité d'électeur aux artisans des pays tiers tandis qu'elles ont admis à la qualité d'éligibles ceux de l'Espace économique européen⁵¹.

Saisie par le MRAP, la Halde a recommandé aux pouvoirs publics de restituer aux artisans étrangers des pays tiers le droit de vote en raison du caractère discriminatoire de cette exclusion⁵². Parallèlement, le Gisti avait contesté ces décrets devant le Conseil d'État. Or, la Haute juridiction tranche non seulement la question du droit de vote mais aussi celle de l'éligibilité en conférant au principe d'égalité de traitement une portée plus large.

Elle consacre le principe selon lequel « l'institution d'une différence de traitement entre les artisans en ce qui concerne la qualité d'électeur et l'éligibilité aux élections des membres des chambres des métiers et de l'artisanat, laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives des chambres des métiers et de l'artisanat qui auraient commandé de telles discriminations ».

En l'espèce, les prérogatives détenues par les élus des chambres des métiers

51. Décr. n° 99-433, 27 mai 1999, mod. par Décr. n° 2004-896 et 897, 27 août 2004, art. 4 et 5.

52. Délib. Halde n° 2005-17, 4 juill. 2005.

n'étaient pas négligeables. Les membres de ces chambres peuvent d'une part fixer le produit de la taxe additionnelle à la taxe professionnelle perçue à leur profit, d'autre part être désignés comme délégataire du droit de préemption urbain ou du droit de préemption institué dans les zones d'aménagement différé pour la réalisation d'équipements commerciaux ou artisanaux et, enfin, participer à la commission départementale d'équipement commercial. Pourtant, aux yeux du Conseil d'État, ces différentes prérogatives « ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement une différence de traitement entre les artisans quant à leur éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat reposant sur leur nationalité⁵³ ».

À la lecture de cette décision, il apparaît que, sous l'influence de la jurisprudence des cours de Strasbourg et de Luxembourg, le Conseil d'État réduit virtuellement la sphère des droits et emplois exclusifs du national – ce que nous avons dénommé le « privilège du national » dans notre thèse⁵⁴ – aux seuls droits et emplois supposant l'exercice d'une part *prépondérante* de prérogatives de puissance publique. En introduisant un rapport de proportionnalité entre la nature et l'ampleur des prérogatives exercées, la Haute juridiction administrative s'inspire en effet manifestement de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'application du principe d'égalité de traitement issu de l'article 39 du traité CE et des accords d'association Communauté européenne-pays tiers⁵⁵. On remarque toutefois que, dans cette affaire, alors que le Gisti avait abondamment développé le grief de l'atteinte au principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la CEDH et par les accords Communautés européennes-pays tiers, le Conseil d'État s'est placé uniquement sur le terrain du principe d'égalité de traitement issu du droit interne⁵⁶.

Certains commentateurs ont pu regretter cette « nationalisation » de la politique jurisprudentielle du Conseil « qui fait volontairement l'impasse sur l'apport des sources internationales⁵⁷ ». Pour notre part, il nous semble que la nouvelle appréhension du principe d'égalité développée par le Conseil d'État au bénéfice des étrangers est manifestement influencée par la jurisprudence des Cours européennes. On assiste donc, en d'autres termes, à une européanisation de la définition du principe d'égalité républicain.

Cette évolution remet en cause la conception rigide de l'égalité qui découlait de l'arrêt *Denoyer et Chorques*. Dans cette conception la seule justification d'une différence de traitement est l'existence d'une différence de situation appréciable – c'est-

53. CE, Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638, *Lebon* 186, *AJDA* 2006. 1830, chron. C. Landais et F. Lenica, *RFDA* 2006. 1194, concl. D. Casas; *RFDA* 2008. 754, chron. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet.

54. *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse Paris X-Nanterre, sous la dir. de D. Lochak, 2003.

55. CJCE 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam Zajedno*, aff. C-171/01.

56. Le commissaire du gouvernement s'en explique en ces termes dans ses conclusions : « il nous semble préférable de censurer une méconnaissance d'un principe général de droit consacré dans l'ordre juridique interne plutôt que d'en passer par une inconvictionnalité ».

57. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet, chron. préc.

à-dire objective. Le motif d'intérêt général ne permet que de déroger à la marge à l'égalité formelle entre deux administrés appartenant à une même catégorie⁵⁸. Le Conseil d'État assouplit cette conception en acceptant, en quelque sorte, de « moduler » davantage le principe d'égalité indéterminé afin de lui faire davantage appréhender les situations réelles.

Ainsi depuis les arrêts *Villemain* et *Du vignères* de 2002, le Conseil d'État estime que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier⁵⁹ ». La différence de situation appréciable et le motif d'intérêt général sont donc tous les deux mis sur le même plan et peuvent recevoir pareille modulation.

Il faut aussi lire ces arrêts à l'aune des décisions du Conseil d'État adoptées pour prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'application du principe de non-discrimination. On sait que depuis l'arrêt *Rouquette*⁶⁰, le Conseil d'État a mis en « harmonie » – selon l'expression des auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* – sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹. Or le principe de non-discrimination n'est pas un principe général d'égalité abstrait et indépendant. Bien au contraire, il fait « partie intégrante » de chacun des droits et libertés garantis par la Convention et vise à en assurer la jouissance sans discrimination selon des motifs déterminés et ouverts.

En outre, dans la jurisprudence de la Cour, toute différence de traitement dans la jouissance des droits et libertés de la Convention n'est pas forcément discriminatoire dès lors qu'il existe une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si la mesure poursuit un « but légitime » ou s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Enfin, si les États jouissent d'une certaine « marge d'appréciation » pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement, s'agissant de certains motifs

58. Analysant l'arrêt *Denoyer et Chorques*, Bertrand Seiller explique que « l'égalité n'est absolue qu'au sein de chaque catégorie; mais entre celles-ci des variations de régime peuvent exister. [...] La modulation de traitement est jugée légale si elle répond à d'évidentes différences de situation ou si une nécessité d'intérêt général commande de prendre en compte de légères différences de situation » : B. Seiller, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, 2^e éd., Flammarion, 2005, p. 63-64.

59. CE, Sect., 28 juin 2002, M. *Villemain*, n° 220361, 228325; CE, Sect., 18 déc. 2002, M^{me} *Du vignères*, n° 233618 au GAJA.

60. CE, Ass., 5 mars 1999, *Lebon 37*; AJDA 1999. 420, chron. F. Raynaud et P. Fombeur; RFDA 1999. 372, note D. de Béchillon et P. Terneyre; RD publ. 1999. 1223, obs. J.-P. Camby.

61. CEDH 23 juill. 1968, n° 1474/62, *Affaire linguistique belge*; CEDH 16 déc. 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c. Autriche*; D. 1998. 438, note J.-P. Manguénaud et J. Mouly; Dr. soc. 1999. 215, note J. Favard.

de discriminations, particulièrement celles reposant sur l'origine ethnique, raciale ou nationale, la Cour exige de « très fortes raisons » pour admettre ce type de justifications⁶².

S'agissant du critère de nationalité, le Conseil d'État adopte cette conception dans l'arrêt *Diop*. Dans cette décision, il considère que la différence de traitement entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants, ne repose sur aucune justification objective et raisonnable, « c'est-à-dire ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi⁶³ ».

On constate donc que depuis *Duvignères* et *Villemain* on assiste à un rapprochement entre égalité indéterminée et égalité déterminée permettant d'assurer une meilleure modulation de ce principe favorable à l'admission des étrangers dans certains droits et emplois.

B. LES EFFETS CONCRETS DE L'INVOCATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION ISSU DE CONVENTIONS INTERNATIONALES

Dans plusieurs autres affaires le Gisti a soulevé – souvent en vain – la violation d'une convention internationale posant un principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination.

C'est le cas dans l'affaire qui a donné lieu au second « grand arrêt » Gisti du 29 juin 1990, même si cet aspect a été largement occulté par le revirement de jurisprudence opéré sur la question de l'interprétation des traités. Le Gisti invoquait ici, notamment au bénéfice des étudiants algériens, l'article 7 de la déclaration de principes entre la France et l'Algérie relative à la coopération économique et financière du 19 mars 1962 qui garantit aux Algériens résidant en France *les mêmes droits qu'aux nationaux à l'exception des droits politiques*. En l'espèce le Conseil d'État en conclut que la circulaire en cause ne pouvait pas édicter une règle contraire aux conventions internationales applicables aux intéressés⁶⁴.

Au demeurant, dans un arrêt *CGT et Gisti* du 24 novembre 1978, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de constater que des circulaires des ministres de l'Intérieur et du Travail de novembre 1974 étaient contraires aux conventions d'établissement en faisant obligation aux ressortissants gabonais, tchadiens, et centrafricains

62. CEDH 16 déc. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, préc.

63. CE 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c. Diop*, n° 212179, *Lebon* 605 ; au *GAJA* ; *RFDA* 2002. 573, concl. J. Courtial ; *AJDA* 2001. 1045 chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RDSS* 2002. 613, note I. Daugareilh ; *RTDH* 2003. 299, note P. Wachsmann ; *AJFP* 2002. 29 obs. C. Moniolle et L. Combet. L'arrêt *Diop* n'est pas un arrêt *Gisti*. Néanmoins le Gisti avait été consulté sur cette affaire et avait recommandé d'invoquer l'art. 14 de la CEDH combiné avec l'art. 1^{er} du premier protocole au lieu de l'art. 26 du PIDCP.

64. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Lebon* 171 ; au *GAJA* ; *AJDA* 1990. 621, concl. R. Abraham ; *RD publ.* 1990. 1579, note F. Sabiani ; *RFDA* 1990. 923, note J.-F. Lachaume.

d'être en possession d'une autorisation de travail alors que ces conventions posent une clause d'égalité de traitement.

Mais c'est surtout s'agissant des droits économiques et sociaux que le Gisti a le plus souvent tenté de faire prévaloir les clauses d'égalité de traitement ou de non-discrimination issues des conventions internationales⁶⁵. À chaque fois, en effet, que le Gisti a tenté de contester la subordination de l'accès aux prestations sociales à une condition de régularité de séjour en invoquant le principe de non-discrimination proclamé par différents instruments internationaux, le Conseil d'État a écarté ces arguments. Il a notamment écarté l'allégation d'une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel, estimant qu'il existait bien une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur s'était ainsi fondé « sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi⁶⁶ ». Pourtant, s'agissant du refus du bénéfice de prestations familiales en Allemagne, la Cour européenne a jugé qu'était contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, une différence de traitement entre les étrangers titulaires d'un permis de séjour permanent et les étrangers qui sont dépourvus de tels titres⁶⁷.

Le Conseil d'État a aussi écarté, de manière réitérée, la possibilité de reconnaître que les stipulations de ces conventions (PIDESC, Charte sociale européenne, stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant garantissant la protection sociale, etc.) produisent un effet direct à l'égard des particuliers. Elles ne peuvent donc être utilement invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre des décisions de l'administration⁶⁸. Il n'a reconnu un caractère d'applicabilité directe qu'à la Convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour le bénéfice des prestations de sécurité sociale sans condition de résidence, refusant toutefois de l'interpréter, comme le lui demandait le Gisti, comme interdisant aux États de subordonner ce bénéfice à une condition de résidence régulière⁶⁹ ou pour la Convention n° 97 qui néanmoins ne trouve à s'appliquer « qu'aux immigrants installés légalement sur le territoire des États parties⁷⁰ ».

Le Conseil d'État a aussi été amené à faire application de l'article 3 de la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés qui pose un principe de non-discrimination assez large. Il reconnaît bien l'applicabilité directe de cette stipulation. Néanmoins, il estime que les demandeurs d'asile provenant de pays « considérés comme sûrs » au sens des dispositions de l'article L. 741-4 du CESEDA « se trouvent

65. La question est abordée plus longuement par A. Toullier : v. *infra*, p. 139.

66. CE 6 nov. 2000, *Gisti*, aux *Tables*. Position réitérée par CE 7 juin 2006, *Aides*, *Gisti*, *LDH*, *Médecins du Monde*, *MRAP*, au *Lebon*; *D.* 2007. 2192; *AJDA* 2006. 944, note H. Rihal.

67. CEDH 25 oct. 2005, n° 58453/00, *Niedzwiecki c. Allemagne et Okpisz c. Allemagne*.

68. CE, Sect., 23 avr. 1997, *Gisti*, n° 163043, *Lebon* 142; *RFDA* 1997. 585, concl. R. Abraham; *AJDA* 1997. 482, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

69. CE 23 avr. 1997, *Gisti*, préc. confirmé par CE 14 janv. 1998, *Gisti et FTDA*, n° 174219 s.

70. CE 7 juin 2006, *Aides*, *Gisti*, préc.

placés dans une situation différente de celle des demandeurs d'asile venant d'autres pays »⁷¹.

Il ignore aussi superbement ce grief dans le contentieux mené par l'Anafé et le Gisti contre les arrêtés ministériels ajoutant à la liste des étrangers soumis à l'exigence du visas de transit aéroportuaire (« VTA ») les ressortissants de Djibouti et de la Guinée-Bissau et les ressortissants russes « provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte ». Pour ces derniers, il s'agissait manifestement d'une discrimination indirecte en raison de l'origine nationale à l'encontre des réfugiés tchéchènes. Le Conseil d'État s'est contenté à leur endroit d'annuler la disposition, au motif que les textes ne permettaient pas d'instaurer de visas de transit aéroportuaire pour les ressortissants d'un pays *en provenance de certains aéroports*. Quelques jours plus tard, le gouvernement a modifié la réglementation pour attribuer au ministre de l'Immigration cette compétence et il a, dans la foulée, ressuscité la disposition annulée par le Conseil d'État⁷².

Dernière illustration – de loin la plus connue – de refus du Conseil d'État d'appliquer pleinement les exigences du principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale : le combat de longue haleine mené contre la « cristallisation » des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires des anciennes colonies et territoires d'outre-mer. On est ici, comme le note Danièle Lochak dans sa contribution au colloque de Toulon⁷³, dans une hypothèse où, au départ, l'absence totale d'enjeu politique ne laisse d'autre alternative que la voie du contentieux. Mais après des années de combat, ponctuées par de multiples rebondissements, l'action contentieuse ne débouche – pour le moment – que sur des demi-victoires.

C'est principalement à partir de la loi du 26 décembre 1959 que la France décide de geler les retraites des ressortissants des colonies et territoires qui ont perdu la nationalité française au moment de l'indépendance. Après la disparition de la Communauté, le législateur étend les lois de cristallisation aux Sénégalais et aux Algériens avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1975 par la loi de finances rectificative du 31 décembre 1981.

Plus de 700 tirailleurs sénégalais portent alors le combat juridique devant le Comité des droits de l'homme des Nations unies qui conclut à un constat de violation du principe d'égalité sans discrimination prévu par l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques⁷⁴. Mais aucun gouvernement n'a accepté de prendre en compte cette communication qui remettait entièrement en cause le principe même de la cristallisation des pensions. Pire, dans un avis rendu sur les conclusions contraires de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État, prenant le

71. CE 5 avr. 2006, *Gisti et autres*, n° 284706, AJDA 2006. 789; JCP A 2006. 16-18. 532; CE 13 févr. 2008, *Association Forum des réfugiés*, n° 295443, RFDA 2008. 535, note A. Vidal-Naquet.

72. CE 1^{er} avr. 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313711 et 313714 et CE 25 juill. 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313710 et 313713.

73. « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », préc.

74. CEDH 3 avr. 1989, *Ibrahima Gueye c. France*, n° 196/1985, RUDH 1989. 62.

contre-pied du Comité des droits de l'homme et de la doctrine, affirme qu'« il résulte de la coexistence [des deux pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 précité du premier de ces pactes (PIDCP) ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte⁷⁵ ». Le Conseil d'État a confirmé par la suite cette position⁷⁶.

Il faut attendre 2001 pour que le Conseil d'État, appliquant la jurisprudence *Gaygusuz* de la Cour européenne des droits de l'homme, juge que la cristallisation viole le principe de non-discrimination dans la jouissance d'un droit patrimonial. Le gouvernement est donc alors obligé d'organiser la « dé cristallisation » de ces pensions, mais il le fait *a minima* : l'article 68 de loi de finances en 2002 substitue au critère de la nationalité celui de la parité des pouvoirs d'achat et du lieu de liquidation de la pension.

Le recours formé contre les décrets d'application échoue, le Conseil d'État refusant de considérer que le nouveau dispositif constitue une discrimination fondée sur l'origine nationale. Il juge que le nouveau dispositif, beaucoup moins coûteux pour l'État que celui qui aurait conduit à accorder les mêmes prestations à tous, ne constituait pas une discrimination fondée sur l'origine nationale, alors même que le critère de résidence n'était pas applicable aux ressortissants français résidant à l'étranger. Plus exactement, il a jugé que la différence de traitement était de portée limitée et qu'elle relevait de la marge d'appréciation que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme réserve au législateur national⁷⁷.

Dans l'intervalle, la question a émergé sur la scène politique : une première fois en 2004, lors de la commémoration du 60^e anniversaire du débarquement de Provence, puis en mai 2006 après la projection au festival de Cannes et à l'Élysée du film *Indigènes*, qui évoque expressément le sujet de la « cristallisation » dans le générique de fin. Avant même la lecture de la décision du Conseil d'État, le président de la République, Jacques Chirac, a annoncé le 14 juillet 2006 vouloir poursuivre la dé cristallisation des pensions afin « de rendre à ces combattants l'hommage qui leur est légitime ». Le conseil des ministres annonce à son tour, le 27 septembre 2006, vouloir « tendre à une égalité » en la matière.

L'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007 a prévu qu'à partir du 1^{er} janvier 2007 le montant des pensions sera aligné sur celui des pensions versées aux ressortissants français. En apparence, les intéressés ont gagné leur combat. En réalité, la victoire est des plus limitée : outre que seule les « prestations du sang », comme on les dénomme, sont concernées par la réforme, à l'exclusion des pensions civiles et militaires de retraite et d'autres prestations acces-

75. CE, avis, 15 avr. 1996, *Doukouré*, n° 176399, *RFDA* 1996. 808, concl. P. Martin.

76. CE 7 juin 2006, *Assoc. Aides, Gisti*, préc. ; CE, Sect., 18 juill. 2006, *Gisti* et avis *Ka*.

77. CE, Sect., 18 juill. 2006, *Gisti*, n° 274664, *Lebon* 186 et Sect., avis, *Ka*, n° 286122, *Lebon* 349, concl. L. Vallée ; *RFDA* 2006. 1201, concl. L. Vallée ; *AJDA* 2006. 1833, chron. C. Landais et F. Lénica ; *Dr. adm.* 2006, n° 12, comm. 189, note A. Taillefait. L'arrêt du Conseil d'État est reproduit plus loin, p. 133.

soires, la dé cristallisation n'a pas d'effet rétroactif et ne vaut que pour l'avenir. Elle n'intervient, de surcroît, que sur la demande expresse des intéressés, ce qui en rend le bénéfice illusoire pour la très grande majorité d'entre eux.

Mais ce combat n'est pas (encore) fini. Saisie dès novembre 2005 de cette question, la Halde, dans trois recommandations du 9 octobre 2006 (sur saisine du Gisti et du Catred), du 5 mars 2007 et du 31 mars 2008⁷⁸, a estimé discriminatoire la dé cristallisation partielle des pensions opérée par l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 puis par l'article 100 de la loi de finances pour 2007, en se fondant sur l'arrêt *Echouikh* de la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁹ ainsi que sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, prenant ainsi le contre-pied de la position adoptée par le Conseil d'État. Sur le fondement de l'article 65 de l'accord euro-méditerranéen Communauté européenne-Maroc du 26 février 1996, la Cour de justice a en effet estimé discriminatoire une décision de refus de reconnaissance de droit à pension militaire d'invalidité fondé sur l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959. Dans sa décision, la Cour de justice insiste sur le fait que l'interprétation qu'elle donne de l'accord d'association est « conforme aux exigences des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1^{er} du protocole additionnel, tels qu'interprétés notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996 ».

En application de cette ordonnance, dans une série de six jugements, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé des refus de revalorisation de pensions militaires de retraite postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 100 de la loi de finances pour 2007 opposés par le ministère de la Défense à d'anciens tirailleurs marocains, tout en rejetant, dans un septième jugement, une requête ayant le même objet introduite par un tirailleur sénégalais⁸⁰.

On le voit : la cause n'est donc pas encore totalement et définitivement entendue. C'est pourquoi on peut regretter que, à l'occasion du vote de la loi du 27 mai 2008 transposant des directives communautaires en matière de non-discrimination, le législateur ait supprimé « l'origine nationale » de la liste des critères de discrimination prohibés qui figurait à l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Halde. Cette disposition a en effet servi de fondement à de nombreuses recommandations de la Halde constatant le caractère discriminatoire de réglementation restreignant les droits des étrangers. Or, comme l'a constaté la Halde dans une recommandation du 15 décembre 2008, la clause de *standstill* figurant dans

78. La saisine et la délibération de la Halde du 9 octobre 2006 sont reproduites *infra*, p. 128 et 136.
79. CJCE, Ord., 13 juin 2006, aff. C-336/05; *Europe* 2006, n° 241.

80. Le collectif bordelais « dé cristallisation », soutenu par un collectif d'avocats de l'Institut du droit des étrangers, qui était à l'origine de cette affaire, a introduit, en juin 2007, une soixantaine de demandes de revalorisation de pensions militaires de retraite au service des pensions de La Rochelle : v. TA Bordeaux 8 oct. 2008, *Qessaoui*, n° 704480 et *Sylla*, n° 0701652, *AJDA* 2009. 310, concl. J.-M. Bayle. V. aussi notre billet : « Le long combat vers l'égalité des droits pour les pensions des "indigènes" », in *Combats pour les droits de l'homme*, 16 oct. 2008. La Halde a été appelée en cause dans ces affaires et a produit ses recommandations au soutien des requérants.

les directives relatives à l'égalité des chances⁸¹ empêchait le législateur d'adopter pareille régression.

Malgré les progrès enregistrés, le principe de non-discrimination est encore loin d'avoir produit tous ses effets et l'action contentieuse du Gisti n'est pas près de se tarir. Au début de l'année 2008, il a déféré au Conseil d'État un arrêté du 18 janvier 2008 fixant la liste des métiers « en tension » pour lesquels la situation de l'emploi n'est pas opposable et deux circulaires. Le grief essentiel porte sur le caractère discriminatoire des textes attaqués, qui font un sort différent aux ressortissants des États tiers et aux ressortissants des États de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires, d'une part, et qui excluent d'autre part de leur champ d'application les ressortissants tunisiens et algériens, alors que ces différences de traitement fondées sur la nationalité n'ont pas de justification objective et raisonnable. Dans un avis rendu en septembre 2008, la Halde a pour sa part estimé que cette différence de traitement était discriminatoire et qu'elle ouvrait la voie à un risque de sélection ethnique.

À l'heure où les pouvoirs publics prônent une « immigration choisie », sélectionnée sur des critères professionnels mais aussi d'origine, notamment par le biais d'accords conclus avec les pays d'origine, l'enjeu n'est pas sans importance.

81. Dans les règles dites de « Prescriptions minimales » figurant à l'art. 7 de la directive n° 2004/113/CE; à l'art. 8 *sexies* de la directive n° 76/207/CEE modifiée; à l'art. 8 de la directive n° 2000/78/CE; à l'art. 6 de la directive n° 2000/43/CE.

Documents

gisti, groupe
d'information
et de soutien
des immigrés



Paris, le 23 novembre 2005

A Monsieur le Président
Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HALDE
11-15, rue Saint Georges
75009 Paris

Objet : discriminations contre les anciens fonctionnaires et anciens combattants des ex-colonies

Monsieur le Président,

En application de l'article 4 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004, nous vous saisissons d'une réclamation sur l'attribution discriminatoire des pensions pour les anciens fonctionnaires civils et militaires et anciens combattants. Plusieurs dizaines de milliers de personnes reçoivent encore aujourd'hui des prestations fortement minorées du seul fait de leur appartenance nationale, tant pour les droits directs (retraite du combattant, pension de retraite, pension civile ou militaire de retraite ou pension militaire d'invalidité) que de réversion aux éventuels 'ayants causes' (des pensions civiles ou militaires de retraite ou des pensions militaires d'invalidité).

L'histoire de la spoliation des « anciens combattants » est bien connue. A partir de la fin des années 1950, les autorités françaises ont « cristallisé », c'est-à-dire gelé, le montant des pensions des ressortissants des anciennes colonies ayant servi dans l'administration ou dans l'armée française.

Après un long combat juridique, cette discrimination fondée sur la nationalité a été jugée contraire au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) des Nations

Collectif des Accidentés du Travail, handicapés et Retraités pour l'Egalité des Droits (CATRED)
20, boulevard Voltaire - 75011 Paris - tel : 01 40 21 38 11

Groupe d'information et de Soutien des Immigrés (GISTI)
3, villa Marcès - 75011 Paris - tel : 01 43 14 84 84 - www.gisti.org

Unies par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies¹, puis contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) par le Conseil d'Etat dans un arrêt Diop du 30 novembre 2001 (suivi d'autres arrêts concernant notamment des pensions de réversion).

En dépit de nombreux appels pour que l'égalité des droits soit respectée, la décision du Conseil d'Etat est restée ignorée des pouvoirs publics qui n'ont ni abrogé les « lois de cristallisation » ni appliqué l'égalité de traitement conformément à la CEDH.

Seul un « aménagement » très insatisfaisant a été opéré. En effet, l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 complété par un décret d'application n°2000-1044 du 3 novembre 2003 et de l'arrêté pris pour l'application de ce décret (JO n°255 du 4 novembre 2003), instaure un dispositif de révision des prestations versées aux seuls ressortissants des pays placés anciennement sous la souveraineté française. Toutefois, très loin de reconnaître, à services rendus égaux, une égalité des droits et des montants des prestations, le nouveau dispositif maintient le principe d'un traitement différencié, non seulement entre ressortissants français et étrangers, mais aussi entre ressortissants étrangers en fonction de leur appartenance nationale.

Le CATRED et le GISTI saisissent votre autorité pour qu'elle se préoccupe de ces discriminations insupportables et particulièrement préjudiciables aux personnes concernées, et dont la portée hautement symbolique ne pourra vous échapper.

Plus précisément, nous vous demandons :

- d'apporter, comme la loi vous y autorise, vos observations au Conseil d'Etat auprès duquel a été déposé en novembre 2004 une requête (n°274664) contre le refus d'abrogation du décret et de l'arrêté du 3 novembre 2003 qui maintiennent des discriminations, non seulement les mesures discriminatoires induites par la loi de finances rectificative pour 2002, mais également d'autres formes de discriminations (pour l'argumentaire détaillé voir en pièce jointe une copie du recours, ainsi que certaines des pièces jointes à ce recours)². Sur ce fondement, le Gisti introduira prochainement devant le Conseil d'Etat une demande pour que la HALDE soit *appelée en cause pour observations* dans cette instance, afin que celle-ci soutienne sa requête en annulation.

- d'intervenir, comme la loi vous y autorise, après du gouvernement et du Parlement afin de recommander une modification législative visant à supprimer ces discriminations.

- de remédier aux blocages générant des discriminations de fait. En effet, les 9/10^{ème} des personnes concernées – à qui l'administration refuse ouvertement d'appliquer l'égalité des droits - ne résident pas en France et pour des raisons d'éloignement géographique avec la

¹ Affaire du 6 avril 1989 *Ibrahima Gueye et autres c/France (constatations du 3 avril 1989, communication n° 196/1985, in RUDH, 1989, p. 62.)*

² Le texte de ce recours se trouve sur http://www.gisti.org/doc/actions/2004/retraites/recours_cel1nov2004.pdf

France, couplées au fait qu'elles sont souvent d'origines sociales défavorisées, qu'elles ont des difficultés avec le langage administratif, voire avec la langue française et qu'elles ont aussi souvent de lourds handicaps liés à leur âge, ne disposent pas dans les faits de la possibilité d'utiliser les outils du droit, c'est-à-dire de contester effectivement les décisions discriminatoires et illégales des administrations devant les tribunaux français (qui suivant les arrêts du Conseil d'Etat leur reconnaîtraient leurs droits). Elles subissent une exclusion du droit et, de fait, une discrimination liée aux obstacles opposés et au manque de moyens mis à leur disposition par l'administration. Il serait utile que la HALDE se préoccupe de lever ces obstacles concrets à l'égalité des droits. Au final, ces personnes doivent donc renoncer à contester les discriminations pourtant indiscutables devant le juge. La HALDE pourrait donc s'interroger sur les moyens qu'il faudrait envisager pour que l'égalité des droits s'applique dans ce domaine également. Elle pourrait, *a minima*, envisager de diffuser de l'information (via les présences diplomatiques et consulaires françaises et des organes de presse de ces pays ?) afin de se faire connaître des nombreuses personnes concernées en leur rappelant que, subissant une discrimination par une personne résidant en France, par une administration française et/ou du fait de textes français, ces personnes – au même titre d'ailleurs que les deux millions de citoyens de nationalité française résidant hors de France - peuvent également s'adresser à la HALDE.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute précision et vous prions d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de nos considérations distinguées,

Pour le Gisti,



Nathalie FERRE,

Présidente

Pour le Catred



Alain GELLY,

Président

Références

- Sur l'origine des lois de « cristallisation » et leurs conséquences négatives, voir « La République 'Banania', quarante ans de discriminations », *Plein Droit* n°56, mars 2003. Voir également la note pratique publiée par le CATRED et le GISTI « Egalité des droits pour les anciens combattants et fonctionnaires. Comment obtenir la revalorisation des pensions pour les anciens combattants et anciens fonctionnaires civils et militaires », octobre 2002 (téléchargeable sur <http://www.gisti.org/doc/publications/2002/retraites/index.html>)
- Sur les combats juridiques des anciens combattants, voir « L'arrêt 'Diop', un long combat judiciaire », *Plein Droit* n°56, mars 2003.
- Sur les demandes du monde associatif en direction des pouvoirs publics, voir par exemple divers communiqués diffusés sur le site internet du GISTI :
 - *Une publication pour forcer le gouvernement à « décrystalliser » les pensions des anciens combattants et fonctionnaires étrangers*, octobre 2002 (<http://www.gisti.org/doc/actions/2002/retraites/index.html>)
 - *Anciens combattants et fonctionnaires étrangers : le gouvernement orchestre la désinformation*, 23 novembre 2002 (<http://www.gisti.org/doc/actions/2002/retraites/desinformation.html>)
 - *Mépris et cynisme pour les anciens combattants marocains : Le secrétaire d'Etat français en visite au Maroc confirme les discriminations*, 16 février 2004 (<http://www.gisti.org/doc/actions/2004/combattants>)
- Sur les motivations et attermolements des autorités publiques, voir
 - « Basses manœuvres », *Plein Droit* n°56, mars 2003 (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/56/manoeuvres.html>)
 - *Derrière médailles, décorations et beaux discours, les discriminations et l'injustice perdurent envers les anciens fonctionnaires et anciens combattants des ex-colonies*, communiqué de presse (ainsi que l'annexe) ATMF-CATRED-GISTI du 3 novembre 2004, (<http://www.gisti.org/doc/actions/2004/retraites/communiqué.pdf>)
- Pour une analyse du nouveau dispositif issu de la loi de finances rectificative pour 2002, voir :
 - « Actualisation de la note pratique 'Egalité des droits pour les anciens combattants et fonctionnaires' », ATMF, CATRED, GISTI, décembre 2004 (<http://www.gisti.org/doc/publications/2004/retraites/actualisation.pdf>).
 - Annexe du communiqué ATMF-CATRED-GISTI du 3 novembre 2004 (cf. ci-dessus).

Pièces jointes (la plupart des documents mentionnés ci-dessus sont téléchargeables sur internet)

- 1) « Les spoliés de la décolonisation », *Plein droit* n°56, GISTI, mars 2003 (numéro spécial de la revue consacrée à la question)
- 2) Recours déposé au Conseil d'Etat en novembre 2004 (le texte de la requête n°274664, sans les pièces jointes, est téléchargeable sur http://www.gisti.org/doc/actions/2004/retraites/recours_ce11nov2004.pdf)
- 3) Une partie des pièces jointes au recours CE :
 1. Courriers envoyés respectivement au Premier ministre, au ministre de l'économie, au ministre des affaires étrangères, au ministre de la défense, au ministre de la fonction publique, au ministre du budget et au ministre délégué aux anciens combattants (sept courriers au contenu identique - 3 pages chacun).
 - ...
 4. Articles de presse :
 - 4a. « Bercy veut limiter le coût des pensions des anciens combattants étrangers », *Le Monde*, 5 janvier 2002 ;
 - 4b. « Anciens combattants des ex-colonies : la bataille continue contre l'Etat français », *Les Echos*, 16 & 17 août 2002.
 - 4c. « Le gouvernement cherche à revaloriser à minima les pensions des anciens combattants étrangers », *Le Monde*, 10 et 11 novembre 2002.
 - 4d. « Allons enfants de la Patrie, le jour de gloire est mal payé. Les pensions des ex-soldats des colonies demeurent très inférieures à celles des Français », *Libération*, 14 août 2004.
 - 4e. « A Bordeaux, l'errance d'anciens combattants marocains, entre dénuement et amertume », *Le Monde*, 14 août 2004.
 5. Lettre du Président du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (chargé de veiller à l'application du Pacte des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies) envoyé le 21 février 1997 à la Confédération helvétique.
 6. Tableaux de la Banque mondiale (source : site internet de la Banque mondiale).
 7. Tableau présentant les montants du point et des coefficients pour la pension militaire d'invalidité et établi à partir des données de la Banque mondiale et des données fournies par l'arrêté du 3 novembre.
 8. Illustration des résultats de la réforme (« *Les mésaventures des anciens combattants étrangers : une illustration de la loterie des pensions* »)

**Conseil d'État
statuant
au contentieux
N° 274664**

Publié au Recueil Lebon

Section du Contentieux

M. Olivier Japiot, Rapporteur
M. Vallée, Commissaire du gouvernement
M. Genevois, Président

Lecture du 18 juillet 2006

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Considérant que le Groupe d'information et de soutien des immigrés demande l'annulation des décisions implicites par lesquelles le Premier ministre, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de la défense et le ministre de la fonction publique ont respectivement refusé d'abroger le décret susvisé du 3 novembre 2003 pris pour l'application de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 instituant un dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France et l'arrêté du 3 novembre 2003 pris pour l'application de ce décret ;

Sur la légalité des décisions attaquées :

Considérant que d'après le I de l'article 170 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 : Les nationaux du Cambodge, du Laos et du Viêt-Nam n'étant plus soumis aux lois françaises en matière de pensions, perçoivent au lieu et place des pensions ou allocations viagères dont ils peuvent être bénéficiaires, et pendant la durée normale de leur jouissance personnelle, des indemnités annuelles en francs calculées sur la base des tarifs en vigueur pour lesdites pensions ou allocations au 31 décembre 1956 ; qu'en vertu du I de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960 : A compter du 1er janvier 1961, les pensions, rentes ou allocations viagères imputées sur le budget de l'État ou d'établissements publics, dont sont titulaires les nationaux des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France, seront remplacées pendant la durée normale de leur jouissance personnelle par des indemnités annuelles en francs, calculées sur la base des tarifs en vigueur pour lesdites pensions ou allocations, à la date de leur transformation ; que selon l'article 26 de la loi du 3 août 1981 portant loi de finances rectificative pour 1981 : Les pensions, rentes ou allocations viagères attribuées aux ressortissants de l'Algérie sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et garanties en application de l'article 15 de la déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie ne sont pas révisables à compter du 3 juillet 1962 et continuent à être payées sur la base des tarifs en vigueur à cette même date./ Elles pourront faire l'objet de revalorisations dans des conditions et suivant des taux fixés par décret./ () ; qu'aux termes de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 portant loi de finances rectificative pour 2002 : I. - Les prestations servies en application des articles 170 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959, 71 de la loi de finances pour 1960 (n° 59-1454 du 26 décembre 1959) et 26 de la loi de finances rectificative pour 1981 (n° 81-734 du 3 août 1981) sont calculées dans les conditions prévues aux paragraphes suivants./ II. - Lorsque, lors de la liquidation initiale des droits directs ou à réversion, le titulaire n'a pas sa résidence effective en France, la valeur du point de base de sa prestation, telle qu'elle serait servie en France, est affectée d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat dans le pays de résidence et des parités de pouvoir d'achat de la France. Les parités de pouvoir d'achat du pays de résidence sont réputées être au plus égales à celles de la France. () Les parités de pouvoir d'achat sont celles publiées annuellement par l'Organisation des Nations unies ou, à défaut, sont calculées à partir des données économiques existantes./ III. Le coefficient dont la valeur du point de pension est affectée reste constant jusqu'au 31 décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle a eu lieu la liquidation des droits effectuée en application de la présente loi. Ce coefficient, correspondant au pays de résidence du titulaire lors de la liquidation initiale des droits, est ensuite

réévalué annuellement./ () ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention ; qu'aux termes de l'article 14 de la même convention : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ; qu'en vertu des stipulations de l'article 1er du 1er protocole additionnel à cette convention : Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. () ; que si ces stipulations ont pour objet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et, d'une part, la prohibition de toute discrimination fondée notamment sur l'origine nationale et, d'autre part, les impératifs de sauvegarde du droit de propriété, elles laissent cependant au législateur national une marge d'appréciation, tant pour choisir les modalités de mise en oeuvre du dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France que pour juger si un tel dispositif trouve des justifications appropriées dans des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi ;

Considérant, en premier lieu, que les dispositions législatives susrappelées et celles du décret et de l'arrêté contestés, pris pour leur application, sont relatives à des droits à pension qui ne relèvent pas de la catégorie des droits protégés par le Pacte relatif aux droits civils et politiques ; qu'il suit de là que les personnes visées par ces dispositions ne peuvent utilement invoquer, au soutien de leur réclamation, le principe d'égalité consacré par l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : Les États parties au présent pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur (...) l'origine nationale () ; qu'aux termes de l'article 9 : Les États parties au présent pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ; que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation des décisions implicites attaquées ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, éclairées par leurs travaux préparatoires, qu'elles ont notamment pour objet d'assurer aux titulaires des prestations mentionnées au I dudit article, versées en remplacement de la pension qu'ils percevaient antérieurement, des conditions de vie dans l'État où ils résident en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées ou leur permettant d'assumer les conséquences de leur invalidité ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ces dispositions instaurent, à cette fin, un critère de résidence, apprécié à la date de liquidation de la prestation, permettant de fixer le montant de celle-ci à un niveau, différent dans chaque État, tel qu'il garantisse aux intéressés résidant à l'étranger un pouvoir d'achat équivalent à celui dont ils bénéficieraient s'ils avaient leur résidence en France, sans pouvoir lui être supérieur ; que les dispositions du III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, reprises à l'article 3 du décret du 3 novembre 2003, prévoyant que le montant des prestations qui résulterait de l'application des coefficients (de calcul desdites prestations) ne peut être inférieur à celui que le titulaire d'une prestation a perçu en vertu des dispositions mentionnées au I, majoré de 20 %, visent à assurer aux bénéficiaires résidant dans des États dont le revenu national brut par habitant est particulièrement faible des conditions de vie correspondant à celles évoquées ci-dessus, ce que ne permettrait pas la stricte application des coefficients définis par l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ; que les dispositions des I, II et III de cet article poursuivent un objectif d'utilité publique en étant fondées sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi ; que si le critère de résidence susmentionné n'est pas applicable aux ressortissants français qui résidaient à l'étranger à la date de liquidation de leur pension, cette différence de traitement, de portée limitée, relève de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait l'ajustement à la baisse des pensions déjà liquidées de ces ressortissants français qui ont vocation à résider en France ; que, par suite, les dispositions des I, II et III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, ainsi que celles du décret et

de l'arrêté contestés qui ont été prises pour leur application, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Considérant, en quatrième lieu, que les dispositions de l'article 2 du décret du 3 novembre 2003, qui prévoient que les parités de pouvoir d'achat sont établies à partir du revenu national brut par habitant, exprimé en dollar international calculé par la Banque mondiale au 31 décembre de l'année précédant celle au titre de laquelle est fixé le coefficient mentionné au III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, visent à assurer le respect de l'obligation fixée par le législateur de garantir aux bénéficiaires résidant à l'étranger lors de la liquidation de leur prestation un pouvoir d'achat équivalent à celui dont ils bénéficieraient s'ils avaient eu leur résidence en France à cette date ; qu'elles sont dès lors conformes aux dispositions de la loi du 30 décembre 2002, éclairées par leurs travaux préparatoires, alors même qu'elles prennent en compte le revenu national brut par habitant pour déterminer la parité de pouvoir d'achat ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il y ait lieu d'appeler en la cause la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, que le Groupe d'information et de soutien des immigrés n'est pas fondé à demander l'annulation des décisions implicites par lesquelles le Premier ministre et les autres ministres intéressés ont respectivement refusé d'abroger le décret précité du 3 novembre 2003 et l'arrêté du même jour pris pour son application ;

DECIDE :

La requête du Groupe d'information et de soutien des immigrés est rejetée.

HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ

Délibération n°2006 – 217 du 9 octobre 2006

Le Collège :

Vu l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention,

Vu les accords euro-méditerranéens du 17 juillet 1995, du 26 février 1996, du 22 avril 2002,

Vu le code des pensions civiles et militaires de retraite,

Vu le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre,

Vu l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002, n° 2002-1576 du 30 décembre 2002,

Vu le décret n° 2003-1044 du 3 novembre 2003 pris pour l'application de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 instituant un dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France,

Vu l'arrêté du 3 novembre 2003 pris pour l'application du décret du 3 novembre 2003,

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 11 et l'article 15 alinéa 4,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu l'ordonnance de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 13 juin 2006,

Vu l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 juillet 2006 – requête n° 274664,

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie, par courrier du 23 novembre 2005, d'une réclamation du groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et du collectif des accidentés du travail, handicapés et retraités pour l'égalité des droits (CATRED).

Les réclamants estiment que la réforme des pensions de retraite des anciens fonctionnaires civils et militaires, de la retraite du combattant et de la pension militaire d'invalidité, issue de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002, est discriminatoire à l'égard des ressortissants qui ont servi l'Etat français et ont ensuite perdu la nationalité française du fait de l'accession de leur pays à l'indépendance (anciens combattants et anciens fonctionnaires).

Le dispositif antérieur a été censuré par le Conseil d'Etat, dans un arrêt « Diop » du 30 novembre 2001, au motif qu'il instaurait une discrimination à raison de la nationalité, contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention. Les réclamants considèrent que le nouveau dispositif n'a pas mis fin à cette discrimination.

L'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 précitée modifie le mode de calcul des pensions civiles et militaires de retraite, des pensions militaires d'invalidité, de la retraite du combattant, versées aux ressortissants des Etats devenus indépendants et des pensions de réversion versées à leurs ayants droit.

La loi dispose notamment que « lorsque, lors de la liquidation initiale des droits directs ou à réversion, le titulaire n'a pas sa résidence effective en France, la valeur du point de base de sa prestation, telle qu'elle serait servie en France, est affectée d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat du pays de résidence et des parités de pouvoir d'achat de la France. Les parités de pouvoir d'achat du pays de résidence sont réputées être au plus égales à celles de la France. »

Le décret n° 2003-1044 du 3 novembre 2003 pris pour l'application de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 instituant un dispositif de révision des prestations versées aux ressortissants des pays placés antérieurement sous la souveraineté française résidant hors de France, et l'arrêté du 3 novembre 2003 pris pour l'application de ce décret, complètent le dispositif de réforme contesté par les réclamants.

Les réclamants ont demandé aux ministres compétents l'abrogation du décret et de l'arrêté précités. Leur demande ayant fait l'objet d'un refus implicite, ils se sont pourvus devant le Conseil d'Etat qui a rejeté la requête le 18 juillet 2006.

La question posée implique de déterminer si l'introduction d'un critère de résidence pour le calcul des prestations versées aux anciens combattants, aux anciens fonctionnaires et à leurs ayants droit, ayant perdu la nationalité française du fait de l'accession de leur pays à l'indépendance, permet de mettre fin à la discrimination à raison de la nationalité relevée par le Conseil d'Etat en 2001.

Dans la mesure où le critère de résidence ne s'applique qu'aux étrangers – et non pas aux Français résidant à l'étranger dont les pensions ne sont pas minorées –, le dispositif de 2002 maintient une différence de traitement. Cependant, il faut examiner, d'une part, si le critère de résidence est un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi, d'autre part, si la différence de traitement à raison de la nationalité est contraire à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales combiné à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention.

La loi portant réévaluation des pensions et rentes en question, en fonction de la résidence, vise à instaurer une parité de pouvoir d'achat entre les personnes résidant en France et celles résidant hors du territoire. Cet objectif paraît en rapport avec l'objet des pensions civiles et militaires de retraites (garantir des conditions matérielles de vie en rapport avec la dignité de leurs fonctions passées), de la retraite du combattant (reconnaissance des services rendus sous le drapeau français), de la pension militaire d'invalidité (réparation). Cependant, les modalités de mise en œuvre de ce critère de distinction posent question.

En effet, l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 prévoit que le critère de résidence est apprécié au moment de la liquidation de la prestation. Dès lors, si le titulaire d'une pension établit sa résidence dans un autre Etat que celui dans lequel elle a été liquidée, alors le pouvoir d'achat dont il dispose sera modifié. De plus, le même article prévoit que les parités de pouvoir d'achat sont réputées être au plus égales à celles de la France, c'est-à-dire qu'un étranger ne peut jamais percevoir une pension plus élevée que celle d'un français, même si son lieu de résidence l'impose afin de lui garantir le même pouvoir d'achat qu'un français.

Ainsi, les modalités de mise en œuvre du critère de résidence n'apparaît pas être en rapport avec l'objet des pensions en question.

En ce qui concerne la différence de traitement à raison de la nationalité, l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 impose le critère de résidence aux seuls titulaires de pensions ressortissants d'un Etat autrefois sous souveraineté française ayant perdu la nationalité française. Ainsi, un Français résidant dans l'un de ces Etats dispose grâce à la perception de l'une ou plusieurs de ces pensions d'un pouvoir d'achat plus important qu'un ressortissant de cet Etat percevant les mêmes pensions mais selon un mode de calcul différent. Par conséquent, ce dispositif maintient une différence de traitement en fonction de la nationalité.

Dans sa décision du 18 juillet 2006, le Conseil d'Etat reconnaît que le fait de n'appliquer un critère de résidence qu'aux étrangers constitue une différence de traitement. Cependant, il considère que cette application a « *une portée limitée* » et qu'elle « *relève de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait l'ajustement à la baisse des pensions déjà liquidées de ces ressortissants français qui ont vocation à résider en France.* »

Il n'en reste pas moins que l'existence d'une différence de traitement à raison de la nationalité pose difficulté au regard de la Convention européenne, mais aussi des accords euro-méditerranéens d'association entre la communauté européenne et les pays du Maghreb.

La Cour européenne a une conception relativement restrictive de la marge d'appréciation réservée au législateur national et ce, particulièrement lorsqu'elle relève une différence de traitement à raison de la nationalité. Or, il existe une différence de traitement entre les titulaires des pensions précitées en fonction de leur nationalité.

Par ailleurs, les accords conclus entre les Communautés européennes et l'Algérie, le Maroc et la Tunisie stipulent chacun que « *les travailleurs de nationalité [marocaine, algérienne, tunisienne] et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des Etats membres dans lesquels ils sont occupés.* »

La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies

Adeline Toullier

Responsable soutien juridique et social, AIDES¹

Dans l'esprit de ses fondateurs, en 1945, la sécurité sociale avait pour objectif d'assurer la sécurité sanitaire et sociale de toutes les personnes résidant sur le territoire français. Mais depuis les années 1990, les préoccupations de santé publique et de cohésion sociale ont été reléguées au second plan par des considérations de « maîtrise des flux migratoires » et les conditions d'accès aux prestations sociales pour les ressortissants étrangers ont progressivement été connectées à la police des étrangers. Dès lors, il ne suffit pas d'avoir besoin de soins ou d'aides matérielles pour faire face à un risque social, ni de considérer qu'il y a utilité publique à prodiguer des soins et à maintenir la cohésion sociale : l'accès aux prestations sociales dépend du mérite des bénéficiaires potentiels, de leur utilité sur le marché du travail ou encore de seules considérations humanitaires².

Concrètement, aujourd'hui, l'accès à la protection sociale pour les étrangers est contrarié par plusieurs obstacles.

D'abord, par une condition de résidence, entendue comme la résidence de fait, la résidence habituelle, l'installation : le système de protection sociale requiert de vivre sur le territoire national pour en bénéficier³. Cette règle, retenue dès 1945, renvoie aujourd'hui à des conditions beaucoup plus exigeantes qu'à cette date.

1. Cette contribution est issue d'une réflexion collective à laquelle ont participé notamment Véronique Baudet-Caille, Anne du Quellenec, Didier Maille, Antoine Math, Patrick Mony et Serge Slama.

2. R. Castel, *L'insécurité sociale – Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, coll. « La République des idées », 2003.

3. Art. L. 111-1 CSS.

Ensuite, par une condition de nationalité. Sous l'influence du Conseil constitutionnel⁴, de la Cour européenne des droits de l'homme⁵ et, dans une certaine mesure, de la Cour de justice des Communautés européennes⁶, sous la pression de recours devant le Conseil d'État et en dépit des résistances administratives⁷, cet obstacle s'est progressivement estompé⁸.

Le principe d'égalité entre nationaux et étrangers est également contrarié, en matière de protection sociale, par une condition de régularité de séjour. Cette dernière a progressivement été introduite à partir des années 1970 et généralisée par la loi du 24 août 1993, dite « loi Pasqua » sur l'entrée et le séjour des étrangers⁹.

Il faut mentionner enfin une condition d'ancienneté de résidence, autrement dit l'exigence d'une durée préalable de séjour, avec ou sans droit au séjour, avec ou sans droit au travail, selon les prestations, et selon d'éventuelles conventions bilatérales.

Ces quatre conditions se combinent de manière variable selon les prestations – avec des listes de titres de séjour également variables selon la prestation en cause – et selon les personnes bénéficiaires, les exigences pesant sur l'assuré étant le plus souvent distinctes de celles concernant l'ayant droit majeur ou mineur. Ces conditions varient également dans le temps, avec une tendance forte à la restriction ces dernières années tant en ce qui concerne la condition de régularité de séjour que la durée de résidence ou encore la définition de la résidence.

Il faut souligner, même si ce n'est pas l'apanage de l'accès aux droits sociaux,

4. Décis. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990. 352, note X. Prétot; *AJDA* 1990. 471, note F. Benoit-Rohmer et Décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993; *Dr. soc.* 1994. 69, note J.-J. Dupeyroux et X. Prétot, *GDCC*, p. 849.

5. CEDH 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 1996-IV, 14; *RFDA* 1997. 966; *D.* 1998. 498, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly; *JCP* 1997. I. 4000; Soc. 14 janv. 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Étienne*, *Bull. civ.* V, n° 24, p. 17; *Dr. soc.* 1999. 215, note J. Favard; *JCP* 1999. II. 10082, note F. Sudre; Soc. 21 oct. 1999, *CAF de Grenoble c. Kunt*, *Bull. civ.* V, n° 395, p. 291; *Dr. soc.* 1999. 1122, obs. X. Prétot. V. égal. K. Michelet, « La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative », *Dr. soc.* 2002. 760; F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003. 755; CEDH 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, *JCP* 2004. I. 107, n° 20, chron. F. Sudre; I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions avec la Conv. EDH », note sous CE 30 nov. 2001, *Diop*, *RDSS* 2002. 613.

6. CJCE 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96; CJCE 11 juill. 2002, aff. C-224/98, *d'Hopp c. Office national de l'emploi*; CJCE 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02.

7. H. Gacon, « Étrangers : la Sécurité sociale se moque de la justice », *Dr. soc.* 1996. 709; D. Lochak, « Quand l'administration fait de la résistance. Les prestations non contributives et les étrangers », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de É. Alfandari*, Dalloz, 1999; A. Math et A. Toullier, « Protection sociale des étrangers. Le difficile chemin vers l'égalité des droits », *Confluences Méditerranée* hiver 2003-2004, n° 48, L'Harmattan, p. 105; S. Slama, « Discriminations », *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, Éditions législatives, 2008.

8. V. aussi sur ce point la contribution de S. Slama, *supra*, p. 99.

9. Hormis quelques exceptions dans le champ de l'aide sociale (aide médicale, aide sociale à l'enfance, aide sociale pour l'accueil dans les centres de sans-abri) et quelques dérogations : A. Math et A. Toullier, « Consensus politique sur la santé », *Plein droit* 1999, n° 41-42.

qu'à ces obstacles d'ordre juridique s'ajoutent des pratiques restrictives et abusives, variables selon les caisses.

De tout cela ressort une forte impression de complexité qui dissuade d'accéder aux droits et met à mal la cohésion sociale et la santé publique.

Compte tenu de ces enjeux et de l'écart entre les pratiques administratives, le droit interne et les garanties fixées par les normes internationales, des outils doivent être trouvés pour faire prévaloir le principe d'égalité et l'État de droit.

Si le contentieux de l'excès de pouvoir a pu, un temps, répondre à ces préoccupations, force est de constater, comme il sera démontré au fil des développements qui suivent, qu'il n'en va plus de même depuis le début des années 1990. Aussi, des remparts et des stratégies alternatives au recours en annulation ont dû être imaginés dans le champ de la protection sociale des étrangers. C'est l'objet de cet article que de les présenter.

Deux types de leviers peuvent être distingués. D'une part, explorer et invoquer des textes jusque-là négligés qui garantissent des normes minimales de protection sociale et énoncent un principe de non-discrimination (I). D'autre part, identifier de nouvelles instances, juridictionnelles ou non, susceptibles de venir au soutien de ces textes (II).

I. L'INNOVATION QUANT AUX TEXTES INVOQUÉS

A. LES DISPOSITIONS EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

1. Les dispositions pertinentes en matière de protection sociale

Sans procéder à un inventaire exhaustif des dispositions susceptibles d'être invoquées dans le champ des droits sociaux des ressortissants étrangers¹⁰, peuvent être néanmoins soulignés différents textes.

D'abord, les traités ou conventions dites « multilatérales », conclus sous l'égide d'organisations internationales, telles que l'ONU¹¹, l'OIT¹², ou le Conseil de

10. J.-J. Dupeyroux, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. soc.* 1960. 365 ; P.-Y. Greber, *Les principes fondamentaux du droit international de la sécurité sociale*, Lausanne, 1984 ; G. Guéry, *Vivre l'Europe sociale*, Dunod, 1994 ; K. Michelet, *Les droits sociaux des étrangers*, L'Harmattan, 2002 ; P. Schoukens et D. Pieters, « L'accès des travailleurs migrants irréguliers à la protection sociale », *RDSS* 2005. 529. V. égal. : « La protection sociale des étrangers par les textes internationaux », *Cahier juridique Gisti*, janv. 2009.

11. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 déc. 1966 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 16 déc. 1966 ; la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) du 20 nov. 1989 ; la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, du 28 juill. 1951.

12. En particulier, la Convention n° 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale du 28 juin 1962.

l'Europe¹³, ou encore des textes relevant du droit communautaire¹⁴. Certains portent spécifiquement sur la protection sociale et fixent des normes minimales dans le domaine couvert. La plupart ne portent pas exclusivement sur les droits sociaux : ils imposent des règles s'appliquant aussi à ces droits, en particulier l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux.

Peuvent également être mentionnées des conventions bilatérales de sécurité sociale dont l'objet porte exclusivement sur le droit à la protection sociale des migrants et d'autres conventions¹⁵ dont l'objet est plus large, mais qui garantissent l'égalité de traitement et peuvent donc être invoquées en matière de prestations sociales.

Outre les normes minimales de protection sociale, ces textes posent pour la plupart un principe d'égalité de traitement applicable aux droits sociaux et écartent toute discrimination, directe ou indirecte¹⁶, en raison de la nationalité. Cette dernière notion a son importance puisque le droit français n'a fait qu'une transposition incomplète du droit communautaire : la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations¹⁷ ne vise en effet pas spécifiquement les discriminations directes

13. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 nov. 1950; la Charte sociale européenne du 18 oct. 1961. Sur la CEDH, v. not. : X. Prétot, : « La Convention européenne des droits de l'Homme implique-t-elle l'accès aux prestations sociales des l'étranger en situation irrégulière ? », *Dr. soc.* 2003. 420; I. Daugareilh, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection sociale », *RTD eur.* 2001. 123.

14. Outre le traité CE, le règlement n° 1408/71 de coordination des régimes de sécurité sociale, ainsi que son règlement d'application n° 574/72; la directive n° 2004/38/CE du 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; les accords conclus entre la Communauté européenne et des pays tiers : l'Accord d'association euro-méditerranéen avec l'Algérie, du 19 déc. 2001; avec le Royaume du Maroc, du 26 févr. 1996; avec la République tunisienne, du 17 juin 1995; avec la Turquie : Décis. n° 3/80 du 19 sept. 1980 du Conseil d'association. V. égal. : « Le droit à la protection sociale des ressortissants communautaires », Note pratique, Gisti, oct. 2008.

15. Conventions d'établissement avec la Centrafrique, le Gabon, le Mali, le Sénégal et le Togo; Déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie, partie des « accords d'Évian ».

16. Distinction apportée par la jurisprudence communautaire, sous l'influence du droit anglo-saxon. V. CJCE 12 févr. 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73; CJCE 21 sept. 2000, *Borawitz*, aff. C-124/99; CJCE 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré qu'une condition de cinq ans de résidence préalable exigée par la loi luxembourgeoise pour bénéficier d'une prestation équivalente au RMI constituait une discrimination indirecte (CJCE 20 juin 2002, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-299/01). Elle a également estimé que l'exigence selon laquelle tout bénéficiaire d'une allocation d'interruption de carrière dans le cadre d'un congé parental (assimilable à une prestation familiale) doit avoir son domicile ou sa résidence dans un État membre constituait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité dans la mesure où il est constant que cette exigence sera nécessairement plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs des autres États membres (CJCE 7 oct. 2004, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. C-469/02).

17. Art. 1^{er} : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

ou indirectes au motif de la nationalité¹⁸. Aussi, pour protéger efficacement les étrangers des discriminations directes ou indirectes dans de nombreux champs non couverts par le Code pénal ou le Code du travail, les normes internationales ou européennes se révèlent d'un recours indispensable.

Pourtant, leur respect par les autorités et juridictions françaises est loin d'être systématique. Et c'est bien souvent leur applicabilité directe qui est discutée et qui détermine si ces textes peuvent être ou non invoqués par des justiciables.

2. La réticence à reconnaître l'applicabilité directe des dispositions internationales dans le champ de la protection sociale

Les traités ou accords internationaux prévalent sur les dispositions législatives et réglementaires dès lors qu'ils sont régulièrement ratifiés ou approuvés par la France et publiés au *Journal officiel*¹⁹. Aussi, lorsqu'il existe une contradiction entre une loi et une norme internationale, cette dernière prévaut, qu'elle soit entrée en vigueur avant ou après la loi en cause²⁰. Par suite, les textes de droit interne qui seraient en contradiction avec un texte international ne doivent pas s'appliquer ; il appartient à l'administration et au juge d'écarter leur application. Le juge peut, le cas échéant, annuler l'acte administratif qui, même conforme au droit interne, est contraire à un texte de droit international.

Ce rappel pourrait apparaître superfétatoire si le législateur, le gouvernement, l'administration, voire le juge, ne s'entêtaient à ignorer ces principes...

Ces résistances s'appuient, pour partie, sur le refus de reconnaître l'applicabilité directe de ces normes internationales. Elles sont considérées comme s'adressant aux États parties et nécessitant une transposition en droit interne pour être invocables par les particuliers. Et face à l'inertie des États pour effectuer cette transposition, les moyens restent limités. En effet, à l'exception du droit communautaire pour les directives, il n'existe pas de procédure pour obliger les autorités nationales à transposer un texte international. Le seul moyen de suivi ce sont les rapports étatiques examinés par les instances de contrôle, or cette procédure donne peu de prise sur les États.

Si, pour certaines normes, il ne peut être contesté qu'elles ont une valeur programmatique et ne créent pas directement de droits au profit des particuliers, la lecture n'est pas toujours aussi aisée et pour nombre de dispositions internationales

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »

18. Contrairement aux dispositions précédemment applicables de la loi de transposition n° 2004-1486, 30 déc. 2004 (art. 19).

19. Art. 55 de la Constitution du 4 oct. 1958, dont l'application s'agissant des étrangers a été rappelée par le Conseil constitutionnel, Décis. n° 89-269 DC du 20 janv. 1990.

20. CE 20 oct. 1989, *Nicolo*.

ou européennes l'incertitude prévaut. Des critères ont été dégagés pour apprécier l'applicabilité directe : le critère rédactionnel et celui de l'autosuffisance. Mais ils ne s'avèrent pas toujours adéquats pour départager les thèses en présence²¹.

Certains textes voient ainsi leur applicabilité directe progressivement reconnue, disposition par disposition ; d'autres se heurtent à un refus persistant. Il arrive, en outre, qu'à propos d'un texte donné, un tribunal ou un ordre de juridiction ait une interprétation tandis qu'un autre tribunal ou un autre ordre de juridiction a une interprétation contraire. On peut donner quelques illustrations de ces lectures variables ou contradictoires.

B. LES FLUCTUATIONS DANS L'APPLICABILITÉ DES TEXTES INTERNATIONAUX ET EUROPÉENS

Les textes internationaux ont pu, à tort, faire l'objet, par leurs défenseurs eux-mêmes, de lectures restrictives quant à leur applicabilité directe²². Ils ont également rencontré des résistances catégoriques de la part des juridictions françaises, en particulier du Conseil d'État (1). En revanche, pour certaines dispositions internationales, de lentes évolutions ont pu s'opérer en faveur de leur applicabilité (3). À mi-chemin entre ces deux situations c'est la demi-teinte qui caractérise l'essentiel des décisions du Conseil d'État dans le domaine qui nous intéresse (2).

1. Une résistance juridictionnelle catégorique

Cela a été par exemple le cas lors du recours contre le décret du 22 décembre 1998 relatif aux titres et documents attestant de la régularité du séjour et du travail des étrangers en France pour être affiliés à un régime de sécurité sociale : le Conseil d'État a rejeté l'ensemble des arguments tirés des conventions internationales – qu'il s'agisse des conventions de l'OIT, de la convention de Genève, de la Convention relative aux droits de l'enfant, du PIDESC, ou encore de l'article 14 de la CEDH²³. Il a en effet refusé de considérer que le principe d'égalité continue à produire des effets lorsque les étrangers sont en situation irrégulière, au motif qu'il y aurait une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur se fonderait ainsi sur « un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi ».

2. Des décisions en demi-teinte

Parmi les décisions obtenues, succès et échecs coexistent, souvent difficile à départager en raison des annulations partielles ou des décisions malaisées à classer par

21. V. sur ce point la contribution de Ronny Abraham, *infra*, p. 297.

22. Ainsi, en ce qui concerne les accords UE-pays tiers, le Gisti lui-même a pensé et écrit, au départ, qu'ils supposaient l'adoption de textes d'application pour être opposables : v. la contribution de P. Mony, *supra*, p. 39.

23. CE 6 nov. 2000, *Gisti*, n° 204784, mentionné aux *Tables*.

lesquelles le Conseil d'État, plutôt que d'annuler une disposition, en propose une lecture qui la rend conforme aux principes avancés à l'appui du recours.

Caractéristique de ces décisions en demi-teinte est l'arrêt rendu par le Conseil d'État sur le recours intenté contre le décret du 21 septembre 1994²⁴.

À la suite de la loi Pasqua du 24 août 1993 subordonnant le bénéfice de la sécurité sociale à la régularité du séjour, le décret du 21 septembre 1994 est venu fixer la liste des titres et documents attestant de la régularité du séjour et du travail des étrangers en France en vue de l'affiliation à un régime de sécurité sociale. Le Gisti entend alors démontrer que subordonner l'affiliation à la sécurité sociale à la régularité du séjour est contraire à plusieurs conventions internationales, en particulier à la Convention internationale sur les droits de l'enfant et notamment ses articles 24-1, 26-1 et 27-1 relatifs aux droits de l'enfant dans le domaine de la protection sociale.

Le Conseil d'État estime que ces articles imposent seulement des obligations aux États et que, ne produisant pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'un recours. Ce faisant, il ne retient pas la suggestion du commissaire du gouvernement, Ronny Abraham²⁵, qui consistait, selon la logique jurisprudentielle retenue pour les directives, à distinguer l'hypothèse d'un recours contre un acte individuel et celle d'un recours contre un acte réglementaire. Si les stipulations des conventions internationales dépourvues d'effets directs ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre un acte individuel, disait-il, elles devaient pouvoir l'être à l'appui d'un recours contre un acte réglementaire. Ceci revenant à reconnaître que le gouvernement ne peut pas édicter de règlements contraires aux obligations qu'il a souscrites par le biais de conventions internationales.

Par ailleurs, la Haute juridiction considère, de façon peu claire, qu'il n'y a pas contradiction entre la fixation d'une liste de titres de séjour et les dispositions de la Convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour le bénéfice des prestations sans condition de résidence régulière. Cette prise de position valide la reconnaissance de l'effet direct dans l'ordre interne de l'article 4-1 de la Convention n° 118 de l'OIT.

En revanche, sur les autres points, si le Conseil d'État semble rejeter les uns après les autres les moyens soulevés par le Gisti, c'est parce qu'il donne du texte qui lui est soumis une interprétation qui le rend conforme aux principes que le Gisti entendait voir préserver. Ainsi, il déclare que le décret réserve les droits des ressortissants ayant conclu des accords d'association ou de coopération avec les Communautés européennes, qui bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Union (de sorte que l'on ne pourra pas exiger d'eux un titre de séjour). Il reconnaît, en outre, que le décret attaqué ne fait pas obstacle au maintien des droits prévu à l'article L. 161-8 du Code de sécurité sociale, ni aux droits à prestations à raison de cotisations versées avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993.

24. CE 23 avr. 1997, *Gisti*, n° 163043, publié au *Lebon*.

25. V. ses conclusions à la *RFDA* 1997. 585. V. aussi la contribution de Ronny Abraham *infra*, p. 297.

Des réticences fortes ou mitigées ont ainsi été exprimées quant aux effets des dispositions internationales en ce qui concerne la condition de régularité de séjour exigée pour le bénéfice des prestations sociales. L'attitude des juridictions s'est avérée en revanche moins hostile en ce qui concerne les conditions de durée de séjour ou de nature de titre de séjour requis. C'est par exemple ce qui ressort de la jurisprudence administrative relative au RMI.

3. Des avancées autour du RMI

En plus des conditions de droit commun, telles que les ressources ou l'âge, l'article L. 262-9 du Code de l'action sociale et des familles pose des conditions supplémentaires pour les demandeurs étrangers : ils doivent être munis d'une carte de résident ou, à défaut, d'une carte de séjour temporaire autorisant à travailler depuis au moins 5 ans.

L'exigence de certains titres de séjour et l'exigence d'une durée préalable de séjour de 5 ans pour l'octroi du RMI ont suscité de multiples contentieux dont certains ont fourni l'occasion de faire valoir des textes internationaux et de parvenir à valider leurs effets directs²⁶.

Concernant cette double exigence – nature du titre et durée de séjour –, les conventions bilatérales conclues entre la France et des pays tiers ont permis des avancées vers l'égalité des droits.

On peut ainsi évoquer une affaire concernant un Centrafricain. Il était en situation régulière, titulaire d'une carte de séjour portant la mention « commerçant », et s'était vu refuser le RMI au motif qu'il ne justifiait ni d'un des titres prévus par la réglementation sur le RMI, ni de la durée de résidence préalable également exigée. Le Conseil d'État a reconnu l'applicabilité de l'article 6 de la convention d'établissement signée le 13 août 1960 entre la France et la République centrafricaine – aujourd'hui remplacée par une nouvelle convention – prévoyant un principe d'égalité de traitement en matière de lois sociales et a jugé que le demandeur devait bénéficier du RMI dès lors qu'il détenait un titre l'autorisant à séjourner sur le territoire français, sans qu'il soit besoin de rechercher si ce titre était au nombre

26. Sans qu'il repose sur des textes internationaux, un contentieux a également été porté avec succès par le Gisti contre une circulaire de la Caisse nationale d'allocation familiale (CNAF) du 11 janv. 2002 restreignant la liste des titres autorisant à travailler aux seules cartes de séjour temporaires portant la mention « salarié » (CE 2 avr. 2003, *Gisti*, n° 248889, mentionné aux *Tables*). Avant même que la décision du Conseil d'État ne soit rendue, une nouvelle circulaire CNAF du 30 déc. 2002 fixait une nouvelle liste de titres de séjour et indiquait que « la circulaire précédente limitait par erreur [sic] la recevabilité [...] aux seules cartes portant la mention "salarié" ». Après l'arrêt du Conseil d'État, la CNAF a pris une troisième circulaire, datée du 15 juill. 2003 faisant état de cet arrêt pour en tirer les conséquences : la chose est assez rare pour qu'on la relève... V. à ce sujet : S. Segues et A. Toullier « L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocation familiales », *Dr. soc.* 2005. 669.

de ceux prévus par la loi sur le RMI ou s'il devait justifier d'une durée de résidence préalable²⁷.

Dans une autre affaire concernant un demandeur algérien, titulaire d'un titre de séjour « commerçant », le Conseil d'État a suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement et opté pour une solution similaire en s'appuyant cette fois-ci sur l'article 7 des accords d'Évian du 19 mars 1962 (Déclaration de principes relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie)²⁸.

Le droit communautaire a également permis de lever la double exigence posée par la loi.

La commission départementale d'aide sociale (CDAS) du Rhône²⁹ a ainsi annulé une décision de refus de versement du RMI à un bénéficiaire de la « protection subsidiaire³⁰ » sur la base de la directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004³¹ – directive sur laquelle la Halde s'est également appuyée à propos du revenu de solidarité active (RSA)³².

En complément des décisions émanant de la juridiction administrative, il faut aussi citer, en ce qui concerne l'applicabilité du droit communautaire, des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes.

La Cour, sur la base de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, et de l'article 43 traité CE, a considéré que la condition de cinq ans de résidence préalable exigée par la loi luxembourgeoise pour bénéficier d'une prestation équivalente au RMI constituait une discrimination indirecte dès lors que, quoique fondée sur un autre critère que la nationalité, elle aboutit au même résultat³³.

La CJCE s'est également appuyée sur le traité CE pour considérer que les principes de citoyenneté européenne et de non-discrimination s'opposent à ce que la qualité de travailleur soit exigée des ressortissants communautaires et pas des nationaux pour bénéficier d'une prestation sociale, même non contributive. Le *Minimex*

27. CE 8 juill. 1998, *Ministre du Travail c. Abatchou*, n° 177487. Le commissaire du gouvernement examine les incidences de la déclaration de 1962 et conclut : « La première conséquence [des stipulations de l'art. 7] est que les dispositions de l'article 8 de la loi 1988 qui subordonnent pour les étrangers le bénéfice du RMI à la détention de certains titres de séjour particuliers ne peuvent être opposées aux Algériens ; les leur rendre opposables reviendrait à soumettre l'attribution de l'allocation à des conditions non prévues pour les Français, ce qui serait contraire à l'article 7 de la Déclaration de 1962. »

28. CE 9 nov. 2007, *Said A.*, n° 279685.

29. CDAS Rhône, 16 déc. 2006, *M. et Mme M.*, n° 11368.

30. Prévues à l'art. L. 712-1 CESEDA.

31. Directive concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale. L'art. 28 de cette directive prévoit que « les États membres veillent à ce que les bénéficiaires du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire reçoivent, dans l'État membre ayant octroyé le statut, la même assistance sociale nécessaire que celle prévue pour les ressortissants de cet État membre ».

32. V. sa délibération n° 2008-228 du 20 oct. 2008 relative au projet de loi sur la généralisation du Revenu de solidarité active (RSA). Un amendement adopté dans le cadre de la discussion parlementaire a permis d'écarter une exigence contraire à la directive.

33. CJCE 20 juin 2002, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-299/01.

(équivalent du RMI) étant accessible aux ex-étudiants belges, il doit l'être également aux ex-étudiants des autres États membres, sans qu'on puisse invoquer l'argument de la charge déraisonnable pour l'État d'accueil, dès lors que « les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire³⁴ ».

Le bilan mitigé qu'on peut dresser du contentieux mené devant le Conseil d'État en matière de protection sociale des étrangers a invité à explorer de nouvelles pistes, à identifier de nouveaux interlocuteurs susceptibles de réaffirmer le principe d'égalité et de renforcer l'applicabilité de ces dispositions internationales.

II. L'INNOVATION QUANT AUX INSTANCES SAISIES

A. L'INTERPELLATION D'INSTANCES NON JURIDICTIONNELLES

À côté de la saisine d'autorités indépendantes, l'interpellation de comité d'experts au niveau européen s'avère une voie possible pour faire valoir le principe d'égalité et des normes minimales de protection sociale en faveur des étrangers.

1. Les autorités administratives indépendantes : la Défenseure des enfants et la Halde

Bien qu'on ait pu être dubitatif et même exprimer une certaine suspicion quant à l'indépendance, aux moyens, à l'audace et à l'efficacité de telles institutions³⁵ et donc à l'utilité de les saisir, après une « phase test » relativement concluante, les saisines associatives de la Défenseure des enfants³⁶ et surtout de la Halde³⁷ se sont progressivement multipliées, notamment pour défendre les droits sociaux des étrangers.

34. CJCE 20 sept. 2001, *Rudy Grzelczyk*.

35. V. not., lors de la mise en place de la Halde, le communiqué du Gisti : « Des conditions de crédibilité d'une autorité contre les discriminations », 20 févr. 2004 et les communiqués du Collectif pour une autorité indépendante universelle de lutte contre les discriminations : « Projet de loi HALDE : une autorité pour rien ? » (5 oct. 2004), « Non à une autorité alibi ! » (22 févr. 2005), « HALDE : pas d'intermittence dans la lutte contre les discriminations » (26 mars 2005), « HALDE : l'universalisme déjà pris en défaut » (10 oct. 2005).

36. V. not. l'avis du 9 avr. 2004 sur l'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial.

37. Dans le champ des droits sociaux, la Halde a été saisie ou s'est autosaisie : sur les pensions de retraite des anciens fonctionnaires civils et militaires (saisine Gisti et Catred, du 23 nov. 2005, délib. n° 2006-217 du 9 oct. 2006); sur la carte SNCF « famille nombreuse » (autosaisine à la suite d'un communiqué du Gisti le 5 juill. 2006, délib. n° 2006-192 du 18 sept. 2006); sur l'exclusion du bénéfice des prestations familiales à Mayotte pour les famille étrangères (saisine Gisti et Collectif des travailleurs sociaux de Mayotte du 1^{er} déc. 2006); sur les refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME (saisine de l'Observatoire du droit à la santé des étrangers du 28 nov. 2006 et autosaisine, délib. n° 2007-40 du 5 mars 2007); sur la situation des travailleurs saisonniers agricoles dans les Bouches-du-Rhône (saisine en soutien du Codetras en févr. 2007, délib. n° 2008-283 du 15 déc. 2008); sur l'accès aux soins pour les étrangers en situation précaire à Mayotte (saisine Aides, Cimade, Gisti, Médecins

Tout en restant conscient du caractère symbolique et de l'absence d'effet immédiat des délibérations et des avis rendus, on doit néanmoins constater leur relatif pouvoir d'influence. Les décisions de ces autorités indépendantes peuvent en effet avoir un impact sur le rapport des forces en présence en fonction du contexte politique.

Dans la mesure du possible, il importe donc que les saisines soient corrélées à d'autres actions telles que des recours individuels, évoqués plus loin. Cette convergence d'actions a pu démontrer son efficacité à moyen ou long terme³⁸.

2. Le Comité européen des droits sociaux et la procédure de réclamation collective

Dans le cadre du Conseil de l'Europe a été mis en place un comité d'experts chargé de la mise en œuvre et du respect par les États membres de la Charte sociale européenne³⁹. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS)⁴⁰ vérifie la conformité des législations et des pratiques nationales à la Charte sociale européenne *via* une procédure de rapports et une procédure de réclamation collective. D'une part, il publie des conclusions en réponse au rapport que lui remettent chaque année les États parties, dans lequel ils font état de l'application de la Charte dans leur législation et leurs pratiques. Si une non-conformité est constatée, l'État concerné fait l'objet d'une recommandation en vue d'amener les modifications appropriées. D'autre part, le Comité peut être saisi d'une réclamation collective⁴¹ lorsqu'une violation de la Charte est constatée⁴². Le Comité a notamment souligné que « l'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement les initiatives juridiques mais

du Monde et Migrants Mayotte du 20 févr. 2008); sur le RSA (saisine Gisti du 11 sept. 2008, délib. n° 2008-228 du 20 oct. 2008); sur l'accès au regroupement familial pour les étrangers invalides, malades, handicapés ou retraités (saisine Aides, Catred, Cimade du 16 oct. 2008).

38. Outre l'illustration en matière d'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial sur laquelle on reviendra plus loin, on peut également mentionner les suites des délibérations sur les refus de soins opposés à des assurés au titre de la CMU (délib. n° 2006-232 du 6 nov. 2006) et aux bénéficiaires de l'AME (délib. n° 2007-40 du 5 mars 2007 préc.) qui ne sont pas sans lien avec les dispositions contenues dans l'art. 18 du projet de loi « hôpital, patients, santé et territoire » discuté au Parlement en janv. 2009.

39. Art. 25 de la Charte sociale européenne.

40. Le Comité est composé de 15 membres indépendants et impartiaux, élus pour 6 ans par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

41. Sont habilitées à saisir le Comité les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs (Confédération européenne des syndicats [CES], BusinessEurope [ex-UNICE], Organisation internationale des employeurs [OIE]); les organisations d'employeurs et les syndicats de l'État concerné; les organisations internationales non gouvernementales dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cette fin par le Comité gouvernemental de la Charte pour une période de 4 ans, renouvelable.

42. J.-F. Akandji-Kombe, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamation collective », *Dr. soc.* 2000. 888; « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2001. 977; R. Brillat, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », in *La Charte sociale européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 45.

aussi les initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte⁴³ ».

Les conclusions⁴⁴ et les décisions⁴⁵ du CEDS sont riches d'enseignement. On s'attardera plus spécifiquement sur une réclamation collective de 2003 relative à l'Aide médicale d'État⁴⁶.

Depuis 2000 et la mise en place de la Couverture maladie universelle (CMU), l'AME a été en effet progressivement mise à mal. Les collectifs budgétaires de 2002 et 2003 ont profondément réformé le système de santé des étrangers en situation précaire de séjour, notamment en introduisant un délai de résidence préalable ininterrompue de trois mois pour les bénéficiaires, qu'ils soient majeurs ou mineurs⁴⁷, et en insérant un système de prise en charge par l'État des soins urgents dont l'absence mettrait en jeu un pronostic vital pour les étrangers en situation irrégulière ne pouvant bénéficier de l'AME⁴⁸. Aussi, en 2003, la FIDH, alertée par le Gisti, a-t-elle saisi d'une réclamation collective le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe (CEDS), en faisant valoir que les récentes réformes de l'AME constituaient une violation du droit à l'assistance médicale prévu par l'article 13 § 1^{er} de la charte révisée et, pour les mineurs, une violation de l'article 17 de la Charte. Dans sa décision de septembre 2004⁴⁹, le CEDS commence par poser de manière forte plusieurs principes de fond, au prix d'une lecture quelque peu audacieuse des textes.

Alors même que la Charte prévoit que les États s'engagent à appliquer ces dispositions « sur un pied d'égalité avec leurs nationaux » aux seuls « ressortissants des autres parties se trouvant légalement sur leur territoire »⁵⁰, le CEDS estime qu'eu égard aux techniques d'interprétation des traités et au fait que la Charte a été élaborée comme « un instrument vivant » pour compléter la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit être interprétée « de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux ». Ainsi, en vertu de son « essence » et de son « objectif général », la Charte sociale européenne protège aussi les étrangers en

43. CEDS, récl. 12/2002, 4 nov. 2003, *Autisme-Europe c. France*, § 53.

44. V. not., sur le RMI, les conclusions réitérées du CEDS soulignant la non-conformité de la législation française à l'art. 13 de la Charte en ce que l'octroi à un étranger non communautaire suppose une période de résidence sur le territoire français (concl. XIV-1, t. 1, France, p. 291 et concl. CEDS 2006, France).

45. Sur le droit au logement : Décis. Comité européen des droits sociaux, 5 déc. 2007, n° 33/2006 et 39/2006, *ATD Quart-Monde et Fédération nationale travail avec les sans-abri*, § 148-168 adoptée par résolution Res ChS (2008)8 le 2 juill. 2008.

46. L'AME est un système de prise en charge santé pour les étrangers en situation irrégulière disposant de faibles ressources.

47. Art. L. 251-1 CASE.

48. Art. L. 254-1 CASE.

49. Décis. CEDS, 8 sept. 2004, n° 14/2003, *FIDH c. France*, adoptée par résolution du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005; I. Daugareilh, « L'audace retenue du Comité européen des droits sociaux – à propos de la décision *FIDH c. France*, réclamation 14/2003 », *RDSS* 2005. 555. V. égal. « Couverture médicale des sans-papiers : la France rappelée à l'ordre par le Conseil de l'Europe », communiqué FIDH, Gisti, LDH du 13 mars 2005. Un extrait de la décision est reproduit *infra*, p. 158.

50. Art. 13, § 4 de la Charte sociale européenne.

situation irrégulière et leurs enfants qui, dès lors, doivent bénéficier d'une assistance médicale effective. Le CEDS considère donc que le gouvernement français ne saurait porter atteinte à la dignité humaine, dont l'accès aux « soins de santé constitue un préalable essentiel », et qu'il doit accorder un droit à l'assistance médicale à tous « les ressortissants étrangers, fussent-ils en situation irrégulière ».

Concrètement, à propos du système de prise en charge pour ceux qui ne pourraient prétendre à l'AME, le Comité reconnaît l'imprécision du concept « d'urgence mettant en cause le pronostic vital » qui ouvre droit à une prise en charge immédiate. Il souligne également la nébuleuse entourant l'autorité compétente pour en décider. Il souligne aussi les « difficultés dans la mise en œuvre pratique » des dispositions du système de l'AME. Et ce n'est que « dans le doute » que la violation du droit à l'assistance médicale est écartée.

La position du CEDS est nettement plus catégorique à l'égard du sort réservé aux enfants isolés ou à la charge d'étrangers démunis de titre de séjour qui sont exclus de la couverture maladie de droit commun et ne peuvent être pris en charge au titre de l'AME qu'après une durée de résidence préalable de trois mois : le Comité considère en effet que le dispositif de l'AME viole sur ce point l'article 17 de la Charte sociale qui prévoit le droit des enfants et adolescents à une protection sociale, juridique et économique.

Conformément à l'engagement pris par la France devant le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le gouvernement français a adressé aux instances concernées une lettre circulaire du 16 mars 2005 sur les « soins urgents » pour débloquer les situations les plus extrêmes : bien que ce texte prévoie que les mineurs répondent systématiquement au critère de l'urgence et puissent bénéficier en toutes circonstances de ce système de prise en charge il reste que le principe d'égalité n'est toujours pas respecté pour eux.

En octobre 2005, un mémorandum a été déposé par la FIDH, le Gisti, la LDH et Médecins du Monde auprès du Conseil de l'Europe pour compléter le rapport annuel remis par la France sur ce point. Sans statuer pour le moment sur la conformité de ces textes à l'article 13 § 4 de la charte, le Comité demande au gouvernement des informations sur ces nouvelles restrictions qui « compliquent l'accès aux soins, entraînent des retards dans l'accès aux soins, voire privent les personnes concernées de cet accès⁵¹ ».

Parallèlement à cette procédure, un recours en annulation pour excès de pouvoir a été déposé, par AIDES, le Gisti, la LDH, Médecins du Monde et le MRAP contre les décrets n° 2005-859 et n° 2005-860 du 28 juillet 2005 relatifs aux pièces justificatives à fournir pour apprécier la présence ininterrompue du demandeur de l'AME sur le territoire français. Le Conseil d'État a annulé partiellement le décret du 28 juillet 2005, sur la base de l'article 3-1 de la convention relative au droit de l'enfant, « en tant que [ses dispositions] mettent en œuvre à l'égard des mineurs la condition de durée de résidence prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action

51. Concl. CEDS 2006, France, sur l'art. 13.

sociale et des familles⁵² ». Bien que la Charte sociale européenne n'ait pas été expressément visée par le Conseil d'État dans cette décision, on peut difficilement douter que la décision du CEDS ait été sans influence sur sa propre décision.

Pour l'heure, la législation est restée inchangée mais plusieurs circulaires et notes internes ont été prises pour prévoir la dispense de la condition d'ancienneté de présence en France de trois mois pour les mineurs⁵³.

Alors certes, la décision du CEDS n'a pas d'effet contraignant mais, combinée à d'autres actions, elle a pu porter certains fruits...

Si en l'occurrence, pour trouver sa pleine efficacité, c'est un recours en excès de pouvoir qui est venu compléter l'interpellation d'instances non juridictionnelles, cette dernière peut être également combinée à des actions contentieuses individuelles.

B. LES STRATÉGIES BASÉES SUR DES CONTENTIEUX INDIVIDUELS

Se tourner vers, voire privilégier, les contentieux individuels, s'est progressivement imposé comme une solution permettant de surmonter certains obstacles, compte tenu d'un certain nombre de facteurs.

D'abord, un facteur objectif lié aux spécificités du contentieux de la protection sociale. Le fait que les recours soient ici répartis entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire, à travers une série de juridictions spécialisées⁵⁴, peut, dans certaines hypothèses, offrir une alternative entre la saisine du juge administratif et celle du juge judiciaire selon qu'est entrepris un contentieux en annulation ou un recours individuel.

Ensuite, sur un plan plus subjectif, l'attitude du juge n'est pas nécessairement la même selon qu'il est confronté à des textes de portée générale ou à des situations individuelles. Il peut arriver qu'à l'occasion d'un contentieux individuel, confronté à une situation concrète, le juge prenne conscience du caractère trop rigoureux de la position qu'il avait retenue dans l'abstrait.

52. CE 7 juin 2006, n° 285576. C. Devys, concl. sur CE 7 juin 2006, *Aides et autres*, *Dr. soc.* 2006. 1037; *RDSS* 2006. 1047, note L. Gay; *JCP S* 2006. 1702, obs. P. Coursier; *AJDA* 2006. 2233, note H. Rihal.

53. « Point CMU n° 69 » du 15 nov. 2006 ou « Point CMU n° 73 » du 2 août 2007 de la CNAMTS; Circ. n° 2008-04 du 7 janv. 2008 relative au Fonds pour les soins urgents et vitaux, laquelle indique explicitement que les mineurs sont dispensés du délai de trois mois d'ancienneté de présence en France en matière d'AME (pt II, p. 3 de la circulaire).

54. Dans l'ordre administratif, les contentieux relatifs à la CMU-complémentaire, l'AME ou le RMI, sont portés devant la Commission départementale d'aide sociale, et, en appel, la Commission centrale d'aide sociale. Les contentieux relatifs au RSA seront soumis à une commission de recours amiable présidée par le conseil général, avant d'être portés devant le tribunal administratif. Dans l'ordre judiciaire, le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) est compétent pour traiter les contentieux relatifs à la CMU, aux prestations familiales, aux aides au logement, à l'allocation adulte handicapée. Les contentieux sont ensuite portés devant la cour d'appel et la Cour de cassation (chambre sociale).

Enfin, la résistance – certains diront la défiance – du Conseil d'État à l'égard des textes internationaux a parfois incité à renoncer à le saisir plutôt que de s'exposer à une décision de rejet. Un échec devant le Conseil d'État peut en effet compromettre de manière durable les chances de recours individuels en affirmant des positions de principe restrictives⁵⁵.

Ainsi donc, le Gisti et ses partenaires associatifs ont privilégié et encouragé les contentieux individuels en matière de droits sociaux, tout en accompagnant ces recours d'actions plus politiques auprès d'autorités administratives indépendantes, comme la Halde ou la Défenseure des enfants⁵⁶.

La question de l'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés en France en dehors de la procédure du regroupement familial fournit une illustration éloquente de cette stratégie. En 1986, alors que la V^e République vit sa première cohabitation et que des députés du Front national viennent de faire leur entrée à l'Assemblée nationale, la loi du 29 décembre 1986, dite « loi Barzach » est adoptée : elle introduit, pour le bénéfice des prestations familiales et des aides au logement, une double condition pour les étrangers : la régularité du séjour de l'allocataire et l'entrée dans le cadre du regroupement familial pour l'enfant pris en charge⁵⁷.

Les recours contre le décret d'application du 27 avril 1987 et contre la circulaire du ministre délégué auprès du ministre des Affaires sociales et de l'Emploi du 26 juin 1987 que le Gisti a introduits sont rejetés⁵⁸. Coïncidence de calendrier : ces arrêts sont rendus alors que se concluent les débats de la loi Pasqua qui généralise l'exigence de titre de séjour pour l'accès à la quasi-totalité de la protection sociale...

La reconquête des droits apparaissant donc bloquée sur le plan collectif, il ne reste plus qu'à opérer par voie de contentieux individuels visant à remettre en cause l'exigence de regroupement familial pour les enfants au titre desquels des prestations familiales sont demandées et l'exigence de régularité de séjour de l'allocataire.

Les textes internationaux sont une fois de plus la clé de voûte de ces actions. Il est par exemple recouru à l'accord conclu entre l'Union européenne et la Turquie⁵⁹ qui contient un principe d'égalité entre ressortissants turcs et communautaires, dans la mesure où l'entrée dans le cadre du regroupement familial n'est pas exigée de ces derniers pour bénéficier des prestations familiales. Le principe d'égalité de traitement de la Convention européenne des droits de l'homme (combinaison des

55. A également été dissuasive la condamnation du Gisti au paiement d'une pénalité de 10000 F, au titre de l'art. L. 8-1 du CJA (remboursement des frais d'avocat de la partie défenderesse), à l'occasion d'un recours introduit contre une note de service du directeur de la CPAM de Paris qui excluait les enfants entrés hors regroupement familial de l'assurance-maladie, en contradiction avec l'art. L. 313-2 CSS et la Convention internationale des droits de l'enfant. On peut se demander si l'issue de ce contentieux serait identique aujourd'hui...

56. V. *supra*.

57. Art. L. 512-1 et L. 512-2 CSS.

58. CE 28 juill. 1993, *Gisti*, n° 88727, n° 88728, n° 90961.

59. Sur la Décis. n° 3/80 : v. *supra*, note 14. TASS de la Haute-Loire, *Yuksel c. CAF de la Haute-Loire*, 1^{er} mars 2001.

articles 8 et 14 ou 14 et 1^{er} du protocole 1) est également appliqué pour écarter la condition d'entrée dans le cadre du regroupement familial⁶⁰.

En ce qui concerne la condition de régularité de séjour de l'allocataire, plusieurs juridictions de l'ordre judiciaire⁶¹ ont considéré qu'elle méconnaît l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶².

Après quelques décisions de première instance, c'est la Cour de cassation qui a considéré, à plusieurs reprises⁶³, que la condition pesant sur l'enfant constitue une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Parallèlement, la Défenseure des enfants a émis un avis en 2004⁶⁴, critiquant la loi française et demandant qu'elle soit modifiée pour que des prestations familiales soient accordées à tous les enfants étrangers.

En 2006⁶⁵, sous la pression de ces décisions et de la mobilisation associative, une retouche a été apportée au Code de la sécurité sociale : le droit aux prestations familiales est désormais ouvert à certains mineurs entrés hors regroupement familial, sous de strictes conditions⁶⁶. Mais les nouvelles dispositions continuent de refuser ce droit à de nombreuses familles dont les enfants sont venus en dehors du regroupement familial. Le Conseil constitutionnel⁶⁷ n'a rien trouvé à y redire, à une petite réserve d'interprétation près « lorsqu'il sera procédé, dans le cadre de la procédure de regroupement familial, à la régularisation de la situation d'un enfant déjà entré en France, cet enfant devra ouvrir droit aux prestations familiales ».

Pour la plupart des enfants entrés hors regroupement familial, la situation est donc toujours bloquée et c'est avec de nouveaux recours individuels doublés de saisines de la Halde que la mobilisation se poursuit. La Halde, en effet, a été amenée

60. Sur la CEDH, v. les développements, *supra*, I. CA Paris n° S 07/00412/MCL du 15 mai 2008.

61. Sur la CIDE, v. les développements *supra*, I. TASS Vienne 13 mars 2000, *Époux Rahoui c. CAF de la Vienne*, à propos de sans-papiers parents de deux enfants français, demandeurs d'une allocation de rentrée scolaire; cour d'appel de Paris n° S 07/00412/MCL du 15 mai 2008 préc.

62. L'art. 3-1 de la CIDE stipule : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » L'applicabilité directe de cette disposition a été reconnue par le Conseil d'État : CE 22 sept. 1997, n° 161364, *Mlle Cinar*; et, plus récemment, par la Cour de cassation : Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20613 et n° 02-16336. Par ailleurs, son art. 26 consacre en faveur de « tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

63. Ass. plén. 16 avr. 2004, n° 02-30157; Civ. 2^e, 16 nov. 2004, n° 03-15543; Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 04-30837; Civ. 2^e, 6 déc. 2006, n° 05-12666.

64. « Proposition de réforme pour l'attribution de plein droit des prestations familiales au titre d'enfants étrangers dont les parents séjournent régulièrement en France », Défenseure des enfants, 9 juin 2004.

65. L'art. L. 512-2 CSS est modifié par la loi n° 2005-1579 du 19 déc. 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, puis l'art. D. 512-2 est modifié en conséquence par le décret n° 2006-234 du 27 févr. 2006.

66. Par exemple, pour les enfants dont les parents ont été régularisés au titre du droit à la vie privée et familiale, à la condition que ces enfants résident en France au moment de la régularisation.

67. Cons. const. 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC.

à plusieurs reprises à se prononcer sur le caractère discriminatoire de la loi française à l'encontre des enfants étrangers⁶⁸. Elle émet également des observations au soutien de certains contentieux⁶⁹.

Aujourd'hui, la plupart des recours aboutissent à des décisions favorables aux familles qui se voient accorder les prestations demandées. Maigre conquête, toutefois, qui repose sur l'obligation d'intenter des recours, faute desquels de nombreuses familles sont laissées sans droit... Mais la mobilisation reste active et ne doutons pas qu'un jour les autorités publiques céderont.

*
* *

De toutes ces stratégies et de toutes ces batailles, quelles leçons peut-on tirer ?

Certes, perdue toujours une volonté politique forte de faire reculer les droits sociaux des étrangers, de connecter toujours plus droit au séjour et droit à la protection sociale en dépit des objectifs distincts poursuivis par chacun. Mais grâce aux textes internationaux et communautaires, grâce à l'intervention d'instances non juridictionnelles, grâce aux avancées acquises dans les contentieux judiciaires individuels, des progrès ont été accomplis. Non seulement, sur le plan défensif, les mobilisations associatives ont parfois réussi à freiner et à limiter les restrictions législatives envisagées, comme pour l'aide médicale d'État ou plus récemment pour le RSA. Mais encore, sur le plan offensif, elles ont contraint à des replis ou même permis de déboucher sur des progrès : a été ainsi obtenue la suppression de la condition de nationalité pour les prestations non contributives, et on peut espérer que finira de même par disparaître l'exigence d'entrée dans le cadre du regroupement familial pour ouvrir droit aux prestations familiales.

68. Notamment : délib. n° 2006-288 du 11 déc. 2006, n° 2007-245 du 1^{er} oct. 2007, n° 2007-247 du 1^{er} oct. 2007.

69. CA Versailles 26 févr. 2008, *Mahmoud Cheikh et HALDE c. CAS des Hauts-de-Seine et DRAS de Paris* (n° 07/01772) dans lequel les juges admettent la recevabilité des observations de la Halde.

Documents

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**



DECISION SUR LE BIEN-FONDE

RECLAMATION N° 14/2003

par la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme
c. France

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne («le Comité»), au cours de sa 203^e session, dans la composition suivante :

MM. Jean-Michel BELORGEY, Président
Nikitas ALIPRANTIS, Vice-Président
M^{me} Polonca KONCAR, Vice-Présidente
Stein EVJU, Rapporteur Général
Rolf BIRK
Matti MIKKOLA
Konrad GRILLBERGER
Alfredo BRUTO DA COSTA
Tekin AKILLIOĞLU
M^{me} Csilla KOLLONAY LEHOCZKY
MM. Gerard QUINN
Lucien FRANCOIS
Andrzej SWIATKOWSKI

Assisté de M. Régis BRILLAT, Secrétaire exécutif de la Charte sociale européenne

Après avoir délibéré le 24 mai, les 6, 7 et 8 septembre 2004,

Sur la base du rapport présenté par Mme Polonca KONCAR,

Rend la décision suivante adoptée à cette date :

PROCEDURE

1. La réclamation présentée par la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) a été enregistrée le 3 mars 2003. Le 16 mai 2003, le Comité l'a déclarée recevable.

2. En application de l'article 7§§1et 2 du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives et de la décision du Comité du 16 mai 2003 sur la recevabilité de la réclamation, le Secrétaire exécutif a adressé le 21 mai le texte de la décision sur la recevabilité au gouvernement français (« le Gouvernement »), à la FIDH, aux Parties contractantes au Protocole et aux Etats ayant fait une déclaration en application de l'article D§2 de la Charte sociale européenne révisée, ainsi qu'à la Confédération européenne des syndicats (CES), à l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE) et à l'Organisation internationale des Employeurs (OIE) en les invitant à lui soumettre des observations sur le bien-fondé de la réclamation. En application de l'article 25§2 du Règlement du Comité, le Président a fixé la date limite pour la présentation des observations au 30 septembre 2003.

3. A la demande du Gouvernement, le Président a prorogé ce délai jusqu'au 24 octobre 2003. A cette date, le Gouvernement a présenté ses observations sur le bien-fondé de la réclamation.

4. Le Président a fixé au 1^{er} décembre 2003 l'échéance du délai dans lequel la FIDH pouvait présenter des observations en réplique au Gouvernement. Les observations ont été enregistrées le 15 décembre 2003.

5. Le Gouvernement a présenté des observations complémentaires le 1^{er} avril 2004.

6. Le 28 juillet 2004, la FIDH a adressé au Comité des observations complémentaires.

A – Argumentation des parties

i En ce qui concerne l'article 13 de la Charte

16. La FIDH soutient que les dispositions de la loi du 30 décembre 2002 en ce qu'elles mettent fin à la dispense totale d'avance de frais médicaux pour les étrangers en situation irrégulière disposant de revenus très faibles et leur imposent le paiement d'un ticket modérateur pour les soins dont ils bénéficient ou le paiement du forfait hospitalier en cas d'hospitalisation constituent une violation du droit à l'assistance médicale prévu par l'article 13 de la Charte révisée.

17. La FIDH estime que l'article 13§4 impose la condition de régularité de la présence sur le territoire national uniquement pour prétendre à bénéficier du droit à l'assistance médicale sur un pied d'égalité avec les nationaux. En d'autres termes, le fait que les intéressés soient en situation irrégulière pourrait justifier sous l'angle de l'article 13, par le jeu du paragraphe 4, qu'ils ne bénéficient pas d'une pleine égalité de traitement avec les nationaux mais ne justifierait en aucune façon qu'ils fussent privés de toute forme d'assistance médicale.

18. Le Gouvernement soutient quant à lui que les étrangers en situation irrégulière ne feraient pas partie des personnes protégées en application de l'Annexe à la Charte et ne seraient donc justiciables d'aucun des droits garantis par la Charte. En ce qui concerne spécifiquement l'article 13, le Gouvernement voit la preuve de cette exclusion des étrangers en situation irrégulière dans les termes de l'article 13§4 donnant un champ d'application plus restreint, même pour les non-résidents légalement présents sur le territoire, à ce paragraphe qu'aux paragraphes 1, 2 et 3 du même article. Selon lui, quatre conditions cumulatives seraient nécessaires pour que l'article 13§4 s'applique :

- que l'intéressé soit « privé des ressources suffisantes » au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale,
- que l'intéressé soit en situation régulière sur le territoire de l'Etat où il demande l'assistance médicale,
- mais de surcroît, que l'intéressé soit ressortissant d'un Etat partie à la Charte,
- et encore que l'Etat, dont cette personne est le ressortissant, ait ratifié la Convention européenne d'assistance sociale et médicale signée à Paris le 11 décembre 1953.

19. Au surplus, le Gouvernement soutient que le dispositif de l'aide médicale d'Etat, qui s'applique aux étrangers en situation irrégulière ayant trois mois de présence, serait conforme à l'article 13§4 de la Charte.

20. Dans ses observations complémentaires enregistrées le 15 décembre 2003, la FIDH

- conteste la position du Gouvernement et estime que les quatre conditions que ce dernier estime nécessaires pour l'application de l'article 13§4 ne sont en aucune manière cumulatives ;

- et estime que la loi de finance rectificative pour 2003 a encore aggravé la situation en supprimant le dispositif d'admission immédiate à l'AME, en exigeant une présence ininterrompue en France de trois mois avant de pouvoir demander l'AME et en limitant les soins médicaux pris en charge en urgence aux seules situations qui mettent en jeu le pronostic vital immédiat, et ce uniquement à l'hôpital.

21. Dans ses observations complémentaires du 1^{er} avril 2004, le Gouvernement maintient sa position et conteste les arguments de la FIDH.

ii En ce qui concerne l'article 17 de la Charte

22. La FIDH estime que la restriction des droits des mineurs qui résulte de la loi du 31 décembre 2002 constitue une violation de l'article 17 car l'instauration d'un ticket modérateur les prive des droits énoncés à l'article 17.

23. Or, la FIDH soutient que, dans la mesure où les mineurs étrangers vivant en France âgés de moins de 16 ans n'ont pas l'obligation d'être titulaires d'un permis de séjour. Ils remplissent par conséquent la condition, prévue par l'Annexe à la Charte, d'être en situation régulière sur le territoire français. Elle en déduit que l'article 17 s'applique par conséquent à eux.

24. Le Gouvernement conteste le moyen de la FIDH. A titre principal, il soutient que le fait que les mineurs ne soient pas astreints à la détention d'un permis de séjour ne les place pas *ipso facto* en position régulière sur le territoire français. Dès lors, l'article 17 ne s'appliquerait pas à eux, pour les mêmes raisons que celles exposées au sujet de l'article 13. A titre subsidiaire, il estime, au contraire de la FIDH, que la réforme de la loi du 30 décembre 2002 a pour effet de garantir aux mineurs, même en situation irrégulière, une prise en charge intégrale de leurs frais de soins, sans aucune participation.

25. Dans ses observations complémentaires enregistrées le 15 décembre 2003, la FIDH indique en outre 3 différences entre les modalités d'exercice du droit à l'assistance médicale par les enfants français et les modalités d'exercice du même droit par les enfants étrangers en situation irrégulière :

- d'une part les lunettes et les prothèses dentaires ne sont pas prises en charge pour les seconds dans le cadre de l'AME alors qu'elles le sont pour les premiers par le complémentaire CMU ;

- ensuite les seconds ne sont admis à l'AME qu'après un certain délai ce qui interdirait la prévention, retarderait les soins voire conduirait les intéressés à y renoncer ;
- enfin, les soins médicaux seraient limités aux seules situations mettant en jeu le pronostic vital immédiat.

La FIDH en déduit que la situation serait contraire à l'article 17 lu en combinaison avec l'article E.

B – Appréciation du Comité

i. Sur l'interprétation de l'Annexe à la Charte

26. La présente réclamation soulève des questions essentielles sur le plan de l'interprétation de la Charte. A cet égard, le Comité précise que lorsqu'il est conduit à interpréter la Charte, il le fait selon les techniques d'interprétation consacrées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Selon l'article 31§1 de cette Convention:

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

27. Or, la Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent : la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

28. D'ailleurs, selon la Déclaration de Vienne de 1993, tous les droits de l'homme sont « universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (par. 5). Le Comité est par conséquent attentif à l'interaction complexe entre les deux catégories de droits.

29. Ainsi la Charte doit-elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux. Il en résulte notamment que les restrictions apportées aux droits doivent être interprétées strictement c'est-à-dire comprises d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question et permette d'atteindre l'objectif général de la Charte.

30. A l'occasion de la présente réclamation, le Comité est appelé à décider comment la restriction figurant à l'Annexe doit être comprise en fonction de l'objectif premier de la Charte ainsi défini. Cette restriction concerne un large éventail de droits sociaux garantis par les articles 1 à 17 et les affecte diversement. Dans la présente affaire, elle porte atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu, puisqu'il est lié au droit-même à la vie et touche directement à la dignité de l'être humain. De surcroît, la restriction pénalise en l'occurrence des enfants qui se trouvent exposés au risque de ne pas pouvoir bénéficier d'un traitement médical.

31. Or, la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine.

32. Le Comité estime par conséquent qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte.

ii. Sur la violation alléguée des articles 13 et 17 de la Charte

33. En ce qui concerne l'article 13, le Comité relève que la législation ne prive pas les étrangers en situation irrégulière de tout droit à l'assistance médicale puisqu'il prévoit :

- l'aide médicale d'Etat (AME) qui couvre certains frais pour tout étranger ayant résidé en France pendant une période ininterrompue de plus trois mois même s'il ne remplit pas les conditions de résidence régulière;
- la prise en charge du traitement des autres étrangers en situation irrégulière en cas d'urgence mettant en cause le pronostic vital.

34. Certes, le concept d'urgence mettant en cause le pronostic vital n'est pas suffisamment précis et il n'apparaît pas clairement quelle autorité est compétente pour en décider. Il est également vrai qu'il existe nombre de difficultés dans la mise en œuvre pratique des dispositions relatives aux étrangers en situation irrégulière qui se trouvent en France depuis plus de trois mois ; de plus, la définition des coûts pris en charge par l'Etat est définie de manière étroite. Cependant, en raison de l'existence d'une forme d'assistance médicale pour ces personnes, le Comité, dans le doute, considère que la situation ne constitue pas une violation de l'article 13 de la Charte révisée.

35. En ce qui concerne l'article 17, le Comité constate que plusieurs dispositions de la Charte révisée sont consacrées aux droits des enfants et adolescents. Le texte de la Partie I prévoit en effet que

« les Parties reconnaissent comme objectifs d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utile, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et principes suivants :

(...)

7. Les enfants et les adolescents ont droit à une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux auxquels ils sont exposés ;

(...)

17. les enfants et les adolescents ont droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée. (...) »

36. L'article 17 de la Charte révisée est par ailleurs directement inspiré de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Il garantit de façon générale le droit des enfants et des adolescents, y compris des mineurs non accompagnés, aux soins et à l'assistance. Or, le Comité relève que

a) le groupe en question n'a droit à l'assistance médicale qu'en cas de situation mettant en jeu le pronostic vital;

b) les enfants d'immigrants en situation irrégulière ne sont admis au bénéfice du système d'assistance médicale qu'après une certaine durée de présence sur le territoire.

37. Pour ces raisons, le Comité considère que la situation n'est pas conforme à l'article 17.

38. Tant en ce qui concerne l'article 13 que l'article 17, le Comité estime que les autres arguments avancés par les parties sont secondaires et ne sont pas de nature à modifier son appréciation de la situation.

CONCLUSION

Par ces motifs, le Comité conclut

1. par 9 voix contre 4 qu'il n'y a pas violation de l'article 13§4 de la Charte révisée ;
2. par 7 voix contre 6 qu'il y a violation de l'article 17 de la Charte révisée.

Polonca KONCAR
Rapporteur

Jean-Michel BELORGEY
Président

Régis BRILLAT
Secrétaire exécutif

En application de l'article 30 du règlement,

- une opinion dissidente de M. Stein EVJU, à laquelle se rallient Mme Polonca KONCAR et M. Lucien FRANCOIS,
- une opinion dissidente de M. Rolf BIRK,
- une opinion dissidente de M. Tekin AKILLIOĞLU et
- une opinion dissidente de M. Jean-Michel BELORGEY

sont jointes à la présente décision.

Saisir la Cour de justice des Communautés européennes : une route semée d'obstacles

Claire Rodier

*Chargée d'études, Gisti, présidente de Migreurop**

Le recours aux ressources du droit communautaire est apparu relativement tôt dans la pratique du Gisti. C'est vers le milieu des années 1980 que, pour la première fois, elles ont été mobilisées dans des contentieux individuels, afin d'obtenir un droit au séjour que la loi nationale refusait ou l'annulation d'une mesure d'éloignement qu'elle permettait. Pendant longtemps, d'ailleurs, les pistes innovantes offertes par le droit européen ont représenté une bouffée d'air frais par rapport à une réglementation interne hermétique. C'est ainsi que le Gisti a tenté de tirer tout le parti qu'il pouvait du principe de libre circulation des personnes posé par le traité de Rome et mis en application par le droit dérivé – principe qui, rappelons-le, ne bénéficie pas seulement aux citoyens européens, mais aussi à des étrangers non européens, notamment lorsqu'ils sont membres de la famille d'un ressortissant communautaire.

Ceci jusqu'au début des années 2000, époque à partir de laquelle c'est en quelque sorte « de l'Europe » que sont venus les obstacles. Avec la communautarisation de la politique migratoire décidée par le traité d'Amsterdam de 1997, des règles européennes ont été progressivement dégagées entre 1999 et 2005 dans les domaines de l'asile et de l'immigration. Et ces règles, dans bien des cas, ont eu pour effet de « tirer vers le bas » les droits reconnus aux étrangers dans certains États membres, dont la France. Dans cette nouvelle configuration, comment faire prévaloir les principes relatifs à la protection des droits fondamentaux, qui sont censés engager l'Union européenne, sur les dispositions du droit communautaire défavorables aux étrangers ? Le défi qui s'est alors posé au Gisti fut de parvenir à contester devant la Cour de justice des Communautés européennes – à laquelle l'association

* Migreurop est un réseau euro-africain d'associations et de chercheurs qui milite pour le respect des droits des personnes victimes des conséquences de la politique d'immigration de l'Union européenne.

n'avait pas directement accès – les atteintes portées aux droits des étrangers qu'il avait identifiées. Il a fallu faire preuve d'imagination et surtout de beaucoup d'acharnement, comme le montrent les deux exemples qui vont suivre. Dans les deux cas, on verra aussi que l'action juridique, qui n'est jamais un but en soi pour le Gisti, a été étroitement liée à la mobilisation militante, ici étendue au-delà des frontières nationales.

I. LA CONTESTATION DE LA DIRECTIVE RELATIVE AU REGROUPEMENT FAMILIAL

Si l'arrêt du Conseil d'État de 1978 est resté dans les annales comme un « arrêt Gisti », ce n'est pas le cas de l'arrêt de la Cour de justice rendu le 27 juin 2006¹, qui traite d'un sujet voisin : le regroupement familial des étrangers. Pourtant, on peut sans exagérer affirmer que cette décision n'aurait pas vu le jour si le Gisti n'y avait mis toute son énergie. Même si, sur le fond, de nombreux observateurs s'accordaient pour estimer que la directive relative au regroupement familial de 2003, alignée sur les standards des législations les plus restrictives des États membres, était loin de respecter le droit à la vie familiale, il s'est en effet trouvé peu de monde, parmi les familiers du contentieux communautaire, y compris dans l'entourage du Gisti, pour croire que l'entreprise était envisageable.

A. DE L'AFFIRMATION D'UN DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL À LA SIMPLE DÉFINITION D'UNE BASE COMMUNE MINIMALE POUR LE REGROUPEMENT DES FAMILLES

La directive relative au regroupement familial est le premier instrument communautaire présenté par la Commission européenne après que les États membres de l'Union européenne ont affirmé, en 1999, leur volonté de « mettre en place une approche commune pour assurer l'intégration dans nos sociétés de ressortissants de pays tiers résidant légalement dans l'Union » par l'octroi de « droits aussi proches que possible que ceux dont jouissent les ressortissants de l'Union ». La première version du texte était à l'image de l'objectif : elle établissait un droit au regroupement familial pour les ressortissants d'États tiers. En se référant de façon appuyée aux conventions internationales, l'exposé des motifs justifiait que la réglementation du regroupement familial échappât partiellement aux législations nationales : d'où une acception relativement libérale de la notion de famille, intégrant notamment les partenaires non mariés, y compris de même sexe, et n'excluant ni les ascendants ni les enfants majeurs. Dans le même esprit, la proposition initiale ne posait pas comme impératives les conditions de ressources et de logement mais prévoyait que les États « pou-

1. CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03.

vaient » opposer ces conditions sous réserve qu'il n'y ait pas violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce premier jet, retravaillé à la marge en fonction d'amendements proposés par le Parlement européen qui l'a globalement approuvée dans un avis du 6 septembre 2000, a recueilli le soutien de la plupart des ONG impliquées dans ce domaine, dont le Gisti.

Il fera long feu. Le texte finalement arrêté après deux années d'âpres négociations au sein du Conseil, au cours desquelles chaque délégation a plaidé pour ses spécificités nationales, n'a plus rien à voir avec la version initiale. Il faut se souvenir que, jusqu'en 2004, les matières relevant de la justice et des affaires intérieures étaient soumises à la règle de l'unanimité : il fallait donc impérativement parvenir à un consensus entre tous les États membres pour faire adopter une directive ou un règlement relatif aux questions d'immigration. C'est ainsi que, pour éviter le blocage, la Commission européenne a dû accepter d'intégrer dans sa proposition de directive une superposition de compromis qui l'ont dénaturée en profondeur. L'introduction du nouvel exposé des motifs donne le « la » : alors que la proposition initiale voulait instaurer un « droit au regroupement familial », la version de 2002 ne parle plus que de « fixer les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial ». Quelques exemples des modifications apportées au texte, et les commentaires qu'en fait la Commission, permettent de mesurer ce recul.

– Seuls le conjoint et les enfants mineurs sont admissibles dans le cadre du regroupement familial, qui n'est plus envisagé qu'à titre facultatif pour les autres membres de la famille : conjoints non mariés, ascendants, descendants majeurs. Lorsqu'on se souvient de l'interprétation ouverte de la notion de famille de la version initiale, il est éclairant de relever que la Commission considère désormais que, « compte tenu de la diversité des législations nationales concernant les bénéficiaires du droit au regroupement familial, il ne semble pas possible à ce stade d'étendre l'obligation d'autoriser l'entrée et le séjour au-delà du conjoint et des enfants mineurs ».

– Les enfants mineurs sont admissibles par regroupement familial. Mais par dérogation à ce principe, un État peut, si l'enfant a plus de 12 ans, subordonner son admission à un critère d'intégration (condition posée par l'Allemagne). La Commission, qui rappelle que « la limite de l'âge auquel les enfants sont autorisés à rejoindre leurs parents a été une des questions majeures des négociations sur le regroupement familial », ajoute laconiquement qu'« il apparaît opportun de laisser aux États membres une certaine marge de manœuvre pour examiner si l'enfant remplit des conditions d'intégration au-delà d'un certain âge ».

– Le délai d'attente avant qu'un étranger puisse prétendre à se faire rejoindre par sa famille, d'abord fixé à un an « pour ne pas réduire à néant l'exercice du regroupement familial » disait la Commission en 1999, est porté à deux ans. Sans crainte de se contredire, elle considère désormais que « le compromis sur cette flexibilité constitue encore une base suffisante en vue du rapprochement des législations ». Au point d'admettre un allongement du délai jusqu'à trois ans si la législation des États

tient compte « de sa capacité d'accueil » pour admettre des étrangers au titre du regroupement familial. Ce qui permet de compter les admissions de membres de famille dans les quotas annuels d'admission d'étrangers pratiqués dans certains pays, calcul incompatible avec la reconnaissance d'un droit au regroupement familial.

Tel est l'esprit de la directive finalement adoptée, malgré les nombreuses critiques dont elle faisait l'objet. Parmi d'autres, on relèvera celle du Comité des régions de l'Union européenne qui, dans son avis du 20 novembre 2002, regrette que la directive s'écarte « de l'approche du regroupement familial basée sur des droits pour se tourner vers une approche procédurale » et que, du « droit au regroupement familial », on soit passé à « la simple définition d'une base commune minimale de conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial »². De leur côté, les ONG nationales et européennes spécialisées dans la défense de la famille et des droits des étrangers se mobilisent pour en dénoncer les dispositions les plus graves, à l'image des principaux réseaux chrétiens d'associations œuvrant dans ces domaines qui formulent de très vives critiques contre le texte³.

B. LE GISTI, PLAIDEUR EN SOUS-MAIN

Pouvait-on aller au-delà de la dénonciation et des protestations, dès lors qu'en septembre 2003 la directive relative au regroupement familial était officiellement adoptée par le Conseil de l'Union européenne ? Y avait-il moyen de faire contrôler par le juge communautaire un texte qui n'avait pas encore produit ses effets sur la situation d'éventuels justiciables ? Comment même accéder à ce juge, quand le traité de Nice de 2000 prévoit que « la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission⁴ » ?

Les États ou les institutions européennes étant seuls qualifiés pour contester une directive devant la Cour, le Gisti n'avait guère le choix : il n'y avait bien sûr rien à attendre des États membres ou du Conseil, c'est-à-dire des gouvernements qui venaient d'adopter le texte. De la Commission européenne, rien non plus, car elle avait accompagné le processus d'élaboration de la directive de bout en bout et ne pouvait se déjuger. Il ne restait plus qu'à convaincre le Parlement européen, par une démarche en deux temps que le Gisti ne pouvait entreprendre seul.

La première étape a consisté à trouver des alliés au sein du Parlement. C'est ainsi qu'à travers un réseau d'associations européennes militant pour le droit de vivre en famille dont le Gisti est membre a été lancée, en octobre 2003, une cam-

2. Comité des régions, avis n° 2003/C 73/05, *JOUE C-73/16* du 26 mars 2003.

3. « The EU Directive on family reunification : right for families to live together or right for member States to derogate from human rights ? », communiqué de presse de Caritas, Comece, CCME, ICMS, JRS, Quaker Council, 4 mars 2003.

4. Art. 230 TCE.

pagne auprès des parlementaires européens⁵. Il y avait une brèche pour les sensibiliser : à l'époque, le Parlement n'avait certes qu'un rôle consultatif dans les matières d'immigration et d'asile, qui ne sont passées sous le régime de la codécision qu'en 2004, mais le traité prévoyait que le Conseil statuait à l'unanimité « *après consultation du Parlement européen* ». Or le Conseil avait rendu public en février 2003 un « accord politique » sur la directive alors même que le Parlement n'avait pas fait connaître sa position. Lorsque celui-ci a rendu son avis, le 9 avril 2003, il était en quelque sorte désavoué d'avance. Car les substantielles réserves qu'il a émises, sous forme de suggestions d'amendements, n'ont jamais été examinées puisque l'accord a été, en fait sinon en droit, conclu deux mois avant.

Destinée à piquer la susceptibilité des eurodéputés, la campagne de la Coordination européenne pour le droit des étrangers à vivre en famille a atteint son but : un nombre suffisant d'entre eux s'est prononcé en faveur d'une demande d'annulation de la directive, à la suite de quoi le président du Parlement a saisi la Cour de justice des Communautés.

La seconde étape a consisté à construire l'argumentation juridique. Dans le mémoire que le Gisti avait fait parvenir à la Commission juridique du Parlement⁶, il pointait en premier lieu cette irrégularité formelle concernant la procédure d'adoption sans prise en considération de l'avis du Parlement.

Il soulevait ensuite une dizaine de moyens d'annulation, qui reposaient tous sur un préalable : bien que le traité de Rome de 1957 ne dise rien à ce sujet, l'Union européenne doit respecter les droits fondamentaux, notamment ceux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais également par d'autres textes de portée internationale, en tant que principes généraux du droit communautaire. Une jurisprudence bien établie de la Cour fonde cette argumentation : dans l'arrêt *Stauder*⁷, elle a estimé que la disposition soumise à son contrôle ne comprenait aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect. Dans son arrêt *Defrenne*⁸, elle a ajouté que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit communautaire dont elle a pour mission d'assurer le respect. Plus généralement, par un arrêt *Nold*⁹, la Cour a précisé que dans le cadre de sa mission d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire.

5. Coordination européenne pour le droit des étrangers à vivre en famille, « Lettre au président du Parlement et aux autres parlementaires européens », 7 oct. 2003.

6. Le mémoire est disponible sur le site du Gisti [<http://www.gisti.org/doc/actions/2003/regroupement/arg-fr.pdf>].

7. CJCE 12 nov. 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm*, Rec. CJCE 419, concl. K. Roemer.

8. CJCE 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c. Sabena*, aff. 149/77, Rec. CJCE 1365.

9. CJCE 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung c. Commission*, aff. 4-73, Rec. CJCE 491.

Les dispositions visées par le mémoire préparé par le Gisti se répartissaient autour de deux principaux griefs faits à la directive : d'une part l'acceptation restrictive des notions de « famille » et de « membres de famille » ; d'autre part, en référence aux principes de droit international mentionnés ci-dessus, la violation du droit au respect de la vie privée et familiale, et des droits des enfants.

C. UNE SOLUTION EN DEMI-TEINTE

Sans entrer dans le détail, on retiendra que sur les dix motifs d'annulation qui lui étaient suggérés, le Parlement en a retenu trois – dont deux portaient sur les limitations apportées au regroupement d'enfants mineurs et le troisième sur le délai d'attente imposé au regroupant – pour la requête qu'il a formée devant la Cour le 22 décembre 2003.

On retiendra aussi que la Cour les a tous écartés. Elle n'a notamment rien trouvé à redire aux possibilités ouvertes par la directive de restreindre les conditions dans lesquelles les enfants mineurs peuvent rejoindre leurs parents installés en Europe, dès lors, dit-elle, que les États membres « restent tenus par la directive d'examiner la demande, dans l'intérêt de l'enfant et dans le souci de favoriser la vie familiale ». Autrement dit, plutôt que de chercher à encadrer, sinon harmoniser, la notion d'intérêt de l'enfant, la Cour prend le risque de laisser les États en donner leur propre interprétation, éventuellement guidée par tel ou tel particularisme national. Elle permet ainsi que la loi allemande soumette les enfants étrangers de plus de 12 ans à un test d'intégration avant de quitter leur pays, ou que la loi autrichienne limite le regroupement familial aux mineurs de 16 ans, au lieu de 18 ans dans les autres pays.

De même que certaines victoires judiciaires laissent parfois un goût amer, certaines défaites ont la vertu d'ouvrir des pistes pour l'avenir. C'est le cas avec la décision de la Cour sur la directive relative au regroupement familial. D'une part, elle a admis le bien-fondé d'une procédure – un recours du Parlement contre la marge nationale d'appréciation laissée aux États – qui, si elle n'a pas abouti en l'espèce, a pu être efficacement utilisée ultérieurement¹⁰. D'autre part, en même temps qu'elle a réaffirmé le principe selon lequel « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect », elle a consacré pour la première fois la portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000, en acceptant – même s'il faut déplorer qu'elle l'ait en l'occurrence jugée conforme – de confronter la validité d'une décision du Conseil aux prescriptions de la Charte : le droit au respect de la vie privée ou familiale (article 7), ou encore les droits de l'enfant (article 24 § 2).

10. La directive n° 2005/85/CE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié a été partiellement annulée sur requête en annulation du Parlement européen : CJCE 6 mai 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-133/06.

Mais l'exemple suivant montre, malheureusement, que ces considérations sur le respect des droits fondamentaux par l'Union sont parfois bien théoriques.

II. LES CHARTERS DE LAMPEDUSA

Par rapport à la stratégie de l'ombre développée pour contester la directive regroupement familial, l'affaire des charters de Lampedusa illustre une méthode plus frontale utilisée par le Gisti pour atteindre la Cour de justice. Il s'agissait cette fois-ci de lui faire juger que les autorités italiennes avaient violé le droit communautaire en expulsant, sans avoir procédé à un examen individuel de leur situation, plusieurs centaines de migrants arrivés sur leurs côtes par la mer.

A. DES EXPULSIONS SPECTACULAIRES

Au cours de la première semaine d'octobre 2004, plus de 1 000 personnes arrivées, à bord d'embarcations précaires, jusqu'à l'île de Lampedusa, au sud de la Sicile, étaient venues grossir le nombre de candidats à l'immigration et de demandeurs d'asile déjà détenus dans le « centre de premier accueil » ouvert par les autorités italiennes sur cette île. En l'espace d'à peine une semaine, un pont aérien organisé par avions spéciaux à destination de la Libye permettait l'expulsion d'un peu plus d'un millier d'entre eux. De nombreux éléments laissaient penser que ces expulsions – qui avaient été largement commentées dans la presse européenne – s'étaient déroulées dans des conditions ne permettant pas le respect de plusieurs prescriptions du droit international, notamment sur les fondements suivants :

– *Traitements inhumains et dégradants*. D'après les témoignages des rares personnes ayant pu accéder au centre pendant et juste après les opérations de refoulement, les conditions de détention étaient caractérisées par la surpopulation (plus de 1 000 personnes dans un centre prévu pour en accueillir moins de 200), des conditions d'hygiène défectueuses, une infrastructure inadaptée aux nécessités minimales de la vie quotidienne (les personnes étant obligées de dormir par terre, sans toit, sans drap ni couverture), l'usage de méthodes coercitives (« menottes » en matière plastique), l'impossibilité de communiquer avec le monde extérieur (problème de langue, absence de cabine téléphonique), l'insécurité juridique du fait de l'absence d'informations sur le sort immédiat des personnes détenues et de la peur du refoulement, etc.

– *Expulsions collectives*. Bien que les autorités italiennes aient à plusieurs reprises affirmé qu'il avait été procédé à un examen individuel de la situation de chaque personne accueillie pendant la période incriminée au centre de Lampedusa et que chacune d'entre elles avait été identifiée, les circonstances de leur séjour au centre, telles qu'elles ont été rapportées par les témoins, et surtout l'extrême rapidité avec

laquelle le renvoi d'un grand nombre d'entre elles a été organisé rendaient cette thèse difficilement crédible. Il semble en fait que la principale méthode d'identification se soit en réalité limitée à un « tri » hâtif des arrivants, effectué sur la base de leur origine supposée et des indications parfois données par deux personnes désignées comme des interprètes.

– *Violation du principe de non-refoulement.* Cette méthode extrêmement sommaire d'« identification » des étrangers arrivés à Lampedusa a des conséquences directes au regard du principe de non-refoulement posé par la convention de Genève sur les réfugiés de 1951. Le fait que les représentants du Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés dépêchés sur place n'aient pu avoir accès aux lieux qu'après le départ de la plupart des demandeurs d'asile potentiels renforçait le soupçon de violation de ce principe.

– *Refoulement vers un État ne présentant pas les garanties minimales de protection des individus.* En choisissant d'expulser collectivement des étrangers vers la Libye, pays qui n'est pas signataire de la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, l'Italie avait pris le risque de passer outre les prescriptions tant de ce texte, qui l'engage comme il engage tous les États membres de l'Union européenne, que de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'ensemble des textes internationaux de défense des droits de l'homme. En effet, ainsi qu'en attestent de très nombreux rapports d'ONG et d'organisations internationales, la Libye est notamment connue pour s'être rendue responsable de violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales (rafles, enfermement dans des camps de rétention dans des conditions difficilement supportables, sévices corporels, expulsions collectives, etc.).

B. UNE STRATÉGIE OFFENSIVE

Particulièrement sensibilisé à la problématique de la détention abusive et des expulsions collectives d'étrangers qui l'a amené, avec des partenaires européens, à créer en 2003 le réseau Migreurop¹¹, le Gisti s'est trouvé confronté à plusieurs reprises à l'impossibilité de saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour faire condamner ce type de violations de droits pourtant garantis par la Convention. L'ouverture d'une procédure étant liée au dépôt d'une plainte individuelle par les victimes, les circonstances des expulsions interdisent le plus souvent que celles-ci soient identifiées et en mesure d'entamer une procédure dans le temps imparti.

C'est pourquoi le Gisti cherchait, pour contourner cette difficulté, le moyen de placer l'Union européenne devant ses responsabilités en cas de violation notoire des droits fondamentaux par un des États membres, non par le biais de plaintes individuelles, mais au nom du respect par les États des principes qu'elle prétend défendre. Les expulsions de Lampedusa lui en donnaient l'occasion.

11. Sur ce réseau, v. *supra*, note *.

Le raisonnement rejoint celui adopté dans le cas de la directive regroupement familial, mais le mode opératoire est différent : cette fois-ci le Gisti, avec neuf autres associations membres du réseau Migreurop, a saisi au mois de février 2005 la Commission européenne. Sur la base d'un dossier très documenté, il était demandé à celle-ci, en sa qualité de gardienne des traités, d'engager une action en manquement sur le fondement de l'article 226 TCE contre l'Italie, coupable de violations manifestes de principes fondamentaux qui engagent l'Union européenne, tels que la protection contre les traitements inhumains ou dégradants, la prohibition des expulsions collectives, ou encore le principe de non-refoulement pour les demandeurs d'asile¹².

C. FIN DE NON-RECEVOIR

Loin de contester les faits, la Commission, dans sa réponse aux associations, s'est toutefois déclarée incompétente. D'une part, s'agissant des conditions de détention des demandeurs d'asile, elle a fait valoir que le délai de transposition de la directive de 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile¹³ n'étant pas atteint à la date des faits, les États membres n'étaient pas encore tenus de s'y conformer. Ensuite, s'agissant du respect des procédures d'asile, elle a considéré qu'en l'absence d'instrument communautaire en la matière (la directive n° 2005/85/CE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié n'était pas encore adoptée), c'est la législation nationale des États membres qui s'appliquait. Enfin, elle a estimé que « selon les dispositions du TCE et du TUE » elle ne disposait pas d'« une compétence générale en ce qui concerne les droits fondamentaux », pour conclure que « la compétence pour déterminer si les autorités italiennes n'ont pas respecté leurs obligations internationales et plus particulièrement les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dans leur traitement des demandes d'asile, relève du juge national ». Une façon de botter en touche, sans répondre aux questions de fond qui étaient posées et sans se prononcer sur l'opportunité d'ouvrir une procédure en manquement. À la même époque, pourtant, et alors que les autorités italiennes avaient relancé une vague d'expulsions collectives, le Parlement européen condamnait fermement le gouvernement italien et invitait lui aussi « la Commission, en tant que gardienne des traités, à faire cesser les expulsions collectives¹⁴ ».

12. Lettre à José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, 20 févr. 2005, [[http://209.85.229.132/search?q=cache:6YiHp0AMGis\]:www.gisti.org/doc/actions/2005/italie/plainte20-01-2005.pdf+plainte+commission+gisti+lampedusa&hl=fr&ct=clnk&cd=4&gl=fr&lr=lang_fr](http://209.85.229.132/search?q=cache:6YiHp0AMGis]:www.gisti.org/doc/actions/2005/italie/plainte20-01-2005.pdf+plainte+commission+gisti+lampedusa&hl=fr&ct=clnk&cd=4&gl=fr&lr=lang_fr)]. Le texte de la saisine est reproduit *infra*, p. 178.

13. Dir. n° 2003/9/CE relative aux normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres.

14. Résolution du Parlement européen sur Lampedusa, 14 avr. 2005 [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0138+0+DOC+XML+V0//FR>].

Le Gisti ne pouvait s'en tenir à la fin de non-recevoir opposée par la Commission européenne aux associations. Resté seul dans la procédure, il décidait de faire constater par le juge européen que la Commission avait commis une erreur de droit en refusant de se déclarer compétente pour examiner la plainte dont elle avait été saisie. Une erreur lourde de conséquences, comme le Gisti l'expliquait dans un communiqué du 14 juin : « Les autorités italiennes ont délibérément violé certaines directives qui s'imposaient à elles, et des principes généraux du droit dont la CJCE a répété à plusieurs reprises qu'ils font partie de l'acquis communautaire. En alléguant son incompétence, la Commission cautionne, de fait, la politique de refoulement des *boat people* organisée par le gouvernement italien. Cette stratégie d'évitement est lourde de conséquences, à l'heure où, sur fond de coopération avec la Libye en matière de "lutte contre l'immigration illégale", certains gouvernements veulent cantonner les réfugiés dans des camps aux marges de l'Europe, en attendant qu'il soit statué sur leur sort¹⁵ ». C'est qu'à l'époque plusieurs responsables européens, notamment Tony Blair au Royaume-Uni, plaidaient pour un traitement externalisé des demandes d'asile, dans des camps de transit installés sur le territoire de pays tiers.

D. APRÈS L'INCOMPÉTENCE, L'IRRECEVABILITÉ

Dans sa requête devant le Tribunal de première instance des Communautés (TPICE), le Gisti précisait bien que son action ne tendait pas à remettre en cause l'appréciation portée par la Commission sur l'opportunité d'engager une action en manquement, mais à voir constater *l'erreur de droit* qu'elle avait commise en s'estimant incompétente pour examiner la plainte.

Et il démontrait abondamment cette erreur de droit, rappelant en conclusion, pour contester l'argument soulevé par la Commission pour justifier son incompétence, qu'il existe « un corpus jurisprudentiel et textuel en vertu duquel les États doivent respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit communautaire, ce qui fonde la compétence de la Commission à surveiller ce respect¹⁶ ».

Las... La requête n'en a pas moins été jugée irrecevable, aux termes d'une ordonnance lapidaire s'appuyant sur la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle « les particuliers ne sont pas recevables à attaquer un refus de la Commission d'engager une procédure en constatation de manquement à l'égard d'un État membre¹⁷ ».

15. « L'Union européenne doit faire respecter les droits fondamentaux. Contre l'inertie de la Commission, le Gisti saisit le Tribunal de Luxembourg », communiqué de presse du Gisti, 14 juin 2005 [<http://www.gisti.org/doc/actions/2005/italie/tpi.html>].

16. La requête du Gisti devant le TPICE est en ligne sur son site [http://www.gisti.org/doc/actions/2005/italie/tpi_requete&bordereau_2005-05-18.pdf].

17. Ord. TPICE 6 sept. 2005, *Gisti c. Commission*, T-209/05.

Balayés en première instance, les arguments du Gisti le seront aussi devant la Cour de justice qui, saisie d'un pourvoi contre la décision du TPICE, devait estimer, elle aussi, que le Gisti n'avait pas intérêt à agir¹⁸.

*
* *

Si, de la décision rendue par la Cour de justice dans le recours contre la directive relative au regroupement familial, on a pu tirer quelques perspectives encourageantes, tel n'est pas le cas de la procédure « Lampedusa ». De celle-ci on retiendra deux enseignements : d'abord, que lorsque cela arrange la Commission européenne, les droits fondamentaux ne constituent pas un socle commun pour l'Union européenne. Mais surtout, que lorsque des États membres se rendent coupables de violations des droits fondamentaux de ressortissants étrangers, la Communauté européenne en tant que telle n'est en mesure ni de mettre fin aux agissements fautifs, ni même de les sanctionner *a posteriori*.

Une impunité particulièrement inquiétante dans un contexte où le renforcement des contrôles aux frontières extérieures, clef de voûte de la politique migratoire de l'Union européenne, est régulièrement à l'origine de « bavures » dont sont victimes les exilés qui tentent de rejoindre l'Europe.

18. Ord. CJCE 6 avr. 2006, *Gisti c. Commission*, C-408/05 P. L'ordonnance de la Cour est reproduite *infra*, p. 184.

Documents

Monsieur José Manuel Barroso,
Président de la Commission européenne
1049 Bruxelles
Belgique

Objet : plainte contre le gouvernement italien pour violation du droit communautaire

Monsieur le Président,

Nous, associations¹ attachées au respect des droits des demandeurs d'asile et des migrants, nous permettons de signaler à votre attention les faits suivants, qui nous semblent justifier que des sanctions soient prises à l'encontre du gouvernement italien.

Au cours de la première semaine d'octobre 2004, plus de 1000 personnes ont débarqué à bord d'embarcations précaires sur la côte de l'île de Lampedusa, au sud de la Sicile, venant grossir le nombre de candidats à l'immigration et de demandeurs d'asile déjà détenus dans le « centre de premier accueil » ouvert par les autorités italiennes sur cette île.

Vendredi 1^{er} octobre, le gouvernement italien ordonnait le renvoi de 90 d'entre elles par avion spécial à destination de la Libye. Samedi 2 octobre, trois nouveaux vols emportaient près de 300 candidats à l'immigration et à l'asile vers Tripoli.

Dimanche 3 octobre, ce sont deux avions spéciaux affrétés par la compagnie Alitalia et deux appareils militaires qui transportaient près de 400 personnes loin des côtes italiennes.

Jeudi 7 octobre, quatre avions militaires renvoyaient les derniers « indésirables », que des témoins ont vu embarquer les mains liées. Les deux premiers avions sont partis à 14h, les deux autres à 15h15. Au total, ce sont selon les déclarations du ministre de l'Intérieur Giuseppe Pisanu à la chambre des députés le 8 octobre plus d'un millier d'étrangers qui ont été expulsés depuis l'Italie vers la Libye, en l'espace de quatre jours. Il semble que ces renvois ont été effectués sous couvert d'un accord récemment conclu entre les deux pays en matière de lutte contre l'immigration, accord dont la mention ne figure toutefois pas dans la liste des accords de réadmission des étrangers en situation irrégulière passés entre l'Italie et des pays tiers.

De nombreux éléments laissent penser que ces expulsions se sont déroulées dans des conditions ne permettant pas le respect d'un certain nombre de prescriptions du droit international.

Durant le séjour de la majorité de ces personnes à l'intérieur du « centre de premier accueil » de Lampedusa, les représentants du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, malgré leurs demandes répétées et leur légitimité à intervenir du fait de la présence potentielle de personnes en demande de protection parmi les détenus, se sont vu refuser pendant plusieurs jours l'accès au site où étaient parqués des centaines d'hommes, de femmes et d'enfants. Ce n'est qu'une fois la plupart d'entre eux en route pour la Libye que le responsable du centre a bien voulu ouvrir ses portes aux représentants de l'ONU. Jeudi 7 octobre, le conseiller régional Lillo Micciché

¹ La liste des signataires figure p. 6, et en annexe 1.

(Verts), qui avait demandé à visiter le centre à 13h, a vu sa demande reportée à 17h, alors que de nombreuses expulsions avaient déjà eu lieu. Devant sa tentative de pénétrer dans l'aéroport pour retarder le départ, les forces de sécurité l'ont jeté violemment à terre. De même, ce n'est qu'après la fin des opérations d'expulsion que deux sénatrices italiennes, Mesdames Chiara Acciarini et Tana De Zulueta, accompagnées de membres du « réseau antiraciste sicilien » ont pu obtenir une autorisation de visite du centre, presque désert, de Lampedusa. Outre les conditions matérielles déplorable dans lesquelles elles ont trouvé les étrangers maintenus qu'elles ont rencontrés, les élus ont pu constater qu'aucune information, qu'il s'agisse des raisons du maintien en rétention ou des procédures de demandes d'asile, n'était communiquée aux intéressés. Ces derniers, parqués dans des conditions d'hygiène et de dignité lamentables, étaient privés de tout contact avec le monde extérieur, ne serait-ce que par téléphone. Les mineurs qui se trouvaient parmi eux ne bénéficiaient d'aucun traitement spécifique, et plusieurs d'entre eux avaient été « classés » comme majeurs à la suite de vérification d'âge sommaires, voire inexistantes. Les visiteuses ont également pu obtenir des témoignages concordants indiquant que ni le maintien ni le renvoi des « indésirables » ne prenaient en considération les situations individuelles des personnes, mais se basaient sur la logique du « premier arrivé, premier renvoyé », privant les intéressés de tout droit à une défense convenable, que ce soit par l'accès à un avocat et à un interprète, ou par la possibilité d'un recours effectif contre les décisions de renvoi.

1. Traitements inhumains et dégradants.

Les témoignages recueillis auprès des rares personnes qui ont pu accéder au centre pendant et juste après les opérations de refoulement sont suffisamment concordants et précis pour laisser penser que les conditions dans lesquelles y ont été internés les étrangers pendant la période incriminée relèvent de la définition des « traitements inhumains et dégradants » prohibés par l'article 4 de la Charte européenne des droits fondamentaux comme par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sont en effet constitutives de ce type de traitement, notamment : la surpopulation (plus de 1000 personnes dans un centre prévu pour en accueillir moins de 200), les conditions d'hygiène défectueuses, une infrastructure inadaptée aux nécessités minimales de la vie quotidienne (les personnes étant obligées de dormir par terre, sans toit, sans drap ni couverture), l'usage de méthodes coercitives pour contraindre à embarquer dans les avions (« menottes » en matière plastique), auxquelles s'ajoutent l'impossibilité de communiquer avec le monde extérieur (problème de langue, absence de cabine téléphonique), l'insécurité juridique du fait de l'absence d'informations sur le sort immédiat des personnes détenues, la peur du refoulement etc. Autant d'éléments qui ressortent clairement des rapports effectués par les visiteurs du centre de Lampedusa les 7, 8 et 9 octobre (voir annexe 2).

2. Expulsions collectives.

L'article 4 du protocole 4 de la CEDH et de l'article 11-19-1 de la Charte des droits fondamentaux interdisent les expulsions collectives. Selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêt *Andric c/ Suède* n°45917/99, arrêt *Conka c/ Belgique* n°51564/99, v. annexe 3), on entend par **expulsion collective** « toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forme le groupe ». Or, bien que les autorités italiennes aient à plusieurs reprises affirmé qu'il avait été procédé à un examen individuel de la situation chaque personne accueillie pendant la période incriminée au centre de Lampedusa et que chacune d'entre elle avait été identifiée, les circonstances de leur séjour au centre, telles qu'elles ont été rapportées par les témoins, et surtout l'extrême rapidité avec laquelle le renvoi d'un grand nombre d'entre elles a été organisé rendent cette thèse difficilement crédible. D'une part le centre de Lampedusa, centre de premier accueil des personnes récemment

débarquées sur l'île, n'est habituellement pas conçu ni équipé pour mettre en œuvre les procédures d'identification. Les étrangers sont d'ailleurs informés dès leur arrivée que l'identification ne sera pas assurée sur place, mais dans les autres centres où ils seront transférés. D'autre part on voit mal comment il aurait été possible pour l'administration italienne de procéder à l'examen individuel, raisonnable et objectif des dossiers et situations du millier d'étrangers retenus sur l'île de Lampedusa en seulement quelques jours voire quelques heures. Plusieurs associations italiennes, ainsi que des membres du sénat italien ont d'ailleurs saisi officiellement, au moment des faits, le gouvernement pour connaître les modalités d'examen des situations individuelles des personnes expulsées, et la liste de ces personnes, mentionnant leur nationalité et leur état-civil complet. A la fin de l'année 2004, ils n'avaient pas obtenu de réponse.

D'après les témoignages, il semble que la principale méthode d'identification se soit en réalité limitée à un « tri » hâtif des arrivants, effectué sur la base de leur origine supposée et des indications parfois données par deux personnes désignées comme des interprètes. De ce tri, il ressortirait que la plupart des personnes identifiées comme « d'origine sub-saharienne » auraient été transférées dans des centres d'accueil en Sicile, alors que les autres, majoritairement désignées comme « Egyptiens », auraient été maintenues à Lampedusa en attendant leur embarquement pour la Libye. Ces derniers ont par ailleurs été éloignés du territoire italien par groupes d'au moins une centaine de personnes dans chaque avion, puisqu'entre le 1^{er} et le 7 octobre, plus de 1000 personnes ont été expulsées. Les ponts aériens entretenus avec la Libye pendant ces quelques jours ont donc bien permis l'expulsion de « groupes » d'étrangers.

3. Principe de non-refoulement.

Cette méthode extrêmement sommaire d'« identification » des étrangers arrivés à Lampedusa a des conséquences directes au regard du respect du **principe de non-refoulement** tel qu'énoncé dans la Convention de Genève sur les réfugiés de 1951 et son article 33 : « Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ». Ce principe de non-refoulement a, à de nombreuses reprises, été réaffirmé par l'Union Européenne comme étant l'axe central de la protection des réfugiés, que ce soit dans la Charte européenne des droits fondamentaux, lors du Sommet de Tampere d'octobre 1999, ou dans le texte la Communication de la Commission Européenne du 21 mars 2001. Ce principe, s'il n'emporte pas obligation pour les Etats d'accueillir les demandeurs d'asile, n'en impose pas moins à leur égard l'obligation de procéder à un examen individuel, raisonnable et objectif de leurs demandes. Or on a vu (voir ci-dessus point 2) que cet examen n'a manifestement pas pu être effectué. Il en résulte que des personnes pouvant légitimement réclamer la protection que l'Italie, en ratifiant la Convention de Genève sur les réfugiés et son protocole additionnel, s'est engagée à leur assurer, ont pu être renvoyées sans que leur éventuelle demande ait été prise en considération. Le fait que les représentants du HCR dépêchés sur place n'aient pu avoir accès aux lieux qu'après le départ de la plupart des potentiels demandeurs d'asile (v. ci-dessus) constitue à cet égard un facteur aggravant.

4. Refoulement vers un Etat ne présentant pas les garanties minimales de protection des individus.

Conformément à l'article II-19-2 de la Charte européenne des droits fondamentaux, « nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un **risque sérieux** qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ». En choisissant d'expulser collectivement des étrangers vers la Libye, pays qui n'est pas signataire de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, l'Italie a pris le risque de passer outre les

prescriptions tant de cette disposition, que de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'ensemble des textes internationaux de défense des droits de l'Homme. En effet la Libye a été à maintes reprises signalée comme s'étant rendue responsable de violations graves des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : ainsi en atteste notamment le rapport d'Amnesty International « *Time to make human rights a reality* » index AI : MDE 19/002/2004. Par ailleurs des témoignages concordants attestent que la Libye s'adonne à la pratique des **raffles de migrants** qui se trouvent sur son sol pour les enfermer dans des **camps de rétention militaires** particulièrement inhumains. Les conditions carcérales y sont manifestement insoutenables, on y rapporte grand nombre de sévices de tout ordre, et toute tentative d'évasion ou de rébellion s'y solde par des exécutions sommaires. Dans son rapport précité, Amnesty International fait état de graves violations des droits de l'Homme de la part de l'Etat libyen, en particulier à l'encontre des migrants et demandeurs d'asile, qui sont victimes de détention arbitraire, de procès inexistantes ou inéquitables, d'assassinats, de disparitions et de tortures au sein de ces camps de rétention. Preuve en est le récit de ces centaines de Burkinabés, récemment expulsés vers leur pays d'origine, et qui assurent avoir été détenus dans des conditions inhumaines, comportant entre autre privation d'eau, de nourriture et de soins. De nombreux ressortissants de l'Erythrée et du Nigeria rapportent les mêmes faits après avoir été privés de leurs papiers et de leurs possessions, et expulsés vers leurs pays d'origine respectifs (voir témoignages annexe 4). Plus récemment, l'organisation internationale Human Rights Watch s'est vu refuser par les autorités l'accès de ses représentants au territoire de la Libye, pour une visite pourtant planifiée de longue date, au cours de laquelle elle entendait notamment enquêter sur le traitement des migrants et des réfugiés dans ce pays. Selon HRW, « les demandeurs d'asile et les migrants qui vivent ou transitent en Libye, surtout ceux qui viennent d'Afrique sub-saharienne, ont à subir violences policières, détention arbitraire et conditions de détention déplorables. Les refoulements et expulsions vers des pays comme l'Erythrée et la Somalie, où les expulsés courent de sérieux risques, sont courants » (communiqué HRW, 7 décembre 2004, voir annexe 5).

En renvoyant sans précautions particulières plusieurs centaines de personnes en Libye, parmi lesquels peuvent se trouver des personnes ayant besoin de protection internationale, l'Italie endosse la co-responsabilité des violations de leurs droits fondamentaux dont ces personnes pourraient être victimes.

Au vu de tous ces éléments, les expulsions collectives opérées par le gouvernement italien au début du mois d'octobre 2004 présentent indubitablement le caractère de violations graves des droits de l'Homme et du droit d'asile, sans pour autant que les personnes qui en ont été victimes soient en mesure d'exercer les recours éventuellement prévus, notamment devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

Les Etats membres et l'Union européenne ont toujours proclamé leur attachement au respect des libertés et droits fondamentaux, et en particulier au droit d'asile. En témoignent les divers instruments tels que la Convention de Genève de 1951, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950 ainsi que la Charte européenne des droits fondamentaux de 2000. Or aujourd'hui, bien que l'Union européenne ait affirmé à plusieurs reprises sa volonté de créer un espace de « sécurité et de justice » européen, on peut légitimement se demander de quelle sécurité et de quelle justice ont bénéficié les migrants et les demandeurs d'asile qui sont arrivés à Lampedusa au début du mois d'octobre 2004.

En notre qualité d'associations attachées au respect des droits de l'Homme et aux principes d'égalité, nous ne pouvons rester sans réagir face au mépris dont a fait preuve le gouvernement italien devant ses obligations internationales et européennes. Plus encore, garder le silence sur ces

événements pourrait contribuer à banaliser, dans la pratique européenne de gestion des frontières, la violation du principe de non-refoulement et la mise en oeuvre des expulsions collectives.

En tant que gardienne des Traités, la Commission veille, avec la Cour de justice des Communautés européennes, au respect du droit communautaire par l'ensemble des Etats membres. En renvoyant, entre le 2 et le 9 octobre 2004, plus de 1000 migrants potentiellement demandeurs d'asile dans le cadre d'expulsions collectives vers la Libye, les autorités italiennes se sont rendues coupables de la violation du droit d'asile tel que reconnu par le Traité d'Amsterdam, ainsi que de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont l'Union européenne s'est engagée à respecter les principes et de la Charte européenne des droits fondamentaux qu'elle a intégré dans le traité constitutionnel signé le 29 octobre 2004, dont les principes servent de référence aux travaux de la CJCE (voir annexe 6).

Au nom des engagements internationaux et européens pris par les Etats membres de l'Union européenne, nous vous demandons de condamner l'Italie pour les infractions relevées à son encontre comme suit :

- **violation des droits de la défense** et du principe du contradictoire : compte tenu du laps de temps écoulé entre l'arrivée des ces migrants et leur renvoi, on peut affirmer que ces individus (plus de 1000 au total) n'ont pas vu leur demande examinée de façon individuelle, n'ont pu avoir accès à l'assistance d'un avocat et encore moins d'un interprète. Plus encore, la décision de renvoi prise par le gouvernement italien n'a laissé place à aucun recours de la part des principaux intéressés.
- **violation de la prohibition d'infliger des traitements inhumains et dégradants** énoncée à l'article 4 de la Charte européenne des droits fondamentaux et à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
- **violation de l'interdiction de la pratique des expulsions collectives** telle qu'énoncée à l'article 4 du protocole n°4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 19 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Sous couvert d'un examen superficiel des demandes, le gouvernement italien a procédé à des expulsions collectives interdites par l'ensemble des instruments internationaux en la matière.
- **violation du principe de non-refoulement** tel qu'énoncé à l'article 33 de la Convention de Genève relative aux réfugiés de 1951. Ce principe renvoie à l'absence d'examen individuel des demandes, mais aussi au renvoi des intéressés vers un pays où il existe un "risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique de ces personnes" (mentionné à l'article 19§2 de la Charte européenne).

Nos associations demandent à la Commission européenne d'agir d'une part pour qu'aucun Etat membre de l'Union européenne ne puisse penser qu'il peut se défaire de ses engagements et obligations en matière d'immigration et d'asile, d'autre part pour que le refoulement et les expulsions massives soient définitivement écartés des politiques migratoires de l'Europe.

Pour ces raisons, nous prions la Commission de bien vouloir se saisir de cette affaire, notamment en introduisant un recours en manquement visant à ce que la violation du droit communautaire par l'Italie soit reconnue, et à ce que sa responsabilité dans le préjudice causé aux refoulés soit établie.

Tout refus d'agir porterait à croire que des droits fondamentaux tels que le droit à la défense, la protection contre les traitements inhumains et dégradants, l'interdiction des expulsions collectives et le principe de non refoulement des réfugiés ne font pas partie du droit communautaire, ou que les institutions européennes ne sont pas en mesure de les défendre.

Le 20 février 2004

Hélène Gacon,

présidente de l'**ANAFE** - Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, FRANCE

José Miguel Morales,

secrétaire général de l' **Asociacion « Andalucía Acoge »**, ESPAGNE

Rafel Lara,

coordinateur général de l' **APDHA** - Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, ESPAGNE

Paolo Beni,

président de **ARCI** - Associazione Ricreativa e Cultura Italiana , ITALIE

Reyes Garcia De Castro Martín-Prat,

représentant légal de l' **Asociación "Sevilla Acoge"**, ESPAGNE

Lorenzo Trucco,

président de **ASGI** - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, ITALIE

Michel Forst,

secrétaire général de la **Cimade**, FRANCE

Cristina Zamponi,

responsable de la **Federación des Asociaciones SOS Racismo del Estado Español**, ESPAGNE

Nathalie Ferré,

présidente du **Gisti** - Groupe d'information et de soutien des immigrés, FRANCE

Gianfranco Schiavone,

vice-président de **ICS** - Consorzio italiano solidarietà, ITALIE

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
 SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
 DE EUROPEISKE FELLESGABERS DOMSTÖL
 GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
 EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
 ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
 COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
 COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
 CÚIRT BHEITHIÚNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
 CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
 EIROPAS KOPIENU TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
 EURÓPAI KÖZSSÉGÉK BÍRÓSÁGA
 IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJET EWROPEJ
 HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
 TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
 SÚDNY DVOR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTEV
 SODISËE EVROPSKIH SKUPNOSTI
 EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
 EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTÖL

ORDONNANCE DE LA COUR (sixième chambre)

6 avril 2006 *

«Pourvoi – Refus de la Commission des Communautés européennes d'examiner une plainte contre les autorités italiennes – Pourvoi manifestement non fondé»

- 747.775 -

Dans l'affaire C-408/05 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 18 novembre 2005,

Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), établi à Paris (France), représenté par M^{es} H. Gacon et S. Foreman, avocats,

partie requérante,

l'autre partie à la procédure étant:

Commission des Communautés européennes,

partie défenderesse en première instance,

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. J. Malenovský (rapporteur), président de chambre, et MM. S. von Bahr et A. Borg Barthet, juges,

avocat général: M. D. Ruiz-Jarabo Colomer,

greffier: M. R. Grass,

l'avocat général entendu,

* Langue de procédure: le français.

ORDONNANCE DU 6. 4. 2006 – AFFAIRE C-408/05 P

rend la présente

Ordonnance

- 1 Par son pourvoi, le groupe d'information et de soutien des immigrés (ci-après le «GISTI») demande l'annulation de l'ordonnance du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 6 septembre 2005, GISTI/Commission (T-209/05, non publiée au Recueil, ci-après «l'ordonnance attaquée»), par laquelle celui-ci a rejeté comme irrecevable son recours tendant à l'annulation d'une décision de la Commission des Communautés européennes, du 18 mars 2005, portant refus d'engager une procédure en constatation de manquement à l'encontre de la République italienne (ci-après la «décision attaquée»).

Les faits à l'origine du litige

- 2 Les faits à l'origine du litige sont énoncés au point 1 de l'ordonnance attaquée, dans les termes suivants:

«[Le GISTI], ensemble avec neuf autres associations européennes de défense des droits des migrants et demandeurs d'asile, a déposé, le 25 janvier 2005, une plainte, datée du 20 janvier 2005, auprès de la Commission concernant 'les agissements des autorités italiennes qui ont, entre le 1^{er} et le 7 octobre 2004, organisé l'expulsion de plus de 1 500 personnes migrants et potentiels demandeurs d'asile, depuis l'île de Lampedusa, au sud de la Sicile, vers la Libye'. D'après les plaignants, ces expulsions se seraient déroulées en violation d'un certain nombre de prescriptions du droit international et communautaire. Ils ont demandé, en conséquence, qu'une procédure en manquement soit engagée à l'encontre de la République italienne. Par [la décision attaquée], la Commission a refusé d'examiner cette plainte.»

Le recours devant le Tribunal et l'ordonnance attaquée

- 3 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 18 mai 2005, le GISTI a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision attaquée.
- 4 Aux points 7 à 11 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a motivé sa décision comme suit:

«7 Selon une jurisprudence constante, les particuliers ne sont pas recevables à attaquer un refus de la Commission d'engager une procédure en constatation de manquement à l'encontre d'un État membre (ordonnance de la Cour du

GISTI / COMMISSION

12 juin 1992, *Asia Motor France/Commission*, C-29/92, Rec. p. I-3935, point 21; ordonnance du Tribunal du 13 novembre 1995, *Dumez/Commission*, T-126/95, Rec. p. II-2863, point 33, et arrêt du Tribunal du 22 mai 1996, *AITEC/Commission*, T-277/94, Rec. p. II-351, point 55).

- 8 En effet, lorsque, comme en l'espèce, une décision de la Commission revêt un caractère négatif, cette décision doit être appréciée en fonction de la nature de la demande à laquelle elle constitue une réponse (arrêt de la Cour du 8 mars 1972, *Nordgetreide/Commission*, 42-71, Rec. p. 105, point 5; ordonnance *Dumez/Commission*, précitée, point 34, et arrêt du Tribunal du 22 octobre 1996, *Salt Union/Commission*, T-330/94, Rec. p. II-1475, point 32).
- 9 Il convient de rappeler que l'article 230, quatrième alinéa, CE subordonne la recevabilité d'un recours en annulation formé par une personne physique ou morale contre une décision dont elle n'est pas le destinataire à la condition que la décision la concerne directement et individuellement.
- 10 Or, dans le cadre de la procédure en manquement régie par l'article 226 CE, les seuls actes que la Commission peut être amenée à prendre sont adressés aux États membres (ordonnances du Tribunal du 29 novembre 1994, *Bernardi/Commission*, T-479/93 et T-559/93, Rec. p. II-1115, point 31, et du 19 février 1997, *Intertronic/Commission*, T-117/96, Rec. p. II-141, point 32). En outre, il résulte du système prévu par l'article 226 CE que ni l'avis motivé, qui ne constitue qu'une phase préalable au dépôt éventuel d'un recours en constatation de manquement devant la Cour, ni la saisine de la Cour par le dépôt effectif d'un tel recours ne sauraient constituer des actes concernant de manière directe les personnes physiques ou morales.
- 11 Il s'ensuit que la demande de la partie requérante visant à l'annulation de la décision [attaquée], portant refus d'engager une procédure en constatation de manquement au titre de l'article 226 CE à l'encontre de la République italienne, doit être rejetée comme manifestement irrecevable, sans qu'il soit nécessaire de signifier le recours à la partie défenderesse.»

Le pourvoi

Par son pourvoi, le GISTI conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- annuler l'ordonnance attaquée;
- annuler la décision attaquée;

ORDONNANCE DU 6. 4. 2006 AFFAIRE C-408/05 P

- inviter la Commission à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution de la décision à intervenir.

Sur le pourvoi

- 6 Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 119 de son règlement de procédure, lorsque le pourvoi est manifestement irrecevable ou manifestement non fondé, la Cour peut, à tout moment, le rejeter par voie d'ordonnance motivée.
- 7 Il résulte de l'argumentation du GISTI que celui-ci entend se prévaloir de deux moyens. Le premier, qui comporte deux branches, est tiré de ce que le Tribunal a fait une application erronée des dispositions de l'article 230, quatrième alinéa, CE. Le second moyen est tiré d'une insuffisance de la motivation de l'ordonnance attaquée.

Sur le premier moyen

En ce qui concerne la première branche

- 8 Par la première branche du premier moyen, le GISTI fait valoir que le Tribunal s'est mépris sur la qualification de la décision attaquée qui ne constitue pas une décision de refus d'engager une procédure en constatation de manquement. Il s'agirait d'une «décision d'incompétence» par laquelle la Commission aurait, à tort, renoncé à examiner la plainte dont elle était saisie, notamment par le GISTI, lequel serait dès lors recevable à contester cette décision qui le concerne personnellement et directement au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE.
- 9 Il convient, cependant, de relever que tant au point 10 de son pourvoi qu'au point 2.2.2 de la requête présentée devant le Tribunal, le GISTI a précisé que la plainte dont il avait saisi la Commission tendait à ce que cette dernière engage une action en manquement contre la République italienne en application de l'article 226 CE. C'est en réponse à cette demande que la Commission a adopté la décision attaquée.
- 10 Lorsqu'une décision de la Commission revêt un caractère négatif, elle doit être appréciée en fonction de la nature de la demande à laquelle elle constitue une réponse (arrêt du 24 novembre 1992, Buckl e.a./Commission, C-15/91 et C-108/91, Rec. p. I-6061, point 22).
- 11 Dans ces conditions, la décision attaquée, en ce qu'elle constituait une réponse négative à la plainte dont la Commission était saisie et qui tendait à ce que cette dernière engage une action en manquement contre la République italienne en application de l'article 226 CE, ne pouvait être analysée par le Tribunal que comme une décision de refus d'engager une telle action en manquement, quel que soit le motif retenu pour justifier un tel refus.

GISTI / COMMISSION

- 12 En soutenant devant le Tribunal que la Commission, pour opposer ce refus, s'était à tort déclarée incompétente en matière de droits fondamentaux et que ce motif était ainsi erroné en droit, le GISTI a soulevé, de la sorte, un moyen de fond dont l'examen présentait un caractère subséquent par rapport à la question de savoir au préalable si le recours était recevable. Il appartenait, en effet, au Tribunal, avant toute appréciation du bien-fondé de ce moyen, de statuer sur la recevabilité du recours en annulation dirigé contre une telle décision de refus d'engager une procédure en manquement.
- 13 Comme l'a rappelé à juste titre le Tribunal au point 7 de l'ordonnance attaquée, selon une jurisprudence constante, les particuliers ne sont pas recevables à attaquer un refus de la Commission d'engager une procédure en constatation de manquement à l'encontre d'un État membre (arrêt du 17 mai 1990, *Sonito e.a./Commission*, C-87/89, Rec. p. I-1981, point 6; ordonnance *Asia Motor France/Commission*, précitée, point 21, et arrêt du 20 février 1997, *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission*, C-107/95 P, Rec. p. I-947, point 19).
- 14 En effet, il résulte de l'économie de l'article 226 CE que la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au sens de cette disposition, mais qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de l'institution qu'elle prenne une position dans un sens déterminé et d'introduire un recours en annulation contre son refus d'agir (arrêt *Sonito e.a./Commission*, précité, point 6, et ordonnance du 17 juillet 1998, *Sateba/Commission*, C-422/97 P, Rec. p. I-4913, point 42).
- 15 C'est seulement si elle estime que l'État membre en cause a manqué à une de ses obligations que la Commission émet un avis motivé. En outre, dans le cas où cet État ne se conforme pas à cet avis dans le délai imparti, la Commission, en tout état de cause, a la faculté, mais non l'obligation, de saisir la Cour de justice en vue de faire constater le manquement reproché (arrêt *Sonito e.a.*, précité, point 7).
- 16 En demandant à la Commission d'ouvrir une procédure en application de l'article 226 CE, le GISTI a sollicité, en réalité, l'adoption d'actes qui ne le concernent pas directement et individuellement au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE et que, en tout état de cause, il ne pourrait donc pas attaquer par la voie du recours en annulation (voir, en ce sens, arrêt du 14 février 1989, *Star Fruit/Commission*, 247/87, Rec. p. 291, point 13).
- 17 Dans ces conditions, le GISTI ne saurait utilement se prévaloir de la circonstance que la réponse de la Commission lui a été adressée directement et individuellement pour soutenir qu'il était recevable, sur le fondement de l'article 230, quatrième alinéa, CE, à contester devant le Tribunal la décision attaquée.
- 18 La première branche du premier moyen est dès lors manifestement non fondée.

ORDONNANCE DU 6. 4. 2006 - AFFAIRE C-408/05 P

En ce qui concerne la seconde branche

- 19 Par la seconde branche du premier moyen, le GISTI soutient que, même si la décision attaquée devait être qualifiée de refus d'engager une procédure en constatation de manquement, elle était néanmoins susceptible de recours.
- 20 Le GISTI fait valoir, à cet égard, que la jurisprudence de la Cour admet la recevabilité de recours dirigés contre des décisions prises par la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, lorsque ce recours relève, comme en l'espèce, de situations exceptionnelles. Il entend se prévaloir du point 25 de l'arrêt *Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commission*, précité, selon lequel il ne saurait être exclu a priori qu'il puisse exister des situations exceptionnelles où un particulier ou, éventuellement, une association constituée pour la défense des intérêts collectifs d'une catégorie de justiciables a la qualité pour agir en justice contre un refus de la Commission d'adopter une décision dans le cadre de sa mission de surveillance prévue à l'article 86, paragraphes 1 et 3, CE.
- 21 À cet égard, il importe de relever que cette appréciation a été portée par la Cour dans le cadre de l'application des dispositions spécifiques du traité CE relatives au droit de la concurrence. Elle ne saurait être utilement invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre une décision de refus d'engager la procédure prévue à l'article 226 CE.
- 22 D'ailleurs, dès lors que, comme il a été rappelé au point 14 de la présente ordonnance, la Commission dispose, dans le cadre de l'article 226 CE, d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de l'institution qu'elle prenne une position dans un sens déterminé et d'introduire un recours en annulation contre son refus d'agir, admettre que des situations exceptionnelles justifieraient la recevabilité d'un tel recours reviendrait à reconnaître, en contradiction avec la volonté des auteurs du traité, le droit pour les particuliers d'exiger que la Commission prenne une position dans un sens déterminé.
- 23 Le GISTI ne saurait, dès lors, utilement se prévaloir de l'existence d'une telle situation exceptionnelle pour prétendre à la recevabilité de son recours en annulation sur le fondement de l'article 230, quatrième alinéa, CE.
- 24 Ainsi, la seconde branche du premier moyen est également manifestement non fondée.

Sur le second moyen

- 25 Par son second moyen, le GISTI soutient que le Tribunal n'a pas suffisamment motivé son ordonnance, dans la mesure où il aurait omis de se prononcer sur l'argument tiré de l'existence d'une situation exceptionnelle.

GISTI / COMMISSION

- 26 Il suffit, à cet égard, de rappeler que l'obligation pour le Tribunal de motiver ses décisions ne saurait être interprétée comme impliquant qu'il soit tenu de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par le requérant (voir, en ce sens, arrêts du 6 mars 2001, Connolly/Commission, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 121, et du 11 septembre 2003, Belgique/Commission, C-197/99 P, Rec. p. I-8461, point 81).
- 27 En considérant que, contrairement à ce que soutenait le GISTI, le recours de ce dernier était irrecevable en application de la jurisprudence constante qui a été rappelée explicitement au point 7 de l'ordonnance attaquée, et qui exclut implicitement mais nécessairement qu'il puisse y être fait échec à raison de situations exceptionnelles, le Tribunal ne saurait avoir manqué, en l'espèce, à son obligation de motivation.
- 28 Le second moyen est dès lors manifestement non fondé.
- 29 Il résulte de l'ensemble de ces considérations qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi comme étant manifestement non fondé.

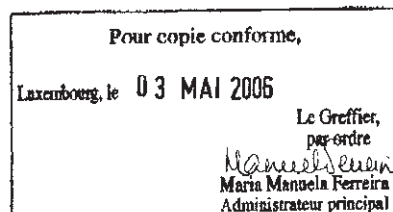
Sur les dépens

- 30 Aux termes de l'article 69, paragraphe 1, du règlement de procédure, rendu applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, il est statué sur les dépens dans l'ordonnance qui met fin à l'instance. En l'espèce, le GISTI ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de le condamner à supporter ses propres dépens.

Par ces motifs, la Cour (sixième chambre) ordonne:

- 1) **Le pourvoi est rejeté.**
- 2) **Le groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) supporte ses propres dépens.**

Signatures



I - 7

Les tactiques contentieuses : des avocats racontent

Nous avons donné la parole à trois avocats qui pratiquent depuis de très longues années le droit des étrangers pour qu'ils nous expliquent comment ils ont adapté leurs pratiques pour faire face à l'urgence si caractéristique du contentieux des étrangers (Gérard Tcholakian) et pour qu'ils exposent les tactiques mises en œuvre pour faire cesser les pratiques illégales de l'administration, comme le référé voie de fait (Didier Liger) ou pour faire payer l'administration (Jean-Éric Malabre).

En annexe ont été reproduites les principales pièces du dossier de l'une des « affaires phare » évoquée à plusieurs reprises dans cet ouvrage : l'affaire du Dépôt de la préfecture de police de Paris.

Défendre les étrangers, un métier particulier

Gérard Tcholakian

Avocat au barreau de Paris

Il est curieux de reprendre en main un code pénal Dalloz des années 1980, ce fameux petit livre rouge. On y retrouve dans les annexes, sur quatre ou cinq pages, l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui est à l'époque le seul document d'accès facile pour les avocats qui exercent la défense des étrangers. Ils ne sont pas très nombreux à être impliqués dans cette défense. On peut citer le cabinet Ornano, avec notamment Francis Teitgen, devenu plus tard bâtonnier de Paris, ou Madeleine Terrasson et aussi Christian Bourguet. À cette période pour beaucoup d'avocats, il n'y a pas de formation dans ce contentieux. Les facultés n'ont pas encore intégré cette discipline. Les écoles d'avocats sont naissantes. C'est donc vers une autre école, le Gisti, que vont se tourner les avocats désireux de se former, sans oublier les « boutiques de droit » qui vont contribuer elles aussi à la formation et à la sensibilisation au droit des étrangers.

Ce droit est aujourd'hui un droit abouti, qui a été codifié. Le CESEDA, ou Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est un recueil de plusieurs centaines de pages. La jurisprudence est à ce jour largement diffusée. Les sites d'information sont abondants. Les avocats sont nombreux à intervenir dans ce domaine qui touche aux libertés. Ils sont mieux formés, plus impliqués. Les ordres ont intégré la dimension de cette défense dans le quotidien de leurs missions, notamment par les permanences d'urgence. C'est aussi un droit qui a envahi les palais de justice, les juridictions administratives. Les contentieux de la rétention, de l'éloignement, mais aussi de l'entrée et du séjour conduisent les magistrats des ordres administratif et judiciaire à être quotidiennement en charge du destin de nombreux étrangers. Le Gisti est toujours là, et avec d'autres, notamment le Syndicat des avocats de France, il continue sa mission de formation.

Les premiers contentieux où l'on voit intervenir les avocats du Gisti portent sur les foyers, notamment pendant la lutte des foyers Sonacotra des années 1970, où des

avocats intentent avec succès des actions devant les tribunaux d'instance pour faire reconnaître aux habitants des foyers la qualité de locataire¹.

Le temps est au cœur de ce contentieux. C'est pour les avocats une grande difficulté. Il faut se rappeler que jusque dans les années 2000, le contentieux des étrangers, c'est le recours en annulation et le recours en sursis à exécution – avec, à partir de 1995, la procédure de suspension d'exécution qui se veut la réponse processuelle à l'urgence d'une situation et à l'accès au juge, garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à un recours effectif. C'est aussi l'apparition de la procédure de reconduite à la frontière avec l'obligation de former un recours dans les 48 heures (que dirait-on si on l'appliquait à la fonction publique... ?), l'oralité des débats... Il nous appartient de gérer l'urgence mais aussi la durée déraisonnable. Ce sont ces recours au fond qui sont traités « à titre posthume », pour reprendre l'expression de Jean Éric Malabre, plusieurs mois ou plusieurs années après.

C'est parce qu'ils étaient confrontés à ces difficultés liées à la longueur des procédures devant le juge administratif que les avocats auront recours au juge judiciaire et à ses tactiques de défense, notamment en invoquant la voie de fait.

On nous reprochait alors ces multiples procédures de référé voie de fait, hérétiques pour les publicistes. Mais elles étaient la seule solution pour accéder à un juge dans l'urgence, et d'obtenir une médiatisation devant laquelle, si le juge n'y était pas toujours sensible, l'administration, elle, finissait souvent par plier. C'est grâce à la médiatisation de la procédure que les 900 passagers du vraquier turc qui avait échoué le 17 février 2001 sur les côtes du Var, près de Saint-Raphaël, ont été remis en liberté. Il y avait eu à l'époque une véritable chaîne de solidarité des avocats du Gisti, abandonnant leurs cabinets et leurs clients, emportant leurs robes et leurs codes, et prenant voitures, trains ou avions pour se rendre au tribunal de Draguignan pour assister les retenus. Ceux-ci seront, en définitive, remis en liberté à la veille des audiences programmées par peur d'un fiasco juridique. Un fiasco qui leur était promis par le Gisti, promesse relayée par Dominique Simonnot, journaliste à *Libération*, dont l'article pèsera d'un poids certain.

Il faut aussi se rappeler la situation du sinistre dépôt des étrangers du Palais de justice de Paris². Ce lieu, situé sous la Cour de cassation, à quelques mètres de là où les magistrats disent le droit, où au début des années 1990 des étrangers sont placés en rétention, le temps d'organiser leur départ. Ce lieu dont les étrangers nous disaient qu'il était infâme. Ce sont les avocats du Gisti qui utiliseront astucieusement la procédure de constat administratif pour y accéder avec un expert, le 30 octobre 1993. Un rapport édifiant sera produit avec des photos diffusées là encore par *Libération*, qui révéleront un espace indigne où, notamment, des étrangers mangent dans des écuelles et dorment dans des lits collectifs. La procédure intentée du Gisti, suivie de plusieurs autres concernant des faits graves commis dans ce même lieu – un viol, des violences

1. V. la contribution de Assane Ba, qui rappelle les procédures engagées par les avocats, au premier rang desquels Christian Bourguet et Madeleine Terrasson : *supra*, p. 35.

2. V. le récit de ces péripéties dans la contribution de D. Liger, *infra*, p. 197.

et un suicide – permettront d’obtenir finalement, en 1994, la décision de fermer ce lieu et d’y effectuer des travaux.

Mais le combat est sans cesse à recommencer : ce même lieu sera visité et les conditions d’enfermement dénoncées à nouveau en 2006, pour la partie qui accueille les « droit commun », par le commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe. Aujourd’hui encore il faut rappeler les combats menés par les avocats de Bobigny, Lille, Toulouse ou Marseille contre les salles d’audience délocalisées dans les centres de rétention, pour que les audiences se tiennent dans les palais de justice, loin d’un univers policier où l’on ne peut juger dans des conditions de dignité.

La dignité. C’est aussi une des obsessions du Gisti. Au début des années 1990, les audiences de rétention à Paris se déroulaient dans les locaux de la 8^e section du Palais de justice. L’entrée du couloir d’accès était gardée par un gendarme et la salle se trouvait être un bureau anonyme au fond de ce couloir. Personne ne s’étonnait de cette situation qui faisait que les familles attendaient dans la cour du Palais, alors que l’étranger était jugé dans un huis clos, bien plus confortable pour le juge d’autant moins soucieux de faire application du droit sans le regard accusateur du citoyen-public. Un jour du mois de mars 1994, un avocat du Gisti se prit à revendiquer la publicité des débats puisqu’en définitive c’était le Code de procédure civile qui gouvernait le déroulement de l’audience. Malgré les conclusions déposées au soutien de l’argument, le juge rejeta l’application du droit... dans une salle vide de tout public. Qu’à cela ne tienne : le même avocat revenait quelques jours après mais cette fois avec une délégation composée de membres du Gisti, du Syndicat des avocats de France et du Syndicat de la magistrature, et avec quelques journalistes. Comme par enchantement, la conviction du même juge changea et il annula la procédure pour non-respect de la publicité... dans une salle cette fois occupée par le public précité. Dans les jours qui suivirent, la présidence du Tribunal et de la Cour décidèrent de mettre à disposition des salles d’audience pour ce contentieux qui mérite encore plus qu’un autre le droit démocratique à la publicité des débats.

L’obsession des frontières. C’est celle du Gisti et de ses avocats. L’urgence est notre difficulté, la frontière notre obsession. L’imagination et la pédagogie sont ici aussi au cœur des stratégies du Gisti. Christian Bourguet avait en son temps plaidé pour un étranger poursuivi pour refus d’embarquer en faisant remarquer que ce refus s’était matérialisé dans un espace dit « zone internationale » d’un aéroport, espace qui n’était plus la France. Le juge pénal avait répliqué que l’ensemble de l’espace d’un aéroport y compris la zone internationale, était la France, et avait sur cette base condamné son client. Très bien ! Fort de cette jurisprudence, quelque temps après, défendant un Palestinien qui venait d’arriver dans le même aéroport et à qui on opposait un refus d’entrée, il faisait valoir qu’ayant débarqué d’un avion posé dans la zone internationale, on ne pouvait lui opposer un refus d’entrer puisqu’il était déjà en France. Sans aucun complexe, les juges avaient rejeté ses conclusions en considérant que le territoire de la France commençait au passage de la douane, au-delà de la zone internationale. Autant dire que la fin justifie les moyens et que l’on décide de là où passe la frontière en fonction du but qu’on veut atteindre !

Autre souvenir : le Tribunal des conflits le 12 mai 1997. C'est Simon Foreman qui prend alors en charge à plusieurs reprises les affaires concernant des passagers clandestins découverts au cours de leur voyage à bord de bateaux et dont les capitaines veulent se débarrasser. En août 1996, deux Marocains clandestins sont sur un bateau, le commandant cherche à les faire débarquer dans un port breton. Le ministre de l'Intérieur s'y oppose et les consigne à bord du navire dont le commandant ne veut pas, dans ces conditions, reprendre la route. Une procédure de référé est alors engagée – de référé voie de fait, bien sûr, puisqu'à l'époque n'existe pas encore le référé-liberté devant la juridiction administrative. Le juge des référés de Paris suit les conclusions de Simon Foreman mais un arrêté de conflit dessaisit le magistrat au profit du Tribunal des conflits. L'affaire n'est jugée que le 12 mai 1997 et il faudra faire appel au ministre de la Justice, comme la procédure le prévoit, pour départager les magistrats. Plusieurs mois après les événements, le tribunal conclut à l'absence de voie de fait et à la compétence administrative³.

Cette affaire faisait la démonstration que dans les cas d'extrême urgence la procédure contentieuse administrative n'offrait pas les garanties d'accès au juge dans un temps raisonnable. Elle est à l'origine de la réforme du Code de justice administrative introduisant le référé que nous connaissons maintenant depuis la loi de juin 2000.

Ces quelques exemples – parmi bien d'autres – ont pour ambition de révéler comment les avocats ont été les vecteurs d'une évolution du droit des étrangers, avec l'aide mais aussi sous l'impulsion du Gisti. Ils confirment l'importance qu'a eue l'association en plus de trente ans d'existence dans la formation des avocats et dans l'évolution de la défense des droits fondamentaux des étrangers. Il faut malgré tout regretter que de nombreuses avancées jurisprudentielles aient souvent été privées d'effet par une modification législative prenant le contre-pied du combat mené dans l'enceinte juridictionnelle. Alors, avec d'autres, il nous reste donc de nouvelles citadelles à prendre et d'autres ouvrages à remettre sur le métier...

3. Ce qui donnera lieu à un article rageur dans *Le Monde* de M. Sargos, qui démissionnera également du Tribunal des conflits où il siégeait comme représentant de la juridiction judiciaire.

De l'affaire du dépôt et de quelques autres

Didier Liger

Avocat au barreau de Versailles

En 1975, la France découvre l'existence d'un endroit, sur le port d'Arenc, à Marseille, où l'on retient illégalement, et même clandestinement, un certain nombre d'étrangers qu'on veut éloigner du territoire français. En 1980, la loi Bonnet cherche à donner un fondement légal à ces pratiques opérées en marge de la loi. Le Conseil constitutionnel invalide partiellement le texte au motif que la liberté individuelle dont le juge judiciaire est le garant « ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible » alors qu'en l'espèce la loi ne prévoit la saisine du juge judiciaire qu'au-delà d'un délai de sept jours.

La loi du 27 octobre 1981, adoptée à l'initiative de la gauche, prévoit que le maintien administratif d'un étranger, qu'il soit consécutif à un refus d'entrée ou à une mesure d'éloignement du territoire, doit avoir lieu en dehors des établissements pénitentiaires – c'est-à-dire en pratique dans des locaux de police ou de gendarmerie, dans des hôtels d'aéroports réquisitionnés à cette fin, ou encore dans des « centres de rétention ». Le magistrat du siège, saisi au bout de 24 heures, a le choix entre trois solutions : l'assignation à résidence, la mise en liberté avec remise des documents d'identité à un service de police ou de gendarmerie, ou, à titre exceptionnel dit la loi, la prolongation du maintien forcé qui ne peut durer au total plus de sept jours. En pratique, toutefois, la prolongation du maintien forcé devient la règle.

En 1986, la loi Pasqua, en amenuisant les garanties contre l'expulsion et la reconduite à la frontière, va élargir considérablement le champ d'application et donc le nombre d'étrangers susceptibles d'être placés et maintenus en rétention.

Mais à l'époque, les étrangers en rétention, on en parle peu, ça n'intéresse pas grand monde, y compris parmi les juristes, y compris chez les avocats. Il faut toutefois rappeler que la première bataille menée sur ce terrain l'a été par des avocats du SAF (Syndicat des avocats de France) à Marseille, en 1975, lorsqu'ils ont déposé une plainte pour détention illégale après avoir découvert que des Algériens restaient

enfermés pendant des semaines dans ces lieux sinistres situés sur le port d'Arenc (qui est toujours aujourd'hui un centre de rétention) en attendant d'être éloignés. La plainte se terminera bien évidemment par une décision d'irrecevabilité et un non-lieu confirmé par la chambre d'accusation.

En 1992, le même scénario qu'en 1975 se reproduit, avec cette différence que, cette fois, il ne s'agit plus d'un centre pour les étrangers en instance d'éloignement, mais de la zone dite « internationale » de Roissy et d'Orly où, là encore de manière totalement illicite, on retient un certain nombre d'étrangers, non plus pour les éloigner du territoire mais pour les empêcher d'y entrer. Des avocats – notamment des avocats du Gisti – vont diligenter un certain nombre de procédures, notamment pour des Haïtiens, retenus à Roissy, devant le tribunal de Paris et pour des demandeurs d'asile somaliens, retenus à Orly, devant le tribunal de Créteil. Les tribunaux reconnaîtront l'existence d'une voie de fait pour privation de liberté dépourvue de base légale¹.

Là encore le législateur va intervenir pour tenter de légaliser des pratiques illégales; et là encore il devra s'y reprendre à deux fois, le Conseil constitutionnel ayant invalidé la première mouture du texte proposé. Finalement, la loi du 6 juillet 1992 va créer les « zones d'attente » où sont placés les étrangers à qui est opposé un refus d'entrée sur le territoire ainsi que les demandeurs d'asile en attendant qu'on vérifie que leur demande n'est pas « manifestement infondée ».

Arrive 1993 et la deuxième loi Pasqua, qui va modifier encore le cadre juridique de la rétention. Les pouvoirs du juge sont restreints, puisqu'il n'a plus le choix qu'entre la prolongation de la rétention, qui devient la règle, et l'assignation à résidence qui devient l'exception. Parallèlement, la durée maximale de la rétention est portée de 7 à 10 jours.

C'est dans ce contexte que se déroule l'affaire du dépôt. Il s'agit du dépôt des étrangers de la préfecture de police qui se trouve dans les sous-sols du Palais de justice de Paris. Autrement dit, juste au-dessous de là où officient quotidiennement magistrats et avocats, à quelques dizaines de mètres de l'endroit où, chaque année, le bâtonnier de Paris reçoit en grande pompe les institutions représentatives de la profession d'avocat et du monde judiciaire parisien.

Et c'est dans ces sous-sols que plusieurs dizaines de milliers de personnes ont passé plusieurs jours, parfois plus d'une semaine, entre 1980 et 1995.

Personne n'était jamais entré dans ce lieu. Ou plutôt si : le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) y était entré au cours de sa visite en France, du 27 octobre au 8 novembre 1991. Il avait visité le dépôt de la préfecture de police de Paris, celui d'Arenc que j'évoquais il y a un instant, celui de Nice et celui du Mesnil-Amelot, près de Roissy.

1. Trois consœurs, Dominique Monget-Sarrail, Laurence Roques et Pascale Taelman, porteront l'affaire des demandeurs d'asile somaliens jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme qui, quelques années plus tard, condamnera la France pour violation de l'art. 5 de la Convention, dans le célèbre arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996.

Le rapport du CPT a été rendu public en janvier 1993. Le rapport est accablant, en particulier pour le dépôt du Palais de justice de Paris. Je cite : « allégations d'injures », « injections forcées de tranquillisants », « état général des cellules collectives insatisfaisant », « absence de draps », « manque de propreté des couvertures et des matelas », « allégations d'absence de tout nécessaire de toilette », « localisation de cellules en sous-sol », « fenêtres sales proches du plafond ne laissant filtrer qu'une faible lumière », « lieux infestés par les cafards », « aucun moyen de distraction : pas de télévision, pas de livres, pas de local associatif », « pas de cour de promenade », « mauvaise qualité de la nourriture », « règlement type non distribué aux retenus et non rédigés dans des langues étrangères », « allégations d'accès non garanti au médecin, au téléphone et au registre ». Et, *last but not least* : la mission de la Cimade chargée de visiter les retenus pour leur donner une information juridique, une assistance sociale et assurer les liens avec l'extérieur s'est vu refuser l'accès à la zone de rétention proprement dite – relève le CPT dans son rapport – à l'intérieur de la préfecture de police de Paris, ses représentants ne pouvant en fait accéder qu'au parloir pour les familles et les avocats installé à l'entrée du dépôt de droit commun qu'il faut traverser pour pouvoir ensuite accéder au dépôt des étrangers. Le rapport du Comité se conclut par des recommandations au gouvernement français, mais ces recommandations ne seront pas suivies d'effet. Le gouvernement français s'engage à faire des travaux mais, deux ans plus tard, nous constaterons que ces travaux n'ont pas été réalisés. Et c'est seulement quatre ans plus tard que le sinistre dépôt sera enfin fermé.

C'est dans ce contexte que nous nous interrogeons, avec Gérard Tcholakian, sur les moyens de pénétrer dans ce lieu pour faire établir un constat et, pourquoi pas, prendre des photos, afin de dénoncer devant l'opinion le scandale que constituent les conditions dans lesquelles les étrangers y sont maintenus. Le 29 octobre 1993, nous décidons de saisir le président du tribunal administratif de Paris d'une requête demandant la désignation d'un expert aux fins de constater que M. Istvan Dulangi, ressortissant roumain d'origine tsigane, est retenu au dépôt dans des conditions contraires à la dignité. Le jour même, le magistrat rend une ordonnance désignant comme expert le docteur Pagès, médecin, et fixant au lendemain matin à 9 heures la visite du constatant sur les lieux.

Les choses vont tellement vite, que lorsque nous parvenons finalement à entrer au dépôt, nous ne sommes pas en possession de l'ordonnance, qui ne sera rédigée et motivée que beaucoup plus tard. Au départ, les responsables du centre ne veulent laisser entrer que Gérard Tcholakian, avocat officiel de M. Dulangi ; mais arguant du fait qu'un étranger retenu a le droit d'avoir autant d'avocats qu'il le souhaite, nous réussissons finalement à entrer à quatre. Nous faisons les mêmes constats que le CPT deux ans plus tôt, en pire. Nous voyons des cellules puantes, nous voyons des matelas collectifs et également puants. Lorsque nous demandons où se trouve le papier hygiénique – car il y a un trou à la turque pour les toilettes –, puis lorsque nous demandons où se trouve le savon – car il y a des douches pour se laver d'où coule un filet d'eau froide –, on nous répond : « ah, mais on ne peut pas laisser le savon et le papier hygiénique à la disposition des étrangers » et on nous montre l'armoire dans laquelle ils

sont conservés sous clé. Et à la question : « pourquoi sont-ils sous clé ? », on nous répond : « Mais, maître, parce qu'ils les mangent ! » Authentique.

Nous sortons alors du centre et nous séparons de l'expert qui a réalisé un peu tard dans quelle drôle d'affaire il s'était embarqué, une affaire dont il pressent qu'elle risque de ne pas s'arrêter là. Le constat qu'il rédige est, comme on pouvait s'y attendre, très édulcoré. Mais comme nous avions tout prévu, nous avons apporté un appareil photo, en partant du principe que, dans le cadre d'un constat, on doit pouvoir prendre des photos afin de les annexer au constat : si on fait un constat, on a le droit de faire des photos.

Pourtant, lorsque Gérard Tcholakian sort son appareil photo, les fonctionnaires de police réagissent vigoureusement, et nous sommes à deux pas d'en venir aux mains. On appelle le président du tribunal administratif qui avait rendu l'ordonnance la veille et qui confirme que, bien sûr, il est possible de prendre des photos ! Ces photos, on les communiquera à des journalistes médusés, elles feront le tour du monde,

Sur la base de ce constat nous décidons d'assigner en référé le ministre de l'Intérieur devant le tribunal de grande instance de Paris. La présidente du TGI, Mme Cochard, un grand magistrat, malheureusement aujourd'hui disparue, à laquelle je tiens ici à rendre hommage publiquement, a alors le courage dire : oui, les faits dénoncés, les allégations relatives à des conditions d'exécution de la rétention contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme sont susceptibles de constituer des atteintes à la liberté individuelle relevant de la compétence du juge judiciaire. Elle rejette donc le déclinatoire de compétence déposé par le préfet.

Mais, comme vous le savez, la procédure de conflit est ce que j'appelle un fusil à deux coups (il faudrait d'ailleurs un jour brûler le Tribunal des conflits... mais c'est un autre débat). Quinze jours après la décision rejetant le déclinatoire de compétence, le préfet prend un arrêté de conflit, et le 25 avril 1994 le Tribunal des conflits vient dire qu'il n'y a pas voie de fait puisque la rétention est prévue par la loi, que la décision de placement en rétention est régulière et que les conditions matérielles de la rétention peuvent tout au plus mettre en jeu la responsabilité de l'État pour faute lourde. Autrement dit, circulez, il n'y a rien à voir du côté du juge judiciaire, adressez-vous au juge administratif de fait puisque la rétention est prévue par la loi, que la décision de placement en rétention est régulière et que les conditions matérielles de la rétention peuvent tout au plus mettre en jeu la responsabilité de l'État pour faute lourde. Autrement dit, circulez, il n'y a rien à voir du côté du juge judiciaire, adressez-vous au juge administratif².

Néanmoins, cette bataille sera l'un des épisodes qui, après la visite du CPT en 1991, contribuera à obtenir la fermeture du dépôt en 1995. Bien tard, malgré tout. Car, dans l'intervalle, d'autres événements très graves se sont produits : un gardien de la paix violera un étranger le 3 novembre 1994, un jeune Marocain se suicidera le 15 mars 1995, un Algérien sera gravement battu par les policiers le 15 avril 1995. Le

2. L'ensemble du dossier est reproduit en page 208 s.

20 avril 1995 il se trouvera un juge, courageux lui aussi, pour ordonner un transport sur les lieux au motif qu'on lui présentait un étranger apparemment en très mauvais état physique. Ce transport sur les lieux ne pourra pas avoir lieu car on empêchera les avocats d'entrer, sans doute par crainte que ne se reproduisent les mêmes incidents que deux ans auparavant (l'épisode des photos a laissé des traces). Néanmoins, à la suite de cette décision, le dépôt sera finalement fermé.

Sur le terrain de la rétention, il faut aussi mentionner la victoire obtenue le 28 juin 1995, dans la célèbre affaire *Bechta*, dans laquelle le Gisti était intervenant. La Cour de cassation élargit en effet considérablement les pouvoirs du juge judiciaire de la rétention en lui reconnaissant notamment le pouvoir de vérifier les conditions de l'interpellation et de refuser le maintien en rétention s'il constate que ces conditions étaient irrégulières.

Du côté des avocats, les choses ont aussi changé. Les batailles que je viens de rappeler brièvement ont joué un rôle, je pense, dans leur prise de conscience. Aujourd'hui, je suis très fier de dire qu'à Marseille, à Lille, à Bordeaux, à Bobigny, à Paris... – la liste n'est pas exhaustive – des permanences d'avocats qui sont organisées, qui permettent de mieux assurer la défense des étrangers et le respect de leurs droits.

Mais la bataille pour les droits des étrangers en rétention fait hélas penser au mythe de Sisyphe : on essaie de remonter la pente, mais aussitôt on la redescend. Chaque progrès est suivi par des reculs. Ainsi, peu après quelques magnifiques arrêts de la Cour de cassation, des jurisprudences beaucoup moins favorables sont venues limiter considérablement les possibilités de défense effective des étrangers³. Parmi les derniers épisodes en date, il faut aussi évoquer le décret du 22 août 2008 qui vise à écarter des lieux de rétention ceux qui ont été le fer de lance de la bataille pour les droits des étrangers en rétention : les permanents de la Cimade.

J'ai voulu rappeler quelques-unes des batailles par lesquelles des avocats du Gisti se sont efforcés, depuis trente ans, de faire progresser l'État de droit, batailles ponctuées par des victoires obtenues devant le juge, mais aussi par des retours en arrière, souvent dus au législateur. C'est donc un combat toujours recommencé. Aujourd'hui, le dépôt des étrangers de Paris a été fermé, il ne sert plus que de centre d'appoint, mais il a été remplacé par le centre de rétention administrative de Vincennes (réouvert après avoir été détruit par un incendie en juin 2008). À Marseille, à Coquelles et à Toulouse, on organise depuis trois ans des audiences délocalisées dans les centres de rétention, sur le fondement de la loi qui permet désormais d'organiser des audiences « à proximité d'un centre de rétention ».

La Cour de cassation, là encore saisie par des avocats du SAF, avec le soutien du Gisti, du barreau de Marseille et du CNB, a rendu en avril 2008 une décision qui condamne cette pratique : une audience délocalisée à *proximité* d'un centre de réten-

3. On pourrait évoquer aussi le transfert de compétence – dont personne n'a jamais été capable d'expliquer les raisons –, de la deuxième à la première chambre civile, ce qui a des répercussions sur la jurisprudence. Celle-ci au demeurant se tarit depuis deux ans, depuis qu'on a instauré dans cette matière le monopole des avocats à la Cour de cassation – monopole qu'ils n'avaient d'ailleurs jamais revendiqué.

tion n'est pas une audience délocalisée *dans* un centre de rétention a-t-elle relevé. Il y va de l'apparence d'impartialité du juge et des garanties d'indépendance de la justice.

Mais comment être assuré que cette jurisprudence ne sera pas détournée d'une façon ou d'une autre par l'administration, sinon même remise frontalement en cause par le législateur ?

Faire payer l'administration

Jean-Éric Malabre

Avocat au barreau de Limoges

Je partirai d'un premier constat, connu : le droit des étrangers, à l'intersection du droit administratif, du droit civil, du droit pénal, du droit international public et privé, est l'un des domaines les plus complexes et changeants... et qui précisément (mais c'est sans doute un hasard) s'adresse à ceux qui y ont le moins facilement accès, et lui sont le plus, par définition, étrangers.

Je cite parfois – à l'époque, s'en souvient-on, ils portaient encore comme une croix cette appellation préhistorique – un « commissaire du gouvernement » du tribunal administratif de Besançon, sauf erreur, dont je ne désespère pas de retrouver le nom un jour, qui écrivait, voici quelques années déjà (je cite de mémoire) : « Le droit des étrangers est devenu un océan de complexité sur lequel le juge navigue à vue, sans carte ni boussole ; il ne faut pas s'étonner que l'administration elle-même, parfois, s'y perde, et que l'étranger, souvent, s'y noie »...

La sociologie de l'administration constate et enseigne ce qui s'en suit inmanquablement lorsque la règle de droit est trop complexe : le glissement du pouvoir normatif – donc, du pouvoir tout court – du législatif vers l'exécutif, puis, *in fine*, vers la jurisprudence de guichet.

Je ne pense pas qu'il existe de prédisposition génétique des fonctionnaires de base d'un service des étrangers d'une préfecture, ou du service des visas d'un consulat, par exemple, à être arbitraires, voire xénophobes ; mais il est très facile qu'ils le deviennent : il suffit d'en mettre un seul – notamment au guichet – là où il en faudrait cinq.

On n'imagine guère que des Français soient confrontés au même niveau d'illégalité, au même traitement administratif que ceux dont les étrangers et ceux qui les accompagnent témoignent quotidiennement. On n'imagine pas que pour obtenir un permis de construire, changer sa carte grise ou renouveler son permis de conduire, il faille aller en personne dormir la veille sur le trottoir devant une préfecture, pour faire la queue et avoir quelque chance, le lendemain, d'être parmi les rares élus qui seront acceptés pour passage au préguichet, avec, peut-être, une chance de passer dans

la même journée au guichet lui-même... où l'on vous dira sans doute qu'il faut revenir car il manque l'extrait d'acte naissance légalisé de moins de trois mois de votre père. Avec, dans les mêmes files, plus longues encore, devant les consulats de France, l'agrément supplémentaire de la vente et revente des places dans la file, de l'intervention d'une « police des files » parfois violente, au statut à déterminer (employée ou déléguée par l'administration consulaire ou bien autodésignée... ?).

Tout cela, bien sûr, ne peut pas nous arriver, à nous Français : sinon, cela ferait la une du journal de 20 h le lendemain – et une loi serait votée dès le surlendemain. Nous téléphonerions, écririons à nos élus locaux, nationaux, aux sénateurs, il y aurait des questions au gouvernement au Parlement... Il est vrai que les étrangers ne votent pas ; ils ne saisiront donc pas leurs élus.

Alors que peuvent-ils faire ?

Peut-être, entre autres choses, en droit, pour la petite minorité qui aura le réflexe et les moyens d'agir, l'action en responsabilité. Puisque toute illégalité, notamment de fond, engage la responsabilité de l'administration si elle cause un préjudice. Le seul constat de l'illégalité du refus de regroupement ou de séjour caractérise au minimum un trouble dans les conditions d'existence et un préjudice moral, comme cela a été jugé à de nombreuses reprises¹. Et, comme a pu le rappeler la cour administrative d'appel de Bordeaux, le préjudice matériel de l'étranger illégalement privé de titre de séjour et qui dispose d'une offre de travail présente un caractère certain. Les dommages-intérêts ne sauraient se limiter à une somme symbolique, et sont directement proportionnels aux montants des salaires offerts et à la durée durant laquelle il n'a pu les percevoir².

Je ne cesse de m'étonner que le recours indemnitaire soit si peu employé dans un domaine où les illégalités sont si fréquentes, grossières et récurrentes, et où donc le principe même de la responsabilité est souvent déjà acquis. Et cela, alors même qu'existent, devant le juge administratif, des outils souples : la possibilité de coupler l'action indemnitaire et le recours pour excès de pouvoir, ou encore le référé-provision, notamment lorsque la question de l'illégalité a été tranchée.

Il est vrai que l'avocat – par ailleurs contribuable – peut, à chaque condamnation, avoir le sentiment mitigé de s'être à nouveau tiré une balle dans le pied, puisqu'après tout, sauf la question intéressante mais marginale de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, comme on dit au café du commerce, « c'est nous qu'on paye ». Un « nous » dont ils font d'ailleurs partie « eux », les étrangers, qui, s'ils ne votent pas, payent des impôts.

Mais après tout, on peut imaginer, par exemple, que dans telle ou telle préfecture de province – ou d'une capitale –, lorsqu'à la moitié de l'année arrive la n^{ième} condamnation à des dommages-intérêts pour refus de séjour ou éloignement illégal d'étrangers pouvant prétendre au séjour de plein droit, il finisse par se passer quelque chose. Parce que, que si le préfet est ordonnateur secondaire, j'ai cru comprendre qu'il ne

1. V. par ex. CAA Bordeaux 19 mars 2002, *Kumah*, n° 98BX00233.

2. V. not. CAA Bordeaux 20 nov. 2006, *Dhiab*, n° 04BX00630.

dispose en principe de fonds que pour les frais de procédure, et qu'il doit donc demander qu'on lui en débloque pour les condamnations à dommages-intérêts. Il ne relève dès lors pas forcément de la science-fiction de penser que peut-être, quelqu'un va prendre son téléphone, à Bercy ou ailleurs, pour demander : « mais qu'est-ce que vous fichez à la préfecture de X, nous aussi on sait lire les textes, c'est la n^{ième} condamnation cette année pour refus de séjour (implicite) à un "plein droit" avec indemnisation de X mois de salaires, d'allocations perdues, du préjudice moral... ». Peut-être, quelqu'un, quelque part, va se rendre compte que cela reviendrait quand même moins cher d'avoir deux ou trois agents de plus ; de les envoyer en formation ; d'acheter quelques codes, un *Dictionnaire permanent*, un photocopieur supplémentaire pour ne plus avoir à quémander à tel autre bureau ou service ; on pourrait même rêver que les services et les fonctionnaires concernés en viennent à remercier les responsables des condamnations prononcées qui, *in fine*, leur permettront de travailler dans des conditions plus décentes...

« L'ordre abstrait ne saisit rien et ne range rien que ses propres symboles. C'est ainsi que l'administration conduit ses folies raisonnables. » (Émile-Auguste Chartier, dit Alain, *Propos*, 1933).

Peut-être l'une des idées et stratégies à poursuivre de défense des droits et du droit en la matière serait-elle que le coût de ces folies devienne déraisonnable.

*

* *

Quelques définitions et citations pour terminer...

« *Administration* : mot femelle qui commence comme admiration et finit comme frustration. » (Georges Elgozy)

« *Ministre* : personne qui agit avec un grand pouvoir et une faible responsabilité. » (Ambrose Bierce, *Le Dictionnaire du Diable*, 1911)

« La responsabilité est le prix de la grandeur. » (Sir Winston Leonard Spencer Churchill)

Documents

REPUBLIQUE FRANCAISE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS

N° 9313599/4/CU

Le président du Tribunal administratif
de Paris

M. Istvan DULANGI

ORDONNANCE DU
29 OCTOBRE 1993

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 29 octobre 1993, présentée pour M. Istvan DULANGI, actuellement résidant dans les locaux du centre de rétention de Paris 3, 75003 Paris, par Me Gérard TCHOLAKIAN, avocat à la Cour ; M. DULANGI demande au président du Tribunal de désigner un expert en vue de constater d'urgence les conditions matérielles dans lesquelles sont hébergés les ressortissants étrangers maintenus à l'intérieur des locaux de Paris 3, 75003 Paris, au titre de l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, et, en particulier, les conditions d'hébergement du requérant ;

Vu l'intervention, enregistrée au greffe du Tribunal le 29 octobre 1993, présentée pour le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), association déclarée dont le siège est 30, rue des Petites Ecuries, 75010 Paris, par Me Didier LIGER, avocat à la Cour ; le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) demande au président du Tribunal de faire droit aux conclusions de la requête de M. DULANGI ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 136 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : "Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal administratif peut désigner d'avocat et qui sera recevable même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits survenus dans le ressort de son tribunal, qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant un tribunal administratif. Mais, en est immédiatement donné aux défendeurs éventuels ;

Sur l'intervention du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) :

Considérant que la demande de constat d'urgence présentée par M. DULANGI est susceptible d'être rattachée à un litige de plein contentieux relevant de la compétence du juge administratif ; que, dans un tel litige, seules sont recevables à former une intervention les personnes qui se prévalent d'un droit auquel la décision du juge pourrait préjudicier ; que le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) ne démontre pas d'un droit de cette nature ; que, dès lors, son intervention n'est pas recevable ;

Sur les conclusions présentées par M. DULANGI :

Considérant que la requête de M. DULANGI tend à faire constater par un expert les conditions matérielles dans lesquelles sont hébergés les ressortissants étrangers maintenus à l'intérieur des locaux du centre de rétention de Paris, au titre de l'article 35 bis de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945, en particulier, les conditions d'hébergement de l'intéressé ; que le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) a été déclaré en état d'arrêté du 26 octobre 1993 décidé qu'il serait reconduit à la frontière et placé en rétention pendant le temps strictement nécessaire à son départ ; que la mesure d'expertise ainsi sollicitée est utile en ce qu'elle concerne les conditions matérielles dans lesquelles M. DULANGI est maintenu à l'intérieur des locaux de Paris 3, 75003 Paris, et qu'en l'espèce, elle présente un caractère d'urgence ;

ORDONNE :

Article 1er : L'intervention du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) n'est pas admise.

Article 2 : Il sera procédé par M. Robert PAGES, 22, rue Beaujon, 75008 Paris, à une expertise en vue de

constater les conditions matérielles dans lesquelles M. DULANGI est actuellement hébergé à l'intérieur des locaux du centre de rétention de Paris, 3, quai de l'Horloge (14^e).

Article 3 : Les opérations de l'expertise auront lieu contradictoirement entre M. DULANGI et le préfet de police.

Article 4 : L'expert remplira sa mission dans les conditions prévues par les articles R. 159 à R. 170 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Article 5 : L'expert déposera sans délai son rapport au greffe du Tribunal.

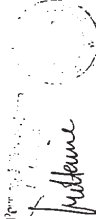
Article 6 : Les frais de constat seront avancés par M. DULANGI.

Article 7 : La présente ordonnance sera notifiée à M. DULANGI, au Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), au préfet de police et à M. PAGES, expert.

Fait à Paris, le 29 octobre 1993.

R. VANDERBERGEN

La République mande et ordonne au préfet de police en ce qui concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.



PLAISEA MADAMELE PRESIDENT

CT/RULANGI/GISTJREF

REQUETE A FIN D'ASSICHER D'HEURE A HEURE

L'avocat soussigné sollicite de Madame le Président du Tribunal l'autorisation de délivrer d'heure à heure, en raison de l'urgence, l'assignation ci-après transcrite

PARIS, le

ORDONNANCE :

Nous Président,

Autorisons à assigner pour le à

ASSIGNATION EN REFERE

D'HEURE A HEURE

Devant Madame le Président du Tribunal de Grande Instance de PARIS

L'AN MIL NEUF CENT QUATRE VINGT TREIZE ET LE

A LA DEMANDE DE :

Depuis de nombreuses années, le GISTI est saisi par des étrangers des conditions scandaleuses dans lesquelles se déroulent leur rétention au dépôt des étrangers de la Préfecture de Police de Paris, sis au palais de Justice de Paris.

En dernier lieu, il a été informé des conditions dans lesquelles un ressortissant roumain a été placé et maintenu en rétention du 26 octobre à 12H, au 2 novembre 1993 à 12H.

Ces informations ne font que confirmer les plaintes reçues par la concluente.

Elles conduisent le GISTI à saisir Madame le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, afin de lui demander de constater que les conditions de rétention au centre de rétention de la Préfecture de Police de Paris sont constitutives d'une voie de fait et d'enjoindre à Monsieur le Préfet de Police de Paris faire cesser cette voie de fait.

- DISCUSSION -

- SUR LA RECEVABILITE DU GISTI

L'action à titre principal d'associations ayant pour but exprimé dans leurs statuts de défendre un intérêt collectif spécifique est parfaitement recevable.

(cf Cour d'Assises Paris, 15/12/77, Association CHOISIR, D 78 ; p.61; C.Appel Paris 1erCh.A, 10/1/86, ANTENNEZ/ligue contre la fumée de tabac en public, inédit)

Le GISTI a notamment pour objet d'obtenir le respect des droits fondamentaux des étrangers en France.

Il a, à de très nombreuses reprises, été déclaré recevable à agir, tant devant les juridictions administratives que judiciaires.

En l'espèce, les conditions de rétention litigieuses sont spécifiques aux étrangers.

Il est donc constant qu'il a un intérêt à agir pour le cas, comme il le sera démontré, où la rétention des étrangers au dépôt précité est constitutive d'une voie de fait.

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRES.

GISTI
Association loi de 1901
dont le siège social est à Paris, 30 rue des Petites Écoles,
place en la possession de sa Présidente, Danielle LOCHAK

Ayant Pour Avocat Postulant
Maitre Gérard TCHOLAKIAN
10567
et pour Avocats Plaidants
Maitre Didier LIGER
Maitre Michel VERRIER
Avocats au Barreau de Versailles
73 rue des Réservoirs, Versailles
Etisant domicile en leur Cabinet

D'AL. JUISSIER ADJUSSEIGE :

DONNE ASSIGNATION...

A comparaitre pour le à b à l'audience et par devant Madame le Président du Tribunal de Grande Instance de PARIS, tenant l'instance des référés s/s en Palais de Justice de PARIS, 4 Bld du Palais à PARIS 75004

- SUR LA VOIE DE FAIT ET LA COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE

A la suite des Jurisprudences CARUIER (CE 18/11/49, Leb. p. 490) et SCHNEIDER (T.C. 4/6/40 Leb. p. 248) on peut dire que :

"Il y a voie de fait dans deux cas :

"D'une part, lorsqu'une décision administrative portant atteinte au liberté ou à la propriété privée est elle-même, indépendamment des conditions dans lesquelles elle est excédée, manifestement inacceptable d'être rattachée à l'exécution d'un texte législatif ou réglementaire, ou plus généralement, à pouvoir appartenant à l'Administration.

"D'autre part, lorsque l'Administration est passée, dans des conditions irrégulières, à l'exécution d'une décision, même régulière, portant atteinte au droit de propriété ou "à une liberté fondamentale". (Gazards arrêtés de la Juris. Adm.; LONG, WEIL & BRUBANT, p. 223)

Les atteintes à une liberté fondamentale sont constitutives d'une voie de fait, notamment les atteintes à la liberté individuelles.

Dans le cas de la voie de fait, les pouvoirs mais aussi des devoirs, de l'Autorité Judiciaire, garante constitutionnelle des libertés individuelles, sont exceptionnellement étendus.

En effet, l'article 66 de la Constitution de 1958 donne compétence exclusive aux autorités judiciaires pour garantir les libertés individuelles et leur permet de donner des injonctions à l'Administration.

Et l'article 136 du Code de Procédure Pénale stipule que "dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux judiciaires sont toujours exclusivement compétents".

Le Tribunal des Conflits considère "qu'il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de statuer sur les conséquences de tous ordres des autorités arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant par elles-mêmes le caractère d'une voie de fait" (T.C. 27/3/1952 Dame de la Murette, D 1954 291)

Constitue notamment une voie de fait l'atteinte à la liberté

fondamentale d'aller et venir (T.C. 9/6/1986, Préfet d'Alsace/Lucat, JCP 1987 II 20746; Cass Civ 28/11/1984, trois arrêts, JFC 1986 II 20600).

Le Tribunal des Conflits considère même que les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur toute action tendant à la réparation ou à la prévention des dommages causés par des atteintes à la liberté individuelle, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a ou non voie de fait (TC 14/11/1964, Clément/Etat, Lobon p.796; Cf Amsciak, Rev Dr Pub 1965 801).

Et le Conseil d'Etat a fait application de l'article 136 du Code de Procédure Pénale en matière d'atteinte à la liberté individuelle (C.E. 9/7/1965, Voskerensky, Lebou p.419; 19/4/1967, Carboulec, Dr Adm 1967 n°157; 22/12/1967, Trépo, Lebou Table p.701; 11/12/1972, Orfila, Lebou p.129; 11/1/1978, Veuve Audin, Lebou p.8).

Dans ce cas les Tribunaux Judiciaires ont le pouvoir (et le devoir) d'interpréter un acte administratif individuel ou d'en apprécier la régularité (T.C. 14/11/83, Chenet/Etat, Leb. p.796; TC 14.11.84, Clément/Etat, Leb.p.796)

Le Juge des Référés du Tribunal de Grande Instance de PARIS a défini le champ d'application de sa compétence en matière de voie de fait :

"Le Juge Judiciaire est incompétent pour connaître d'un acte de l'Administration sauf voie de fait, constituant une irrégularité manifeste, ou une atteinte à un droit ou une liberté fondamentale non justifiée par une considération d'Ordre Public..." (TGI PARIS, Mousieur PEYRE, Ord. 10/7/84, Youssef / Préfet de Police de PARIS, Inédit).

Le même Juge a reçu des demandeurs qui l'avaient saisi en vertu de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile pour "l'exécution forcée" par l'Administration de ses décisions ayant pour "effet de porter atteinte à la liberté d'aller et venir...". (TGI PARIS, Monsieur RAYNAUD, Ord.28.1.82, D.82 p.330)

La Cour d'Appel de PARIS a estimé que "Les Juridictions de l'Ordre Judiciaire, gardiennes des libertés publiques, sont compétentes pour faire cesser l'atteinte portée, sans justification légale à la liberté de circulation..." (C.A. PARIS, 14 CH.A. 26.9.83, Litzman/Trésorier Principal de PARIS 16ème, D.84, p.56)

Par ailleurs, il est de jurisprudence constante qu'en l'absence du respect des formalités substantielles d'une décision administrative portant atteinte aux libertés fondamentales, le Juge des Référé doit constater la voie de fait.

Il en est ainsi pour l'implantation d'une ligne électrique sans l'observation des formalités prévues par la loi du 15 Juin 1903. (Ces. Civ. 18/11/68, Sirguos, Bul. Civ. 227 p. 211)

Il en est de même lorsque les formalités substantielles prévues par le Décret du 7 Juillet 1950 n'ont pas été respectées pour l'installation par GDF d'une canalisation sur une propriété privée (Trib. Civ. Seine, 1ère Ch. 18/11/56, Coquet/GDF, JCP 56, 11, 93211).

De nombreux juges des référés se sont déclarés compétents pour constater et faire cesser des voies de fait commises à l'encontre d'étrangers (par exemple, Président du TGI de Versailles, 31/7/1985, Sur ordonnance définitive; Président du TGI de Comber, 15/12/1987, Kecat; Président du TGI de Cayenne, 15/4/1988, Halley).

En dernier lieu, le Tribunal de Grande Instance de Paris a constaté que la rétention en zone dite internationale était constitutive d'une voie de fait (TGI Paris, 25/3/92, Leveit et autres /Ministre de l'intérieur)

- SUR LA VOIE DE FAIT ET LES CONDITIONS D'EXECUTION DE LA RETENTION ADMINISTRATIVE AU DEPOT DES ETRANGERS DE LA PREFECTURE DE POLICE DE PARIS

Le 29 octobre 1993, un ressortissant roumain a entendu seizer, en application de l'article 1166 du code des Tribunaux Administratifs, le Président du Tribunal Administratif de Paris d'une requête afin de constater d'urgence pour la désignation d'un Expert afin de :

- se rendre au dépôt des étrangers de la Préfecture de Police de Paris sis au Palais de Justice de Paris,
- visiter les lieux en présence de Monsieur DULANGI et de son Consci,
- décrire précisément les conditions d'hébergement des étrangers retenus au dépôt,
- décrire précisément les conditions dans lesquelles Monsieur Iatvan DULANGI est retenu depuis le 26 octobre...
- entendre tous sachants et se faire remettre tous documents au besoin en copies, utiles à sa mission
- dresser un rapport de ses constatations

Dans un mémoire du même jour, le GISTI a entendu intervenir au soutien de cette requête.

Le même jour, le Président du Tribunal a cru devoir, rejeter le mémoire d'intervention du GISTI et faire droit que très partiellement à la requête de l'intéressé et a désigné le Docteur PAGES aux fins de :

- constater les conditions matérielles dans lesquelles M.DULANGI est actuellement hébergé à l'intérieur des locaux du centre de rétention de Paris, 3 Quai de l'horloge(1er).

L'Expert s'est présenté le 30 octobre 1993 et a visité les lieux pour procéder à sa mission de "constat".

Il a été fait 31 photographies qui sont jointes eudit Constat.

Il résulte du constat, et surtout des photographies précitées, ainsi que des pièces jointes, que les conditions dans lesquelles cet étranger a été retenu du 26 octobre 1993 à 12H. au 2 novembre 1993 à 12H. sont contraires à l'article 3 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

En effet, il est constaté que pendant ces SEPT JOURS, soit 168 heures, le retenu :

- a vécu dans une chambre cellulaire collective de 45 m² contenant 13 personnes, sans aucune intimité,
- a vécu dans ce lieu dans des conditions d'hygiène effroyables,
- a été privé de l'usage de ses effets personnels, entreposés à l'extérieur de la cellule,
- a dormi sur un lit collectif de dix places, recouvert de blocs de mousses creuses faisant office de matelas,
- a été privé de toute intimité,
- n'a pas eu de draps
- a eu une seule couverture sale et dégradée
- n'a pas été mis en possession de savon et d'accessoires de toilette,
- n'a pas eu droit d'effectuer une promenade à l'air libre,

la_30_octobre_1993. quo rican.n'a changé depuis 1991...voilà même que la situation s'est aggravée (par exemple, au chapitre de l'intimité...par la disparition des miroirs vissés dans la rapport).

Il est également fait référence à l'absence de promenade à l'air libre, ce qui est toujours le cas.

Il en est de même de l'absence de liberté de circulation dans le centre de rétention.

La liberté d'accès au 2 téléphones installés à l'extérieur de cellules dans le couloir est aléatoire et est fonction du bon vouloir du fonctionnaire de permanence.

Il en est de même pour le registre des recours.

Sur la porte d'entrée du dépôt est apposé une plaque informant les familles que des horaires de visites leur sont opposables, en violation totale avec les dispositions de l'article 15 bis de l'ordonnance précitée qui ne spécifie aucune limitation.

Ces conditions et plus généralement celle de la situation des étrangers tout au long de la rétention visiblement d'être dénoncées dans un rapport par un membre du Bureau du Paris à son bâtonnier.

Il n'est pas inutile de noter que le Législateur s'est préoccupé des conditions d'hébergement contrairement à la dignité humaine et que l'article 223-14 du nouveau code pénal les réprimera à compter du 1 Mars 1994.

Il est du devoir du GISTI de dénoncer ces faits au Juge Judiciaire, garant des libertés individuelles, afin qu'il constate les voies de fait supportés par les étrangers retenus dans de telles conditions.

Le président du Tribunal de première instance de Bruxelles, ayant été saisi en référé dans une espèce similaire rapportait dans son ordonnance du 25 juin 1993 par laquelle il enjoignait à l'administration belge de mettre un terme à une telle situation:

" Attendu que la protection conférée par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme "et des libertés européennes est fondamentale, inaliénable "et inaltérable; que l'urgence qu'il y a de mettre fin à "un traitement inhumain et dégradant consiste tant que

- e été obligé de manger dans une écuelle en métal avec une seule cuillère en plastique, et de boire sans verre.....

Ces éléments de fait inquiètent vivement le GISTI et justifient parfaitement son action.

En effet, il résulte d'un rapport du Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), à l'initiative du Conseil de l'Europe, que la situation ci-dessus dénoncée perdure depuis plusieurs années et que malgré les promesses faites par les autorités françaises, aucune solution n'a été donnée.

Ce rapport rendu public le 19 janvier 1993 relate la visite notamment du dépôt des étrangers précitées à la fin du mois d'octobre 1991.

Il est indiqué en page 31 du rapport:

"70. Les conditions matérielles de rétention observées dans "le Centre de rétention administrative (CRA) au dépôt de "la Préfecture de Paris ont amené la délégation à faire "une observation immédiate en raison notamment des graves "déficiences constatées en matière d'hygiène et de "salubrité....

"71. Chez les hommes, l'équipement d'une cellule est "constitué de lits placés côte à côte, de tables avec "quelques chaises, de deux armoires et d'une annexe "sanitaire (une douche, un WC à la turque, deux lavabos). "L'état générale de ces cellules était tout à fait "insatisfaisant. Elles étaient très sales et le matériel "de nettoyage faisait défaut. L'état de la literie "était aussi fortement défectueux. Même si, en principe, "le retenant recevait un drap et une couverture propres à "son arrivée au centre, la délégation a vu nombre de "personnes sans draps, et la manque de propreté des "couvertures et des matelas était flagrant. De plus, "certains retenus ont allégué qu'aucun nécessaire de "toilette ne leur avait été fourni à leur arrivée (savon, "serviette, etc...) et qu'ils n'avaient pas accès à leur "linge de rechange.

"La localisation des cellules était loin d'être idéale ("en sous sol, fenêtres sales, proches du plafond ne "laissent filtrer qu'une lumière faible. De plus cette "partie du dépôt était particulièrement infestée par les "cafards... " Enfin, nombre de retenus ont allégués que leur "nourriture était de piètre qualité ce qui a été corroboré "par les observations in situ.....

Force est de constater à l'examen des photos produites, prises

"dure le traitement, et même s'il a pris fin, lorsqu'il existe une menace sérieuse qu'il ne reproduise.

* * *

Les faits ci-dessus dénoncés, sont manifestement constitutifs de voies de fait au préjudice des étrangers et justifient l'assignation au fond déposée par le GISTI.

Ces voies de fait relèvent de la seule compétence du Juge judiciaire.

Monsieur le Préfet de Police de Paris est responsable de ces voies de fait.

Il est donc demandé à Madame le Président du Tribunal :

- de procéder à un transport personnel sur place, en présence des parties pour visiter l'ensemble du Centre de Retention des étrangers du Palais de Justice de Paris afin de constater que les conditions de rétention ne répondent pas aux exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, mais aussi de celles de l'article 33bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945,

- de lui donner acte par ordonnance des constatations qu'elle aura personnellement opérées,

- de désigner tel expert qu'il lui plaira de nommer avec une mission "d'expertise" la plus large et notamment de :

+ visiter l'ensemble du dépôt des étrangers dépendant de la Préfecture de Police de Paris, en présence des parties et de tout technicien qu'elles jugeront bon de s'adjoindre,

+ vérifier si les conditions d'hébergement, répondent aux exigences légales, réglementaires et d'usage en matière d'hébergement collectif, notamment en matière sanitaire et de sécurité,

+ vérifier notamment si les étrangers retenus disposent d'une nourriture convenable, de la possibilité de se laver, du libre accès au téléphone, de visite des familles à tout moment de la rétention, de promenades à l'air libre.

+ à cet effet, entendre tous sachants notamment les sociétés prestataires de l'entretien des lieux, de la préparation des repas, du nettoyage des couvertures et draps s'il y a lieu,

+ ne faire remettre tous documents utiles,

+ vérifier et les étrangers retenus peuvent librement téléphoner, se faire assister d'un médecin, d'un interprète... et d'une manière générale si les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont respectées,

+ prendre des photographies qu'il jugera ou que les parties jugeront utiles d'ajouter au rapport,

+

PAR CES MOTIFS

Vu les articles 3 et 5.2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales,

Vu l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958,

Vu l'article 136 du Code de Procédure Pénale,

Vu l'ordonnance du 2 novembre 1945 et notamment son article 35 bis,

Révoquer le GISTI en ses écritures,

Y faire droit.

- Ordonner un transport personnel sur place, en présence des parties, pour visiter l'ensemble du Centre de Retention des étrangers du Palais de Justice de Paris afin de constater que les conditions de rétention ne répondent pas aux exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, mais aussi de celles de l'article 33bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945,

- Donner acte au GISTI par ordonnance des constatations personnellement opérées.

- Désigner tel expert qu'il lui plaira de nommer avec une mission "d'expertise" la plus large et notamment de :

+ visiter l'ensemble du dépôt des étrangers dépendant de la Préfecture de Police de Paris, en présence des parties et de tout technicien qu'elles jugeront bon de s'adjoindre,

+ vérifier si les conditions d'hébergement, répondent aux exigences légales, réglementaires et d'usage en matière d'hébergement collectif, notamment en matière sanitaire et de sécurité,

+ vérifier notamment si les étrangers retenus disposent d'une nourriture convenable, de la possibilité de se lever, du libre accès au téléphone, de visite des familles à tout moment de la rétention, de promenades à l'air libre.

+ à cet effet, entendre tous sachants notamment les sociétés prestataires de l'entretien des lieux, de la préparation des repas, du nettoyage des couvertures et draps s'il y a lieu,

+ se faire remettre tous documents utiles,

+ vérifier si les étrangers retenus peuvent librement téléphoner, se faire assister d'un médecin, d'un interprète... et d'une manière générale si les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 35 bis de l'ordonnance du 7 novembre 1945 sont respectées,

+ prendre des photographies qu'il jugera ou que les parties jugeront utiles d'adjoindre au rapport,

4

Condamner M. ... le Préfet de Police de Paris et Monsieur l'Agent Judic. ... du Trésor à payer au GISTI la somme de 10.000 Francs en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

SOUS TOUTES RESERVES

Production:

Production:

Production:

- 1) récépissé de demande de titre de séjour
- 2) récépissé de demande OFPRA
- 3) Décision de rejet OFPRA
- 4) ordonnance du juge délégué du TGI de Paris
- 5) procès verbal d'audition
- 6) recours OFPRA
- 7) dispositif jugement Tribunal Administratif
- 8) requête à fin de constat d'urgence
- 9) ordonnance du Président du Tribunal Administratif
- 10) rapport de constat et photos
- 11) attestation collective des avocats de Monsieur DUJANGI

1^{re} COPIE GRATUITE

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE
DE PARIS

REF 61329 /93

N° /FB

ORDONNANCE DE REFERE rendue le 24 NOVEMBRE 1993

par Jacqueline COCHARD, Président du Tribunal au Tribunal de Grande Instance de Paris, tenant l'audience publique des Référés,

assisté de Sylvaine LE STRAT, Greffier.

DEMANDEURS

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRES
30 rue des Petites Ecuries - 75010 PARIS

Me Gérard TCHOLAKIAN, avocat, B 567

Monsieur Istvan DULANGI
chez Me TCHOLAKIAN - 45 rue de Rennes - 75006 PARIS

Me Gérard TCHOLAKIAN, avocat, B 567

INTERVENANTS VOLONTAIRES

LA LIGUE FRANCAISE DES DROITS de l'HOMME et du CITOYEN
27 rue Jean Dolent - 75014 PARIS

Me de FELICE, Avocat, C 812

LA FEDERATION DES ASSOCIATIONS DE SOLIDARITE AVEC LES TRAVAILLEURS IMMIGRES4
4 square Vitruve - 75020 PARIS

Me CONSTANT, avocat, E 565

LE SYNDICAT de la MAGISTRATURE
6 passage Salarnier - 75011 PARIS

Représenté par Alain VOGELWEITH, Secrétaire Général

PREMIERE PAGE ./.



LE SYNDICAT DES AVOCATS de FRANCE

21 bis rue Victor Massé - 75009 PARIS

Me Alain MIKOWSKI, avocat, A 870

L'ASSOCIATION DES MAROCAINS EN FRANCE

20 rue du Bicentenaire - 92800 PUTEAUX

Me Driss ANWAR, avocat, E 1337

LE MOUVEMENT CONTRE LE RACISME et l'AMITIE ENTRE LES PEUPLES

89 rue Oberkampf - 75011 PARIS

Me MAIRAT-SEBAN, avocat, P 252

L'ASSOCIATION DES JUSTICIABLES

Représenté par M. BIDALOU

L'ASSOCIATION S.O.S. RACISME

14 Cité Griset - 75001 PARIS

SCP TERQUEM-PIOLI, avocats, P 266

DEFENDEURS**Monsieur le Préfet de police de PARIS**

Préfecture de Police - bd du Palais - 75004 PAIR

NON COMPARANT

Monsieur l'Agent Judiciaire du Trésor

Me SARDA, avocat,

En présence de Monsieur le Procureur de la République
représenté par Monsieur LAUTRU, Premier Substitut

DEUXIEME PAGE ./.



Par actes du 9 novembre 1993 Istvan Dulangi et l'association régie par la loi de 1901 "Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés" (G.I.S.T.I) ont assigné devant Nous le Préfet de Police de Paris et l'Agent Judiciaire du Trésor.

Istvan Dulangi relate que, placé au Centre de Rétention administrative de la Préfecture de Police du 26 octobre au 2 novembre 1993, il a obtenu du Président du Tribunal administratif la désignation d'un expert avec mission de constater les conditions matérielles de sa rétention suivant ordonnance du 29 octobre 1993.

Arguant de l'insuffisance du constat, et faisant valoir la nécessité de confirmer les éléments de preuve pour justifier une demande au fond, Istvan Dulangi invoque les articles 143 et suivants ainsi que l'article 808 du Nouveau Code de Procédure Civile pour solliciter :

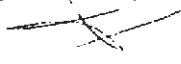
1°/ que nous nous transportions sur les lieux en vue de constater des inobservations des dispositions des articles 3 et 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945,

2°/ que nous commettions un expert chargé de vérifier que les conditions de son hébergement du 26 octobre au 2 novembre 1993 répondaient aux exigences légales, réglementaires et d'usage en matière d'hébergement collectif, notamment en matière d'hygiène et de salubrité.

Le G.I.S.T.I. expose qu'il reçoit depuis de nombreuses années des plaintes d'étrangers relatives aux conditions scandaleuses d'hébergement au dépôt des étrangers de la Préfecture de Police, qu'ayant notamment pour objet d'obtenir le respect des droits fondamentaux des étrangers en France, il est recevable à agir pour établir avant tout procès les preuves de ce que ces conditions d'hébergement seraient constitutives d'une voie de fait.

Il fait état du constat établi à la requête d'Istvan Dulangi duquel il ressortirait que celui-ci pendant sept jours :

- a vécu dans une chambre cellulaire collective de 45 m2 avec douze autres personnes sans aucune intimité, dans des conditions d'hygiène effroyables,
- a été privé de l'usage de ses effets personnels déposés à l'extérieur de la cellule,
- a dormi sur un lit collectif de dix places, recouvert de blocs de mousse crasseux faisant office de matelas, sans draps,
- n'a disposé que d'une seule couverture sale et usagée,



- n'a pas disposé de savon et d'accessoires de toilette
- n'a pu effectuer une promenade à l'air libre,
- a dû manger dans une écuelle en métal, avec une seule cuillère de plastique, et a dû boire sans verre,

ainsi que du rapport rendu public le 14 janvier 1993 du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants selon lequel le centre de rétention administrative du dépôt de la Préfecture de Police présente de graves déficiences en matière d'hygiène et de salubrité. Les cellules y sont très sales et le matériel de nettoyage fait défaut, l'état de la literie laisse fortement à désirer, il est allégué par les retenus qu'aucun nécessaire de toilette (savon-serviette) n'est fourni, qu'ils n'ont pas accès à leur linge de rechange ; les fenêtres sales proches du plafond ne laissent filtrer qu'une lumière faible, certaines parties du dépôt sont infestées de cafards, la nourriture est de piètre qualité.

Le G.I.S.T.I prétend que la liberté d'accès aux deux téléphones installés dans le couloir est aléatoire et fonction du bon vouloir du fonctionnaire de permanence ; qu'il en est de même pour l'accès au registre des recours.

Estimant que doivent être vérifiées les conditions de rétention ainsi dénoncées il Nous demande à cette fin de procéder à un transport sur les lieux, et de désigner un expert.

Interviennent à l'instance au soutien des conclusions du G.I.S.T.I. :

- la Ligue des Droits de l'Homme
- le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples
- la Fédération des Associations de Solidarité avec les Travailleurs Immigrés qui sollicite l'allocation de 5.000 francs sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile
- l'Association des Marocains en France, également demanderesse en paiement de 5.000 francs sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile
- le Syndicat de la Magistrature
- le Syndicat des Avocats de France.



Interviennent également l'Association S.O.S Racisme qui conclut à la condamnation des défendeurs à lui payer 1 franc à titre de provision sur dommage-intérêts, 10.000 francs sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile, et au prononcé d'une injonction de faire cesser le trouble constaté sous astreinte de 100.000 francs par jour de retard, et Jacques BIDALOU au nom du Syndicat des Justiciables pour voir ordonner l'audition des Ministres de l'Intérieur, Messieurs Joxe et Pasqua.

L'Agent Judiciaire du Trésor ne s'est pas fait représenter.

Le Préfet de Police Nous a saisi d'un déclinatoire de compétence.

Le Ministère Public a déposé des conclusions tendant à notre incompétence.

*

* *

Attendu qu'il existe entre les instances introduites d'une part par Istvan Dulangi, d'autre part par le G.I.S.T.I., un lien tel qu'il convient, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de les joindre pour qu'il soit statué par une seule ordonnance.

Sur la compétence

Attendu que sont allégués des faits susceptibles de caractériser des atteintes à la liberté individuelle au sens de l'article 114 du Code Pénal par la réduction des droits de déplacement et de communication, limités mais reconnus dans un régime de rétention administrative, et même, en ce qui concerne l'accès au registre des recours, par une entrave à l'exercice des droits de la défense.

Attendu que l'article 136 du Code de Procédure Pénale dispose en ses alinéas 3 et 4 : "Dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 et 184 du Code Pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents".

Attendu que ce texte confère au juge judiciaire une compétence exclusive et qui ne peut pas être contestée pour connaître des litiges relatifs aux atteintes à la liberté individuelle qu'il vise ;

Qu'il s'en déduit que l'administration n'est pas recevable à décliner notre compétence ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de surseoir à statuer ;

Sur les mesures sollicitées

Attendu que le respect du principe du contradictoire impose qu'après décision sur l'incident soulevé il soit débattu à l'audience du bien fondé des demandes tendant à ce que soient ordonnées des mesures d'instruction.

PAR CES MOTIFS

Ordonnons la jonction des instances n° 61 328/93 et 61 329/93,

Déclarons irrecevable le déclinatoire de compétence.

Renvoyons à l'audience du 1er décembre 1993 à 10 heures à laquelle les défendeurs seront appelés à la diligence des demandeurs le débat sur le bien fondé de leurs prétentions.

Réserveons les dépens.

LE GREFFIER,



LE PRESIDENT,



XIEME ET DERNIERE PAGE

**Tribunal des conflits
statuant au contentieux
N° 02920**

Publié au Recueil Lebon

M. Culié, Rapporteur
M. Abraham, Commissaire du gouvernement

M. Lemontey, Président
SCP Masse-Dessen, Georges, Thouvenin, Avocat

Lecture du 25 avril 1994

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu, enregistrée à son secrétariat le 4 février 1994, la lettre par laquelle le ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice, a transmis au tribunal le dossier de la procédure opposant M. Dulangi et le Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) au préfet de police de Paris et à l'agent judiciaire du trésor devant le président du tribunal de grande instance de Paris, statuant en référé ;

Vu les déclinatoires présentés le 16 novembre 1993 par le préfet de police de Paris tendant à voir déclarer la juridiction de l'ordre judiciaire incompétente ;

Vu l'ordonnance du 24 novembre 1993 par laquelle le président du tribunal de grande instance a rejeté les déclinatoires de compétence ;

Vu l'arrêté du 28 novembre 1993 par lequel le préfet a élevé le conflit ;

Vu l'ordonnance du 1er décembre 1993 par laquelle le juge des référés a sursis à toute procédure ;

Vu, enregistré le 8 avril 1994, le mémoire présenté par le ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire tendant à la compétence de la juridiction administrative ;

Vu, enregistré le 19 avril 1994 le mémoire présenté pour M. Dulangi et le G.I.S.T.I. tendant à l'annulation de l'arrêté de conflit ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1972 ;

Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 modifiée ;

Vu l'ordonnance des 12-21 mars 1831 modifiée ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Vu les articles 114 du code pénal et 136 du code de procédure pénale ;

Vu l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifiée ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. Culié, membre du Tribunal ;
- les observations de la SCP Masse-Dessen, Georges, Thouvenin, avocat de M. Dulangi et du Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.),
- les conclusions de M. Abraham, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que M. Dulangi, ressortissant roumain, a assigné devant le président du tribunal de grande instance de Paris statuant en référé, le préfet de police de Paris et l'agent judiciaire du Trésor, sur le fondement des articles

143 et suivants et 808 du nouveau code de procédure civile, en sollicitant une expertise sur les conditions de sa rétention, du 26 octobre au 2 novembre 1993, dans des locaux dépendant de la préfecture de police, en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, afin de compléter le constat d'urgence qu'il avait obtenu du président du tribunal administratif de Paris en date du 29 octobre 1993 ;

Considérant que par acte séparé, le Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés a assigné en référé les mêmes défendeurs sur le fondement des articles 66 de la Constitution, 3 et 5-2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 136 du code de procédure pénale et 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, afin de faire constater que les conditions de rétention des étrangers dans lesdits locaux sont constitutives d'une voie de fait, et enjoindre au préfet de la faire cesser ; qu'il demandait au juge des référés de se transporter sur place et de désigner un expert à l'effet de vérifier les conditions d'hébergement, d'hygiène et de salubrité et de s'assurer du respect de la liberté de communication des personnes retenues avec l'extérieur ou avec les familles ;

Considérant que le président du tribunal de grande instance, après avoir joint les deux instances, a déclaré irrecevables les déclinatoires de compétence dont il était saisi et a dit n'y avoir lieu de surseoir à statuer, tout en renvoyant les débats à une date ultérieure, aux motifs que les faits allégués sont susceptibles de caractériser des atteintes à la liberté individuelle, au sens de l'article 114 du code pénal, par la réduction des droits de déplacement et de communication, limités mais reconnus dans un régime de rétention administrative, et même, en ce qui concerne l'accès au registre des recours, par une entrave à l'exercice des droits de la défense ; que dans ce cas, selon l'ordonnance, l'article 136 du code de procédure pénale confère aux tribunaux judiciaires une compétence exclusive pour statuer sur toute instance civile en la matière, sans que le conflit puisse jamais être élevé par l'autorité administrative ;

Considérant, d'une part, que l'article 114 du code pénal, devenu 432-4 du nouveau code pénal, incrimine au titre des atteintes à la liberté individuelle, les seuls actes d'arrestation, de détention ou de rétention arbitraires commis par des fonctionnaires publics ;

Considérant, d'autre part, que les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention des étrangers en instance d'éloignement prévue par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, fût-elle prolongée par le juge judiciaire, ressortissent, en l'absence de voies de fait dont les éléments constitutifs ne sont pas réunis en l'espèce, à la seule compétence des juridictions administratives ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêté de conflit pris le 26 novembre 1993 par le préfet de police de Paris est confirmé.

Article 2 : Sont déclarées nulles et non avenues les procédures engagées par M. Dulangi et le Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés devant le président du tribunal de grande instance de Paris et l'ordonnance de ce magistrat en date du 24 novembre 1993.

Troisième partie

FausseS victoires, vaines victoires

Parmi les décisions obtenues, succès et échecs coexistent, souvent difficiles à démêler. Lorsque le recours est rejeté, la défaite est d'autant plus difficile à accepter qu'on reste persuadé que le Conseil d'État aurait pu ou dû statuer autrement qu'il ne l'a fait. Mais certaines victoires laissent aussi un goût amer. Ce sont d'abord celles où l'éclat de la victoire de principe a des retombées concrètes décevantes. Ce sont ensuite les victoires qui n'entraînent pas de modifications des pratiques ou qui sont contrecarrées par l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire venant priver d'effet la décision du juge. Ce sont encore les victoires qui interviennent trop tardivement pour être d'une quelconque utilité. Il s'agit en somme de victoires « volées » (Nathalie Ferré).

Le cas des circulaires mérite, dans cette perspective, un examen spécifique. Elles constituent en effet le terrain par excellence de la tactique jurisprudentielle consistant à vider le texte de son venin par une interprétation (souvent « constructive ») qui évite de l'annuler – ce qui constitue précisément l'une des formes les plus punitives de « victoires volées ». En contrepoint de cette vision contentieuse et critique, il était utile de recueillir, sous la forme d'une table ronde, le point de vue de ceux qui, en raison des fonctions de responsabilité qu'ils ont exercées dans l'administration, ont une approche plus concrète, soit comme rédacteurs de ces circulaires (Gérard Moreau, Jean-Marie Delarue), soit comme destinataires de ces mêmes circulaires (Yannick Blanc).

Le sort des demandeurs d'asile permet d'illustrer la réversibilité de certaines avancées jurisprudentielles et les retombées décevantes de ce progrès spectaculaire qu'a constitué l'instauration du référé-liberté (Jean-Pierre Alaux).

Certaines victoires sont vaines parce que les décisions juridictionnelles ne sont pas exécutées ou le sont tardivement, ce qui incite à réfléchir sur l'insuffisance des outils d'exécution, phénomène général, certes, mais particulièrement marqué dans les affaires qui concernent l'immigration (Jean-Michel Belorgey).

Victoires volées

Nathalie Ferré*

Maître de conférences en droit privé, Université Paris 13, IRIS

Ce joli titre au parfum cinématographique invite à réfléchir de façon frontale à l'efficacité de l'arme contentieuse. Il est déjà si difficile de gagner que si même une victoire ne permet pas de changer l'ordre des choses – ou plutôt de régler leur désordre – à quoi bon ? On sera réticent à user de l'action juridictionnelle en mettant en balance l'énergie déployée et la minceur du résultat. Le but d'une association comme le Gisti n'est pas de se saisir du droit pour le seul plaisir intellectuel que procure l'imagination juridique. Son but est bien la recherche d'une amélioration des droits des étrangers.

Ce titre inspire d'emblée deux remarques préalables.

La première est une interrogation autour du terme de « victoire ». Qu'est-ce qu'une victoire ? S'agit-il d'obtenir l'annulation de dispositions réglementaires ou de morceaux de circulaire ? Est-ce qu'il y a des exigences quantitatives pour parler de victoire ? L'annulation peut en effet porter sur un élément accessoire, laissant en place le « problème » principal, cœur de la contestation. Danièle Lochak, pour les décrire, parle de « petites victoires sans (trop) d'importance¹ ». Est-ce que l'on peut également parler de victoire lorsque l'autorité saisie se borne à rectifier le tir, à donner des lignes d'interprétation correctrices mais ne remet pas en cause le texte lui-même ? Cette hypothèse concerne d'abord le Conseil constitutionnel et ses fameuses réserves d'interprétation² dont il a abusé ces dernières années³. Et puis, après tout, la défaite n'est-elle pas parfois plus intéressante que la victoire sur le plan symbolique, tactique ou politique ? L'usage de l'arme contentieuse peut servir

* Nathalie Ferré a été présidente du Gisti de 2000 à 2008.

1. D. Lochak, « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 48.

2. Certes, les réserves d'interprétation bénéficient de l'autorité absolue de la chose jugée et produisent des effets *erga omnes*, mais force est de s'interroger sur leur portée pratique et symbolique.

3. Dans le passé, le Gisti apportait sa touche en transmettant au Conseil constitutionnel un argumentaire très fouillé sur les points de la loi qu'il estimait non conformes aux normes supra-légales. Il y a renoncé, déçu par la timidité du contrôle opéré par le Conseil.

à exprimer une forte opposition au texte attaqué. Mais si l'objectif est d'abord de dénoncer, il est important dans cette hypothèse de mener l'action à plusieurs car plus la critique est partagée, plus elle a de chances d'être relayée et entendue.

La seconde remarque a trait à l'adjectif « volées » et invite à s'interroger sur celui qui, justement, a « volé ». Est-ce le juge lui-même qui ne va pas au bout de son raisonnement et de son analyse ? Est-ce plus largement le système institutionnel – le Conseil d'État en particulier – qui se révèle incapable d'assurer l'exécution de ses propres décisions ? Est-ce enfin les auteurs des textes attaqués, lorsqu'ils ne tiennent aucunement compte de la décision de justice ?

Le plan choisi s'articulera autour de cette interrogation sur l'auteur du « rapt » : juge d'un côté, le législateur et l'administration de l'autre. Cela permet de décliner différentes hypothèses – voyons-les comme des façons d'opérer le rapt – et sur cette base de proposer une forme de typologie de ces victoires volées.

I. DES VICTOIRES VOLÉES PAR LE JUGE

Quatre modes opératoires ont ici été retenus. Le dernier mérite cependant un traitement à part, car dans les décisions en cause le Gisti apparaît comme perdant et non comme victorieux.

A. LE VOL PUR ET SIMPLE

Dans cette première hypothèse, les violations du droit sont manifestes, et donc la victoire attendue... Et pourtant, le juge n'y trouve rien à redire.

À plusieurs occasions, le rejet opposé du recours intenté par le Gisti a pu semer le doute sur le travail opéré par le Conseil d'État. Il semblait que l'illégalité commise, l'atteinte portée à des principes de valeur supra-légale, ne pouvaient que conduire à la censure. Tel fut le cas dans l'affaire des étudiants irakiens où la Haute juridiction s'est réfugiée derrière la théorie des actes de gouvernement pour ne pas annuler une circulaire au contenu manifestement illégal. Celle-ci, en date du 24 septembre 1990, relative à la « mise en œuvre des décisions concernant les étudiants, stagiaires et chercheurs irakiens en France », demandait la suspension de toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et dans le même temps interdisait l'inscription de ses ressortissants à l'université. Cette discrimination manifeste, reconnue par le commissaire du gouvernement, n'a pas été censurée par le juge puisque ce dernier a estimé que « la circulaire [...] n'est pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échappe ainsi à tout contrôle juridictionnel⁴ ». Entre-temps, ladite circulaire avait été abrogée en raison des protestations qu'elle avait

4. CE 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*, n° 120437 et 120737.

suscitées. Cela montre bien que les préoccupations affichées par le gouvernement étaient très relatives et que se retrancher derrière de telles contraintes extérieures pour refuser de juger avait tout du faux prétexte.

Il nous semble que le juge administratif ne pouvait pas non plus admettre que soit prévue par voie de circulaire la possibilité de reconduire à la frontière des ressortissants communautaires en raison de leur seule situation administrative. Le droit communautaire subordonne en effet de façon claire l'éloignement forcé du territoire à la présence d'une menace grave pour l'ordre public. Pourtant, là encore, dans un arrêt du 27 mai 1998⁵, le juge a rejeté le recours en annulation contre une circulaire prévoyant cette possibilité, sans véritable explication, sans y voir de contradiction avec le droit de l'Union européenne. Il a par la suite réitéré cette position à plusieurs reprises.

B. LA RÉINTERPRÉTATION DU TEXTE

Un autre mode opératoire est celui où le juge réinterprète le texte attaqué pour lui faire franchir le cap de la légalité ou, selon l'expression consacrée, afin de le « vider de son venin ». On pourrait estimer que le juge a alors rempli sa mission et afficher de la satisfaction. Mais cela supposerait que la rectification opérée soit entendue par l'administration. Or une décision « vidée de son venin » n'a pas le même poids qu'une annulation pure et simple.

Le juge l'a fait à plusieurs reprises, notamment – et de façon étonnante – face à des circulaires portant sur le regroupement familial. On peut donner l'exemple d'une circulaire du 4 janvier 1985 qui indique que l'exigence de ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de (sa) famille « conduit à écarter » les demandes des travailleurs saisonniers, des étudiants autorisés à travailler, des titulaires d'une autorisation provisoire de travail, des boursiers et des stagiaires. La formule semble effectivement contraire au décret qui ne les exclut pas. Mais, selon le Conseil d'État, « les auteurs de la circulaire attaquée n'ont pas entendu édicter une exclusion de principe des personnes entrant dans ces catégories mais rappeler que leur situation implique le plus souvent qu'elles ne remplissent pas les conditions de ressources requises⁶ ». La juridiction procède de façon identique pour la condition relative au logement : la circulaire, en mentionnant que le demandeur doit être soit propriétaire, soit locataire, n'a pas entendu exclure, selon le Conseil d'État, d'autres titres juridiques à disposer d'un logement.

Dans un autre domaine – celui de la protection sociale –, le Conseil d'État a de la même façon livré, dans un arrêt du 23 avril 1997⁷, une interprétation du texte contesté qui lui a permis d'échapper à la censure. Celui-ci définissait les titres de séjour requis pour être affilié à un régime de sécurité sociale, méconnaissant ainsi,

5. *Gisti*, n° 170175.

6. CE 25 sept. 1987, *Gisti*, n° 66708.

7. *Gisti*, n° 163043.

comme le faisait valoir le Gisti, le droit international et plus précisément les traités conclus entre la Communauté européenne et des pays tiers consacrant le principe de l'égalité de traitement en matière de protection sociale. Le Conseil d'État fait siens ces arguments mais considère « que le décret attaqué doit être regardé comme réservant les droits des ressortissants des États ayant conclu des accords d'association ou de coopération avec les Communautés européennes; qu'ainsi le moyen tiré de ce qu'il aurait des effets discriminatoires à l'égard de ces ressortissants ne peut être accueilli... ».

C. LA LENTEUR DE LA JUSTICE

Notons que cette lenteur pourrait tout aussi bien être imputée au législateur et à l'exécutif qui ne mettent pas les moyens suffisants pour que les affaires soient traitées dans un délai raisonnable.

Les exemples de procédures traitées dans un délai qui n'apparaît pas comme raisonnable ne manquent pas. La décision rendue intervient alors trop tardivement pour produire des résultats satisfaisants.

C'est le cas lorsque le problème qui constituait le cœur du litige, n'est plus d'actualité. En février 2001, un bateau, avec à son bord un millier de réfugiés irakiens, accoste sur les côtes françaises près de Fréjus. Aussitôt est créée, sans aucun support textuel, une vaste zone d'attente afin de retenir ces exilés. Le tribunal administratif de Nice, en décembre 2005⁸, condamne ce dispositif *ad hoc*... mais entre-temps, le législateur, par la loi du 26 novembre 2003⁹, a revu la définition des zones d'attente dans le sens de leur élargissement, de façon à y inclure l'hypothèse censurée par le juge.

Que dire également de cette décision de la Haute juridiction administrative annulant la circulaire dite Stoleru de 1980 cinq ans après sa diffusion et alors que le contexte juridique avait radicalement changé¹⁰? Cette censure n'avait plus d'intérêt, si ce n'est sur le plan historique.

Il est pareillement difficile de parler après coup de victoire lorsque les effets néfastes du texte attaqué se sont répandus pendant une longue période et que le mal a été (entièrement ou pour partie) fait. Une remise en l'état, comme l'octroi d'une réparation, n'est pas toujours envisageable. Que peuvent faire ces centaines d'Haïtiens dont les maisons ont été détruites par la gendarmerie dans la commune de Saint-Martin sur la base d'un arrêté du maire interdisant la construction et la déconstruction d'habitations dans le périmètre considéré? Le juge administratif a fini par reconnaître l'illégalité de l'arrêté dont le mobile était de provoquer le retour

8. TA Nice 9 déc. 2005, *Gisti*, *ANAFE*, *Cimade*, *FTDA* et *MRAP*.

9. Art. 50 de la loi n° 2003-1119, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité.

10. CE 20 mars 1985, *Gisti*, n° 27408.

dans leur pays d'origine de ces étrangers en situation irrégulière. La procédure n'a pris fin qu'au bout de dix ans¹¹.

De même il a fallu trois ans pour que le Conseil d'État annule une circulaire privant, au mépris de la loi, les étrangers arrivant en France et non admis à y entrer du délai d'un jour franc avant de pouvoir mettre à exécution leur rapatriement¹². L'illégalité sautait aux yeux puisque la circulaire subordonnait l'effectivité d'un droit reconnu par la loi à la présentation d'« une demande écrite et motivée ». Six ans furent encore nécessaires pour annuler les dispositions d'une circulaire instaurant des visas dits sortie-retour pour les étrangers résidents en France en violation du droit international et en dehors de toute base légale¹³.

C'est une situation qui se produit plus rarement maintenant : le Conseil d'État statue en moins d'un an s'agissant des recours qui lui sont soumis en premier et dernier ressort et il existe depuis 2000 une procédure de référé permettant d'obtenir rapidement des décisions justifiées par l'urgence, malgré les insuffisances qu'on lui connaît¹⁴.

D. DES CONTENTIEUX PERDUS D'AVANCE

La frilosité du juge administratif pour censurer les mesures qui entourent l'éloignement des étrangers nous incite à classer parmi les « victoires volées » ce qui est formellement une défaite, dans la mesure où celle-ci paraît programmée d'avance, en dépit de la force des arguments qui plaident pour une annulation.

Des avocats, membres du Gisti, se rappellent sans aucun doute comment le Conseil d'État, saisi dans le cadre de contentieux individuels – là il est plus facile pourtant d'enranger des victoires –, a tranché en faveur d'une application rétroactive de la loi dite Pasqua, plus sévère¹⁵, et reconnu la légalité d'arrêtés d'expulsion pris à l'encontre d'étrangers qui, au moment de leur condamnation, étaient protégés, au motif que les expulsions ne sont pas des sanctions, mais des mesures de police¹⁶.

L'échec est tout aussi déroutant lorsque le Gisti a tenté d'obtenir l'annulation de circulaires relatives aux contrôles d'identité et aux interpellations d'étrangers sans papiers. Deux exemples montrent pourtant combien l'esprit des textes, si ce

11. CE 15 juill. 2005, *Commune de Saint-Martin c. Gisti*, n° 230256 : la commune est condamnée au paiement de frais d'expertise élevés que le Gisti avait du prendre en charge après un premier échec au contentieux.

12. CE 27 sept. 1985, *Gisti*, n° 47324, publié au *Lebon* : annulation de la circulaire du 31 août 1982

13. CE 22 mai 1992, *Gisti*, n° 87043.

14. V. « Utiliser le référé administratif pour la défense des étrangers », nov. 2005, *Gisti*, collection *Cahiers juridiques*.

15. L. n° 86-1025 du 9 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Cette loi réduit la liste des étrangers protégés contre l'expulsion.

16. CE 21 oct. 1988, *Ministre de l'Intérieur c. Campopiano*, n° 90239; CE 9 févr. 1990, *Ministre de l'Intérieur c. Hocine*, n° 94761.

n'est leur contenu, n'était pas conforme à la loi et en particulier au principe de non-discrimination.

La circulaire du 11 octobre 1999 relative à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière contient des formules conduisant nécessairement à des contrôles sélectifs sur le fondement de l'apparence physique : « tout en évitant le risque de contrôles systématiquement sélectifs, vous rappellerez aux services de police et de gendarmerie la nécessité d'effectuer des vérifications répétées dans les endroits qu'ils vous auront indiqués comme étant ceux où se concentrent les irréguliers ». La Haute juridiction administrative a pourtant rejeté purement et simplement le recours sans formuler aucune réserve, estimant qu'il ne s'agissait là que d'orientations générales¹⁷.

Le second exemple est plus caractéristique encore : il concerne la circulaire bien connue car ayant eu un certain retentissement médiatique du 21 février 2006 relative aux conditions d'interpellation des étrangers en situation irrégulière. Elle se présente comme un véritable manuel pour appréhender les sans-papiers sous un juridisme de façade : contrôles dans les quartiers censés abriter les sans-papiers, interpellations au domicile et dans les structures associatives, interpellations dans les préfectures à la suite d'une convocation...

Le commissaire du gouvernement, s'agissant des interpellations opérées à la suite de convocations et réussies grâce à elles, reconnaît combien la formule et le procédé sont douteux mais ne prend pas position pour autant en faveur de l'annulation, laissant le soin au juge de condamner ces méthodes dans le cadre de contentieux individuels. Le Conseil d'État ne trouve rien à redire à cette circulaire, pourtant l'une des plus contestables que l'on ait connue sur le terrain des interpellations¹⁸ et valide ainsi l'utilisation de méthodes déloyales. Le Conseil d'État et le commissaire du gouvernement savaient-ils que la veille la Cour de cassation avait de son côté remis en cause les interpellations faisant suite à une convocation en préfecture¹⁹ ? Il y a des hasards étonnants.

Le Gisti a failli obtenir une fois une victoire dans le champ des contrôles d'identité et des vérifications de situation administrative. Il était en effet intervenu volontairement dans l'affaire qui a donné lieu au célèbre arrêt *Bechta*. Dans cet arrêt la Cour de cassation reconnaît compétence au juge de la rétention administrative – devenu par la suite juge des libertés et de la détention – pour apprécier la légalité de l'interpellation et de la garde à vue²⁰ qui ont permis de constater la situation irrégulière de l'intéressé. Mais en jugeant l'intervention du Gisti irrecevable, la Cour prive dans le même temps le Gisti d'une belle victoire.

Dans le cadre des combats perdus d'avance, on aurait pu citer aussi l'impossibilité d'obtenir la communication de certains documents administratifs, alors que les

17. CE 13 févr. 2002, *Mme Gbamou et Gisti*, n° 215216 et 220905.

18. CE 7 févr. 2007, *FASTI, Gisti, LDH, Syndicat des avocats de France, Syndicat de la magistrature et Cimade*, n° 292607.

19. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 53.

20. Civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 95-50002, *Bull. civ. II*, n° 221.

circulaires sont sorties de leur clandestinité d'antan. On se bornera à citer un exemple : celui du rapport dit « Darcy-Bondaz » sur l'organisation des services des étrangers dans les préfectures. Le tribunal administratif de Paris, en 2001²¹, dans un jugement confirmé en appel²², avait considéré que ce rapport n'était pas un document préparatoire à une décision administrative et qu'en conséquence il devait être communiqué dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs. L'administration a formé un pourvoi en cassation et gagné devant le Conseil d'État²³. Or on peut s'étonner que la Haute juridiction ait vu dans ce rapport, qui est resté dans un placard, un document préparatoire à une réforme et que l'administration ait tenu absolument à ce qu'il reste secret.

II. DES VICTOIRES VOLÉES PAR LE LÉGISLATEUR ET L'ADMINISTRATION

Les « voleurs » ont plusieurs visages : ce sont, selon les cas, le gouvernement, le législateur, les préfectures ou encore les organismes de sécurité sociale. Il est fréquent que les victoires, déjà peu nombreuses, ne se traduisent pas comme on le souhaite et l'imagine, à savoir par une réaction immédiate de l'État consistant à revoir et à corriger sa copie – en prenant un nouveau texte réglementaire ou une nouvelle circulaire – et par un changement radical des pratiques censurées. Tel est loin d'être le cas. La faible portée des solutions jurisprudentielles inquiète parfois.

A. LA MODIFICATION OU LE RETRAIT DU TEXTE ATTAQUÉ

L'auteur de la saisine peut être privé d'une victoire lorsque le texte illégal est modifié ou retiré avant même que le juge ait rendu sa décision constatant cette illégalité.

Ainsi, par une circulaire du 11 janvier 2002, la caisse nationale d'allocations familiales (CNAF) entendait réduire l'accès au revenu minimum d'insertion (RMI) en posant des exigences sur les justificatifs du séjour. Selon la circulaire, seules les personnes titulaires, pendant trois ans, d'un titre les autorisant à exercer une activité salariée pouvaient prétendre au RMI. Le Conseil d'État donne satisfaction au Gisti et annule la circulaire²⁴. Mais entre-temps la circulaire litigieuse avait déjà été retirée. En effet à la suite du recours, la CNAF, sans attendre son issue, a envoyé une seconde circulaire dans laquelle elle reconnaît une partie de ses « errements » juridiques et que c'est par « erreur » que l'octroi du RMI a été limité aux seuls détenteurs d'une carte « salarié ». Après la décision de la Haute juridiction administrative, la

21. TA Paris 2 févr. 2001.

22. CAA Paris 6 déc. 2001.

23. CE 9 juill. 2003, *Gisti*, n° 243246, mentionné aux *Tables*.

24. CE 2 avr. 2003, *Gisti*, n° 248889.

CNAF fera même parvenir une troisième circulaire tirant toutes les conséquences de cette décision, en la reproduisant dans son intégralité.

Il s'agit ici du plus beau des vols... ou de la plus belle des victoires en réalité : le seul fait d'avoir formé un recours a suffi pour convaincre l'administration de corriger son erreur.

B. LA RÉSISTANCE INDUE DES POUVOIRS PUBLICS

Deux hypothèses en une sont à envisager : le juge « condamne » mais le législateur ne modifie pas le texte incriminé ; le juge condamne derechef en rappelant les principes, mais ce sont cette fois les pratiques en cause qui demeurent inchangées. Les deux situations sont malheureusement assez fréquentes. On relèvera, s'agissant de la seconde, que les pratiques préfectorales ne sont pas homogènes et que les éventuelles résistances à une décision de justice ne se retrouveront pas forcément sur l'ensemble du territoire français.

Rappelons combien il a fallu d'énergie et de combats judiciaires pour que le législateur, par la loi du 11 mai 1998²⁵, finisse par supprimer la condition de nationalité à laquelle était subordonné le bénéfice de prestations dites non contributives. Le Conseil constitutionnel lui-même avait condamné cette condition par une décision du 22 janvier 1990²⁶.

Citons la dernière bataille en date sur ce terrain, significative de cette résistance et du cynisme dont peut faire preuve l'administration : le Conseil d'État, saisi par France terre d'asile et le Gisti, annule une circulaire du 17 février 1995 relative à l'allocation adulte handicapé prévoyant l'octroi de cette allocation aux ressortissants étrangers de pays ayant conclu avec la Communauté européenne des accords de coopération à la condition... qu'ils aient entamé une action contentieuse²⁷. Cette invitation à contourner la loi s'adresse de surcroît à un public démuné, moins prompt encore que d'autres à faire valoir ses droits en justice.

L'affaire *Hyacinthe* permet elle aussi d'illustrer, de la meilleure façon hélas, la seconde hypothèse, à savoir la résistance de l'autorité préfectorale : le Gisti intervient au soutien d'une requérante haïtienne qui ne parvient pas à être admise au séjour en France au titre de l'asile. Selon le Conseil d'État, le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié. En conséquence, en faisant obstacle à l'admission au séjour de l'intéressée comme demandeur d'asile, la préfecture a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale²⁸. Il s'agit d'une décision de principe très importante qui ne parviendra

25. L. n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

26. DC n° 89-269 : « considérant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux [...], méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ».

27. CE 14 janv. 1998, *FDTA, Gisti*, n° 174219, 174220, 176805.

28. CE, réf., 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, publié au *Lebon*.

cependant pas à réformer les pratiques sur la durée²⁹. Certaines préfectures ont continué par exemple à demander la production d'un passeport comme justificatif de l'état civil, alors que ce document ne saurait être exigé de personnes revendiquant la qualité de réfugié.

C. LES ACTIONS DE CONTOURNEMENT OU LA PARADE DU LÉGISLATEUR

À la différence des situations précédentes, le législateur ne fait pas « le mort », mais il prend de nouvelles dispositions qui ne satisfont pas aux exigences de la jurisprudence.

Deux affaires bien connues et déjà évoquées permettent d'illustrer notre propos³⁰ : celui des prestations familiales et celui du droit à pension pour les anciens combattants et fonctionnaires de l'État français.

Le 16 avril 2004, la Cour de cassation statuant en assemblée plénière³¹ juge que le fait d'exiger des enfants la preuve de leur situation régulière en France pour les écarter du droit à percevoir des allocations familiales, alors même que l'allocataire réside régulièrement en France, contrevient aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le dispositif juridique français est ainsi condamné. Le législateur, par la loi du 19 décembre 2005³² suivie du décret du 27 février 2006³³, étend les catégories d'enfants étrangers pouvant prétendre aux prestations mais maintient, au mépris de la jurisprudence, l'exigence de régularité de la présence en France. Le combat continue... La Cour de cassation aura bientôt l'occasion de juger la nouvelle réglementation, sans aucun doute. On peut penser qu'elle l'estimera pareillement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. En attendant, il est peu probable que les choses changent.

Les anciens fonctionnaires et combattants, ressortissants de pays placés antérieurement sous la souveraineté française, obtiennent une première victoire devant le Conseil d'État, avec l'arrêt *Diop* du 30 novembre 2001³⁴. Celui-ci condamne le traitement discriminatoire frappant les anciens fonctionnaires et combattants et leur reconnaît le droit à revalorisation de leur pension. Il existe en effet, toujours selon le Conseil d'État, une différence de traitement illégitime, car fondée sur le seul critère de la nationalité, entre les personnes concernées. Le législateur va certes revoir sa copie dans le cadre de la loi de finances rectificative de 2002, mais le dis-

29. V., J.-P. Alaux, « Asile : des décisions assez peu productrices de "droit" », *infra*, p. 259.

30. V., A. Toullier, « La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies », *supra*, p. 139 et S. Slama, « Concilier l'arme politique et l'arme contentieuse. L'exemple de la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité », *supra*, p. 99.

31. Ass. plén. 16 avr. 2004, *Bull. Ass. plén.* n° 8.

32. Art. 89 de la loi n° 2005-1579 de financement de la sécurité sociale pour 2006.

33. Décr. n° 2006-234 du 27 févr. 2006, pris pour l'application de l'art. L. 512-2 CSS.

34. CE 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c. Diop et Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Diop*, n° 212179, n° 212211. Le Gisti n'était pas présent dans cette première procédure devant la Haute juridiction administrative.

positif choisi ne respecte pas la jurisprudence *Diop* et le principe de non-discrimination. Ainsi est instauré, en lieu et place du droit à revalorisation, un critère de parité du pouvoir d'achat consistant à moduler le montant de la pension en fonction du coût de la vie du pays de résidence. Saisi par le Gisti du nouveau dispositif, mis en musique par un décret et un arrêté fixant le taux de retraite des anciens combattants, la Haute juridiction administrative ne trouve cette fois rien à redire à une réglementation qui, au regard de sa propre jurisprudence, apparaît bel et bien comme discriminatoire³⁵. Cette décision a été contredite du reste par la position de la Halde qui a pour sa part relevé l'existence d'une discrimination³⁶.

D. LES TOURS DE PASSE-PASSE DE L'ADMINISTRATION

L'hypothèse analysée ici est la suivante : les autorités publiques donnent une base légale à un dispositif... qui en manquait, ou bien elles livrent une interprétation de la jurisprudence qu'elles savent erronée.

Par deux arrêts du 1^{er} avril et du 25 juillet 2008³⁷, le Conseil d'État a condamné pour partie le dispositif des visas de transit aéroportuaire en ce que la liste inclut les ressortissants russes « provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte », car les textes ne permettent d'instaurer un tel visa que pour les ressortissants d'un pays déterminé et non pour les personnes en provenance de certains aéroports. Qu'à cela ne tienne : quelques jours plus tard le gouvernement change la réglementation, réduisant à néant la jurisprudence et s'accordant ainsi le pouvoir qui lui faisait défaut.

Toujours à propos des visas, l'administration, au mépris de la jurisprudence qui avait condamné les visas sortie-retour³⁸, a continué pendant longtemps à exiger des visas de retour, prétextant que la Haute juridiction n'avait censuré que les visas de sortie. Le Conseil d'État aura l'occasion de réaffirmer sa position plus tard en annulant les dispositions de la circulaire qui maintenait cette pratique³⁹.

E. GAGNER DU TEMPS ET ATTENDRE

Dans beaucoup d'hypothèses, on relève le peu d'empressement à respecter les lignes jurisprudentielles. Mais on peut citer un exemple particulièrement significatif de cette lenteur des pouvoirs publics venant s'ajouter au temps déjà long mis par le juge pour statuer : celui du refus d'habilitation du Gisti pour accéder aux zones d'attente⁴⁰. En 1998, le ministre de l'Intérieur refuse à l'association cette habilitation.

35. CE 18 juill. 2006, n° 274664.

36. Délib. du 9 oct. 2006.

37. CE, référés, 1^{er} avr. et 25 juill. 2008, *Anafe et Gisti*, n° 313711 et 313714.

38. V. *supra* sur la lenteur de la justice.

39. CE 21 avr. 1997, *Gisti*, n° 158919.

40. Ce droit d'accès aux zones d'attente est régi par le décret n° 95-207 modifié du 2 mai 1995.

Ce refus sera annulé, comme il le sera pour toutes les associations placées dans la même situation, mais très tardivement. L'affaire était pendante devant le tribunal administratif de Paris depuis septembre 1998, elle a été transférée en 2003 au Conseil d'État, qui a statué... en décembre 2005⁴¹. Et depuis ? L'administration n'a pas de son côté fait montre de beaucoup d'empressement pour exécuter la décision, puisque les cartes de visiteurs ne sont arrivées qu'à la fin septembre 2008.

F. L'ART D'ÉCRIRE DES CIRCULAIRES À L'ABRI DE LA CENSURE

L'emploi du conditionnel, de formules comme « à titre indicatif », « les préfetures pourront... » ou « considéreront le plus souvent », fait que le juge administratif considère la circulaire en cause comme seulement indicative et les instructions comme des orientations générales. Autrement dit, les circulaires sont réputées ne pas contenir de dispositions réglementaires qui auraient pu conduire à une annulation pour incompétence de l'auteur et ne heurtent aucune norme supérieure puisqu'elles n'imposent pas de comportements *a priori*. On sait pourtant qu'en pratique les instructions livrées dans lesdites circulaires sont le plus souvent bien comprises et suivies. Ainsi, la circulaire du 12 mai 1998 prise pour l'application de la « loi Chevènement » exige, pour pouvoir prétendre à une carte « vie privée et familiale » une certaine ancienneté de séjour en France tant pour le demandeur que pour la famille, « lesquelles ne pourraient être qu'exceptionnellement inférieures à cinq ans ». Cette exigence d'une durée de séjour au moins égale à cinq ans ne figure dans aucun texte. Elle n'a pas été censurée pour autant, du fait de sa formulation non contraignante⁴². Et elle est systématiquement requise en pratique⁴³.

*
* *

Où placer dans cette typologie le célèbre arrêt du 8 décembre 1978 ? Certes on voudra voir dans le fait d'ériger en principe général du droit le droit de mener une vie familiale normale une victoire... Mais outre que la notoriété de cette décision rendue par le Conseil d'État sera plus tard éclipsée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la « victoire » acquise a été très vite relativisée à la lumière des nombreuses limites et restrictions supportées par ledit principe.

En tout cas, une chose paraît certaine : c'est cet arrêt qui a assuré au Gisti sa notoriété auprès des étudiants en droit. Nous lui devons au moins cela.

41. CE 28 sept. 2005, *Gisti*, n° 253801.

42. CE 30 juin 2000, *Gisti*, n° 199336, publié au *Lebon*.

43. Pour la préfecture de police de Paris, c'est « la règle » pour apprécier l'intégration dans la société française : il faut justifier d'une ancienneté de séjour de cinq ans au moins. Cette condition a été systématiquement requise dans le cadre des régularisations par le travail.

Le cas emblématique des circulaires

Plus du tiers des requêtes déposées par le Gisti devant le Conseil d'État concernent des circulaires, ce qui reflète bien la place qu'elles occupent dans la gestion administrative de l'immigration. De très nombreuses dispositions de ces circulaires ont été annulées à la demande du Gisti, soit parce qu'elles disaient le contraire des textes qu'elles étaient censées interpréter, soit parce qu'elles ajoutaient aux textes ou encore qu'elles liaient une compétence normalement discrétionnaire et que le ministre avait donc fait usage d'un pouvoir réglementaire dont il ne disposait pas. D'autres ont été validées, le Conseil d'État jugeant qu'elles interprétaient correctement les lois et règlements.

Plus intéressantes mais aussi plus problématiques sont les hypothèses où le Conseil d'État, plutôt que d'annuler la disposition critiquable d'une circulaire, en propose une interprétation qui la « vide de son venin », selon la formule consacrée. Notamment, il transforme en disposition simplement indicative une disposition qui, compte tenu de sa formulation, était bel et bien impérative aux yeux de ceux qui l'ont rédigée et destinée à être perçue comme telle par ses destinataires. Le Gisti porte un jugement sévère sur ces « réserves d'interprétation » dans la mesure où les agents chargés d'instruire les dossiers le font sur la base de ce qu'ils lisent dans la circulaire et non sur la base de l'interprétation qu'en a donnée le Conseil d'État et qu'en général ils ignorent.

On peut aussi faire l'hypothèse que les hauts fonctionnaires ont appris à rédiger des circulaires de façon suffisamment habile pour déjouer la censure du juge sans laisser pour autant de doute aux agents à qui elles s'adressent sur la façon dont le ministre entend voir appliquer la loi.

Nous avons donc demandé à Gérard Moreau, qui a été directeur de la population et des migrations pendant douze ans, entre 1985 et 1997, à Jean-Marie Delarue, qui a été directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'Intérieur de 1997 à 2001, et à Yannick Blanc, qui a été directeur de la police générale à la préfecture de police de Paris de 2005 à janvier 2008, de réagir à ces interprétations critiques et de nous donner leur point de vue d'acteurs sur les conditions dans lesquelles les circulaires sont rédigées et reçues, ou encore sur les conséquences concrètes d'une annulation ou d'une réinterprétation des circulaires par le juge.

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 déraiper 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'OMIclasser », 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.

Quelques réflexions sur les circulaires

Jean-Marie Delarue

*Ancien directeur des libertés publiques et des affaires juridiques
au ministère de l'Intérieur*

Après les savants propos d'un auteur et d'un lecteur plus qu'avertis, qui ont évoqué avec beaucoup de pertinence un certain nombre d'éléments concernant les circulaires ministérielles, on m'a permis d'ajouter quelques mots, ce dont je suis reconnaissant aux organisateurs du colloque et des *Actes* qui en sont le résultat.

Et d'abord, quatre réflexions d'ordre général, si l'on veut bien.

Un pouvoir usurpé ?

Les circulaires sont-elles, en quelque sorte, un pouvoir usurpé de leurs auteurs, qui ajouteraient quasi clandestinement et de manière illégale aux normes voulues par la loi, d'une part, le pouvoir réglementaire, d'autre part ? Ou, plus brutalement, faut-il avoir mauvaise conscience d'écrire une circulaire ?

La réponse tient en deux temps.

D'une part, on le sait bien, il est admis depuis longtemps que les ministres, dans le cadre du pouvoir hiérarchique qu'ils ont sur leur service, peuvent édicter des circulaires. On ne l'ignore plus depuis la jurisprudence *Jamart*³. Et ce principe a trouvé à s'appliquer dans tous les domaines, même les plus délicats, comme celui du silence du législateur, par exemple en matière de grève des fonctionnaires⁴. Les circulaires ont donc naturellement fait florès, notamment en l'absence d'autres textes : ce fut le cas précisément en matière d'étrangers. Mais l'existence de dispositions législatives ou réglementaires ne fait évidemment pas, *a fortiori*, obstacle à ce que des circulaires soient écrites.

Celles-ci ne sont jamais qu'une consigne donnée à un grand nombre et ne diffèrent pas, par leur nature, d'un ordre verbal. La circulaire a même pour avantage de formaliser (à l'excès dira-t-on, on y reviendra) ce que les mots pourraient enjoindre

3. CE, Sect., 7 févr. 1936, GAJA, 16^e éd., n° 50, p. 314.

4. CE 18 mars 1956, *Hublin et autres*, Lebon 117, concl. Guionin.

et elle est, en principe, plus visible. Au point qu'elle caractérise assez bien un système administratif à la française, dans lequel l'écrit l'emporte beaucoup en valeur sur l'oral.

D'autre part, les circulaires ne peuvent ni prendre la place des normes ni, évidemment, leur être contraires. En d'autres termes, une circulaire n'est acceptable que si son auteur n'excède pas sa compétence et n'affirme pas autre chose que ce que disposent la loi et le règlement. Ou encore, le ministre peut certes régler la bonne organisation de son service, mais surtout pas davantage. Mais suivant que la loi et le règlement reconnaissent à celui-ci une part plus ou moins grande de pouvoir discrétionnaire, on voit que ce que va décider la circulaire est, par conséquent, de portée plus ou moins étendue. Or, il arrive que, dans certains domaines de la politique des étrangers, la faculté d'appréciation de l'autorité administrative soit étendue. Ainsi l'article L. 314-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « la carte de résident peut être refusée à tout étranger dont la présence constitue une menace pour l'ordre public » : on voit que l'idée qu'on se fait de cette dernière peut être plus ou moins vaste. Ou encore, les titres de séjour doivent être délivrés lorsque les étrangers remplissent un certain nombre de conditions définies par la loi. Mais rien n'interdit au préfet d'admettre au séjour des étrangers qui ne les remplissent pas toutes : c'est cette logique qui a permis notamment les opérations successives par voie de régularisation, toujours issues de circulaires.

Peut-on se passer des circulaires ?

Deuxième réflexion d'ordre général. Peut-on se passer de circulaires ? C'est un espoir légitime que l'on peut caresser, à la fois parce que la hiérarchie des normes concentre l'essentiel sur la Constitution, les conventions internationales, la loi et le décret et que si les circulaires sont réputées ne rien leur ajouter, alors le pas est vite franchi de considérer qu'elles sont inutiles ; et parce qu'on peut penser que le respect quasi aveugle de l'administration pour les circulaires qui s'appliquent à elle serait avantageusement remplacé par la connaissance des textes de lois et de règlements qu'elle ignore souvent, dans le double sens de ce terme.

Alors pourquoi se résigne-t-on à en écrire ? Parce qu'on peut y trouver au moins trois finalités utiles. La première consiste à reconnaître aux circulaires une valeur pédagogique et d'explication, donnée par les spécialistes du ministère aux services, dans les questions inédites. On peut naturellement s'interroger sur la méthode retenue et sur la lisibilité de certains écrits. Mais, à des services éloignés des réflexions du centre (réflexions ministérielles, travaux parlementaires, interventions de « lobbies »...), les circulaires offrent un moyen de comprendre les motifs et la portée des évolutions. On doit ajouter que les circulaires offrent aussi aux citoyens, lorsqu'ils peuvent y accéder (et ils ont le droit de le faire) la possibilité de comprendre (éventuellement pour le contester) ce que fait l'administration : elles sont une sorte de lampe projetée sur ses comportements. Le tiers intéressé peut d'ailleurs faire grief à l'administration (recours gracieux ou hiérarchique) de ne pas respecter ses propres engagements, lorsque la circulaire lui est favorable, et contester celle-ci devant le juge

(recours contentieux) s'il estime qu'elle est contraire à la loi ou au règlement. Cette situation doit être comparée avec celle d'administrations « muettes », c'est-à-dire agissant dans la seule vertu des textes applicables, sans s'expliquer au fond sur la nature de certains choix.

La deuxième idée conduit à admettre que la circulaire est la cristallisation des échanges entre les services centraux et les services extérieurs. Contrairement à ce qui est souvent indiqué, elle a en effet souvent pour origine les « retours » des services chargés de mettre en application les textes, notamment les précédentes... circulaires. Elle sert donc à infléchir les précédentes instructions qui se révèlent impossibles ou critiques à mettre en œuvre. La circulaire relative à la régularisation de 1998 a ainsi été enrichie de circulaires complémentaires de forme variée (nouvelle circulaire, télégrammes, lettres aux préfets). La circulaire est donc le fruit du débat, certes imparfait, certes formel, mais quelquefois aussi très « franc et direct », entre administration centrale et administrations au plus près du public.

Enfin les circulaires, comme il est indiqué dans les deux contributions de Gérard Moreau et de Yannick Blanc, assurent un traitement aussi égal que possible d'une question par deux agents d'un même guichet, d'une part, ou deux guichets différents d'autre part. Les circulaires soulèvent naturellement des réticences de principe. Mais les associations de défense des étrangers n'ont de cesse de rappeler au pouvoir central les différences de traitement qui existe d'une préfecture à l'autre, pour des dossiers qui sont, assurent-elles, identiques. C'est là un argument de taille en faveur de la circulaire. Cet élément mérite certes qu'on y regarde à deux fois. Car on pourrait soutenir que la loi, dans sa généralité, est plus « égalitaire » que la circulaire qui, descendant dans les détails (et le diable différentiel, comme chacun sait, s'y niche), oblige à statuer compte tenu de caractéristiques de chaque dossier et risque donc de faire oublier l'objectif essentiel du législateur. Pourtant, expérience faite, il peut être soutenu, même si le raisonnement demanderait ici à être davantage étayé, que, en guidant le service déconcentré sur les solutions à adopter, la circulaire joue davantage dans le sens de l'uniformisation des pratiques que dans le sens de la diversification.

Au-delà des circulaires

Troisième réflexion d'ordre général. Il est salutaire que ce colloque ait pris soin de s'attacher, surtout dans la matière de la réglementation des étrangers, à la place qu'y tiennent les circulaires. Toutefois, entre la loi et le citoyen ne s'intercalent pas seulement de tels documents. Mais aussi d'innombrables notes et instructions, soit d'application de la loi, soit elles-mêmes explicatives de circulaires ou d'arrêtés ministériels. Les circulaires, autrement dit, ne sont qu'une partie d'un ensemble, que personne ne peut dénombrer, de prescriptions écrites destinées à l'administration : aux circulaires ministérielles s'ajoutent en effet celles des responsables d'établissements publics administratifs, d'une part, et celles des services « subordonnés » de l'État, déconcentrés ou non, particulièrement dans les services très « digitalisés », dont les responsables ont reçu délégation de gestion : ainsi de l'enseignement, des armées, autrefois de la poste, etc. La police nationale est, par exemple, particulièrement féconde en

instructions du directeur général de la police nationale (aidé par un important cabinet), de chacun des directeurs centraux, des directeurs départementaux, de chacun des chefs de service (chefs de circonscription...). En sorte que la circulaire joue elle-même, à son tour, le rôle de la plus grande des poupées russes, d'où sont issus divers autres documents, tout autant régulateurs, dans certains domaines, de la vie administrative.

Les paradoxes de la circulaire

Quatrième et ultime réflexion. On ne saurait tirer argument de ce qu'une circulaire, déferée devant le juge, est annulée en tout ou partie pour s'interroger sur son existence même. En revanche, ces annulations conduisent à s'interroger sur la qualité juridique de ce document. À cet égard, il y a lieu de relever un paradoxe qui s'attache aux circulaires d'administration centrale ou, plutôt, à ceux qui les rédigent.

La rédaction dont ils ont la charge, en matière d'étrangers par exemple, consiste à introduire dans le fonctionnement d'un service préfectoral une norme de comportement nouvelle. Or, pour faire bref, ces fonctionnaires n'ont, pour beaucoup d'entre eux, ni expérience des directions préfectorales (souvent appelées des « libertés publiques ») où se traitent les dossiers des étrangers, ni connaissances juridiques approfondies.

Sur le premier point, il y a naturellement des allées et venues dans les affectations entre services déconcentrés et services centraux. Mais elles ne constituent pas le fait de la majorité et ne concernent pratiquement aucun cadre au-dessus du grade d'attaché (les préfets constituent au ministère de l'Intérieur l'essentiel du corps directorial mais se prêtent assez mal à l'exercice de rédaction de texte). Au contraire, les fonctionnaires ayant accompli la plus grande partie de leur carrière en « centrale » sont les plus nombreux. Sur le second point, celui des connaissances, on sait que le droit public est la principale épreuve de la plupart des concours de recrutement de fonctionnaires. Mais cette teinture ne suffit pas, surtout dans des domaines dans lesquels la législation est complexe, pour assurer sans trop de risques la rédaction de textes difficiles. Soyons clairs. La culture juridique est forte dans l'administration, comme le montre, par exemple, l'attachement au principe de légalité. Mais elle ne saurait être regardée comme un savoir-faire technique ou professionnel. Ce que démontre, *a contrario*, l'apparition, entre 1995 et 2005, de directions juridiques⁵ dans différents ministères⁶ (peuplées de bien peu de juristes...).

On fera évidemment valoir que les auteurs des circulaires sont très précisément les mêmes fonctionnaires (dans chaque bureau) que ceux qui rédigent les premiers avant-projets de loi ou de décrets : pour prendre un exemple patent, les (nombreuses) réformes du Code de procédure pénale sont traduites sous forme d'avant-projets rédigés par le bureau spécialisé de la direction des affaires criminelles et des grâces ; les

5. Le ministère de l'Intérieur a été, après le ministère des Affaires étrangères, plutôt précurseur en ce domaine.

6. Éducation, finances...

lois promulguées qui ont adopté ces réformes sont immanquablement suivies de circulaires aux présidents des juridictions et aux responsables du parquet, lesquelles sont écrites de la même main. Mais projets de lois ou de décrets sont passés au tamis des arbitrages interministériels et un certain nombre de précautions institutionnelles s'attachent à la qualité juridique du texte (consultations juridiques diverses, secrétariat général du gouvernement, pour une faible part, Conseil d'État pour les textes les plus importants). Tel n'est pas le cas des circulaires, pas plus d'ailleurs que des arrêtés. Et si l'on devait calculer le nombre de circulaires qui sont l'objet d'une censure du juge, il faudrait nécessairement comparer ce pourcentage, non pas aux annulations de décrets, mais aux annulations d'arrêtés. Il est vraisemblable que la quantité en serait du même ordre. Ces annulations n'ont pas conduit à mettre en doute l'intérêt de l'existence des arrêtés ministériels. Il doit en aller de même des circulaires. Ce qui n'empêche pas, en revanche, qu'on s'interroge sur la qualité de leur fabrication.

Les défauts des circulaires

Arrivé à ce stade, et une fois admises ces quelques idées, on doit naturellement s'interroger sur la pratique des circulaires, et en déduire un certain nombre d'éléments critiquables.

Une première caractéristique doit être en effet critiquée. C'est le nombre de circulaires, pour en demeurer aux seuls documents portant ce titre, adressées par les ministres aux préfets. Il y a dix ans, chaque préfet en recevait des différents ministères environ neuf cents annuellement, donc entre deux et trois par jour, beaucoup passablement volumineuses par leur intention (explicative) même. On avait d'ailleurs tellement conscience qu'il était impossible aux préfets de les lire eux-mêmes, nonobstant l'adressage (*Le ministre de... à Mesdames et Messieurs les préfets de région, Mesdames et Messieurs les préfets de département*) que, lorsque l'administration centrale ou le ministre souhaitait qu'un préfet lise ce qui lui était adressé, il fallait joindre à la circulaire une lettre personnelle sous forme de résumé essentiel, signée du ministre ou de son directeur de cabinet. Faute de quoi, la circulaire était envoyée rapidement dans les services compétents.

Il est plus que probable qu'aujourd'hui ce nombre a encore beaucoup augmenté. Il y a corrélation entre les modifications de la législation et le nombre de circulaires envoyées : il n'est guère douteux en effet que les circulaires les plus nombreuses couvrent les domaines des lois les plus renouvelées : on sait bien, à cet égard, que depuis 1980, le droit des étrangers a joué, hélas !, un rôle pionnier dans l'instabilité législative. *A contrario*, des réglementations stables comme celle de la carte nationale d'identité, suscitent peu de circulaires⁷. Comme on sait que, depuis plusieurs années, le législateur est saisi d'une plume frénétique et que certaines réformes ont été traduites en outre par des textes démesurément longs, on peut imaginer aussi ce qu'en a été la traduction pour les circulaires, cette queue de comète législative. On peut

7. Il est vrai que celle qui existait lorsque le nouveau décret sur la carte nationale d'identité a été pris compensait, par son volume, grossi au fil des ans, son unicité.

d'ailleurs s'interroger sur leur qualité rédactionnelle, dès lors qu'on constate que l'inflation législative se traduit elle-même par une incontestable baisse de la qualité des textes de projets de loi.

Le retour de la production législative et réglementaire à un rythme correspondant mieux à la réalité de l'évolution des choses entraînerait sans doute une baisse de la production des circulaires.

Mais, de manière plus décisive, la circulaire est une illustration de la nature des relations qui s'instaurent entre le pouvoir central et les services dits « extérieurs ». On l'a dit, relation essentiellement écrite, donc formalisée, solennisée, rigidifiée à l'excès. Pour faire simple, le temps que des fonctionnaires de la « centrale » passent à écrire des circulaires serait plus utilement employé à des contacts incessants avec lesdits services. La circulaire, dans ses modalités, dépasse donc son objet ; elle caractérise une nature de relations. La question se pose donc de savoir si, à cet égard, le rôle de la circulaire doit être renforcé ou si, au contraire, la réalité des temps et les exigences des personnes ne supposent pas qu'on passe à d'autres natures de relations.

L'objet de ces quelques lignes n'est évidemment pas de trancher la question. D'autant qu'en parallèle de ces relations très « codifiées » en existent d'autres au contraire tout à fait informelles (le téléphone, la messagerie). Mais qu'il soit au moins possible d'écrire que la circulaire ne saurait avoir d'impact que si elle est, autant que possible, précédée d'échanges avec les services, pour prendre la bonne mesure des comportements qu'elle prétend éclairer et si elle est suivie d'échanges identiques pour que ses auteurs puissent expliquer de la manière la plus directe possible leurs intentions (quelque chose donc comme les « travaux parlementaires » d'une circulaire) pour que, si l'on doit tendre évidemment à l'égalité de traitement, on ne tombe pas dans le manque de discernement et qu'on garde à la législation ou à la réglementation le dynamisme que leurs auteurs ont voulu y mettre. La loi du 11 mai 1998, dite RESEDA (« relative à l'entrée et au séjour des étrangers et du droit d'asile »), a été ainsi précédée et suivie de plusieurs réunions régionales, de rencontres régulières avec les secrétaires généraux des départements les plus intéressés, de visites en préfectures, de formations des personnels de bureaux des préfectures conviés à cette fin à des sessions, en même temps qu'étaient rédigés simultanément les premiers décrets et quelques circulaires.

Autrement dit, la circulaire ne peut pas être le seul mode de dialogue entre administrations. Or, elle est souvent aujourd'hui un élément de savoir dispensé d'en haut, sans égard pour les réalités, mais ne présentant pas pour autant les garanties juridiques suffisantes.

Les circulaires doivent d'autant moins devenir le mode de relations normal entre administrations centrales et déconcentrées qu'elles contribuent, qu'on le veuille ou non, à un relatif effacement de la norme juridique dans ce qu'elle a de suprême, c'est-à-dire, pour faire vite, celle du « bloc de constitutionnalité » et de la loi. Chacun des participants au colloque a fait cette expérience d'invoquer en vain la portée d'un texte législatif devant un agent public hermétique, qui s'en remet aux seules consignes qu'il tient de la circulaire ministérielle.

Il y a là évidemment un paradoxe de voir les agents de la puissance publique érigés en seuls défenseurs de la « légalité ministérielle ». Il en va un peu des fonctionnaires comme de ces chrétiens d'avant le protestantisme qui professaient leur religion sans se donner la peine de lire les livres saints.

La circulaire ne saurait se suffire à elle-même. La meilleure est celle qui invite les agents auxquels elle est destinée à se reporter eux-mêmes aux textes fondateurs, et aux travaux qui peuvent en éclairer l'intention. Bien peu sont de cette essence-là. De même, la diffusion des textes de lois et de décrets dans l'administration reste-t-elle à parfaire⁸. Pourtant, des changements en ce domaine devraient pouvoir être faits et mieux mettre, en définitive, la circulaire à la place subordonnée qu'elle doit avoir dans les normes applicables et à même d'inspirer des conduites qui confortent la loi plus qu'elles ne l'ignorent.

8. Il serait intéressant de savoir si l'institution de *Légifrance* sur internet s'est traduite par beaucoup de consultations provenant des services déconcentrés.

Des chiffres, sous la contrainte du droit

Yannick Blanc

*Ancien directeur de la police générale
à la préfecture de police de Paris*

Devant ce parterre de juristes et après toutes les interrogations sur la politique de l'immigration vue à travers le prisme du droit, je voudrais vous proposer un angle de vue totalement différent, vu des bureaux de la préfecture de police. C'est un univers du chiffre, du nombre, de la quantité, sous la contrainte du droit. Lorsque l'on devient directeur de la police générale, les dossiers que vous préparent vos collaborateurs pour vous accueillir ne parlent pas du droit des étrangers mais de chiffres. Le directeur de la police générale est d'abord un gestionnaire de grands nombres : son métier consiste à délivrer des papiers, cartes d'identité, passeports, permis de conduire, cartes grises et titres de séjours.

La sous-direction de l'administration des étrangers compte 450 agents, est implantée sur neuf sites dans Paris, délivre 125 000 titres de séjour par an. La gestion du délai, du nombre, du chiffre est une obsession administrative permanente. Je me suis par exemple beaucoup occupé de l'installation de gestionnaires de file d'attente et d'un système de prise de rendez-vous par internet. Si l'on ajoute à cela que le débat public, l'énoncé des objectifs de la politique d'immigration s'expriment également sous la forme de chiffres, de commentaires de chiffres et de batailles de chiffres, on comprend que c'est là que se situe l'enjeu. C'est aussi cela qui détermine l'organisation du travail des fonctionnaires : on élabore des tableaux de bord, on rend compte du nombre d'étrangers que l'on reçoit, du nombre de titres que l'on délivre, catégorie par catégorie, de l'évolution de ces nombres d'une année sur l'autre et, bien entendu, un chiffre a la préséance sur tous les autres dans les rapports hiérarchiques avec le ministère, c'est le nombre de reconduites à la frontière. Dans ce tableau de bord, il y a encore une grande variété de catégories : nombre d'interpellations, de gardes à vue, de mises en rétention, d'annulations par le juge administratif, d'annulations de procédure par le juge des libertés et de la détention, de laissez-passer délivrés par les consulats...

Autant dire que dans l'activité des fonctionnaires de cette sous-direction, le tableau Excel l'emporte de loin sur le code ! D'ailleurs, les agents du guichet et ceux

qui les encadrent directement ne disposent d'aucun manuel juridique, ni de manuel de procédure. Un tel manuel serait d'autant plus utile que le quart des agents de guichet sont des auxiliaires qui n'ont aucune formation. Le guichet, c'est le travail le moins valorisé de l'administration, c'est l'infanterie, c'est là que l'on trouve les agents qui ont le moins de qualifications. Ces agents sont formés par leurs pairs, de guichet à guichet et par le premier niveau d'encadrement, celles que l'on appelle des vérificatrices, car ce sont presque toutes des femmes, et qui sont soit des agents de catégorie C chevronnés soit des agents de catégorie B. La pratique effective du droit à l'égard des usagers se fait à ce niveau avec ces agents.

Que se passe-t-il quand le droit change ? Comment se transmet non seulement la circulaire, mais le changement de la loi ? Car pendant les deux ans que j'ai passés à la préfecture de police, il y a eu plus de nouvelles lois que de circulaires ! Même lorsque le changement de loi s'accompagne d'une circulaire, celle-ci arrive bien plus tard que le moment où la loi commence à s'appliquer, et bien plus tard que le moment où les étrangers se présentent, accompagnés de gens dans votre genre – membres d'associations ou avocats parfaitement au courant du droit des étrangers – qui expliquent aux agents comment il faut appliquer la loi. C'est le moment où intervient l'encadrement, où l'on organise des réunions pour analyser les textes, les interpréter et donner des instructions en conséquence. Mais la discussion n'est que très partiellement juridique. Elle est aussi politique, parce qu'il s'agit de traduire en pratique l'intention du législateur. Elle est surtout logistique et technique, parce que le souci de chacun est que la nouvelle règle perturbe le moins possible la gestion du flux.

La circulaire du 13 juin 2006 prévoyait de régulariser les parents étrangers ayant des enfants scolarisés. Cette circulaire a été rédigée très rapidement, non par les services mais par le cabinet du ministre, pour faire face à un risque de rejet de son projet de loi par une majorité de sénateurs, en raison des états d'âme provoqués dans le groupe centriste par la situation des enfants de sans-papiers. Les critères de régularisation de la circulaire étaient pour l'essentiel ceux déjà appliqués par la jurisprudence, mais avec une durée de séjour beaucoup plus généreuse, fixée à deux ans. Pour nous qui traitons des demandes de régularisation chaque jour – car la régularisation, ce n'est pas l'exception, c'est le quotidien de l'administration –, il était évident que le râteau était trop large par rapport à l'intention politique, c'est-à-dire qu'il permettait de régulariser des milliers et des milliers de gens. Or, du 13 juin, date d'arrivée de la circulaire sur la messagerie électronique, au 7 juillet, date de la première réunion au ministère, il ne s'est rien passé. Non seulement la dizaine de préfectures qui traitent 95 % de l'administration des étrangers n'avaient pas été consultées, mais la circulaire, qui était en réalité un message politique et non un outil administratif, ne s'est accompagnée d'aucune orientation. C'est alors que la logique du chiffre a repris le dessus, lorsque le ministre s'est rendu compte que la rédaction de la circulaire impliquait la régularisation de plusieurs dizaines de milliers de familles. Nous avons alors reçu des instructions verbales et chiffrées à l'unité près pour limiter le nombre de régularisations.

Mais alors, que se passe-t-il quand une circulaire est annulée ou, comme on l'a évoqué à plusieurs reprises, qu'elle est vidée de son venin ?

Quand l'annulation porte sur une disposition dont l'interprétation est claire, par exemple un critère de durée, l'annulation est immédiatement répercutée par les services. Mais c'est un effet qui se dilue dans la viscosité d'ensemble des dossiers. Un dossier est presque toujours le reflet d'une situation complexe, d'une histoire ; et une décision repose presque toujours, non pas sur un critère, mais sur un faisceau de critères, notamment en matière de regroupement familial. Il n'y a donc pas d'effet mécanique de la décision de droit dans la pratique de l'administration. Cela peut expliquer que les avocats ou les associations qui surveillent l'application de la jurisprudence y observent fréquemment des flottements. Ceux-ci résultent moins d'une mauvaise volonté ou d'un machiavélisme de l'administration que de la complexité des situations réelles. Je ne crois pas l'administration capable de machiavélisme. Le pire défaut de l'administration, ce qu'il faut le plus redouter, c'est le zèle imbécile, la décision prise pour plaire. Comme le droit des étrangers n'est pas toujours absolument cohérent et comme, de toute façon, les agents ne le connaissent que très partiellement, c'est bien l'intention politique qui finit par cimenter le comportement des agents. Et tant que l'intention est de rendre l'entrée et le séjour des étrangers plus difficiles, vous ne rendrez pas l'administration plus accueillante ni plus efficace.

Il faut aussi mesurer que, dans la difficulté où l'on est parfois, à tous les niveaux de la hiérarchie administrative, à prendre une décision sur un cas individuel et dans l'inclination où l'on est, surtout en haut de la hiérarchie, à décider plutôt dans le sens de la politique du gouvernement que dans le sens du droit, on n'est que trop content de pouvoir se défaire de la décision sur les juridictions. Lorsque la presse, notamment militante, écrit qu'une annulation par le tribunal administratif est un camouflet ou un démenti cinglant pour le préfet, elle est complètement à côté de la plaque. Une décision du tribunal administratif, c'est d'abord un problème de moins ! Et c'est en partie à cause de cette défausse de responsabilité que le contentieux des étrangers est en train d'étouffer les juridictions administratives. Dans un service des étrangers comme celui de la préfecture de police, le contentieux, c'est une des lignes du tableau de bord statistique mensuel. Jusqu'en 2007, le taux d'annulation des décisions se situait entre 10 et 15 %, ce qui était très acceptable. Nous ne faisons systématiquement appel que des décisions relatives à des étrangers malades dans lesquelles le juge administratif contredisait l'appréciation du médecin-chef parce que nous souhaitions que s'établisse une jurisprudence du Conseil d'État sur la ligne de partage entre compétence médicale et contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il n'y avait là derrière aucun état d'âme, aucune volonté politique, mais pour le coup une volonté bien administrative d'établir une règle.

Les choses se sont nettement dégradées en 2007 avec l'invention des OQTF (obligations de quitter le territoire français), conçues pour simplifier le travail de l'administration, puisqu'elle ne prenait plus qu'une décision au lieu de trois. Mais les OQTF ont été systématiquement contestées par les étrangers alors que les simples refus de séjour ne l'étaient pas. Et le taux d'annulation est monté à plus de 30 %. On

touche ici la limite de l'utilisation de l'acte administratif comme expression de la volonté politique : l'OQTF était censée manifester à l'étranger la fermeté de la décision de le renvoyer chez lui, elle aboutit à bloquer complètement le système. La présidente du tribunal administratif de Cergy, dans son audition devant la commission Mazeaud, a demandé que l'on supprime purement et simplement l'OQTF et que l'on ne prenne d'acte administratif qu'à l'encontre des étrangers sous main de police.

Autrement dit que l'on subordonne l'écriture de la règle de droit à la capacité que l'on a de la faire appliquer. Je vous laisse méditer sur cette proposition...

Asile : des décisions assez peu productrices de « droit »

Jean-Pierre Alaux
Chargé d'études, Gisti

C'est par une belle histoire que je commencerai, celle de Rose-Michèle Hyacinthe. La voilà, le 12 janvier 2001, au Conseil d'État, accompagnée par le Gisti, intervenant volontaire, et défendue par M^e Alain-François Roger. Elle a interjeté appel contre une décision négative du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, selon lequel l'urgence de sa situation n'est pas suffisante pour considérer comme recevable un référé-liberté. Le référé-liberté est tout neuf. Il n'a que deux jours d'existence quand Rose-Michèle Hyacinthe a saisi le tribunal parce que, à deux reprises, au terme de deux nuits successives d'attente frileuse devant ses portes, la préfecture de Bobigny a refusé d'enregistrer sa demande d'admission au séjour, préalable obligatoire à la sollicitation de l'asile.

Elle et – surtout – le Gisti sont pressés de tester le nouveau référé qui promet des décisions enfin rapides. C'est que, depuis un certain temps, les associations ont observé que, en région parisienne, les préfectures opposent le compte-gouttes aux demandeurs d'asile. À ce point que, en juin 2000, le Gisti a rendu public un petit rapport d'observation sur ce phénomène au centre de réception des étrangers de la rue d'Aubervilliers, antenne de la préfecture de police de Paris¹.

Bien que, pour tenter d'éviter d'être jugé, le ministère de l'Intérieur ait malicieusement fait porter, par motard de la police, au domicile de Mme Hyacinthe, la convocation qui lui avait été illégalement refusée, le Conseil d'État lui donne magnifiquement satisfaction, le 12 janvier 2001, en prononçant un non-lieu qui vaut toutes les annulations du monde. L'ordonnance rendue par Bruno Genevois rappelle que « le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié » et accorde 10 000 F à la requérante au titre de frais irrépétibles qui ont le goût et la couleur de l'amende.

1. « Au centre de réception des étrangers (218, rue d'Aubervilliers, Paris 19^e), une procédure cavalière, maladroite et illégale », Gisti, mai 2000.

Rose-Michèle Hyacinthe a gagné. Tous les demandeurs d'asile également, autorité des décisions juridictionnelles oblige. C'est bien ce dont se félicite principalement le Gisti. Finies, se dit-il, les entraves opposées par les préfectures aux premiers pas des demandeurs d'asile dans la procédure.

I. LES PROMESSES NON TENUES DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

Eh bien non ! Les vaines attentes vont se poursuivre et se multiplier. À tel point que, quelques mois plus tard, plusieurs associations vont devoir se lancer dans une opération commune, pendant quelques jours, de référés en rafales. À tel point que, le 24 mars 2004, quatorze associations, cinq syndicats et deux formations politiques appellent à une manifestation à Paris devant le centre de réception des étrangers de la rue d'Aubervilliers.

Deux ans après l'arrêt *Hyacinthe*, un Algérien, soutenu par le Gisti, s'est rendu six fois à Bobigny pour rien entre le 28 novembre 2001 et le 9 avril 2002. Le 10 avril 2002, la juge des référés du tribunal administratif de Cergy ordonne à la préfecture sa convocation dans la semaine. La préfecture obtempère, mais triche sur la délivrance de l'autorisation de séjour prévue par la loi. À la place, elle invente une « attestation de dépôt » où il est écrit – par défi ou par dépit ? – qu'elle n'est pas renouvelable. Saisine de la juge en exécution de sa décision. Elle téléphone immédiatement au Gisti pour nous inviter à négocier. Devant notre exigence d'une décision en bonne et due forme – toujours la foi dans l'autorité d'une décision de justice rendue au profit de tous –, elle se charge elle-même de la négociation. Et – hélas – obtient une satisfaction informelle qui ne laissera aucune trace judiciaire.

Dans le domaine de l'asile notamment, le référé-liberté peine à créer du droit à portée universelle. On devrait dire simplement « du droit ». Mais les décisions individuelles ont souvent si peu de descendance qu'il faut préciser.

Dans beaucoup de préfectures, on entend un son de cloche identique : « vous [les associations] n'obtiendrez gain de cause qu'au profit d'une très faible proportion des demandeurs d'asile ; nous, les préfectures, n'en tiendrons pas compte pour les autres ». Et puis cette excuse préoccupante avancée par la chef d'un bureau « asile » : un manque de personnel indispensable à l'application de la réglementation.

Que faire face à cette ignorance ou à cette résistance ? Au fil des répétitions des mêmes violations flagrantes du droit constitutionnel de l'asile, nous avons, chaque fois, rappelé aux juges qu'ils allaient examiner la n^{ième} requête du même genre. Et nous les avons invités, chaque fois, à user de leur pouvoir d'investigation, à aller voir comment les choses se passent sur le terrain ou, au moins, à constater comment les mêmes illégalités sont sanctionnées à répétition par leur tribunal. Peine perdue. On est dans l'individuel, et on y restera.

Quand une association comme le Gisti obtient une décision de principe qui réaffirme ou consolide un droit, sa satisfaction ne tient pas tant à sa victoire ponc-

tuelle qu'à l'espoir que cette victoire supprimera les multiples situations du même genre qui l'ont poussé à faire du contentieux. Or, ce n'est pas le cas dans le domaine de l'asile. De nombreux autres exemples pourraient le confirmer. C'est sans doute pourquoi, nous ne pratiquons plus aujourd'hui aussi souvent qu'à ses débuts le référé-liberté...

D'où aussi cette question : le Conseil d'État procède-t-il à des investigations visant à dresser des statistiques aux fins de mesurer l'ampleur des récidives et de détecter les récidivistes ?

II. DANS L'OREILLE D'UN ÉTAT SOURD

Cette relative impuissance à faire le droit pour tous est également perceptible dans la mission d'intérêt immédiatement général de la juridiction administrative, celle du Conseil d'État invité à censurer des textes normatifs. Le plus souvent en compagnie d'autres organisations, le Gisti contribue assez souvent à ce type d'interpellations.

Dans un arrêt récent, rendu en juin 2008, le Conseil d'État a examiné, à la requête de la Cimade, le décret du 13 novembre 2006² sur l'allocation temporaire d'attente (ATA) versée aux demandeurs d'asile, du moins à certains d'entre eux. Le Conseil a rejeté beaucoup des arguments contenus dans la requête, mais il a affirmé que tous les demandeurs d'asile qui « bénéficient du droit de se maintenir en France jusqu'à la notification de la décision de l'OFPRA » doivent bénéficier de cette allocation. Le « droit de se maintenir en France » étant le propre de tous les demandeurs d'asile, y compris de ceux qui ne bénéficient pas d'autorisation de séjour en bonne et due forme, d'un coup d'un seul, le Conseil d'État multiplie considérablement le nombre des bénéficiaires de l'ATA, jusque-là réservée aux seuls requérants détenteurs d'un titre de séjour. Cinq mois plus tard, rien n'a changé. Non seulement, les demandeurs doivent toujours produire un récépissé, mais la dernière loi de finances en date maintient cette exigence pour 2009.

Si, comme pour l'ATA, le Conseil d'État n'est pour rien dans l'impuissance de sa décision, il est d'autres cas où il y contribue. Ainsi, en octobre 2005, où il était invité par le Gisti et plusieurs autres associations, à se prononcer sur deux décrets d'août 2004 mettant en musique les dispositions relatives à l'asile de la loi du 10 décembre 2003. C'est un désastre : 28 moyens, je crois, soulevés ; 27 rejets et une réserve d'interprétation³. Le Conseil d'État a donné le bâton pour se faire ignorer. Lui fallait-il à tout prix n'oser qu'une timide réserve d'interprétation – illisible par le Français moyen – sur l'obligation aux demandeurs d'asile de disposer d'une « résidence » et pas seulement d'une « domiciliation » pour voir leur récépissé renouvelé ?

2. CE 16 juin 2008, n° 300636 et 300637.

3. CE 12 oct. 2005, Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés, n° 273198, mentionné aux Tables.

Le Conseil d'État dit (je traduis en français) : « Oui, l'exigence de résidence est légale. Mais l'administration devra renouveler le récépissé même sans résidence. » Il va de soi que son absence de clarté (euphémisme) affaiblit la portée de la décision. Les préfetures s'en moquent. Dans le Maine-et-Loire, le préfet prend même, deux ans plus tard, la liberté de diffuser aux centres d'accueils pour demandeurs d'asile du département une instruction dans laquelle il prend le contre-pied exact de la décision du Conseil d'État⁴. Dans l'ensemble de la région parisienne, les préfetures accrochent aujourd'hui encore aux premiers récépissés des demandeurs d'asile un papillon préventif qui les informe à l'avance du non-renouvellement de leur titre de séjour si, au lieu de celles d'une « résidence », ils produisaient des preuves d'une « domiciliation ». Un conseil pour une fois « amical » et manifestement de bonne foi. Parce que le ministère de l'Immigration tient au piège qu'il a tendu aux demandeurs d'asile pour des raisons économiques (pas de récépissé, pas d'allocation), il s'est bien gardé de communiquer aux préfetures la règle chuchotée par le Conseil d'État, tirant ainsi parti du caractère inaudible d'une annulation sous forme de « réserve d'interprétation », dont on doit se demander si elle n'a pas été conçue sous cette forme de façon à faciliter son ignorance.

III. L'INCONSTANCE DU CONSEIL D'ÉTAT

Après la question de l'efficacité, celle du point de vue auquel se place le Conseil d'État pour examiner l'état du droit. Est-ce à partir de la réalité dans laquelle se trouve le justiciable ? Est-ce sous la pression du contexte politique et/ou sociologique du moment ?

Deux ou trois illustrations permettent de comprendre l'interrogation.

Dans l'arrêt du 12 octobre 2005 auquel on vient de faire allusion, le Conseil valide, entre autres, la fixation à 21 jours du temps dont disposent ces demandeurs d'asile pour saisir l'OFPPRA – en langue française obligatoirement, il faut le rappeler. Auparavant aucun délai n'existait. Sept ans plus tôt, à propos de l'asile territorial, la circulaire du ministre de l'Intérieur du 25 juin 1998 avait déjà tenté d'accélérer la cadence. À la requête d'associations, le Conseil d'État avait censuré une disposition équivalente parce que, expliquait-il, il « fallait [leur] permettre [...] de disposer d'un délai suffisant pour préparer utilement [leur] audition⁵ ». Comment expliquer, sinon par le contexte politique, que les trois semaines de préparation soient soudain jugées

4. Dans ce courrier-circulaire, diffusé en sept. 2007, il écrit ceci : « J'ai l'honneur d'appeler votre attention sur la mise en œuvre des dispositions de l'article R. 742-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, aux termes duquel l'étranger qui sollicite le renouvellement de son récépissé de demande d'asile doit présenter la justification du lieu où il a sa résidence. Ainsi, contrairement à la délivrance de l'autorisation provisoire de séjour d'un mois au tout début de la procédure d'asile et à la délivrance du premier récépissé, la présentation d'une attestation de domiciliation par une association agréée ne permet pas le renouvellement du récépissé. »

5. CE 26 janv. 2000, *Gisti, Amnesty, FTDA*, n° 201020, 202537, mentionné aux *Tables*.

« raisonnables » pour que des demandeurs d'asile souvent non francophones, souvent à la rue, souvent sans moyens financiers, réussissent à déposer une requête qui se tienne ?

D'autant qu'ils vont, dans le même temps, être pénalisés sur le terrain de la langue. Selon l'arrêt de 2000, il était indispensable qu'ils disposent d'un interprète rémunéré par l'administration. Dans celui de 2005, c'est devenu inutile : « Aucune disposition législative ni aucun principe s'imposant au pouvoir réglementaire ne met à la charge de l'État une obligation de mise à disposition d'interprètes pour aider les demandeurs d'asile. » Mais, le 30 juillet 2008, à l'occasion d'un référé-liberté, le Conseil d'État revient à la raison. Il décide que, « aux termes de l'article 3 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, [...] le demandeur d'asile est informé par écrit, dans une langue dont on peut raisonnablement supposer qu'il la comprend » de la décision de renvoi dans un autre État européen⁶.

Comment éviter de s'interroger sur la signification et sur les causes d'une pareille inconstance ? Et comment ne pas faire l'hypothèse qu'elle relèverait d'une hésitation entre, d'une part, les besoins évidents du demandeur d'asile de disposer à la fois de temps et d'une aide en matière linguistique et, d'autre part, d'une pression socio-politique qui entend lui rendre la vie de plus en plus difficile à des fins surtout dissuasives ?

*

* *

J'aurais pu, dans cette contribution, énumérer quantité de décisions – individuelles pour la plupart – favorables aux demandeurs d'asile. J'ai choisi d'évoquer ce qui ne marche pas très bien. Car, pour les associations de défense des droits des étrangers, l'enjeu, c'est la possibilité de donner une portée générale aux décisions individuelles favorables.

Or, l'expérience montre que nombre de facteurs nuisent à cet objectif. Contre la résistance de l'administration, le cas par cas ne peut rien. Il ne profite qu'aux plus favorisés – l'élite – et aux plus chanceux – une minorité dans la toute petite minorité que conseillent certaines associations et certains avocats experts. Pour l'immense majorité, l'arbitraire tient lieu de norme. Et, dans un tel contexte, se pose la lancinante question relative à l'État de droit, surtout pour des justiciables qui viennent de pays où le juge se situe toujours ou presque du côté des puissants. Arrivés en France, ils ne sont pas toujours dépaysés...

6. CE 30 juill. 2008, *M. et Mme Chermukhanov*, n° 313767, avec interventions de la Cimade et du Gisti.

L'insuffisance des outils d'exécution

Jean-Michel Belorgey

Président de la Section du rapport et des études du Conseil d'État

Pas plus que le président Genevois, je ne parle, cela va, j'imagine, sans dire, et personne, je pense, ne m'en soupçonne, au nom du Conseil d'État, même si le sujet qu'on m'a assigné n'est pas sans rapport avec les fonctions que, à défaut de mieux, j'y exerce, de président de la Section du rapport et des études, section qui veille aussi à l'exécution des décisions de justice peinant à s'exécuter.

Ce n'est pas un mystère que, dans beaucoup de domaines, en matière sociale et en matière de droit des étrangers notamment, les dispositions légales et réglementaires favorables peinent à trouver application quand celles qui sont défavorables reçoivent plein effet. On retrouve, ce n'est pas surprenant, cette problématique s'agissant de l'exécution des décisions de justice faisant application du droit de l'aide sociale – ce n'est pas notre sujet aujourd'hui, mais il mériterait aussi d'être creusé – et de celles faisant application du droit des étrangers.

Le rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions de justice de décembre 1989, qui a contribué à une amélioration significative des règles applicables en la matière, relevait que celles-ci se heurtaient à divers obstacles : lenteur, mauvaise volonté manifeste, appels inconsidérés, assortis de demandes de sursis. François Bernard, mon maître de conférence à l'Institut d'études politiques au début des années 1960, articulait déjà : « L'arbitraire se réfugie dans l'exécution, et trois procédés sont mis en œuvre à cet effet par l'Administration : le mépris, la ruse et l'acharnement ». Malgré les progrès accomplis depuis les années 1990, cela est toujours largement vrai, et le juge administratif éprouve parfois de réelles difficultés à arracher aux autorités administratives ou politiques les décisions qu'il leur incombe de prendre pour l'exécution des jugements qui sont rendus. C'est le cas en particulier quand une jurisprudence dynamique a fait l'effort de dégager des exigences appropriées aux sensibilités contemporaines. Encore le juge n'est-il pas lui-même à l'abri des hésitations, ni indemne d'une déférence souvent excessive, à mes yeux au moins, à l'égard des préoccupations et des contraintes de l'administration, singulièrement, cela va de soi, dans le domaine du droit des étrangers, qui se prête à la rémanence de

préjugés qu'il n'est pas toujours malaisé de déguiser en droit ; c'est cela que certains ont pu appeler le « façadisme juridique ». La lutte contre les migrations indésirables, ou réputées telles, est de fait conduite dans un climat proche de celui qui a guidé la jurisprudence des circonstances exceptionnelles ; et le juge (ou certains juges), à tort ou à raison, n'imagine(nt) à ce sujet ne pouvoir continuer à exercer un contrôle que s'il(s) ne contrôle(nt) pas trop.

C'est ce dont j'essaierai de rendre compte en trois temps :

- les principes sont clairs, jusqu'à un certain point, qui guident l'exécution des décisions de justice en matière d'étrangers ;
- leur mise en œuvre souffre malheureusement des résistances et des désinvolures de certains responsables, de la lenteur aussi du processus de levée de ces résistances ; tout cela valant inégalement, bien sûr, suivant les types de litiges, mais étant vrai de façon assez générale ;
- le plus grave est que les principes tels que déclinés par le juge prêtent trop souvent le flanc à un contournement, voire à une subversion de l'obligation d'exécuter.

I. LES PRINCIPES SONT CLAIRS

Ils diffèrent, cela est bien expliqué par les manuels de droit et le « guide de l'exécution » établi par la section que je préside, qui n'est pas public, mais pourrait l'être sans inconvénient à condition d'être mis à jour, selon qu'il s'agit d'actes réglementaires (A) ou de mesures individuelles (B).

A. LES ACTES RÉGLEMENTAIRES

Il faut distinguer ici : les décisions prononçant l'annulation d'un acte réglementaire, celles annulant un refus d'abroger un acte réglementaire, celles annulant le refus d'en prendre.

1. L'annulation d'un acte, qui fait, en principe, disparaître celui-ci, se suffit normalement à elle-même, et n'appelle pas de mesure d'exécution ; ceci vaut pour les circulaires de portée réglementaire (auxquelles le juge s'est déterminé à en reconnaître une, ce qu'il ne fait pas toujours : voir la circulaire Bayrou sur le voile) comme pour n'importe quel type d'acte réglementaire¹. Il n'en va autrement que si l'annulation crée un vide juridique, auquel cas il faut reprendre un texte. Pour ce qui est des autres actes réglementaires et des mesures individuelles privées de base juridique par l'annulation de l'acte réglementaire en litige, les choses sont plus

1. CE 20 sept. 1999, *Ajolet*.

compliquées : les actes réglementaires doivent être attaqués directement, ou il faut demander leur abrogation ; il s'agit de litiges distincts, notion dont on ne dira jamais assez les ambiguïtés. Les mesures individuelles, quant à elles demeurent, on ne peut revenir sur elles.

2. L'annulation d'un refus d'abroger oblige l'administration à abroger, sans nécessairement remplacer, mais c'est aussi possible.

3. L'annulation d'un refus de prendre est souvent l'annulation d'un refus implicite ; quoi qu'il en soit, elle implique que l'acte soit pris.

B. LES MESURES INDIVIDUELLES

Les principales mesures concernées en droit des étrangers, sont :

- les refus de visas, d'autorisation de travail ou de séjour, dont le régime est le même que celui des refus d'autorisation en général ;
- les mesures d'éloignement, propres au droit des étrangers (reconductions à la frontière, expulsions, extraditions).

1. L'annulation d'un refus d'autorisation n'équivaut pas, c'est bien connu, à une autorisation, et n'emporte pas l'obligation pour l'administration de délivrer une autorisation. Elle n'a d'autre effet que de la saisir à nouveau de la demande antérieurement rejetée, sur laquelle elle doit se prononcer une nouvelle fois ; ce qu'elle peut faire dans le même sens à condition de ne pas reprendre, de ne pas côtoyer non plus de trop près (mais l'appréciation du juge est sujette à variations) le motif de censure, et de s'appuyer sur un autre motif. À cela il convient d'ajouter que l'administration doit statuer en tenant compte des circonstances de droit et de fait à la date de sa nouvelle décision, circonstances qui ont pu changer depuis la précédente². Tout ceci ne cesse d'être vrai que quand l'annulation met l'autorité administrative en position de compétence liée, ce qui peut arriver quand l'annulation intervient sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit au respect de la vie familiale (c'est l'hypothèse Bouzerak), à condition, bien sûr, qu'il n'y ait pas changement des circonstances de fait – la Convention constitue un butoir au changement des circonstances de droit – (c'est aussi l'hypothèse Bouzerak), sinon, on est à nouveau face à un litige distinct.

2. Les règles relatives aux mesures d'éloignement ne sont pas fondamentalement différentes de celles rappelées précédemment pour les refus d'autorisation : l'annulation d'une décision d'éloignement ne vaut pas mise à l'abri d'une autre. L'adminis-

2. CE 4 juill. 1997, *Époux Bouzerak* ; et de même en matière d'éloignement, CE 4 nov. 1994, *Al Joujo*.

tration peut reprendre la même mesure, qu'elle ait été annulée pour simple vice de forme, ou qu'elle l'ait été pour erreur de droit, si un autre motif de fond peut être invoqué. À cela il faut tout de même ajouter qu'en matière d'expulsion, la situation est différente selon que l'étranger avait ou non un titre de séjour ; s'il en avait un, celui-ci revit pour la durée restant à courir ; sinon, à condition bien sûr qu'il soit présent sur le territoire, il doit être mis en possession d'un titre de séjour provisoire ; s'il n'est pas présent sur le territoire, il lui faut demander en outre un visa que l'administration n'est pas obligée de lui accorder. L'administration doit au surplus se prononcer sur le séjour, mais elle peut le refuser, comme le visa, car, aux yeux du juge, éloignement, visa et séjour, interdiction du territoire encore, sont des enjeux différents.

II. RÉSISTANCES ET LENTEUR

A. LES RÉSISTANCES

Les résistances sont variables suivant les interlocuteurs : ministère de l'Intérieur, préfet, Affaires étrangères, et selon les types de litige (visas, séjour, expulsion), selon les conjonctures politiques aussi. Du côté des préfetures, il arrive que l'attitude change quand le préfet change. Mais on assiste aussi à des phénomènes de continuité dans l'acharnement par-delà un préfet particulier, soit que ce soient les services qui font la loi, soit que plusieurs préfets qui se succèdent soient également portés à une interprétation très défavorable de la loi pour les étrangers, à une déférence aussi pour les consignes gouvernementales les plus sévères. Les points d'appui qui s'offrent à ces résistances sont extrêmement nombreux :

- l'empilement des formalités : visas, titres provisoires, titres définitifs ;
- les règles qui veulent qu'un titre, même provisoire, ne puisse être accordé qu'à l'étranger qui est présent sur le territoire ; pas à celui qui n'y est pas, alors qu'évidemment un étranger frappé d'une mesure d'éloignement peut, même s'il l'a contestée, être reparti ;
- le caractère très discrétionnaire des décisions de visas, et le défaut de motivation des décisions de la commission de recours en la matière, dont le rapport du groupe de travail du Conseil d'État présidé par Olivier Schrameck sur les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO) a relevé le caractère anormal ;
- la distinction entre le contentieux de l'éloignement et le contentieux du séjour ;
- la ressource, bien sûr, encore, de l'ordre public.

B. LA LENTEUR

Aux résistances s'ajoute la lenteur, la grande lenteur à laquelle conduit l'accumulation des résistances. Et la patience, l'excessive patience, du juge, saute aux yeux si l'on observe :

– que l'abrogation du décret sur la presse étrangère de 1939 n'est, après la décision du Conseil d'État de février 2003, rendue à la demande du Gisti et en prescrivant l'abrogation, intervenue qu'en octobre 2004; il aura donc fallu 18 mois pour que la décision de justice soit exécutée, trois ans depuis la demande du Gisti à l'administration en novembre 2001;

– que, pour beaucoup d'affaires individuelles, il n'est pas rare qu'entre la naissance du litige, refus du séjour ou mesure d'éloignement, et le classement par la Section du rapport et des études, parce que le requérant a eu satisfaction grâce aux négociations qu'elle a menées, ou l'exécution sous astreinte après décision contentieuse, il s'écoule 4, 5, 6, 7 ans... en moyenne (l'annulation d'un arrêté du maire de Saint-Martin de la Guadeloupe de 1995 par le tribunal administratif n'a été confirmée en appel par le Conseil d'État que le 15 juillet 2004).

Quelques exemples, dont certains datent de l'époque où le Conseil d'État avait, en matière d'exécution, une compétence et donc une vision plus larges qu'aujourd'hui, les juridictions administratives n'ayant pas encore, comme c'est le cas maintenant, sauf pour les juridictions sociales, l'exécution de leurs décisions :

– l'affaire du refus opposé à plusieurs associations par le ministère de l'Intérieur d'accéder aux zones d'attente est née en septembre 1998; c'est en juin 2002 qu'est intervenue une première décision du Conseil d'État annulant la décision du ministre de l'Intérieur; un nouveau refus, résultant du silence gardé est intervenu en 2002, à nouveau été annulé en décembre 2006; mais ce n'est qu'en 2008 que le ministère de l'Intérieur a cédé;

– l'affaire *Tsoko*, topique des problèmes soulevés en matière de santé : Mademoiselle Tsoko fait l'objet en 2001 d'un arrêté de reconduite à la frontière, que le tribunal administratif annule en 2002, ce que le Conseil d'État confirme en 2003 sur appel du préfet; mais en 2004 le préfet rejette à nouveau la demande de séjour de Mademoiselle Tsoko, ce à quoi le Conseil d'État ne trouve pas malice (car on n'est plus sur le terrain de la reconduite à la frontière, mais sur celui du séjour), ce qui le conduit à rejeter la requête à fin d'astreinte;

– l'affaire *Berrahou* : l'arrêté de reconduite à la frontière du préfet du Cher qui lui a donné naissance date de février 2004, la décision du magistrat délégué du tribunal administratif de Poitiers, ne trouvant rien à lui reprocher, a été prise quelques jours après; en janvier 2005, le Conseil d'État dit le contraire; mais en août 2007, il ne s'est toujours rien passé, et il faut que le Conseil d'État, en octobre 2008, prononce une astreinte pour tenter de décider le ministre de l'Immigration – désormais compétent à la place du ministre de l'Intérieur – à se prononcer sur le droit de Monsieur Berrahou au séjour;

– l'affaire *Belhadi* : l'arrêté de reconduite à la frontière du préfet de la Gironde qui lui a donné naissance est de septembre 2004 : le tribunal administratif de Bordeaux n'y a rien trouvé à redire ; le Conseil d'État a dit le contraire en avril 2006 ; mais il faut, en juin 2007, une astreinte pour tenter de rompre le silence préfectoral ; le préfet n'a du reste pas exécuté non plus la décision, cette fois favorable, du tribunal administratif de Bordeaux de mars 2005 annulant un arrêté de 2004 de refus de titre de séjour ; des calendriers pareillement enchevêtrés ne sont pas rares ; les obstinations préfectorales de cette espèce non plus ; encore qu'il arrive, pas souvent, qu'un préfet comprenne l'utilité de s'entremettre pour en finir avec une affaire, et, si une question de visa est pendante, arracher les Affaires étrangères à leur impavidité ; c'est ce qui s'est passé récemment dans une affaire *Battiche*.

On ne voit pas malheureusement ce que peut faire le juge de l'exécution quand l'administration s'obstine à ne pas vouloir respecter pour de bon une décision de justice par chance favorable, et est décidée à exténuer le justiciable en organisant sa précarité ; quand l'annulation, par exemple, en 2004, d'un refus de séjour n'a toujours pas débouché en 2008 sur une décision définitive, positive ou négative, mais s'est seulement traduite par la remise, pendant trois ans, d'une succession de titres provisoires. Encore arrive-t-il que le juge considère cela comme normal en attendant les résultats d'examens médicaux, quand le titre de séjour est délivré pour raisons de santé.

III. LE CONTOURNEMENT, VOIRE LA SUBVERSION DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER

Ce comportement, il ne faut pas se voiler la face, est largement encouragé par la déclinaison que fait ordinairement le juge des principes applicables en la matière.

A. LA PRISE EN COMPTE DES « CIRCONSTANCES NOUVELLES »

La première prise offerte à la mauvaise volonté administrative est naturellement la règle selon laquelle la nouvelle décision doit être prise en fonction des circonstances de droit et de fait prévalant à la date où elle est prise. Il n'est dès lors pas malaisé de gagner du temps, de jouer la montre, de parier sur l'aggravation de la législation, et/ou de la réglementation, jeu auquel on ne risque guère de perdre, et auquel on gagnera au pire un non-lieu ; ou simplement d'attendre que les enfants mineurs deviennent majeurs, que les couples géographiquement séparés éclatent, et s'ils ne le font pas d'évidence, qu'il soit possible de mettre en doute leur communauté de vie. En toutes ces matières, comme en matière de demande d'allocation aux personnes âgées dépendantes, le temps joue en faveur du guichet qui s'arc-boute pour ne pas appliquer la loi, sinon favorablement, du moins sans trop de dissuasion clandestine.

Les divergences ne sont pas rares, dans ces conditions, (est-ce déontologique de le dire, oui, sans doute, au moins au regard de la CEDH) entre la Section du rapport et des études et la Section du contentieux au Conseil d'État, en particulier en matière de regroupement familial. Il n'est pas sûr, à cet égard, que la solution finalement apportée le 27 juin 2008 à l'affaire *Benanoune* (affaire où un jeune homme algérien, qui était mineur au début du litige en 2005, est naturellement devenu majeur, et a été définitivement banni du territoire français) soit totalement honorable. Les cas de ce type, malheureusement, abondent. Il est clair qu'à moins de s'obstiner dans un classicisme de pensée littéralement surréaliste, il faut repenser au fond, s'agissant à tout le moins du contentieux des étrangers, la question de la date à laquelle l'administration doit se situer pour reprendre une décision que le juge a précédemment regardée comme fautive.

B. LA RESSOURCE DU « LITIGE DISTINCT »

Cette méthode se confond parfois, pour l'administration, avec celle précédemment évoquée. Mais il y a des cas où elle joue de façon nettement plus spécifique :

– l'autorisation de séjour pour raisons de santé, lorsque, deux ans après un premier refus annulé par le juge, la même appréciation, du même médecin, de la même préfecture, sur les conditions dans lesquelles des soins pourraient être apportés dans le pays d'origine, conditions qui n'ont pas changé, et dont ce médecin ne sait au reste rien, ou peu de chose, conduit à un nouveau refus de séjour ;

– les visas, quand, après l'annulation d'un premier refus comme portant atteinte au droit de vivre en famille, un second refus s'appuyant sur un autre (?) motif « détournement de procédure du regroupement familial » par exemple, sous prétexte qu'un autre membre de la famille est déjà en France en situation irrégulière (la mère, par exemple, de l'enfant dont le regroupement avec sa tante est sollicité) est regardé comme ouvrant un litige distinct ; s'agit-il bien en vérité d'un litige distinct ? N'encourage-t-on pas, en l'admettant, l'inventivité purement procédurière, si ce n'est linguistique ? Le contentieux l'admet.

La technique des réserves d'interprétation, du « retrait du venin », dont on sait les problèmes qu'elle soulève quand il en est fait usage par le juge constitutionnel, n'en soulève pas de moindres quand il en est fait usage, notamment en matière de droit des étrangers, par le juge administratif. Nathalie Ferré a déjà évoqué cette technique comme à l'origine de plusieurs « victoires volées³ ». Il n'y a pas lieu d'y revenir car il s'agit moins d'exécution que de stratégies jurisprudentielles, même si le juge de l'exécution est, sur ce terrain, aussi amené à compter les coups. L'exemple type est à cet égard l'annulation par le Conseil d'État, en janvier 2000, de la circulaire de juin 1998 des ministres de l'Intérieur et des Affaires étrangères sur l'asile territorial. Deux télégrammes aux préfets ont été pris pour l'exécution de cette décision. Les

3. V. *supra*, p. 227.

dispositions « neutralisées » n'ont, quant à elles, pas fait l'objet de commentaires ministériels. Était-ce légitime ? Rien n'est moins sûr. Mais le juge de l'exécution aurait été bien en peine d'en dire quoi que ce soit d'utile. C'est ce qu'il a indiqué, sous la signature de mon prédécesseur, Marie-Aimée Latournerie, au Gisti. Une lettre a néanmoins été adressée au ministre de l'Intérieur pour lui indiquer qu'il serait « de bonne administration » de fixer, à l'intention des fonctionnaires concernés, l'interprétation de la circulaire interprétée par le Conseil d'État, « laquelle ne se déduit pas, à l'évidence, des seuls termes de la circulaire » (quand on ne lit pas l'arrêt, et peut-être même en le lisant).

Le juge de l'exécution, quand il en a le goût, peut ainsi, en excédant un peu son mandat, contribuer à moraliser le jeu, et acquérir de (modestes) mérites !

Quatrième partie

Quel bilan ?

Quel bilan peut-on dresser de l'activité contentieuse déployée par le Gisti, dont les pages qui précèdent ont permis de prendre la mesure ? Il faut évoquer en premier lieu son impact sur les droits des étrangers (François Julien-Lafferrière). Mais il y a aussi l'impact que ce contentieux a pu avoir au-delà de cette sphère spécifique, ses « retombées collatérales » en quelque sorte (Ronny Abraham).

Il était impossible, à l'occasion de ce colloque, de passer sous silence les profondes mutations qui ont affecté le fonctionnement de la juridiction administrative, confrontée aux spécificités du contentieux des étrangers (Alain-François Roger). Les conclusions de la commission Mazeaud ont donné un coup d'arrêt au projet de confier l'ensemble de ce contentieux à un seul ordre de juridiction ou à une juridiction spéciale qui supposait la remise en cause d'un certain nombre de principes constitutionnels (Ollivier Joulin). Mais une série de réformes moins spectaculaires – visant notamment à généraliser le juge unique et supprimer l'intervention du commissaire du gouvernement (désormais « rapporteur public ») où encore à multiplier les procédures dites de « tri » – risquent de venir réduire encore les garanties – déjà bien minces – d'un procès équitable pour les étrangers (Bernard Even).

L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers

François Julien-Lafferrière

Professeur émérite de l'Université Paris-Sud

L'impact des « arrêts Gisti » sur *le* droit des étrangers et leur impact sur *les* droits des étrangers sont deux choses totalement différentes.

Le Gisti a toujours eu pour ligne de conduite de faire progresser « les droits » des étrangers en recourant aux moyens que lui offre « le droit », en faisant évoluer « le droit » des étrangers. Le titre de cet ouvrage et du colloque qui en est l'origine : *Défendre la cause des étrangers en justice*, l'atteste, comme le titre des contributions à cet ouvrage : « Les premiers combats contentieux du Gisti », « Comment combiner l'arme politique et l'arme contentieuse ? », « Les tactiques contentieuses face à une administration récalcitrante »... On a trouvé pendant longtemps sur les documents du Gisti – et l'on retrouve, après une éclipse, sur la plaquette de ce colloque – l'auto-présentation suivante :

« Le Gisti est né en 1972 de la rencontre entre des travailleurs sociaux, des militants associatifs en contact régulier avec des populations étrangères et des juristes. Cette double approche, à la fois concrète et juridique, fait la principale originalité du groupe.

Le Gisti s'efforce de répondre, sur le terrain du droit, aux besoins des immigrés et des associations qui les soutiennent. »

Bien qu'on puisse contester la distinction faite, dans ce texte, entre l'approche concrète et l'approche juridique – qu'est ce que le droit s'il n'est pas concret ? –, on ne peut, en revanche, qu'adhérer à l'affirmation selon laquelle l'originalité principale du Gisti est l'usage qu'il a fait, et qu'il continue de faire, du droit comme instrument de sauvegarde et de progrès des droits des étrangers, ce qui est sa façon à lui de répondre à leurs besoins.

Mais, justement, les évolutions du droit n'ont pas toujours correspondu à des progrès des droits des étrangers. Comme l'ont montré précédemment Danièle

Lochak¹ et Nathalie Ferré², il y a des victoires qui n'en sont pas vraiment, des « grands arrêts » qui ne sont pas forcément favorables aux requérants, donc aux étrangers dans l'intérêt desquels les recours ont été formés.

Progrès du droit, incontestablement. Le Gisti a soumis au juge administratif – et aussi, dans une moindre mesure, au juge judiciaire – des problèmes souvent délicats, inédits et dépassant le seul statut des étrangers. Le fait que le juge a dû y répondre a en soi constitué un progrès du droit et a donc eu un impact sur l'ordonnement juridique.

Cette activité contentieuse – voire cet activisme contentieux – est d'ailleurs attestée par le fait que le Gisti est le seul requérant qui puisse s'enorgueillir d'avoir donné son nom à deux « grands arrêts » de la jurisprudence administrative³. Sans compter les onze autres arrêts portant son nom qui figurent dans les tables des GAJA⁴.

Cette abondante production contentieuse à l'origine de laquelle se trouve le Gisti a bien évidemment eu un impact à la fois sur le droit des étrangers, en tant que discipline (I), et sur les droits des étrangers, dans le sens de plus grandes garanties, mais aussi de restrictions (II).

I. QUEL IMPACT SUR LE DROIT DES ÉTRANGERS ?

À tout seigneur, tout honneur, il convient en premier lieu d'analyser l'impact qu'ont pu avoir les deux « grands arrêts » Gisti, de 1978 et de 1990 sur le droit des étrangers avant d'étudier l'apport des moins grands.

A. LES DEUX « GRANDS ARRÊTS »

Ils portent sur des problèmes juridiques très différents. Le premier, celui de 1978, constitue un apport fondamental à la théorie des principes généraux du droit et à l'applicabilité du Préambule de la Constitution de 1946, tandis que le second se rapporte aux pouvoirs du juge administratif et s'inscrit dans le vaste mouvement d'évolution qu'ont connu, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, les relations entre l'ordre juridique interne et le droit international.

1. D. Lochak, « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », *supra*, p. 43.

2. N. Ferré, « Victoires volées », *supra*, p. 227.

3. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., Dalloz, 2007, n° 90 et 97.

4. *Ibid.*, p. 962.

1. Le grand arrêt du 8 décembre 1978⁵

Dans cette décision, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État énonce :

« Il résulte des principes généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 oct. 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale [et] que ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs. »

Comme le souligne le Conseil d'État lui-même dans le commentaire de cet arrêt qu'il publie sur son site internet⁶, il a, « contrairement à ses habitudes antérieures, [...] rattaché le principe qu'il dégageait [...] à des dispositions textuelles, et notamment au Préambule de la Constitution de 1946 », plus précisément à l'alinéa de ce Préambule qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

La possibilité d'être rejoint par son conjoint et ses enfants est donc considérée comme une condition du développement de l'individu et de la famille. Le Conseil d'État a, ainsi, extrapolé de l'alinéa 10 du Préambule un droit qui n'y figurait pas expressément. On peut aussi remarquer que le Conseil d'État n'a pas limité le champ d'application de cet alinéa du Préambule aux seuls nationaux mais l'a étendu aux étrangers, à tel point, d'ailleurs, qu'il ne mentionne que ces derniers et ne fait pas allusion au droit des nationaux de mener une vie familiale normale...

Enfin, on constate que le Conseil d'État a fait produire un effet direct à un alinéa du Préambule de 1946 qui n'était pas d'une clarté ni d'une précision absolues. Le contraste est frappant avec la solution qu'adoptera le même Conseil d'État – en sous-sections réunies cette fois-ci toutefois – à peine sept ans plus tard dans l'arrêt *France terre d'asile* qui déclare :

« Le principe posé par les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles “tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République” ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français⁷. »

Il est vrai qu'entre-temps le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 janvier 1980⁸, saisi du « grief tiré de ce que la loi [déférée] serait contraire au droit

5. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *Lebon* 493 ; *GAJA* n° 90 ; *Dr. soc.* 1979. 57, concl. P. Dondoux (reproduites *supra*, p. 26) ; *AJDA* 1979. 38, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; *D.* 1979. 661, note L. Hamon.

6. [http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la41.shtml].

7. CE 27 sept. 1985, *France terre d'asile*, *Lebon* 263 ; *JDI* 1986. 547, note F. Julien-Laferrière.

8. Cons. const. 9 janv. 1980, n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, *Rec. Cons. const.* 29 ; *AJDA* 1980. 356, note C. Franck ; *D.* 1980. 249, note J.-B. Auby ; *Gaz. Pal.* 1980 (258-260), p. 4, note L. Hamon ; *RD publ.* 1980. 1631, note L. Favoreu ; *RGDIP* 1980. 31, note D. Turpin.

d'asile reconnu par le préambule de la Constitution de 1946, repris par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », avait répondu :

« que cette loi n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France des étrangers, lesquelles réservent expressément l'application des conventions internationales; que, parmi ces conventions, figure notamment la convention de Genève du 28 juillet 1961 sur le statut des réfugiés; qu'il ne saurait, dans ces conditions, résulter de la loi dont il s'agit aucune atteinte au droit d'asile ».

Il refusait ainsi clairement d'apprécier la conformité de la loi à l'alinéa 4 du Préambule, donc de faire produire quelque effet que ce soit à cette disposition « de valeur constitutionnelle ».

On ne peut, cependant, qu'être surpris en rapprochant l'arrêt de 1978 et celui de 1985. Car on ne voit pas en quoi l'alinéa 10 du Préambule serait plus précis que l'alinéa 4. On peut même, semble-t-il, légitimement penser le contraire. En tout cas, on peut se demander, en comparant les deux arrêts, si le grand arrêt *Gisti* aurait été rendu si le Conseil d'État avait été appelé à se prononcer en 1985 au lieu de 1978...

La portée de l'arrêt de 1978 doit aussi être relativisée, eu égard à l'évolution que va connaître la notion de « vie familiale ». D'une part, elle est principalement limitée à la cellule familiale de base, à la famille nucléaire composée des parents et de leurs enfants mineurs; d'autre part, elle n'implique pas nécessairement que la vie familiale se déroule en France, dès lors que la « famille » a la possibilité de vivre réunie ailleurs, notamment dans le pays d'origine des intéressés ou de celui des membres de la famille qui n'est pas de nationalité française.

Enfin, on observera aussi que l'arrêt *Gisti* a été rendu entre la ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme⁹ et l'acceptation par elle du droit de recours individuel¹⁰. Ce n'est pas un hasard si le Conseil d'État a, en cette période de transition, reconnu un droit qui est proclamé par la Convention elle-même – le droit au respect de la vie familiale¹¹ – qui aurait pu être opposé, tôt ou tard, à la France contre la jurisprudence nationale.

2. Le grand arrêt du 29 juin 1990¹²

Ce second « grand arrêt » met fin à une anomalie de notre contentieux administratif. En effet, jusqu'à cet arrêt, dès qu'était soumis au juge administratif – mais aussi, d'ailleurs, au juge judiciaire – un litige dont la solution dépendait de l'interpré-

9. Cette ratification a été effectuée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 signé par Alain Poher, président de la République par intérim.

10. Décr. n° 81-917 du 9 oct. 1981.

11. Conv. EDH art. 8, al. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

12. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Lebon* 171, concl. R. Abraham; GAJA n° 97; AJDA 1990. 621, note G. Teboul, et 631, concl. R. Abraham; RFDA 1990. 923, note J.-F. Lachaume; RD publ. 1990. 1579, note F. Sabiani; D. 1990. 560, note P. Sabourin; JCP 1990. II. 21579, note J. Tercinet; JDI 1990. 965, note F. Julien-Laferrère.

tation d'une clause d'un traité ou d'une convention qu'il estimait peu claire, le juge saisissait le ministre des affaires étrangères pour lui demander d'interpréter la clause en question et il résolvait le litige en se fondant sur l'interprétation du ministre. En somme, c'était le ministre qui faisait, en cette matière, le travail que fait le juge quand il s'agit d'interpréter tout acte juridique de droit interne. Échappaient cependant à cette pratique du « renvoi préjudiciel » au ministre des Affaires étrangères certaines conventions, dites « humanitaires », telles que la Convention européenne des droits de l'homme¹³, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴ et la convention de Genève relative au statut des réfugiés¹⁵.

Cette pratique du « renvoi préjudiciel » avait le grave défaut de faire du ministre un auxiliaire du juge, au mépris du principe de séparation des pouvoirs exécutif et juridictionnel, mais aussi, parfois, de lui faire jouer à la fois le rôle de juge – dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation – et de partie – quand le recours était dirigé contre une de ses décisions.

Un recours formé contre l'État français – qui soulevait le moyen de la violation de l'article 6 de la Convention en raison du « renvoi préjudiciel » au ministre qu'avait opéré le juge administratif – était pendant devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶ quand le Conseil d'État a été confronté, à l'occasion d'une requête formée par le Gisti, à une difficulté d'interprétation de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968¹⁷. Il a certes saisi le ministre des Affaires étrangères mais, dans son arrêt – et c'est ce qui justifie que l'affaire ait été portée devant l'Assemblée du contentieux –, il se borne à se référer aux « pièces du dossier », sans faire de mention particulière de la réponse du ministre. Ce qui signifie que, même s'il interprète l'accord de la même façon que le ministre, il ne s'est pas senti lié par l'interprétation ministérielle.

Après cet arrêt *Gisti* de 1990, les juridictions judiciaires, qui procédaient jusque-là comme le juge administratif dès lors qu'elles considéraient qu'une convention mettait « en cause l'ordre international¹⁸ », se sont elles aussi affranchies de la « tutelle » du ministre des Affaires étrangères et ont, peu à peu, abandonné le renvoi

13. Le Conseil d'État s'appuie, en cas de difficulté, sur l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg.

14. Le Conseil d'État s'aligne, plus ou moins, sur l'interprétation du Comité des droits de l'homme des Nations unies.

15. Il n'y a guère d'explication logique de cette exception, le Conseil d'État ne s'étant jamais senti lié par l'interprétation que le HCR donne de la convention de Genève et aucune juridiction internationale ne pouvant lui servir de référence.

16. Il s'agit de l'affaire *Beaumartin c. France*, qui a donné lieu à un arrêt de la CEDH du 24 nov. 1994, D. 1995. 273, note X. Prétot; RUDH 1994. 405.

17. Il s'agissait de savoir si les termes « enfants mineurs », appliqués aux jeunes Algériens devait s'entendre comme mineurs de dix-huit ans (âge de la majorité selon le droit français) ou mineurs de dix-neuf ou de vingt et un ans (âge de la majorité selon le droit algérien, respectivement pour les garçons et pour les filles).

18. Par ex. Civ. 1^{re}, 7 juin 1989, JCP 1990. II. 21448, note J.-P. Rémy; Crim. 3 juin 1985, Bull. crim. n° 542.

préjudiciel pour interprétation des traités¹⁹. La France a ainsi évité les foudres de la Cour de Strasbourg et les juges français ont gagné en indépendance.

B. LES « PETITS » ARRÊTS

Ils portent sur des sujets extrêmement divers et il est difficile d'en donner une présentation synthétique et exhaustive. On peut, toutefois, dégager deux domaines dans lesquels ces « petits » arrêts ont constitué un réel apport : le régime des circulaires, d'une part, et le principe d'égalité, de l'autre.

1. Le régime des circulaires et le respect de la hiérarchie des normes

La jurisprudence Gisti fournit de très nombreux exemples de litiges relatifs à la légalité de circulaires – généralement ministérielles – et montre que les solutions peuvent parfois paraître contradictoires.

– Le Conseil d'État a, dans certains cas, reconnu le caractère réglementaire des circulaires ou de certaines de leurs dispositions et, en conséquence, en a prononcé l'annulation. C'est dans des « affaires Gisti », même au sens large de ces termes²⁰, que le Conseil d'État a clairement établi la relation entre la recevabilité et le bien-fondé des recours dirigés contre les circulaires.

En effet, les ministres ne disposant pas du pouvoir réglementaire, ils profitent parfois des circulaires dites « d'application », par lesquelles ils transmettent à leurs services des instructions destinées à interpréter les lois ou règlements, pour y introduire des règles qui ne figurent pas dans les textes qu'ils sont censés interpréter. En ce cas, ces dispositions, qui acquièrent un caractère réglementaire, sont illégales comme émanant d'une autorité incompétente. Et les requérants sont à la fois recevables et fondés à en demander l'annulation. Au contraire, les dispositions qui sont purement interprétatives n'ajoutent rien à la législation ou la réglementation en vigueur ; elles ne font donc pas grief ni ne sont illégales et les requérants ne sont, dès lors, ni recevables ni fondés à en demander l'annulation.

Très illustratif de ce régime des circulaires, l'arrêt *Da Silva et CFDT*, du 13 janvier 1975, qui annule partiellement les circulaires dites « Marcellin-Fontanet » – du nom des ministres de l'Intérieur et du Travail qui en étaient les auteurs – en opérant une distinction entre celles de leurs dispositions qui ajoutent à la législation, et sont donc illégales, et celles qui se bornent à interpréter la législation et, ne faisant donc pas grief, ne sont pas susceptibles de recours²¹.

19. Par ex. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, *Banque africaine de développement*, RGDIP 1996. 599, note D. Alland.

20. L'affaire *Da Silva et CFDT* n'est pas officiellement une « affaire Gisti », bien que le Gisti ait participé à la rédaction du recours, car, à la date d'introduction des requêtes, il n'était pas encore constitué en association. V. sur ce point la contribution de P. Waquet (*supra*, p. 15).

21. CE 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT*, *Lebon* 16 ; *D.* 1975. 784, note F. Julien-Laferrrière.

Le Conseil d'État annulera aussi, par exemple, en raison de leur caractère réglementaire, la disposition d'une circulaire Chevènement qui limitait le champ d'application de l'asile territorial aux seuls étrangers faisant état de persécutions émanant de personnes ou de groupes non étatiques, ce que la loi ne précisait pas, et celle qui mettait à la charge du demandeur d'asile les frais éventuels d'interprétariat²². Il censurera aussi, dans une autre circulaire Chevènement, la disposition qui subordonnait la reconnaissance de la vie commune entre concubins à la présence d'enfants issus du couple, une telle condition n'étant pas prévue par la loi et portant atteinte au droit au respect de la vie familiale, et celle qui exigeait que, pour obtenir une carte de séjour, l'étranger né en France et y ayant effectué la majeure partie de sa scolarité justifie de son séjour en France mois par mois, exigence non prévue par la loi, elle non plus²³.

Par ailleurs – bienfait de la procédure de référés – le Gisti a obtenu la suspension de la circulaire du ministre de l'Intérieur qui donnait aux préfets « des instructions de caractère impératif » en vue de prendre des arrêtés de la reconduite à la frontière dans des hypothèses relevant manifestement de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) : le juge des référés a refusé d'admettre l'interprétation de l'article L. 511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile à laquelle s'était livré le ministre²⁴.

– En revanche, le Conseil d'État a eu une conception extensive de la notion de « circulaire interprétative » dans certaines hypothèses qui se sont soldées par le rejet des recours du Gisti. On n'en donnera que quelques exemples, mais ils paraissent significatifs de la tendance du juge administratif à admettre que l'administration et, plus spécifiquement, les ministres peuvent disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'application des textes, ce qui le conduit à neutraliser, voire à déformer le sens de la circulaire pour la sauver de l'annulation.

Dans l'arrêt *Mme Gbamou et Gisti*, du 13 février 2002, le Conseil d'État estime que se bornent à définir des orientations générales et n'ont donc pas de portée réglementaire – ce qui rend irrecevable le recours dirigé contre elles – les dispositions de la circulaire du 11 octobre 1999 relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, qui concernaient les modalités d'interpellation des étrangers et dont le Gisti soutenait qu'elles n'étaient pas conformes aux dispositions légales régissant les contrôles d'identité et qu'elles incitaient à des contrôles sélectifs. Il apparaissait pourtant, à la lecture de la circulaire, que le ministre adressait bien aux préfets des instructions afin de leur indiquer comment devaient s'effectuer les contrôles des intéressés et leur interpellation subséquente²⁵.

De même, dans un arrêt du 7 février 2007, le Conseil d'État admet la légalité de la circulaire du garde des Sceaux et du ministre de l'Intérieur, relative notamment

22. CE 26 janv. 2000, *France terre d'asile, Amnesty international et Gisti*, Lebon T. 1046.

23. CE 30 juin 2000, *Gisti*, Lebon 260.

24. CE, référé, 15 févr. 2007, *Gisti*, *Avocats pour la défense des droits des étrangers et Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2007. 396, obs. M.-C. de Montecler.

25. CE 13 févr. 2002, *Mme Gbamou et Gisti*, n° 215216 et 220905.

aux interpellations en préfecture des étrangers en situation irrégulière, dès lors qu'elle « définit des modèles de convocation dont la “sobriété” est destinée [...] à proscrire toute indication mensongère sur l'objet réel de cette mesure, sans pour autant donner d'indice révélant le risque d'une mesure de rétention et de reconduite forcée [et] que l'utilisation de ces formulaires ne constitue pas, par elle-même un procédé déloyal ou une violation du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à la liberté et à la sûreté ». Pour le Conseil d'État, donc, il suffit que la convocation ne « mente pas », donc qu'elle n'indique pas de motif, pour que l'étranger puisse être interpellé en préfecture²⁶.

En tout cas, il est bien difficile de dégager un critère de la circulaire susceptible de recours et illégale, tant la jurisprudence administrative est fluctuante, rendant hasardeuse la recherche d'un fil conducteur.

2. Le principe d'égalité et de non-discrimination

Le juge administratif a une conception assez souple du principe d'égalité qui, au demeurant, est un principe relatif et non absolu, puisqu'il exige seulement que soient traitées de façon identique les personnes se trouvant dans des situations identiques ou comparables mais autorise que les personnes placées dans des situations différentes soient traitées différemment, à condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation, qu'elle soit proportionnée et qu'elle réponde à un but d'intérêt général²⁷.

La différence de situation et, partant, de traitement se vérifie, dans la jurisprudence *Gisti*, aussi bien au regard de l'égalité entre étrangers et nationaux que de l'égalité des étrangers entre eux.

Pour les étrangers, le principe même de l'existence d'un « traitement différent » de celui applicable aux nationaux se justifie par la différence de situation des uns et des autres dans leurs rapports avec l'État et la puissance publique en général. Cela étant, si les étrangers peuvent, en cette seule qualité, être soumis à un régime juridique propre²⁸, encore faut-il que cette spécificité soit cantonnée aux seuls domaines

26. CE 7 févr. 2007, *Ligue des droits de l'homme, Syndicat de la magistrature, FASTI, MRAP, Gisti et Syndicat des avocats de France*, *Lebon* 46; *AJDA* 2007. 814, note O. Lecucq. En revanche, pour la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, n^o 05-10.880, *AJDA* 2007. 814, note O. Lecucq), « l'administration ne peut utiliser une convocation à la préfecture d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention », ce qui implique qu'elle précise pourquoi elle convoque l'intéressé. Le degré d'exigence du juge judiciaire est supérieur et l'on peut regretter que le juge administratif soit moins protecteur.

27. V. not. : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Lebon* 274; *AJDA* 1974. 298, chron. M. Franc et M. Boyon.

28. Cons. const. 13 août 1993, n^o 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec. Cons. const.* 224; *AJDA* 1994. 97, comm. C. Teitgen-Colly; *RD publ.* 1994. 5, comm. F. Luchaire; *RFDA* 1993. 871, note B. Genevois; *RFDC* 1993. 583, note L. Favoreu; *RGDIP* 1994. 1, note D. Alland : « Considérant qu'aucun principe non

dans lesquels les étrangers sont effectivement dans une situation objectivement différente de celle des nationaux. Ce qui ne recouvre évidemment pas tous les aspects de leurs activités et de leur vie sociale²⁹.

– Ainsi, en dehors du domaine dit de la « police des étrangers » – entrée, séjour, éloignement –, le Conseil d'État répugne à admettre qu'il y ait rupture de l'égalité entre les étrangers et les nationaux. C'est le cas, particulièrement, pour la jouissance des droits sociaux, comme il l'a affirmé dans un arrêt du 9 décembre 1996, *Gisti*, qui rappelle que le « droit à la prolongation des prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès » et, d'autre part, le « caractère acquis des droits à prestations » sont « ouverts à toute personne de nationalité étrangère à raison des cotisations versées » par elle, dans les mêmes conditions qu'ils sont ouverts aux nationaux³⁰.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a estimé contraire au principe d'égalité l'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1982 réservant l'attribution de « la médaille de la famille française » aux « mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français », aux pères ou mères de famille « de nationalité française dont tous les enfants sont français et dont le conjoint ne possède pas la nationalité française » et aux pères ou mères de famille « de nationalité française dont tous les enfants sont français, qui élèvent ou qui ont élevé seuls leurs enfants ». Il a estimé « que l'attribution de la médaille de la famille française [étant] destinée à récompenser les mérites des personnes ayant dignement élevé de nombreux enfants de nationalité française, [...] au regard de cet objet, la circonstance que les parents des enfants concernés possèdent ou non la nationalité française ne constitue pas une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, laquelle ne peut être regardée comme dictée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet honorifique de la mesure³¹ ».

Mais, même dans le cadre de la police des étrangers, le principe d'égalité ne peut être méconnu que si l'inégalité de traitement est justifiée au regard de l'objectif poursuivi par la loi. Dans cette optique, le Conseil d'État a refusé que soit faite une distinction, en vue de l'attribution d'une carte de séjour, entre les étrangers pacsés avec un Français et ceux qui le sont avec un étranger (la circulaire contestée imposait à ces derniers de justifier d'une vie commune de cinq ans au lieu de trois pour les premiers), non plus qu'entre les étrangers pacsés avec le titulaire d'une carte de séjour « étudiant » et les autres qui seuls pouvaient à ce titre recevoir une carte de séjour temporaire³².

plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative [...] ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux. »

29. Sur ce point, v. not. : D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985.

30. CE 9 déc. 1996, *Gisti*, n° 163044.

31. CE 17 déc. 2003, *Gisti*, *Lebon T.* 636.

32. CE 29 juill. 2002, *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Femmes de la terre*, *Lebon T.* 579.

– Quant à l'application du principe d'égalité entre les étrangers eux-mêmes, il connaît les mêmes limites : il peut exister des différences de traitement entre étrangers si les intéressés se trouvent placés dans des situations différentes et que la différence de traitement, répondant à un intérêt général, est justifiée par la différence de situation et en rapport avec elle.

Ainsi est-il clair que les ressortissants communautaires et, depuis le traité de Maastricht, les citoyens de l'Union ne sont pas soumis au régime de droit commun des étrangers tel qu'il est défini par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et, depuis le 1^{er} mars 2005, par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Mais il est également admis que, parmi les étrangers « de droit commun », certains peuvent bénéficier de conditions plus favorables en raison, notamment, d'accords bilatéraux passés entre la France et certains États, en particulier ceux d'Afrique francophone anciennement sous domination française. Et le Conseil d'État, saisi par la CGT et le Gisti, a donc été conduit à annuler deux circulaires du ministre de l'Intérieur et du ministre du Travail, en date du 30 novembre 1974, qui prétendaient imposer aux ressortissants de tels États l'obligation d'une carte de séjour et d'une carte de travail délivrées dans les conditions de droit commun³³.

II. QUEL IMPACT SUR LES DROITS DES ÉTRANGERS ?

Il est bien évident que le combat juridico-contentieux du Gisti n'est pas destiné à faire avancer le droit des étrangers de façon purement théorique ou spéculative, mais qu'il a pour fin première de faire progresser les droits des étrangers. Quel a été, sur ce terrain l'impact des actions contentieuses du Gisti ?

Sur tous ces sujets, on peut dire que le combat juridique du Gisti a été positif. Mais il y a aussi les échecs : inapplicabilité directe de certains articles de la Convention des droits de l'enfant, actes de gouvernement, décisions du juge tardives, etc.

A. LES PRINCIPAUX IMPACTS POSITIFS

Les domaines dans lesquels les juridictions saisies à l'initiative du Gisti se sont prononcées favorablement aux droits des étrangers sont nombreux. On en relèvera quelques-uns seulement.

33. CE 24 nov. 1978, CGT, *Gisti et autres*, *Lebon* 458. On peut regretter que les circulaires aient produit effet pendant quatre ans avant d'être annulées.

1. Le respect de la vie familiale

Il s'est principalement traduit par la reconnaissance, qui n'allait pas de soi dans les années 1970, du droit au regroupement familial. L'arrêt fondateur, en la matière, est le « grand arrêt » du 8 décembre 1978 tirant du 10^e alinéa du Préambule de 1946 le « droit à mener une vie familiale normale³⁴ ». Mais le principe a été réaffirmé et précisé, parfois dans un sens restrictif, par des arrêtés ultérieurs. On en prendra ici trois exemples.

– Le Conseil d'État, dans l'affaire *Ajili* du 31 juillet 1996 – où le Gisti était intervenant volontaire – annule le refus de visa opposé par le consul général de France à Tunis à un ressortissant tunisien marié depuis cinq ans à une Française qui attendait de lui un enfant, au motif que cette décision de refus avait « porté aux droits des époux à mener une vie familiale normale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise » et avait donc « méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁵.

– Dans le même sens, dans l'arrêt déjà cité du 30 juin 2000, *Gisti*, le Conseil d'État annule la disposition de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 12 mai 1998 qui, « après avoir mentionné qu'au regard de l'appréciation de l'existence d'une vie familiale, il n'y a pas de différence substantielle entre le mariage et le concubinage, dispose que la reconnaissance du caractère effectif de la relation de concubinage est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives », dont l'une est « la présence d'enfants issus, à la date de la demande, de cette relation », cette disposition, de caractère réglementaire, donc illégale pour ce motif, portant en outre manifestement atteinte au droit au respect de la vie familiale des étrangers vivant en concubinage sans avoir d'enfant³⁶.

2. La liberté individuelle et la liberté de mouvement

– La première illustration est celle de l'affaire du « visa de sortie » qui a donné lieu à de multiples épisodes à rebondissements et à deux arrêts du Conseil d'État.

D'abord, l'arrêt du 22 mai 1992³⁷ dans lequel le Conseil d'État proclame que « la liberté fondamentale d'aller et de venir [...] n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter » et qu'en soumettant « à l'obligation de visa préfectoral pour leurs déplacements hors de France certaines catégories de ressortissants étrangers résidant en France », le ministre de l'Intérieur a imposé à l'exercice de cette liberté « des restrictions » qui, n'étant « prévues par aucun texte », sont illégales.

34. V. ci-dessus, 1^{re} partie, 1, A.

35. CE 31 juill. 1996, *Ajili*, n° 137815, inédit.

36. CE 30 juin 2000, *Gisti*, *Lebon* 260, préc. note 23.

37. CE 22 mai 1992, *Gisti*, *Lebon* T. 669; *RFDA* 1992. 567, concl. R. Abraham.

Ensuite, l'arrêt du 11 juin 1997³⁸ qui fait application de l'article 36 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, adopté en exécution de l'arrêt précédent et qui, après avoir affirmé que « tout étranger résidant en France, quelle que soit la nature de son titre de séjour, peut quitter librement le territoire national », ajoutait que « toutefois, lorsque ces mesures sont nécessaires à la sécurité nationale, les ressortissants d'États n'appartenant pas à la Communauté économique européenne et qui résident en France peuvent, quelle que soit la nature de leur titre de séjour, être tenus, par arrêté du ministre de l'intérieur, de déclarer à l'autorité administrative leur intention de quitter le territoire français et de justifier le respect de cette obligation par la production d'un visa de sortie ».

Le ministre de l'Intérieur ayant, par un arrêté du 27 janvier 1994, énuméré « les États dont les ressortissants sont tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire national » et soumis à cette même obligation « les réfugiés et les apatrides, dès lors qu'ils sont originaires de l'un des États mentionnés ci-dessus, ainsi que les Palestiniens sont tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire », le Conseil d'État a annulé cette dernière disposition au double motif, d'une part, que « l'obligation, pour les ressortissants de certains États, de déclarer à l'administration leur intention de quitter le territoire national constitue, eu égard à la restriction qu'elle apporte à la liberté d'aller et de venir [...], une mesure exceptionnelle » qui méconnaît « les dispositions [de l'article 8] de la convention de Genève relative au statut des réfugiés »³⁹ et, d'autre part, que « l'article 36 de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945 ne [permettant] d'imposer l'obligation de déclarer à l'administration leur intention de quitter le territoire français qu'aux ressortissants des États, [...] il résulte de la définition de l'apatride contenue dans la convention [de New York de 1954⁴⁰] que les associations requérantes sont fondées à demander l'annulation de l'arrêté attaqué en tant qu'il mentionne les apatrides ».

La reconnaissance, en 1992, et la confirmation, en 1997, du caractère fondamental de la liberté de quitter le territoire français et les conséquences qu'en a tirées le Conseil d'État ont finalement conduit le législateur à abroger la disposition de l'article 36 de l'ordonnance de 1945 instituant la déclaration de sortie pour certains étrangers, ce qui a constitué une avancée importante de leurs droits.

– Le deuxième domaine dans lequel la liberté individuelle des étrangers a connu des développements est relatif à l'entrée sur le territoire.

38. CE 11 juin 1997, *France terre d'asile et Gisti*, Lebon 223.

39. L'art. 8 de la convention de Genève stipule : « En ce qui concerne les mesures exceptionnelles qui peuvent être prises contre la personne, les biens ou les intérêts des ressortissants d'un État déterminé, les États contractants n'appliqueront pas ces mesures à un réfugié ressortissant formellement dudit État uniquement en raison de sa nationalité. Les États contractants qui, de par leur législation, ne peuvent appliquer le principe général consacré dans cet article accorderont, dans des cas appropriés, des dispenses en faveur de tels réfugiés. »

40. L'art. 1^{er} de la convention de New York stipule : « Le terme apatride désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation. »

Ainsi, le Conseil d'État a annulé, sur requête du Gisti⁴¹, la disposition de la circulaire Defferre du 31 août 1982 qui subordonnait le bénéfice du délai d'un jour franc avant la mise à exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, prévu par l'article de l'ordonnance du 2 novembre 1945, à la présentation par l'intéressé d'une « demande écrite et motivée », alors que l'ordonnance disposait que « en aucun cas, le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc... ». Dans ce cas, encore, il est regrettable que l'annulation soit intervenue plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la disposition en cause.

Dans le même ordre d'idée, dans son arrêt du 30 juillet 2008⁴², rendu sur la requête d'un couple de demandeurs d'asile tchétiens, au soutien de laquelle le Gisti est intervenu, le Conseil d'État a considéré, d'une part que le « défaut de traduction dans une langue qui leur était compréhensible des informations auxquelles ils avaient droit et des décisions prises à leur encontre [portait] une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale », au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁴³ et, d'autre part, « qu'une décision de remise à un État étranger, susceptible d'être exécutée d'office en vertu des articles L. 531-1 et L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, crée, pour son destinataire, une situation d'urgence », au sens du même article L. 521-2. En exigeant que les étrangers soient informés dans une langue qu'ils comprennent de la procédure qui leur est appliquée et des décisions qui les concernent, le Conseil d'État a fortement accru les garanties des étrangers, les mettant mieux à même d'exercer les voies de recours qui leur sont ouvertes.

– Le dernier exemple est celui du régime juridique du placement en zone d'attente et de la rétention administratif.

Outre les arrêts *Bechta et autres*, de la Cour de cassation⁴⁴, le juge administratif a été fréquemment saisi par le Gisti, souvent conjointement avec d'autres associations.

Le tribunal administratif de Nice, saisi de l'arrêté du préfet du Var du 17 février 2001 créant une zone d'attente dans les communes de Fréjus et Saint-Raphaël sur les lieux d'accostage d'un bateau chargé de demandeurs d'asile irakiens, en a prononcé l'annulation, par jugement du 9 décembre 2005, rendu près de cinq ans après l'en-

41. CE 27 sept. 1985, *Gisti*, *Lebon* 260.

42. CE 30 juill. 2008, *M. et Mme Chermukhanov*, n° 313767 (sera mentionné aux *Tables*).

43. L'art. L. 521-2 dispose : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. »

44. Civ. 2^e, 28 juin 1995, *M. Bechta*, n° 94-50002, publié au *Bulletin* (la Cour de cassation a déclaré irrecevable l'intervention du Gisti dans cette affaire). La Cour de cassation y pose le principe qu'il appartient au juge judiciaire, lorsqu'il est saisi pour prolonger la rétention d'un étranger, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur l'irrégularité de l'interpellation et, si l'interpellation a été irrégulière, de refuser la prolongation de la rétention.

trée en vigueur de l'arrêté attaqué, depuis longtemps⁴⁵. Si ce jugement marque la volonté du juge administratif de limiter les pouvoirs de l'administration en matière de restriction de la liberté individuelle des étrangers, son intervention tardive l'a, malheureusement, privé de tout effet concret, d'autant plus qu'avant même qu'il soit rendu l'ordonnance de 1945 avait été modifiée de façon à élargir les conditions de création d'une zone d'attente.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, à plusieurs reprises, annulé des arrêtés du ministre de l'Intérieur rejetant les demandes d'habilitation de diverses associations à accéder en zone d'attente, notamment celle du Gisti⁴⁶. Le Conseil d'État a estimé « qu'il ne [ressortait] pas des pièces du dossier que le nombre total de visites qu'aurait permises l'habilitation d'une association humanitaire supplémentaire par rapport à celles qu'il a admises, aurait été de nature à compromettre le respect de cette exigence [et] que le ministre n'[apportait] aucune précision de nature à identifier les motifs propres à l'association requérante justifiant que soit écartée la demande de cette association ».

Plus récemment encore, le tribunal administratif de Paris, saisi d'un référé pré-contractuel, a annulé l'appel d'offres lancé par le ministre de l'Immigration, en application de l'article R. 553-14 du CESEDA, qui prévoit que, « pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative, le ministre chargé de l'immigration conclut une convention avec une ou plusieurs personnes morales ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits ». Le juge des référés a estimé que, si « le ministre de l'immigration [...] était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, [il] ne pouvait, eu égard à l'objet du marché, n'accorder au critère de la qualification juridique des futurs prestataires qu'une pondération inférieure à 15 % en ne fixant, au surplus, aucun niveau quant au minimum de connaissances juridiques requis⁴⁷ ».

Ce faisant, le tribunal, a apporté aux étrangers la garantie que les « personnes morales » présentes dans les centres de rétentions seront en mesure de remplir utilement leur mission d'information et d'aide à l'exercice de leurs droits.

3. La protection sociale

C'est l'une des spécificités du Gisti que d'attacher une grande importance aux droits sociaux des étrangers et, tout spécialement, à leur protection sociale. Il l'a montré en obtenant, conjointement avec France terre d'asile, l'annulation des décrets d'application de la loi Pasqua, du 24 août 1993 et de trois circulaires prises sur son fon-

45. TA Nice 9 déc. 2005, *Gisti, Anafé, Cimade, France terre d'asile et MRAP*, inédit.

46. CE 28 déc. 2005, *Gisti*, n° 253801, inédit. Dans le même sens, annulation des refus d'habilitation du MRAP (CE 6 nov. 2000, *MRAP, Lebon* 487), d'Amnesty international (CE 28 déc. 2001, *Amnesty international, groupe 151*, n° 233680, inédit), de l'Association d'accueil aux médecins et personnels de santé réfugiés en France (CE 3 juin 2002, *APSR*, n° 227020, inédit), etc.

47. TA Paris, Ord., 30 oct. 2008, *Gisti et autres*, *AJDA* 2008. 2095, comm. M.-C. de Montecler.

dement – circulaire du 17 février 1995 du ministre des Affaires sociales, circulaires du 12 mai 1995 et du 19 octobre 1995 du directeur de la Caisse nationale d'assurance-maladie des travailleurs salariés – en ce qu'elles limitaient le maintien des droits à l'assurance-maladie, maternité et décès des étrangers ne remplissant pas la condition de régularité du séjour et subordonnaient le bénéfice de l'allocation adultes handicapés, pour les ressortissants des États ayant passé des accords de coopération avec la Communauté européenne, à l'exercice d'une action contentieuse⁴⁸. Cette dernière disposition était d'autant plus inadmissible que les intéressés avaient droit à l'AAH en application des accords de coopération et que la condition d'une action contentieuse était uniquement destinée à limiter le nombre des bénéficiaires de la prestation.

4. La liberté d'expression

Au risque de paraître faire un inventaire à la Prévert, on ne peut tout de même pas clore la revue des impacts positifs des « arrêts Gisti » sans faire mention de l'affaire *Association Ekin*, qui a mobilisé le Conseil d'État à deux reprises mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme.

À l'origine de cette affaire se trouve un arrêté du ministre de l'Intérieur du 29 avril 1988, prononçant l'interdiction du livre *Euskadi en guerre*, pris sur le fondement de l'article 14 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, lui-même issu du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère. L'Association Ekin, editrice, ayant déféré cette interdiction au tribunal administratif de Pau, celui-ci rejeta le recours le 1^{er} juin 1993 mais, en appel, le Conseil d'État annula l'arrêté – plus de neuf ans après sa signature... –, au motif « qu'il ne [ressortait] pas de l'examen du contenu de cette publication qu'elle [présentait], au regard des intérêts dont le ministre a la charge et, notamment de la sécurité publique et de l'ordre public, un caractère de nature à justifier légalement la gravité de l'atteinte à la liberté de la presse constituée par la mesure litigieuse⁴⁹ ».

Le Conseil d'État n'ayant toutefois pas retenu le moyen de la requérante tiré de l'incompatibilité de l'article 14 de la loi de 1881 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression, l'Association Ekin, soutenue par le Gisti, saisit la Cour de Strasbourg qui, par un arrêt du 17 juillet 2001, estima que la loi française méconnaissait, sur ce point, la Convention⁵⁰. Le Gisti demanda alors au Premier ministre d'abroger l'article 14 de la loi, qui avait gardé son caractère réglementaire, puis déféra au Conseil d'État la décision de rejet résultant

48. CE 14 janv. 1998, *Gisti et France terre d'asile*, *Lebon T.* 702 et 704; *D.* 1998. Somm. 344, obs. X. Prétot.

49. CE, Sect., 9 juill. 1997, *Association Ekin*, *Lebon* 300; *RFDA* 1997. 1284, concl. M. Denis-Linton; *AJDA* 1998. 374, note M.-F. Verdier; *D.* 1998. 317, note E. Dreyer; *RD publ.* 1998. 539, note P. Wachsmann et S. Rabiller.

50. CEDH 17 juill. 2001, *Association Ekin*, *AJDA* 2002. 52, note F. Julien-Laferrière; *RTDH* 2002. 685, note P. de Fontbressin.

de l'absence de réponse du Premier ministre. Par un arrêt du 7 février 2003, le Conseil d'État, prenant le contre-pied de son arrêt de 1997, annula la décision implicite du Premier ministre au motif que le pouvoir d'interdiction des publications étrangères conféré par le décret-loi du 6 mai 1939, « malgré l'étendue du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles qui en font usage, est de nature à porter au droit des intéressés au respect des libertés précitées une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels des restrictions peuvent être définies [et] qu'ainsi les dispositions du décret du 6 mai 1939 méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la convention européenne [des droits de l'homme]⁵¹ ». Mais il a encore fallu que le Gisti saisisse une nouvelle fois le Conseil d'État pour lui demander d'enjoindre au Premier ministre d'abroger le décret de 1939, pour que cette abrogation soit finalement décidée par décret du 4 octobre 2004, ce qui a conduit le Conseil d'État à prononcer un non-lieu à statuer le 12 janvier 2005⁵².

B. LES IMPACTS NÉGATIFS

Dans certains cas, les arrêts rendus à l'initiative du Gisti ont eu un effet plutôt négatif sur les droits des étrangers, soit que le Conseil d'État ait fait une application de la règle de droit directement défavorable aux étrangers, soit qu'il se soit borné à éviter qu'elle ne leur bénéficie.

1. La persistance de jurisprudences discutables

Les recours du Gisti ont aussi parfois donné l'occasion au Conseil d'État de refuser de remettre en cause sa jurisprudence, sur des questions ne relevant pas directement du droit des étrangers, même quand celle-ci était contestable ou difficilement compréhensible. Deux exemples permettront d'illustrer ce propos.

– Depuis 1936, le Conseil d'État ne cesse d'affirmer, quand il est saisi du moyen tiré de ce que la loi sur le fondement de laquelle a été pris l'acte administratif attaqué serait contraire à la Constitution, « qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux⁵³ », ou encore « qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel⁵⁴ ». C'est ce qu'on appelle la théorie de la « loi-écran » ou de « l'écran législatif ». Malgré l'évolution de l'état du droit public français et, notamment, l'exercice d'un contrôle de conformité des lois aux conventions internationales, depuis l'arrêt

51. CE 7 févr. 2003, *Gisti, Lebon* 30; *AJDA* 2003. 996, note F. Julien-Laferrière; *RD publ.* 2003. 901, note P. Mouzet; *RFDA* 2003. 996, note A. Fitte-Duval et S. Rabiller.

52. CE 12 janv. 2005, *Gisti*, n° 261736, inédit.

53. CE, Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi, Lebon* 966; *D.* 1938. 3. 1, concl. R. Latournerie et note C. Eisenmann; *S.* 1937. 3. 33, concl. R. Latournerie et note A. Mestre.

54. CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Lebon* 37; *AJDA* 1999. 420, chron. F. Raymond et P. Fombeur; *RFDA* 1999. 372, note D. de Béchillon et P. Terneyre; *RD publ.* 1999. 1223, note J.-P. Camby.

Nicolo de 1989⁵⁵, le Conseil d'État n'a pas remis en cause son refus de se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution, mission qu'il estime de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, même quand la loi critiquée n'a pas été déferée à ce dernier⁵⁶.

Il en a été ainsi, notamment, d'un arrêt *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Association pour l'accueil des voyageurs*⁵⁷, où le Gisti invoquait la violation du principe constitutionnel d'égalité par la disposition de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 3 août 1999 relative aux gens du voyage prise en application des articles 80 et 81 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion, aux termes desquels la délivrance de la carte nationale d'identité et l'inscription sur les listes électorales des personnes « dont les ressources ne dépassent pas [un certain montant] et qui n'ont pas la possibilité d'apporter la preuve d'un domicile ou d'une résidence dont elles seraient propriétaire ou occupant ou auxquelles la loi n'a pas fixé une commune de rattachement » à la « production d'une attestation établissant le lien entre le demandeur et un organisme d'accueil figurant sur une liste établie par le représentant de l'État dans le département et, à Paris, le préfet de police ». Sans se prononcer sur la conformité au principe constitutionnel d'égalité de la disposition critiquée de la circulaire, qui énonçait que « ne doivent pas être prises en compte, pour obtenir la délivrance d'une carte nationale d'identité ou l'inscription sur les listes électorales, les attestations de domicile émanant des organismes agréés mentionnés aux articles 80 et 81 et produites par des personnes remplissant les conditions de délivrance des titres de circulation [...], qui mentionnent, comme il a été dit ci-dessus, une commune de rattachement, le ministre de l'intérieur s'est borné à tirer les conséquences des dispositions des articles 80 et 81 de la loi du 29 juillet 1998 », l'éventuelle inconstitutionnalité de celle-ci n'étant donc pas susceptible de contrôle par le juge administratif.

De même, l'année suivante, le Conseil d'État déclare que, « pour se conformer aux dispositions des articles 5 et 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 qui réserve l'accès à la fonction publique aux nationaux français et aux ressortissants communautaires ou des États membres de l'Espace économique européen], le décret du 26 août 1987 était tenu d'exclure du bénéfice de la qualité de fonctionnaire stagiaire les candidats admis à l'École normale supérieure qui ne sont pas ressortissants d'États membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen », sans contrôler la conformité à la Constitution de la disposition législative sur laquelle il fonde sa décision⁵⁸.

55. CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Lebon* 190, concl. P. Frydman ; *GAJA* n° 95 ; *AJDA* 1989. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et 788, note D. Chabanol ; *D.* 1990. 57, chron. R. Kovar, et 135, note P. Sabourin ; *JCP* 1989. I. 3429, comm. H. Calvet ; *RFDA* 1989. 824, note B. Genevois, 993, note L. Favoreu, et 1000 note L. Dubouis ; *RGDIP* 1990. 91, note J. Boulouis.

56. V. not. : B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000. 722.

57. CE 6 déc. 2002, *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Association pour l'accueil des voyageurs*, n° 223570, inédit.

58. CE 3 nov. 2003, *Gisti*, *Lebon* T. 823.

– Le deuxième domaine dans lequel la confirmation de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État a été défavorable aux étrangers est celui de la théorie des actes de gouvernement. Bien que la définition de l'acte de gouvernement ait tendance, depuis quelques décennies, à se restreindre⁵⁹, la théorie n'a pas disparu, loin de là, et continue de s'appliquer aux actes des autorités exécutives qui se rapportent, soit aux rapports des pouvoirs publics entre eux, soit à la conduite des relations internationales⁶⁰. C'est dans ce dernier domaine que le Conseil d'État a fait usage de la notion d'acte de gouvernement pour rejeter le recours qui avait été formé contre la circulaire du 24 septembre 1990 par laquelle le ministre de l'Éducation nationale enjoignait aux présidents d'université et directeurs d'établissement d'enseignement supérieur de « suspendre toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et d'interdire aux ressortissants de ce pays de s'inscrire pour l'année universitaire 1990-1991 ». Le Conseil a en effet estimé que cette circulaire n'était « pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échapp[ait] ainsi à tout contrôle juridictionnel », et il en a conclu que, « par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des requêtes » tendant à son annulation⁶¹.

Cette circulaire, si elle n'avait échappé au contrôle du juge administratif, n'aurait sans doute pas manqué d'être annulée car elle était certainement illégale. Non seulement parce qu'elle rendait les étudiants irakiens responsables de la politique menée par le régime de Saddam Hussein, alors que beaucoup de ceux qui s'inscrivaient en France étaient des opposants, mais aussi parce qu'elle violait le principe d'autonomie des universités qui interdit au ministre d'adresser des injonctions aux présidents de celles-ci et, enfin, parce qu'elle instaurait une discrimination entre étudiants fondés sur la nationalité. D'ailleurs, il est à observer que le ministre a abrogé sa circulaire dès le 18 octobre 1990, ce qui paraît montrer qu'elle n'était liée que de loin à la conduite des relations internationales.

Toujours est-il que cet arrêt n'a pas garanti les droits des étudiants irakiens, ce qu'on ne peut que regretter.

2. Les interprétations neutralisantes

Une autre méthode du Conseil d'État, qui a nui à la défense des droits des étrangers, est ce qu'on peut appeler l'interprétation neutralisante des actes qui lui sont déférés ou de ceux sur le fondement desquels les actes attaqués sont pris, interprétation qui a pour résultat de sauver ces actes de l'annulation alors qu'ils auraient été annulés s'ils avaient été interprétés conformément à la volonté de leur auteur.

59. V. par ex. : M. Virally, « L'introuvable acte de gouvernement », *RD publ.* 1952. 326, et R. Chapus, « L'acte de gouvernement : monstre ou victime », *D.* 1958. Chron. 5.

60. V. le commentaire de l'arrêt du 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, *GAJA* n° 3.

61. CE 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*, *Lebon* 346; *AJDA* 1992. 752, concl. (contraires) D. Kesler.

Tel a été le cas de l'arrêt du 24 janvier 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Azzouzi*⁶², dans lequel le Conseil d'État interprète l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, aux termes duquel « ne [peut] faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application de l'article 23 [...] l'étranger qui est père ou mère d'un ou plusieurs enfants français dont l'un au moins réside en France, à moins qu'il n'ait été définitivement déchu de l'autorité parentale » comme « impliqu[ant] que l'étranger qui en sollicite le bénéfice exerce ou ait exercé l'autorité parentale » et, partant, comme excluant de la protection qu'il institue « l'étranger ayant reconnu un enfant français mais n'exerçant pas et n'ayant jamais exercé l'autorité parentale », celle-ci étant « en entier exercée, en application de l'article 374 du code civil, par la mère de l'enfant ». L'article 25 n'exigeait pas que l'intéressé exerce l'autorité parentale, mais qu'il n'en ait pas été déchu, cette déchéance constituant une sanction de l'incapacité à élever l'enfant, voire des mauvais traitements qui ont pu lui être infligés. L'interprétation du Conseil d'État a eu pour effet de rendre expulsables les étrangers de sexe masculin ayant reconnu un enfant naturel, puisque l'article 374, alinéa 2, du code civil alors en vigueur disposait que, si le père et la mère ont l'un et l'autre reconnu l'enfant naturel, « l'autorité parentale est tout entière exercée par la mère ».

Un second exemple est donné par l'arrêt du 26 septembre 1986 qui interprète l'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, issu de la loi du 17 juillet 1984, selon lequel « la carte de résident est délivrée de plein droit et sans condition de durée de résidence à neuf catégories d'étrangers remplissant les conditions qu'il énumère », et tel qu'il serait « éclairé par les travaux préparatoires », comme impliquant « que les étrangers justifiant appartenir à l'une de ces catégories [soient] entrés régulièrement en France et y [séjournent] régulièrement », ce qui semble contraire à la notion de délivrance « de plein droit », en l'absence de toute disposition expresse en ce sens et, même, de toute volonté exprimée par le législateur lors des débats parlementaires, contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État⁶³.

On peut encore mentionner parmi les impacts négatifs, au titre des « interprétations neutralisantes », la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'absence d'effet direct de certaines conventions ou stipulations de conventions, telles celles de la Convention internationale des droits de l'enfant, ce qui lui permet de rejeter le recours ou le moyen dirigé contre un texte susceptible de violer la convention sans même examiner la compatibilité entre l'un et l'autre⁶⁴.

*

* *

62. CE 24 janv. 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Azzouzi, Lebon*; *AJDA* 1986. 121; *RFDA* 1986. 155, concl. J.-C. Bonichot. Le Gisti était intervenant volontaire dans cette affaire.

63. CE 26 sept. 1986, *Gisti, Lebon* 219.

64. V. par ex. : CE 23 avr. 1997, *Gisti, Lebon* 142, concl. R. Abraham; *AJDA* 1997. 482, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot; *RGDIP* 1998. 208, note D. Alland.

Est-il permis, pour conclure, de répondre un peu à la normande à la question : le bilan des « arrêts Gisti » sur *le droit et les droits des étrangers* est-il positif ?

Oui, certes. Grâce aux actions contentieuses du Gisti – qui n’a pas l’exclusivité en ce domaine, mais occupe une place tout à fait prééminente –, cette branche du droit a considérablement évolué et les étrangers y ont gagné des garanties que le législateur et le pouvoir réglementaire avaient parfois eu tendance à ignorer. À cet égard, le bilan est nettement positif.

En revanche, on peut regretter que, dans de trop nombreuses occasions, le juge administratif – pour ne parler que de lui – n’ait pas cru pouvoir faire l’effort supplémentaire qui aurait permis que les étrangers bénéficient d’un régime juridique digne d’un État de droit plus achevé et aussi peu dérogoratoire au droit commun que possible. Les années futures permettront, peut-être, de franchir de nouvelles étapes. Pour paraphraser une formule désormais célèbre : « Yes, we can ! »

Les retombées « collatérales » du contentieux des étrangers dans la jurisprudence et le droit administratifs

Ronny Abraham

Conseiller d'État

Juge à la Cour internationale de justice

On sait que beaucoup de grands arrêts de la jurisprudence administrative ont été rendus dans des affaires relevant du contentieux des étrangers mais sur des objets dépassant de loin ce cadre. Cela n'est pas surprenant, car le contentieux des étrangers se situe à l'intersection de plusieurs branches du droit. En laissant de côté le droit international privé qui s'intéresse aux questions de nationalité et en s'en tenant au droit public, il y a d'abord, naturellement, le droit administratif. Les actes mis en cause sont presque toujours des actes administratifs relevant du régime général des actes administratifs, et il n'est donc pas surprenant que des concepts essentiels du droit administratif soient présents dans le contentieux des étrangers. Mais il y a aussi le droit constitutionnel, car on trouve dans la Constitution et dans son préambule un certain nombre de principes susceptibles de s'appliquer en matière de droit des étrangers. Il y a, enfin, le droit international, dans lequel il faut inclure le droit européen dans ses deux branches : droit communautaire et droits de l'homme. Donc c'est un droit qui, pour cette raison même, est passionnant, qui se situe réellement au confluent, à l'intersection de ces différentes branches du droit que je viens d'énumérer.

Et c'est ce qui explique que, en réalité, s'il fallait vraiment étudier tous les effets « collatéraux », pour ainsi dire, du contentieux des étrangers il faudrait aborder un nombre considérable de questions.

Je vais donc me borner à quelques remarques sur des points qui me paraissent essentiels. J'ai choisi à cette fin de souligner quelques domaines où le contentieux des étrangers a eu un impact important dépassant le seul domaine du droit des étrangers. Et ces quelques exemples, je peux les regrouper autour de deux thèmes : d'une

part, la hiérarchie des normes juridiques en droit français, et, d'autre part, l'étendue et la nature des pouvoirs du juge. Le contentieux des étrangers a eu des effets dans ces deux directions, au moins.

I. LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Ici, il y a lieu de souligner deux points. Le premier intéresse la Constitution, le second les traités internationaux.

A. LA CONSTITUTION

En matière constitutionnelle, comme François Julien-Lafferrière l'a déjà rappelé, le premier grand arrêt *Gisti* de 1978 touche au préambule de la Constitution, et plus précisément au préambule de 1946 auquel renvoie celui de 1958. Au-delà des conséquences spécifiques que le Conseil d'État a tirées de ces textes en ce qui concerne le droit des étrangers de mener une vie familiale normale, il y a aussi la réaffirmation par le Conseil d'État, à cette occasion, de ce que le préambule de la Constitution a valeur normative, de ce qu'il est donc invocable devant les juridictions et applicable par les juges. Et la valeur normative du préambule s'étend naturellement au préambule de 1946 auquel renvoie, comme le dit l'arrêt *Gisti*, le préambule de la Constitution de 1958.

C'est le premier apport important de cet arrêt. Il est vrai que l'arrêt comporte à cet égard une certaine ambiguïté puisqu'il se réfère aussi aux principes généraux du droit. Il paraît dégager du préambule un principe général du droit dont il fait application. Est-ce directement le préambule que le juge applique ou n'y voit-il qu'une source d'inspiration pour les PGD ? Il y a une certaine ambiguïté dans cet arrêt mais je crois malgré tout que la référence explicite dans l'arrêt lui-même au préambule de 1946 est une indication qui va dans le sens d'une prise en compte, et un peu plus qu'une prise en compte, du préambule de la Constitution comme norme juridique directement applicable par le juge. Plus tard, dans l'arrêt *Koné*, en 1996, les choses seront encore plus claires : le juge s'appuie sur le préambule de 1946 pour dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République et là l'affirmation est beaucoup plus indiscutable.

Donc, réaffirmation de la valeur normative du préambule dans l'arrêt *Gisti*, de façon encore un peu ambiguë, mais qui sera plus claire dans l'arrêt *Koné*.

B. LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Le contentieux des étrangers a été évidemment l'occasion d'affirmer leur invocabilité et leur primauté. Il est vrai que l'invocabilité et la primauté des traités internationaux procède d'abord de la Constitution elle-même, de son article 55, et elle a été affirmée dans toute sa portée, c'est-à-dire y compris à l'égard des lois postérieures, par l'arrêt *Nicolo* en 1989 dans un contexte qui était extérieur au contentieux des étrangers.

Mais de nombreuses affaires concernant le droit des étrangers ont été pour le Conseil d'État l'occasion de compléter, de préciser et de réaffirmer la jurisprudence issue de l'arrêt *Nicolo*. Il suffit de faire référence à l'affaire *Diop*, déjà évoquée à plusieurs reprises : dans cet arrêt, rendu en 2001, le Conseil d'État a déclaré inapplicable et laissé inappliquée une législation relative à la cristallisation des pensions pour la raison qu'elle était contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Et c'est aussi le contentieux des étrangers – on en a déjà parlé – qui a donné l'occasion au Conseil d'État de préciser un peu, pour autant que ce soit possible, le concept d'« effet direct » des traités internationaux, qui est un concept un peu insaisissable consistant à distinguer entre les traités, voire à l'intérieur d'un même traité, les dispositions applicables par le juge de celles qui, s'adressant ou étant supposées s'adresser exclusivement aux États, sont sans effet immédiat dans l'ordre juridique interne, aussi longtemps en tout cas qu'elles n'ont pas été transformées en législation nationale. Les critères de l'effet direct ne sont guère satisfaisants car personne n'a jamais réussi à les définir, précisément du moins à en définir qui soient suffisamment opératoires pour que leur application aille de soi, et c'est toujours une source de difficulté de savoir ce qui est d'effet direct et ce qui ne l'est pas. Mais le Conseil d'État a essayé, un peu, de le faire, et notamment dans l'arrêt *Gisti* de 1997. Concluant sur cette affaire, j'ai tenté de faire ressortir les critères de l'effet direct des traités internationaux – et cela dépasse évidemment de loin le seul domaine du droit des étrangers. J'ai pensé pouvoir poser un principe, qui est celui de l'effet direct : en principe les traités internationaux sont d'effet direct, et il n'en va autrement que lorsqu'on se trouve dans le cadre d'une des deux exceptions, que sont, d'une part, le cas d'une disposition qui ne vise qu'à créer des droits et obligations entre États et qui est étrangère aux droits des individus, et, d'autre part, le cas d'une disposition qui intéresse les droits des individus mais qui est formulée en termes trop flous, trop vagues, en termes programmatiques – qui est trop générale en tout cas pour pouvoir être immédiatement appliquée à des situations particulières.

Reste à savoir quelles conséquences le juge doit tirer du constat que tel traité ou telle stipulation d'un traité est dépourvu d'effet direct. Sur ce point, je n'ai pas réussi à convaincre mes collègues de la section du contentieux. À mon avis, l'absence d'effet direct ne doit pas signifier l'absence d'invocabilité du traité – et je n'ai pas changé d'avis sur ce point – mais seulement qu'on ne peut pas directement accorder un droit individuel, un droit particulier sur la base de la disposition dépourvue

d'effet direct. En revanche, le contrôle des actes normatifs internes au regard du traité doit être complet et à mon sens l'absence d'effet direct d'un traité pour la raison que ses clauses ne sont pas suffisamment précises pour être immédiatement applicables ne doit pas faire obstacle à un contrôle de la non contrariété des normes internes par rapport au traité international, qui est toujours obligatoire, même quand il n'est pas d'effet direct. Mais le Conseil d'État en a jugé autrement, et a indiqué que dès lors qu'une disposition d'un traité n'est pas d'effet direct, elle n'est pas du tout invocable devant les tribunaux internes, ni à l'appui de la revendication d'un droit individuel – sur ce point je suis d'accord – ni non plus au soutien d'un recours dirigé contre un acte normatif comme c'était le cas en l'espèce. C'était un décret réglementaire qui était attaqué, et à mon sens rien n'empêchait de confronter ce décret réglementaire à la norme internationale à laquelle, selon la requérante, il n'était pas conforme (ce qui d'ailleurs n'était pas mon avis).

Voilà donc en ce qui concerne les effets en matière de hiérarchie des normes. Voyons maintenant l'autre point sur lequel je voulais insister : la définition et l'étendue des pouvoirs du juge.

II. LA DÉFINITION ET L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DU JUGE

Indiscutablement, le contentieux des étrangers a joué un rôle important à deux égards au moins (je ne prétends pas là non plus être exhaustif) : d'une part en ce qui concerne les pouvoirs d'interprétation du juge, son pouvoir d'interpréter la norme, d'autre part en ce qui concerne son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires pour préserver les droits des intéressés.

A. LE POUVOIR D'INTERPRÉTATION

On peut ici mentionner deux aspects qui ont été fortement touchés par le droit des étrangers : l'interprétation de la Constitution, d'une part, l'interprétation des traités, d'autre part.

En premier lieu, le pouvoir du juge d'interpréter la Constitution et son préambule : l'arrêt *Gisti* de 1978 en est un exemple, l'arrêt *Koné* de 1996 en est un autre. Dans cette dernière affaire, le Conseil d'État dégage le « principe fondamental reconnu par les lois de la République » selon lequel la France ne peut pas remettre à un État étranger la personne réclamée sous la forme d'une demande d'extradition lorsqu'il apparaît que la demande est inspirée par un but politique, et ceci même si le traité d'extradition en vigueur entre les deux États ne prévoit pas explicitement un tel motif de refus d'extradition. Une extradition accordée dans de telles conditions serait contraire à un principe de valeur constitutionnelle.

Pour dire cela, le Conseil d'État procède à une interprétation du préambule de la Constitution, puisque dégager un tel principe, c'est forcément interpréter le préambule de 1946 qui comporte cette référence aux PFRLR. À l'époque, cet arrêt *Koné* a été diversement reçu par une partie de la doctrine qui a eu l'air de s'étonner – à mon avis bien à tort – que le Conseil d'État se reconnaisse ainsi le pouvoir de dégager un principe de valeur constitutionnelle, d'en affirmer l'existence. Mais si le juge est compétent pour appliquer la Constitution – et on ne lui a jamais fait grief de le faire, en tout cas on ne lui avait jamais fait ce grief jusqu'en 1996 –, il a nécessairement le pouvoir de l'interpréter. Et ce n'est rien faire d'autre que d'interpréter la Constitution que de dégager un principe de valeur constitutionnelle. Pour le surplus, c'est une question de discipline inter-juridictionnelle, je veux dire qu'il appartient au Conseil d'État de veiller à ce que sa jurisprudence en la matière n'entre pas en contradiction avec celle du Conseil constitutionnel et réciproquement. Mais on ne peut pas dire que dans l'arrêt *Koné* le Conseil d'État ait dit quoi que ce soit qui aille à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En tout cas, c'est une claire affirmation du pouvoir qu'a le juge chargé d'appliquer la Constitution – et dans mon esprit ça ne vaut pas seulement pour le Conseil d'État, ça vaut pour l'ensemble des juridictions – de l'interpréter, car on ne peut appliquer que ce qu'on est en droit d'interpréter – à moins qu'il n'existe un mécanisme de renvoi préjudiciel vers une autorité interprétative.

Ceci me fournit une transition avec l'autre aspect de la question : le pouvoir du juge d'interpréter les traités internationaux. Dans ce domaine, le droit des étrangers a été directement à l'origine d'un revirement de jurisprudence, celui de 1990, dont a parlé François Julien-Laferrrière et sur lequel je ne reviendrai donc pas.

B. LES POUVOIRS DU JUGE DES RÉFÉRÉS

Le second aspect important de la façon dont les pouvoirs du juge ont été affectés par le contentieux des étrangers a trait aux pouvoirs du juge des référés : le pouvoir du juge d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires pour protéger les droits des justiciables.

En quoi ce pouvoir-là a-t-il été influencé par le contentieux des étrangers ? Contrairement à tous les exemples que j'ai donnés jusqu'à présent, l'influence n'a pas pris la forme d'une évolution ou d'un revirement de la jurisprudence, mais d'une réforme législative : c'est la grande réforme du référé administratif de 2000 qui a créé ces instruments nouveaux ou en tout cas rénovés que constituent le référé-suspension et le référé-liberté.

Pourquoi peut-on dire tout de même que c'est le contentieux des étrangers qui est à l'origine de la réforme législative ? Parce que je suis convaincu que s'il n'y avait pas eu un certain nombre d'affaires dans les années 1990, notamment qui sont venues au Tribunal des conflits, à une époque où d'ailleurs j'y étais commissaire du gouvernement, probablement la réforme du référé n'aurait pas eu lieu, ou alors elle

serait intervenue plus tard. Certainement, la pression que les avocats ont exercée pour obtenir à toute force des mesures conservatoires de protection au bénéfice des étrangers, s'adressant au besoin au juge des référés civil parce que le juge des référés administratif ne disposait pas d'instruments comparables – cette pression a été en grande partie à l'origine de la réforme de 2000¹.

Je m'étais fait l'avocat, avec bien d'autres, au Conseil d'État, depuis longtemps déjà de la nécessité d'une réforme profonde du référé administratif. Mais c'est le contentieux des étrangers qui a donné l'impulsion décisive.

Ce contentieux n'a donc pas eu seulement des effets sur la jurisprudence, mais aussi sur la législation – et des effets positifs, puisque la loi est venue donner au juge les moyens dont il ne disposait pas jusqu'alors et dont il avait manifestement besoin.

1. V. sur ces différentes affaires, les contributions de G. Tcholakian et de D. Liger, *supra*, p. 193 et p. 197.

Un regard sur les spécificités du contentieux administratif des étrangers

Alain-François Roger

Avocat associé au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Le contentieux des étrangers paraît se distinguer clairement du contentieux administratif général, tant par sa nature, son régime, ses sources que l'intérêt modéré qu'il suscite en doctrine. En mutation permanente, il se présente comme une matière juridique des plus difficiles à maîtriser. Si le droit des étrangers arbore une unité au regard de l'égalité de traitement¹, le contentieux des étrangers ne présente guère, *a priori*, d'unité conceptuelle. Susceptible de relever du juge pénal, civil ou administratif, il se veut un domaine diversifié et essentiellement complexe. Si l'on peut concevoir que la complexité soit inhérente au droit administratif², celle du contentieux des étrangers tient davantage à son objet qu'à sa nature, voire à un certain déterminisme politique.

Il s'agit en premier lieu d'un droit hétérogène aux sources éclatées³. On les retrouve dans les déclarations de droits du bloc de constitutionnalité, dans les codes civil, pénal, de justice administrative, et dans un code qui lui est propre, celui de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. De nombreuses conventions internationales régissent encore la situation des étrangers en France. On pense notamment aux conventions de Genève, aux conventions bilatérales franco-algérienne, franco-marocaine, franco-tunisienne et surtout à la Convention européenne des droits de l'homme dont la violation est invoquée avec un succès qui ne se dément pas.

En deuxième lieu, le contentieux apparaît réparti au sein même de l'ordre administratif. Certains litiges relèvent de la compétence du Conseil d'État en premier et

1. E. Saulnier-Cassia, V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009.

2. F. Burdeau, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 417.

3. V. Tchen, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* 2008, 4^e éd., Litec, 2007, p. XI.

dernier ressort (les refus des visas), d'autres en tant que juge d'appel ou de cassation (les recours pour excès de pouvoir et référés-suspension dirigés contre les refus de titre de séjour assortis d'obligations de quitter le territoire français et les arrêtés de reconduite à la frontière). Le Conseil connaît également en cassation des recours exercés à l'encontre des décisions de la Cour nationale du droit d'asile, juridiction administrative spécialisée.

Enfin, l'étendue de ce contentieux s'avère particulièrement diversifiée. Pour la seule matière administrative, on compte le contentieux de la reconduite à la frontière, celui du droit d'asile, du refus de visa, ou encore celui de l'extradition

Il semble qu'à l'instar d'autres pans du contentieux administratif aux nombreuses spécificités, le contentieux des étrangers se révèle être un contentieux de spécialistes. Il connaît lui-même un vocabulaire propre et des acronymes particuliers. On y parle d'ARF (arrêté de reconduite à la frontière), d'OQTF (obligation de quitter le territoire français), de l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et apatrides), de l'ancienne CRR (Commission des recours des réfugiés devenue Cour nationale du droit d'asile⁴) et du CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Cette disparité procédurale ne doit cependant pas conduire à sous-estimer la signification du contentieux des étrangers pour le contentieux administratif général. Nombreux sont les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* qui trouvent leur origine dans le droit des étrangers (on pense au principe général du droit à une vie familiale normale⁵, à l'invocabilité des directives communautaires⁶, au pouvoir d'interprétation des conventions internationales dévolu au juge administratif⁷). Encore plus nombreux sont les *Grands arrêts du contentieux administratif*⁸ en la matière (au sujet de la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux⁹, de la notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative¹⁰, de la nécessaire capacité à agir du requérant¹¹,

4. Art. 29 de la loi n° 2007-1631 du 20 nov. 2007, relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JO 21 nov. 2007, p. 18993; AJDA 2008. 141, comm. O. Lecucq.

5. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, Lebon* 493, concl. P. Dondoux; AJDA 1979. 38, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau; D. 1979. J. 661, note L. Hamon; GAJA, 2007, 16^e éd., n° 90.

6. CE, Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit, Lebon* 524; D. 1979. J. 155, concl. B. Genevois, note B. Pacteau; AJDA 1979. 27, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau; GAJA, 2007, 16^e éd., n° 91.

7. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti, Lebon* 171, concl. R. Abraham; AJDA 1990. 621, concl. R. Abraham et note G. Teboul; RFDA 1990. 923, note J.-F. Lachaume; D. 1990. 560, note P. Sabourin; GAJA, 2007, 16^e éd., n° 97.

8. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2007.

9. CE, Sect., 8 janv. 1982, *Aldana Barrena, Lebon* 9, concl. B. Genevois; AJDA 1982. 662, note F. Julien-Laferrière, GACA, n° 8, Dalloz, 2007, note J.-C. Bonichot.

10. CE, Sect., 30 oct. 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Tliba, Lebon* 523; RFDA 2002. 324, concl. I. de Silva; AJDA 2001. 1054, chron. M. Guyomar et P. Collin; GACA, n° 15, note P. Cassia.

11. CE, Sect., 9 juill. 1997, *Mlle Kang, Lebon* 302; AJDA 1997. 906, concl. M. Denis-Linton; RFDA 1997. 1097; GACA, n° 31, note P. Cassia.

du non-lieu consécutif à la disparition de l'intérêt du recours en cours d'instance¹², de la substitution de motifs¹³, des injonctions d'exécution¹⁴).

Le contentieux des étrangers est de toute évidence un contentieux précurseur. On se souvient que c'est à l'occasion de litiges relatifs au contentieux des étrangers que la jurisprudence a apporté d'utiles précisions en matière d'appréciation de l'intérêt à agir¹⁵, que le Tribunal des conflits a rappelé les limites de la notion de voie de fait¹⁶ et que, plus récemment, le Conseil d'État a précisé sa jurisprudence en matière de substitution de base légale¹⁷, de production de mémoires postérieurement à la clôture de l'instruction¹⁸ et d'office du juge des référés¹⁹.

Contentieux spécial, celui des étrangers l'est en outre par sa masse. Selon les chiffres énoncés dans les rapports annuels du Conseil d'État, le contentieux des étrangers ne semble pas représenter une part très significative de l'activité de la Haute Assemblée qui, par effet du transfert de la compétence d'appel des arrêtés de reconduite à la frontière aux cours administratives d'appel²⁰, est saisie annuellement d'un nombre de recours stabilisé autour des 12 000 dont moins de 1 000 sont relatifs au contentieux des étrangers. En revanche, la situation des juridictions du fond apparaît fondamentalement différente. De 126 000 entrées en 2000, les tribunaux administratifs ont été saisis de plus de 175 000 recours en 2007. La tendance est la même pour les cours administratives d'appel qui sont passées de 17 000 saisines à 26 000 en sept ans. En 2007, les juges du premier degré ont été saisis de plus de 44 000 recours en matière d'étrangers. Selon les chiffres présentés sur le site internet du syndicat de la juridiction administrative²¹, plus du quart des entrées

12. CE 19 avr. 2000, *Borusz, Lebon* 157; *GACA*, n° 45, note P. Cassia.

13. CE, Sect., 6 févr. 2004, *Hallal, Lebon* 48, concl. I. de Silva; *RFDA* 2004. 740, concl.; *AJDA* 2004. 436, chron. F. Donnat et D. Casas; *RD publ.* 2005. 530, note C. Guettier; *GACA*, n° 67, note J.-C. Bonichot.

14. CE, Sect., 22 févr. 2002, *Dieng, Lebon* 54; *RFDA* 2002. 1080, concl. D. Chauvaux; *AJDA* 2002. 415, chron. M. Guyomar et P. Collin; *RD publ.* 2002. 441, note C. Guettier; *GACA*, n° 69, note P. Cassia.

15. CE 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT, Lebon* 16; *AJDA* 1975. 258, note J.-M. André; *D.* 1975. J. 784, note F. Julien-Laferrière.

16. T. confl. 20 juin 1994, *Madaci et Youbi, Rec. T. confl.* 603; *Gaz. Pal.* 24-25 août 1994, p. 22, concl. R. Abraham; *AJDA* 1994. 496, chron. C. Maugué et L. Touvert; T. confl. 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c. Tribunal de grande instance de Paris, Rec. T. confl.* 528; *RFDA* 1997. 514, concl. J. Arrighi de Casanova; *AJDA* 1997. 635, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot; T. confl. 19 nov. 2001, *Mlle Mohamed c. Ministre de l'Intérieur, Rec. T. confl.* 755; *D.* 2002. 1446, concl. G. Bachelier; *AJDA* 2002. 234, note J. Petit.

17. CE 3 déc. 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c. El Bahi, Lebon* 479, concl. J.-H. Stahl; *RFDA* 2004. 733, concl.; *AJDA* 2004. 202, chron. F. Donnat et D. Casas; *D.* 2005. 29, chron. P.-L. Frier.

18. CE, Sect., 27 févr. 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abounkhila, Lebon* 93; *AJDA* 2004. 651, chron. F. Donnat et D. Casas; *DA* 2004, n° 5, p. 25, note V. Tchen; *LPA* 18 oct. 2004, p. 14, note F. Melleray; *RD publ.* 2005. 510, note C. Guettier.

19. CE 6 mars 2008, *Ministre de l'Immigration c. Dociev, n° 313915; AJDA* 2009. 102, note O. Le Bot.

20. Décr. n° 2004-789 du 29 juill. 2004 relatif au contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière et modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative, *JO* 3 août 2004, p. 13819, applicable aux appels enregistrés à partir du 1^{er} janv. 2005. Art. R. 776-19 CJA.

21. [<http://www.sja-juradm.org>].

devant les tribunaux administratifs concernent la reconduite à la frontière. On peut même observer qu'à l'heure actuelle, dans certaines juridictions, notamment parisiennes, près de 60 % des saisines sont relatives au contentieux de la reconduite à la frontière.

On y ajoutera au titre des contradictions systémiques la nécessité qu'il y a pour l'administration de procéder à l'examen individuel de chaque affaire, ce qui constitue la contrepartie de son pouvoir discrétionnaire.

La réforme issue de la loi du 24 juillet 2006²² et du décret du 23 décembre 2006²³, qui modifie également le régime de la régularisation des recours devant le juge administratif²⁴, ne semble pas porter ses fruits. Compte tenu des contraintes de délais de jugement, certains tribunaux sont concrètement conduits à délaissier les autres contentieux, ce qui se répercute sur les rôles des cours administratives d'appel. Le bilan d'étape se révèle peu probant²⁵, d'autant que la contestation des refus de titre de séjour assortis d'OQTF semble devenue systématique.

La pertinence même du contentieux administratif des étrangers a semblé mise en discussion. En janvier 2008, le président de la République a chargé M. Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel, de réunir une commission chargée de réfléchir à l'unification juridictionnelle du contentieux des étrangers et aux modalités de la révision constitutionnelle qu'elle implique. En application du principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle²⁶ », le Conseil constitutionnel avait déjà invalidé la loi attribuant au juge judiciaire le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière édictés par le préfet²⁷. Plusieurs solutions ont été successivement envisagées par la commission Mazeaud : confier la

22. L. n° 2006-911 du 24 juill. 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO 25 juill. 2006, p. 11047.

23. Décr. n° 2006-1708 du 23 déc. 2006, modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative, JO 29 déc. 2006, p. 19845 ; S. Slama, « Le contentieux des refus de séjour assortis d'une OQTF : une mécanique implacable applicable dès le 1^{er} janvier 2007 », *Blog Droit administratif* 17 déc. 2006 ; CE 11 juill. 2007, USMA, n° 302040 ; AJDA 2007. 2218, note T. Gründler.

24. D. Chabanol, « Le décret du 23 décembre 2006 : vers une refonte de l'accès au juge ? », AJDA 2007. 304 ; A. Ciaudo, « Mise au point sur la régularisation des recours devant le juge administratif après le décret du 23 décembre 2006 », *Blog Droit administratif* 4 févr. 2007.

25. J. Bouher, B. Bourgeois-Machureau, « Le contentieux des obligations de quitter le territoire français : bilan d'étape », AJDA 2008. 344.

26. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, Rec. Cons. const. 8 ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois, et 301, note L. Favoreu ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; D. 1988. J. 117.

27. Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. Cons. const. 81 ; RFDA 1989. 621, note B. Genevois ; D. 1990. 161, note X. Prétot.

totalité de ce contentieux au juge judiciaire, au juge administratif général, ou créer une juridiction administrative spécialisée²⁸.

De manière concomitante, un amendement était adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale au projet de révision constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République visant à insérer au sein de l'article 34 de la Constitution une disposition prévoyant que la loi fixe les règles relatives à « la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserves de l'article 66 ». À cette occasion, certains parlementaires, peu au fait du fonctionnement et de la jurisprudence de la juridiction administrative, entreprenaient de dénoncer « l'absence d'indépendance des magistrats administratifs » et de remettre en cause l'existence de la Section du contentieux du Conseil d'État. Comptons que le décret du 6 mars 2008 mettant fin à la présence des membres des sections administratives du Conseil d'État au sein de ses formations contentieuses²⁹ et celui du 7 janvier 2009 substituant l'appellation de rapporteur public à celle de commissaire du gouvernement³⁰ mettront un terme à de telles outrances.

Prenant acte des spécificités du contentieux administratif des étrangers, le rapport de la commission Mazeaud a préconisé son maintien : « l'unification juridictionnelle du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers, outre qu'elle serait très difficilement réalisable, ne répondrait aux attentes placées en elle ni au regard de la charge de travail des juridictions, ni du point de vue de l'effectivité des mesures de reconduite des étrangers en situation irrégulière. Si l'interrogation sur la dualité de juridiction est compréhensible, l'avantage, à terme, d'une unification n'apparaît ni suffisamment substantiel, ni même assez probable pour justifier des mesures aussi lourdes, et prêtant autant le flanc aux polémiques, qu'une révision constitutionnelle débouchant sur une nouvelle organisation juridictionnelle³¹ ».

Le contentieux administratif des étrangers reste néanmoins un droit particulièrement technique et complexe, jalonné de multiples spécificités. Nombre d'entre elles s'expliquent par l'urgence qui marque l'objet de ce contentieux. Qu'il s'agisse d'accorder ou de refuser un visa ou la qualité de réfugié à un étranger, de l'expulser ou de le reconduire à la frontière, le juge administratif est toujours confronté à des situations d'urgence dans lesquelles ses décisions auront un impact immédiat sur les droits et parfois sur la vie même des justiciables. Aussi, les pouvoirs publics ont-ils prévu des délais particuliers de saisine du juge et de traitement des recours. D'autres spécificités, au premier abord moins compréhensibles, tendent à adapter le respect du contradictoire et des droits de la défense à ces impératifs d'urgence. Cette conci-

28. S. Slama, « L'autre révision constitutionnelle – Plaidoyer contre la juridiction administrative spécialisée en contentieux des étrangers », *Blog Droit administratif* 22 janv. 2008.

29. Décr. n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, *JO* 7 mars 2008, p. 4244; P. Gonod, « Le Conseil d'État, à la croisée des chemins ? », *AJDA* 2008. 630.

30. Décr. n° 2009-14 du 7 janv. 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions, *JO* 8 janv. 2009, p. 479.

31. *Rapport de la Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration*, La Documentation française, 2008, p. 5.

liation s'avère particulièrement difficile³². Les spécificités entre les différentes branches du contentieux administratif des étrangers semblent parfois obscures et d'une technicité déroutante.

Cette caractéristique est d'autant plus problématique que cet ensemble juridique s'adresse aux plus démunis.

On ne peut prétendre ici rapporter l'ensemble des spécificités procédurales du contentieux administratif des étrangers. Seules les plus marquantes d'entre elles au regard du contentieux administratif général seront envisagées, selon qu'elles se rapportent à l'introduction des recours (I), à l'exercice des recours (II) ou à leur traitement juridictionnel (III).

I. LES SPÉCIFICITÉS DANS L'INTRODUCTION DES RECOURS

À titre liminaire, il convient de préciser qu'en vertu de l'article R. 775-1 du Code de justice administrative, le contentieux des refus de titre de séjour assortis d'une OQTF relève de la même procédure que celui des arrêtés de reconduite à la frontière lorsque l'étranger est placé en centre de rétention. Ce régime est organisé par les articles R. 776-1 et suivants du Code de justice administrative (CJA) qui constituent un véritable « mini-code³³ » en la matière. Autrement dit, les règles de la procédure administrative contentieuse relatives aux refus de titre de séjour assortis d'une OQTF se retrouvent aux articles R. 775-2 et suivants CJA. Certaines règles procédurales spécifiques à l'introduction des recours sont également prévues par le CESEDA. Elles portent sur les délais de recours contentieux (A) et certaines formalités procédurales spécifiques (B).

A. LES DÉLAIS DE RECOURS CONTENTIEUX

Les refus de titre de séjour assortis d'une OQTF sont susceptibles d'être déférés au juge administratif dans un délai d'un mois (L. 512-1 CESEDA) insusceptible d'être prorogé par l'exercice d'un recours administratif préalable (R. 775-2 CJA). Cette absence de prorogation du délai de recours contentieux par l'effet d'un recours administratif exercé dans ce même délai³⁴ constitue une dérogation remarquable à la

32. F. Mallol, « Le juge et l'étranger : variations sur la procédure contentieuse dans la reconduite à la frontière », *RFDA* 1996. 520; M. Merino, « La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée », *DA* 2008, n° 2, p. 17.

33. D. Chabanol, *Code de justice administrative annoté et commenté*, 3^e éd., Le Moniteur, 2007, p. 809.

34. CAA Paris 15 oct. 2007, *Bordji*, n° 07PA01885; CAA Lyon 22 mai 2008, *Akouh*, n° 08LY00491.

jurisprudence classique du Conseil d'État en contentieux général³⁵. Le juge a néanmoins admis que le recours administratif pouvait avoir un tel effet prorogatif si la notification de l'OQTF induisait son destinataire en erreur³⁶ ou mentionnait la possibilité d'exercer un recours administratif sans préciser qu'il n'aurait pas pour effet de proroger le délai de recours contentieux³⁷.

Les arrêtés de reconduite à la frontière peuvent être contestés devant le juge dans un délai de 48 heures (L. 512-2 CESEDA). La jurisprudence a précisé que la saisine d'une juridiction incompétente³⁸ et l'exercice d'un recours administratif³⁹ n'ont pas davantage pour effet de proroger le délai de recours contentieux à leur rencontre. Cela est en revanche le cas d'une demande d'aide juridictionnelle⁴⁰. Le délai est également de 48 heures pour les décisions de non-admission sur le territoire d'un demandeur d'asile à la frontière (L. 213-9 CESEDA). Contrairement au contentieux administratif général, ces délais ne sont pas francs. Ils se comptent d'heure en heure, et parfois de minute en minute⁴¹.

Pour le contentieux des décisions du directeur de l'OFPRA, la Cour nationale du droit d'asile doit être saisie dans un délai d'un mois (R. 733-9 CESEDA). Le recours gracieux n'a de même pas pour effet de proroger le délai de recours contentieux⁴². Toutefois, comme en contentieux général, s'agissant ici d'un recours de plein contentieux⁴³, la décision implicite de rejet n'est soumise à aucun délai de recours⁴⁴. Pour le contentieux des refus de visas, les décisions de la commission des refus de visas sont contestables devant le Conseil d'État dans un délai de quatre mois. En effet, le délai de deux mois de droit commun est prolongé de deux mois lorsque le requérant réside à l'étranger (R. 421-7 CJA).

Les délais des voies de recours sont le plus souvent spécifiques. Le délai d'appel est d'un mois pour les jugements statuant sur les refus de titre de séjour assortis d'une OQTF (R. 775-10 CJA) et pour les arrêtés de reconduite à la frontière (R. 776-20 CJA), sans que des délais de distance puissent le prolonger⁴⁵. L'article R. 776-17 CJA précise seulement que la notification du jugement sur l'ARF mentionne la possibilité d'exercer un appel ainsi que le délai d'appel. La pratique des tribunaux est en la matière de procéder à la notification de droit commun (R. 751-5 CJA) et de

35. CE 13 avr. 1881, *Bansais*, *Lebon* 430; S. 1882. III. 29, concl. O. Le Vavasseau de Précourt; CE 12 janv. 1917, *Marchelli*, *Lebon* 42; S. 1923. III. 12.

36. CAA Bordeaux 6 déc. 2007, *Toula*, n° 07BX01181.

37. CAA Paris *Shao*, n° 07PA01960, *AJDA* 2008. 818, concl. B. Bachini.

38. CE 15 nov. 1996, *Zola-Nalumbu*, n° 178909, *Lebon T.* 1077.

39. CE 12 févr. 1996, *Chergou*, n° 173581, *Lebon T.* 943.

40. CE 21 févr. 1997, *Taiba*, n° 173292.

41. CE 15 nov. 1996, *Mlle Zerraf*, n° 181797, recours irrecevable pour 9 minutes, ARF notifié à 17h05, recours enregistré à 17h14; CE 4 avr. 1997, *Mourad*, n° 179589, recours irrecevable pour 10 minutes, ARF notifié à 11h50, recours enregistré à 12h00; CE 28 juill. 2004, *Mme Tshidibi Mukeba*, n° 263179, recours irrecevable pour 9 minutes, ARF notifié à 15h55, recours enregistré à 16h04.

42. CE 25 juill. 1986, *Sekulic*, *Lebon* 214.

43. CE, Sect., 8 janv. 1982, *Aldana Barrera*, préc.

44. CRR 20 juill. 1993, *Appiah Thambu*, *Rec. CRR.* 46.

45. CE 5 nov. 2004, *Préfet de la Guadeloupe c. Tibo*, n° 255619, *Lebon T.* 726.

mentionner dans la notification de tous les jugements la possibilité de faire appel, le délai d'appel, l'obligation de produire le jugement en cas d'exercice de l'appel et l'éventuel ministère d'avocat obligatoire. Ainsi, une cour administrative d'appel peut rejeter le recours par ordonnance sans inviter l'appelant à régulariser son recours lorsque celui-ci n'a pas produit le jugement attaqué statuant sur un refus de titre de séjour assorti d'une OQTF alors que la notification du jugement mentionnait cette obligation⁴⁶. Un même rejet par ordonnance paraît envisageable en cas de défaut de représentation obligatoire par un avocat si la notification du jugement mentionne clairement cette obligation⁴⁷.

Le délai d'appel est de quinze jours en matière de décisions de non-admission sur le territoire d'un demandeur d'asile à la frontière (L. 213-9 CESEDA). Le délai du recours en cassation exercé à l'encontre des décisions de la Cour nationale du droit d'asile est celui du droit commun de deux mois (R. 821-1 CJA).

B. LES FORMALITÉS PROCÉDURALES PARTICULIÈRES

« Par souci d'efficacité et de rapidité, le législateur a aussi estimé nécessaire de simplifier le formalisme de la présentation des requêtes⁴⁸. » Par exemple, l'article R. 776-4 CJA prévoit que pour les recours dirigés contre les arrêtés de reconduite à la frontière, la requête comprend certes l'identité et l'adresse du requérant ainsi qu'un exposé des faits et des motifs du recours, mais elle n'est produite qu'en un seul exemplaire. Ce même article prévoit que la décision attaquée doit être produite par l'administration. Le Conseil d'État a considéré que ces formalités étaient exhaustivement énoncées et que la requête n'avait pas à être signée à peine d'irrecevabilité⁴⁹.

L'article R. 776-12 CJA prévoit qu'en matière de reconduite à la frontière, les parties peuvent présenter des conclusions et observations écrites jusqu'à ce que l'affaire soit appelée à l'audience⁵⁰. Une requête dépourvue de moyen peut être régularisée postérieurement à l'expiration du délai de recours contentieux et même par des observations orales faites à l'audience⁵¹. Cet article semble également exclure la jurisprudence *Intercopie*⁵² en matière de jugement des arrêtés de reconduite à la fron-

46. CE 28 nov. 2007, *Makouesi*, n° 295441.

47. CE 27 févr. 2006, *Casseron, Lebon T.* 1004; *LPA* 3 nov. 2006, p. 11, note A. Ciaudo et M. Desseix.

48. F. Benoit-Rohmer, « Reconduite à la frontière : développements récents », *RD publ.* 1994, 455.

49. CE 28 juill. 1999, *El Aryani*, n° 202246, *Lebon T.* 944; CE 27 oct. 2000, *Mme Bak*, n° 205116.

50. CE, Sect., 1^{er} juin 1953, *Vasnier, Lebon* 254; *JCP* 1953. I. 1132, note F. Gazier et M. Long; S. 1953. III. 102; art. R. 411-1 CJA.

51. CE 29 nov. 1991, *Préfet de l'Aisne c. Strzyowski*, n° 126277, *Lebon T.* 1098; CE 25 juin 1993, *Beya*, n° 138686.

52. CE, Sect., 20 févr. 1953, *Société Intercopie, Lebon* 88; S. 1953. III. 77, concl. M. Letourneur; *GACA*, n° 50, note P. Cassia.

tière. Cette irrecevabilité des moyens se rapportant à une cause juridique non soulevée avant l'expiration du délai de recours contentieux se retrouvera toutefois dans la procédure d'appel⁵³ et dans le contentieux des refus de titre de séjour assortis d'une OQTF⁵⁴.

Dans ce dernier contentieux, une spécificité se retrouve au sujet du désistement d'office. Celui-ci intervient lorsqu'un mémoire complémentaire est annoncé par le requérant et qu'il n'est pas produit dans un délai de quinze jours (R. 775-5 CJA). Dans le contentieux général, ce délai est de trois mois devant le Conseil d'État (R. 611-22 CJA) ou fixé par une mise en demeure devant les juges du fond (R. 612-5 CJA).

Une particularité peut être relevée dans la présentation des requêtes devant la Cour nationale du droit d'asile où la profession du requérant doit être mentionnée (R. 733-7 CESEDA), ce qui n'est pas le cas en contentieux général⁵⁵.

Le contentieux des refus de visas se révèle encore plus spécifique en ce qu'il est soumis, à peine d'irrecevabilité⁵⁶, à l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire devant une commission placée auprès du ministre des Affaires étrangères (D. 211-5 CESEDA). La décision de la commission se substituant à la décision initiale de refus de visa, le recours exercé devant le Conseil d'État doit être dirigé contre la décision de la commission ou des conclusions additionnelles déposées en ce sens lorsque le recours devant le Conseil a été exercé après la saisine de la commission mais avant qu'elle ait statué⁵⁷. Le juge accepte toutefois de requalifier le recours dirigé contre la décision initiale en recours dirigé contre la décision s'y étant substituée⁵⁸, requalification rendue par ailleurs obligatoire en contentieux général par un arrêt récent⁵⁹. La procédure suivie devant ladite commission soulève certaines interrogations. Celle-ci, qui n'est pourtant pas une autorité juridictionnelle mais bien administrative⁶⁰, peut rejeter des recours administratifs en raison de leur irrecevabilité manifeste (D. 211-9 CESEDA), ou plus généralement pour irrecevabilité en raison d'un défaut d'intérêt à agir ou de motivation du recours (D. 211-6 CESEDA). Ces cas d'irrecevabilité d'un recours administratif laissent pour le moins perplexe.

53. CE, Ass., 19 avr. 1991, *Babas*, n° 117680, *Lebon* 163, concl. R. Abraham; D. 1991. J. 401, note X. Prétot; CE 9 mars 2001, *Lihidheb*, n° 219196 (sur la distinction des causes juridiques : légalité externe et légalité intrne).

54. CAA Paris 10 mars 2008, *Sabogal Pinedo*, n° 07PA03386.

55. CE 10 sept. 1823, *Guyot, Walcknaër et autres c. Compagnie Pauwels, Lebon* 681; S. 1822-1824. II. 264.

56. CE 19 févr. 2001, *El Hirach*, n° 228994, *Lebon* 78; RFDA 2001. 530.

57. CE 27 nov. 2002, *Mlle Yonetsu*, n° 238982, *Lebon* T. 768; AJDA 2003. 631; CE 20 juill. 2006, *Ndobo Leng*, n° 294741, *Lebon* T. 895.

58. CE 21 janv. 2007, *Mme Langer*, n° 289811; AJDA 2007. 701, concl. Y. Aguila.

59. CE 19 déc. 2008, *Mme Mellinger épouse Praly*, n° 297187; AJDA 2008. 2422, obs. S. Brondel.

60. CE 7 déc. 2005, *El Morsli*, n° 264464, *Lebon* 556; JCP Adm. 13 mars 2006. 338, concl. I. de Silva; CE 30 déc. 2003, *Mme Njolle Totto*, n° 241473.

II. LES SPÉCIFICITÉS DANS L'EXERCICE DES RECOURS

La contestation des mesures administratives relatives aux étrangers est sans conteste « placée sous le signe de l'urgence⁶¹ ». Les recours dirigés à leur encontre sont le plus souvent suspensifs d'exécution (A). Elles constituent un terrain privilégié pour les référés administratifs d'urgence (B). L'exception d'illégalité entre deux actes individuels y trouve une place de choix (C).

A. L'EFFET SUSPENSIF DES RECOURS

L'exercice d'un recours contentieux dirigé à l'encontre des OQTF est suspensif (L. 512-1 CESEDA). Dans le silence des textes, ce n'est en revanche pas le cas pour les refus de titre de séjour. De même les arrêtés de reconduite à la frontière ne peuvent être mis en exécution dans le délai de recours contentieux et, lorsqu'il est saisi, tant que le juge administratif n'a pas statué sur leur légalité (L. 512-3 CESEDA). L'article R. 776-19 CJA prévoit expressément l'effet non suspensif de l'appel exercé à l'encontre des jugements en matière d'arrêtés de reconduite à la frontière. L'article L. 512-5 CESEDA prévoyait cet effet suspensif, mais il a été abrogé par l'article 60 de la loi du 24 juillet 2006. L'appelant conserve néanmoins la possibilité de demander le sursis à exécution du jugement attaqué en application de l'article R. 811-17 CJA⁶².

B. L'EXERCICE DES RÉFÉRÉS D'URGENCE

Le référé-liberté constitue l'un des outils du contentieux administratif des étrangers. Le Conseil d'État a en effet reconnu que « le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter la qualité de réfugié » constituait une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA⁶³. La violation de la liberté personnelle, que le juge a reliée à l'article 3 CEDH sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, peut également être invoquée à ce titre⁶⁴, de même que le droit à une vie familiale normale⁶⁵.

61. R. Errera, « Les limites d'une contrainte – L'exécution d'office dans le droit des étrangers », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 52.

62. CE, Ass., 29 juin 1990, *Engin*, n° 115900, *Lebon* 190; *RFDA* 1990. 543, concl. C. de la Verpillière; *D.* 1991. Jur. 65, note O. Dugrip; CAA Marseille 26 sept. 2006, *Sarikas*, n° 06MA02371

63. CE 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, *Lebon* 12; *AJDA* 2001. 589, note J. Morri et S. Slama; CE 9 mars 2005, *Moinuddin*, n° 274509, *Lebon* T. 921; *AJDA* 2005. 1302, concl. F. Donnat.

64. CE 15 oct. 2001, *Hamani*, n° 238934, *Lebon* 466; CE 14 janv. 2005, *Mme Luzeyido Bondo*, n° 276123, *Lebon* T. 915

65. CE, Sect., 30 oct. 2001, *Mme Tliba*, n° 238211, *Lebon* 523; *RFDA* 2002. 324, concl. I. de Silva; *AJDA* 2001. 1094, chron. M. Guyomar et P. Collin.

Il est parfaitement envisageable d'exercer un référé-liberté contre une OQTF⁶⁶ et contre l'acte d'exécution d'un ARF⁶⁷ alors même qu'il existe des procédures spécifiques à cet effet. En revanche, le référé-suspension est irrecevable à l'encontre d'un ARF⁶⁸ ou d'une OQTF⁶⁹ car le recours pour excès de pouvoir exercé à leur encontre est suspensif. Dans un arrêt récent, le Conseil d'État a par ailleurs considéré que l'exécution de l'OQTF n'avait pas pour effet de faire perdre son objet au référé-liberté exercé à son encontre⁷⁰.

Le juge administratif s'est montré protecteur des droits des administrés en présumant l'urgence à suspendre l'arrêté d'éloignement⁷¹. Un certain sentiment d'incompréhension peut parfois être ressenti en raison de la motivation laconique des ordonnances de tri par l'effet d'une application diversifiée de l'article L. 522-3 du CJA d'une juridiction à l'autre, voire d'un juge à l'autre à l'intérieur d'une même juridiction.

C. L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ ENTRE DES ACTES INDIVIDUELS

Usuellement réservée à la contestation des actes réglementaires dans laquelle elle est perpétuelle, on oublie souvent que l'exception d'illégalité reste recevable à l'encontre des actes individuels lorsque ceux-ci ne sont pas encore définitifs. On en trouve une remarquable application dans le contentieux des étrangers. En effet, le moyen tiré de l'illégalité du refus de titre de séjour est parfaitement recevable à l'appui du recours contre l'ARF dès lors qu'à la date de ce recours le refus de titre était lui-même encore susceptible de recours⁷².

De même, l'exception d'illégalité du refus de visa est recevable à l'appui du recours contre l'ARF si ce refus de visa n'était pas définitif à la date du recours contre l'ARF⁷³. Elle est encore recevable lorsqu'elle est dirigée contre le refus de l'octroi de la qualité de réfugié à l'appui du recours dirigé contre un refus consécutif de pièce d'identité⁷⁴.

66. CE 7 juill. 2007, *Mlle Aslantas*, n° 307133 ; AJDA 2007. 2055.

67. CE 14 janv. 2005, *Mme Luzeyido Bondo*, *Lebon T.* 915 ; AJDA 2005. 1360, note O. Lecucq ; CE 4 juin 2007, *Gungor*, n° 306136.

68. CE 26 janv. 2001, *Gunes*, *Lebon* 38 ; CE 30 juill. 2003, *Djelida*, *Lebon* 362 ; RFDA 2003. 1025 ; AJDA 2003. 1527.

69. Art. L. 512-1 CESEDA. Toutefois le référé-suspension reste recevable à l'encontre du refus de titre de séjour puisque le recours pour excès de pouvoir dirigé contre lui n'a pas d'effet suspensif : CE 28 nov. 2007, *Towo Menjadeu*, n° 305285 ; AJDA 2007. 2290 ; CAA Marseille 6 mars 2008, *Chanti*, n° 08MA00422 ; AJDA 2008. 701, note L. Marcovici.

70. CE 30 janv. 2009, *Benotsmane*, n° 324344 ; AJDA 2009. 184.

71. CE 26 sept. 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Abd Naseer Mesabhi*, n° 21204, *Lebon* 428.

72. CE 28 mai 1997, *Préfet de police c. Manoharan*, n° 168193, *Lebon* 200 ; RFDA 1997. 886 ; CE 13 mars 2001, *Préfet de police c. Loussimbadio*, n° 213774.

73. CE 17 déc. 1997, *Préfet de l'Isère c. Arfaoui*, n° 171201, *Lebon* 495 ; D. 1998. J. 519, concl. A.-F. Roul ; RFDA 1998. 197.

74. CE, Sect., 9 nov. 1966, *Toumboros*, n° 58903, *Lebon* 593 ; D. 1967. J. 696, concl. G. Braibant.

III. LES SPÉCIFICITÉS DANS LE TRAITEMENT DES RECOURS

Comme le relève le professeur Chapus⁷⁵, le contentieux de la reconduite à la frontière relève davantage d'une procédure orale qu'écrite, notamment en raison de la brièveté des délais de jugement (A). Ce caractère ressort également de l'instruction (B) et de l'audience (C).

A. LES DÉLAIS DE JUGEMENT

Lorsqu'il est saisi de la légalité d'un refus de titre de séjour assorti d'une OQTF, le tribunal administratif doit en principe statuer dans un délai de 3 mois (L. 512-1 CESEDA), ramené à 72 heures lorsque l'étranger est placé en centre de rétention administrative (L. 512-1 CESEDA). De même, le tribunal est en principe tenu de statuer sur la légalité des arrêtés de reconduite à la frontière dans un délai de 72 heures (L. 512-2 CESEDA; R. 776-9 CJA). Toutefois, la méconnaissance du délai dans lequel le tribunal doit statuer n'entache pas sa décision d'illégalité⁷⁶. Il s'agit donc d'une obligation de principe, davantage un objectif qu'une véritable contrainte.

B. L'INSTRUCTION

Devant la Cour nationale du droit d'asile, Les mémoires produits après la clôture de l'instruction ne sont, comme en contentieux général, pas communiqués aux autres parties. L'article R. 733-13 CESEDA prévoit en revanche qu'ils ne sont pas visés dans la décision de la Cour qui n'examine pas les conclusions et moyens qu'ils contiennent. Devant la juridiction administrative générale, le statut des productions postérieures à la clôture de l'instruction a été calqué sur celui des notes en délibéré⁷⁷. Le juge est tenu « dans tous les cas, de prendre connaissance de ce mémoire avant de rendre sa décision, ainsi, au demeurant, que de le viser sans l'analyser; que s'il a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, d'en tenir compte – après l'avoir visé et, cette fois, analysé – il n'est tenu de le faire, à peine d'irrégularité de sa décision, que si ce mémoire contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction écrite et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa déci-

75. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 835.

76. CE 6 juill. 1990, *Préfet des Hauts-de-Seine c. Korchi*, n° 116172, *Lebon T.* 904; CE 9 juin 2000, *Harrane*, n° 205806.

77. CE 12 juill. 2002, *Leniau*, *Lebon* 278; RFDA 2003. 307, concl. D. Piveteau; GACA, n° 61, note B. Poujade.

sion sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office⁷⁸ ».

Dans le contentieux du refus de titre de séjour, la violation du champ d'application de l'article L. 511-1 I CESEDA constitue un moyen d'ordre public que le juge est tenu de relever d'office⁷⁹. Malgré sa particularité, le juge s'estime tenu de notifier aux parties les moyens qu'il relève d'office dans le contentieux du refus de titre de séjour en application de l'article R. 611-7 CJA⁸⁰. Ce n'est en revanche pas le cas lorsqu'il statue en matière d'arrêtés de reconduite à la frontière, compte tenu de la brièveté des délais de jugement⁸¹.

Alors que la jurisprudence avait exclu la possibilité pour le tribunal administratif de rejeter les recours dirigés contre les arrêtés de reconduite à la frontière par ordonnance en raison de leur irrecevabilité manifeste⁸², l'article R. 776-2-1 CJA introduit par le décret du 29 juillet 2004, permet désormais l'emploi de ce mode opératoire.

L'étranger contestant la légalité d'un ARF peut demander qu'un avocat lui soit désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats près le tribunal de grande instance (L. 512-2 CESEDA; R. 776-5 CJA).

C. L'AUDIENCE

Dans le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière, « l'instruction peut se poursuivre à l'audience⁸³ ». On a vu précédemment que l'article R. 776-12 permet aux parties de produire des conclusions et moyens nouveaux jusqu'à ce que l'affaire soit appelée à l'audience. Il peut ainsi arriver qu'un mémoire puisse être déposé une demi-heure avant l'audience⁸⁴. Ces documents doivent alors être immédiatement communiqués aux autres parties (R. 776-13 CJA) s'ils comprennent des éléments nouveaux sur lesquels le juge est susceptible de fonder sa décision⁸⁵. Dans ce cas, le juge doit prononcer une suspension d'audience afin de permettre à la partie adverse de préparer sa réplique⁸⁶. Le Conseil d'État a par ailleurs considéré que le tribunal administratif était tenu de répondre dans son jugement aux moyens soulevés au cours de l'audience⁸⁷.

78. CE, Sect., 27 févr. 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abouunkhila*, préc.

79. CE 10 janv. 2000, *Préfet de la Seine-Saint-Denis c. Mlle Belhadj*, n° 205583, *Lebon T.* 1181; CE 29 janv. 2003, *Aslan*, n° 241574, *Lebon T.* 947.

80. CAA Paris 19 févr. 2008, *Mahania Baniakassa*, n° 07PA00139.

81. CE 30 mars 1994, *Mme Ho Kanmeary*, n° 140626; CE 6 juill. 1994, *Préfet du Pas-de-Calais*, *Lebon* 350.

82. CE 23 sept. 1992, *Tarbane*, n° 132388, *Lebon T.* 1235.

83. R. d'Haëm, « La procédure administrative contentieuse de la reconduite à la frontière (Bilan de jurisprudence) », *LPA* 24 avr. 1995, p. 5.

84. CAA Lyon 20 déc. 2007, *Ennemer*, n° 07LY02313.

85. CE 8 oct. 1993, *Préfet de l'Ariège c. Mlle Loukou*, n° 139665, *Lebon T.* 958.

86. CE 20 mars 1992, *Tenia*, n° 126965, *Lebon T.* 983; CE 12 avr. 1999, *Teka*, n° 199812.

87. CE 28 oct. 1991, *Aoulad Haj*, n° 121423, *Lebon T.* 1098.

En vertu de l'article R. 775-4 CJA, les recours dirigés contre les refus de titre de séjour assortis d'une OQTF peuvent être inscrits au rôle d'une audience dès leur enregistrement, ce qui est le plus souvent le cas en pratique afin de respecter le délai de jugement de 3 mois.

Le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière est jugé par un magistrat statuant seul, sans conclusion de commissaire du gouvernement (L. 512-1 CESEDA ; R. 776-2 CJA). Mais, en cas de difficulté sérieuse, le juge conserve la possibilité de renvoyer le jugement du dossier à une formation collégiale⁸⁸. Il est également statué sur l'appel à juge unique (R. 776-19 CJA).

*
* *

Le colloque organisé à l'initiative du Gisti a permis de confirmer que, depuis plus de trente ans, la question des conditions de l'entrée et du séjour des étrangers en France est devenue un sujet de politique publique important tant en raison de ses enjeux humains qu'économiques voire même parfois partisan. Elle a, par conséquent, trouvé sa traduction dans le rôle des juges qu'ils soient administratifs ou judiciaires.

D'une ordonnance « dépouillée » : celle de 1945, ne comprenant que quelques articles, la base légale de ces politiques publiques est aujourd'hui « rassemblée » dans un corpus qui en comporte près de huit cents d'origine tant législative que réglementaire.

L'urgence, et plus généralement les principes d'humanité saisissent donc ensemble les autorités administratives, les institutions judiciaires, les avocats de la défense accompagnés par la présence essentielle des associations non gouvernementales parmi lesquelles figure le Gisti et sans lesquelles ce contentieux ne serait qu'un champ de bataille erratique à l'image de son acteur principal, à savoir l'étranger lui-même.

Ce contentieux a, au fil des temps, changé de nature en faisant sa place au droit international ainsi qu'à la transversalité du droit public et du droit privé pour une forme de mutualisation, par l'ensemble des institutions juridictionnelles, des concepts et des valeurs éthiques et démocratiques. Il en résulte ensuite, à n'en pas douter, une sorte d'inspiration, par ce contentieux spécial, du contentieux administratif général.

Le juge judiciaire a pris sa part du fardeau en contrôlant de manière scrupuleuse les conditions de l'interpellation et de la privation de liberté des étrangers en voie « d'éloignement ». Le juge administratif reste cependant très clairement au cœur du contrôle effectif de la mise en œuvre parfois erratique de mesures successives, par la connaissance irremplaçable qu'il a des mécanismes et des contraintes de l'action administrative.

88. CE 28 déc. 1992, *Préfet du Rhône c. Aslan*, n° 136515, *Lebon T.* 1227.

Enfin, ce contentieux, apparemment conceptuellement circonscrit, semble avoir fourni au juge administratif et notamment au Conseil d'État une sorte de « laboratoire » pour l'avènement devant lui d'une oralité des débats à laquelle il n'avait, au premier abord, ni le goût, ni la vocation.

Les mutations du contentieux administratif des étrangers

Bernard Even

Magistrat administratif

Vice-président de la Fédération européenne des juges administratifs (FEJA)

La situation juridique des étrangers en France est, comme dans les autres pays européens, principalement définie par des mesures de police administrative régissant l'entrée, le séjour et l'éloignement du territoire¹. Ces décisions peuvent, comme pour tous les actes administratifs, selon les principes de droit commun, être soumises au contrôle de la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir. Et la jurisprudence a progressivement accentué l'intensité de ce contrôle, exercé depuis une période ancienne à l'égard notamment des expulsions et des décrets d'extradition².

La première législation concernant les mesures d'expulsion remonte à la loi du 3 décembre 1849, qui permettait au ministre de l'Intérieur de prononcer la reconduite à la frontière des étrangers en cas de trouble à l'ordre public. C'est avec la loi Bonnet du 10 janvier 1980 que l'entrée ou le séjour irréguliers sont devenus des motifs d'expulsion au même titre que la menace pour l'ordre public.

Les pratiques administratives et le paysage contentieux ont profondément changé de nature, à partir du milieu des années 1980, avec la dissociation introduite par la loi du 9 novembre 1986 entre « l'expulsion » pour un motif d'ordre public et « la reconduite à la frontière » des étrangers en situation irrégulière. Les expulsions

1. L'éloignement des étrangers en situation irrégulière ne résulte pas de la décision d'un juge mais d'un acte administratif qui peut être soumis à un contrôle juridictionnel : ce système ne constitue pas une particularité française, mais se retrouve également, selon des modalités diverses, dans les autres pays européens : « L'expulsion des étrangers en situation irrégulière : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Italie et Royaume-Uni », Étude de législation comparée n° 162, avr. 2006 – en ligne sur le site du Sénat : [<http://www.senat.fr/lc/lc162/lc162.html>].

2. CE, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*; CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*.

demeurent soumises à la « règle fondamentale du droit public³ », reprise par l'article L. 4 du Code de justice administrative, selon laquelle les actes administratifs étant exécutoires, les recours contentieux ouverts à leur encontre ont un caractère non suspensif. Tandis que les reconduites peuvent être contestées depuis 1990 par la voie d'un recours dérogatoire suspensif conçu comme permettant de garantir l'effectivité du contrôle juridictionnel⁴. L'introduction de cette garantie contentieuse a paradoxalement accompagné le durcissement progressif de la politique d'immigration. Alors que les expulsions demeurent peu nombreuses (292 en 2007), le nombre des reconduites à la frontière, infiniment plus important, a explosé. Il atteignait le chiffre de 64 609 en 2006, avant l'entrée en vigueur du nouveau dispositif des obligations de quitter le territoire français (OQTF), lequel s'est partiellement substitué aux arrêtés préfectoraux de reconduites à la frontière (APRF)⁵.

Conscient des caractéristiques très particulières de ce recours suspensif, le législateur avait initialement envisagé d'attribuer cette compétence au juge judiciaire (TGI). Mais le Conseil constitutionnel a, par une décision très ferme et particulièrement motivée, en référence à sa jurisprudence de principe « Conseil de la concurrence » forgée deux ans auparavant⁶, censuré cette procédure comme contraire à « un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, extraits

Considérant que, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ;

3. CE, Ass, 2 juill. 1982, *Huglo, Lebon* 257.

4. Cette réforme a été introduite sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un éloignement étant susceptible de provoquer des conséquences irréversibles, l'art. 13 de la Convention européenne exige que l'intéressé ait accès à un recours effectif c'est-à-dire de plein droit suspensif. C'est en application du même principe qu'a été institué par l'art. 24 de la loi du 20 nov. 2007 un recours suspensif à l'encontre des décisions de refus d'entrée au titre de l'asile, à la suite de la condamnation de la France par l'arrêt de la CEDH *Gebremedhin* du 26 avr. 2007.

5. Pour avoir un panorama complet des mesures d'éloignement il convient d'y ajouter 11 138 décisions administratives de réadmission des demandeurs d'asile dans un autre pays membres de l'Union européenne et 3 580 interdictions judiciaires du territoire édictées en 2007.

6. Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC.

Considérant que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée constituent l'exercice de prérogatives de puissance publique; qu'il en va ainsi notamment des mesures de refus d'entrée sur le territoire national visées à l'article 5 de l'ordonnance, des décisions relatives à l'octroi d'une carte de séjour mentionnées à l'article 6 de l'ordonnance, des décisions concernant la délivrance de la carte de résident dans les cas visés respectivement par les articles 14 et 15 de l'ordonnance, de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière d'un étranger se trouvant en situation irrégulière pris en application de l'article 22 de l'ordonnance, de l'expulsion d'un étranger dans les hypothèses définies aux articles 23 à 26 de l'ordonnance, ou de son assignation à résidence en vertu de l'article 28 de l'ordonnance;

Considérant que, s'agissant de l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par un de ses agents de prérogatives de puissance publique, les recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers relèvent de la compétence de la juridiction administrative;

Considérant que le législateur a, dans le cas particulier de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, entendu déroger, par l'article 10 de la loi déferée, aux règles habituelles de répartition des compétences entre les ordres de juridiction en se fondant sur la compétence reconnue à l'autorité judiciaire en matière de liberté individuelle et notamment de peines privatives de liberté ainsi qu'en ce qui concerne les questions relatives à l'état des personnes; qu'il a estimé également qu'un transfert de compétence au tribunal de grande instance statuant en la forme du référé répondait à un souci de bonne administration de la justice;

Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle; que l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 satisfait à cette exigence en soumettant au contrôle de l'autorité judiciaire toute prolongation au-delà de vingt-quatre heures du maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire d'un étranger qui soit n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français soit, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion ou devant être reconduit à la frontière, ne peut quitter immédiatement le territoire français;

Considérant, toutefois, que la compétence ainsi reconnue à l'autorité judiciaire pour contrôler une mesure de surveillance qui met en cause la liberté individuelle, s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives de refus d'accès au territoire national, de reconduite à la frontière ou d'expulsion; qu'au demeurant, une mesure de rétention de l'étranger qui est dans l'impossibilité de déférer immédiatement à une décision d'éloignement ne peut intervenir que « s'il y a nécessité absolue »; que dès lors, la prolongation par l'autorité judiciaire de cette mesure de surveillance ne saurait revêtir un caractère systématique et s'appliquer, tant s'en faut, à tous les cas où il y a intervention d'une décision administrative d'éloignement d'un étranger du territoire national;

Considérant que si l'entrée et le séjour irréguliers en France d'un étranger constituent, dans les cas visés aux articles 19 et 27 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, une infraction pénale relevant de la seule compétence du juge judiciaire, cette compétence spécifique ne saurait justifier qu'il soit fait échec à la compétence générale

du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de la puissance publique;

Considérant sans doute qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction résultant de l'article 13-VI de la loi déferée, certaines catégories d'étrangers ne peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en raison de considérations liées à leur âge ou à leur situation familiale; qu'en outre, une mesure d'éloignement n'est légalement justifiée que si l'intéressé est de nationalité étrangère ou n'a pas de nationalité;

Considérant cependant que les litiges liés à ces situations ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence; qu'au surplus, en vertu de dispositions identiques à celles du troisième alinéa de l'article 22 de l'ordonnance, est prohibée l'expulsion des mêmes catégories d'étrangers, hors le cas de la procédure exceptionnelle régie par l'article 26 de l'ordonnance; que le contrôle de la légalité de semblables mesures ressortit à la compétence du juge administratif;

Considérant par ailleurs, que la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés; que, toutefois, cette exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative, ne saurait à elle seule autoriser qu'il soit porté atteinte à un principe de valeur constitutionnelle;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'article 10 de la loi déferée, qui méconnaît un principe fondamental reconnu par les lois de la République, réaffirmé par le préambule de la Constitution de 1946 et auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, doit être déclaré contraire à la Constitution;

Cette compétence a en conséquence été confiée à la juridiction administrative par une loi du 10 janvier 1990 aux termes de laquelle : « L'étranger qui a fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière peut, dans les vingt-quatre heures suivant sa notification, demander l'annulation de cet arrêté au président du tribunal administratif... Cet arrêté ne peut être exécuté avant l'expiration d'un délai minimum de vingt-quatre heures suivant sa notification ou, si le président du tribunal administratif ou son délégué est saisi, avant qu'il n'ait statué » (art. 22 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée).

Ce nouveau dispositif contentieux a induit un bouleversement des modalités traditionnelles de fonctionnement des tribunaux administratifs. La procédure administrative contentieuse de droit commun, « essentiellement écrite⁷ », mise en œuvre dans le cadre d'un exercice collégial, avec intervention d'un commissaire du gouvernement désormais rapporteur public, demeure le principe conformément aux articles L. 3 et L. 7 du Code de justice administrative. Mais c'est un juge unique, devant lequel une véritable procédure orale peut être mise en œuvre⁸, appelé à statuer dans

7. Formule utilisée d'Édouard Laferrière, régulièrement reprise par la jurisprudence : ex. : CE 1^{er} déc. 1993, *Commune de Saint Cyprien, Lebon* 333.

8. L'introduction de cette oralité en matière de contentieux des APRF a préfiguré la mise en œuvre du nouveau régime des référés administratifs institué par la loi du 30 juin 2000. V. sur ce sujet : J.-M. Sauvé, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative »,

l'urgence (des délais très brefs initialement fixé à 48 h, puis portés à 72 h par la loi du 26 novembre 2003 et 7 jours en cas de notification postale), qui intervient en matière de reconduites à la frontière.

Tous les commentateurs reconnaissent que les tribunaux administratifs se sont immédiatement adaptés sans dysfonctionnements à cette nouvelle mission qu'ils exercent depuis le 1^{er} février 1990. Ils sont parvenus à faire face dans les délais requis à ce contentieux d'envergure et à garantir ainsi le respect de l'État de droit par l'administration en matière d'éloignement des étrangers en situation irrégulière.

Ce régime contentieux n'a guère évolué jusqu'en 2006, la montée en puissance progressive de ce dispositif dit des « arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière » (APRF) s'effectuant cependant dans un contexte d'intenses débats politiques relatifs à l'immigration, et d'une très forte instabilité normative caractérisée par un durcissement croissant du régime des titres de séjour et l'élargissement des catégories d'étrangers pouvant faire l'objet d'un éloignement⁹.

Le législateur de 2006 a tenté de rationaliser et de simplifier ce contentieux administratif de l'immigration en fusionnant, au moins en partie, le régime des recours ouverts contre les refus de séjour et les mesures d'éloignement (*loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006*). Cette réforme repose sur le mécanisme des refus de séjour, assortis d'une OQTF, et fixation du pays de destination : ces trois décisions, édictées simultanément, peuvent être soumises au contrôle juridictionnel par la voie d'un unique recours à effet partiellement suspensif, jugé selon la procédure collégiale de droit commun, sauf en cas de placement en rétention de l'intéressé, les APRF ne subsistant en principe qu'à l'encontre des seuls étrangers n'ayant jamais sollicité de titre de séjour.

Avant de présenter une synthèse prospective, il est utile d'analyser les principales caractéristiques du contentieux administratif de l'immigration, lequel suscite un malaise diffus au sein du corps des magistrats administratifs.

1. LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DE L'IMMIGRATION ET LE MALAISE DES JUGES

Avec la montée en puissance du contentieux de l'immigration depuis les années 1990 les juges administratifs ont eu le sentiment de changer de métier et persistent à

Entretiens d'Aguesseau du 7 mars 2008, en ligne sur le site internet du Conseil d'État : [http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/discours_vp/jean-marc-sauve-entretiens-d-aguesseau-7-mars-2008.pdf].

9. Il ne s'agit pas là d'une spécificité de la politique d'immigration, mais le degré d'instabilité y est particulièrement accentué : l'ordonnance du 2 nov. 1945, qui s'appliquait avant l'instauration du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), a été modifiée 22 fois entre 1990 et sa codification intervenue en 2005 : v. le récapitulatif de ces modifications sur le site Légifrance.

éprouver un malaise diffus. L'exploration des caractéristiques de ce contentieux permet d'identifier les raisons de ce malaise.

Sauf exception, essentiellement à Paris et Cergy-Pontoise, les chambres des tribunaux administratifs ne sont pas spécialisées en contentieux des étrangers et tous les magistrats assurent des permanences de reconduite à la frontière. Ces principes d'organisation, qui recueillent un très large consensus au sein des juridictions, permettent de banaliser ce contentieux, de faire comme s'il s'agissait d'un contentieux comme les autres, et aussi de répartir plus harmonieusement cette charge de travail sur tous. Car il s'agit en vérité d'un contentieux particulier, à plusieurs titres. Les pouvoirs publics le présentent avant tout à travers sa dimension quantitative, comme un « contentieux de masse », dont la complexité juridique tend à être niée. Mais il s'agit également d'un contentieux très sensible, bien qu'il fonctionne pour partie à vide.

A. UN « CONTENTIEUX DE MASSE »

Cette expression, qui n'était guère employée au sein de la juridiction administrative, tend à être de plus en plus mise en avant pour présenter le contentieux administratif de l'immigration¹⁰. Et les chiffres semblent justifier ce qualificatif. Le volume du contentieux des étrangers, qui continue à progresser à un rythme soutenu, tend vers près de 30 % en moyenne des requêtes enregistrées chaque année par les tribunaux administratifs (46 480 requêtes en 2007, soit 26,54 % des entrées, contre 32 055 en 2003, et moins de 10 % des entrées jusqu'au début des années 1980; 47 % des entrées observées au niveau des CAA en 2007).

Cette croissance s'observe principalement au niveau des décisions d'éloignement. Elle résulte, de façon quasi mécanique, de l'augmentation du nombre de décisions édictées (particulièrement forte au cours de la période récente : 93 034 APRF et OQTF en 2007, contre 64 609 APRF en 2006) et du taux de recours. La majorité des décisions d'éloignement prononcées ne sont pas effectivement mises en œuvre, mais ce chiffre progresse, et comme il existe des procédures contentieuses incitatives, à effet suspensif, les tribunaux administratifs tendent à être de plus en plus souvent sollicités.

Les effectifs de magistrats, qui demeurent faibles¹¹, n'ayant pas progressé à due concurrence, alors que les marges de productivité ont toutes été exploitées, et qu'il

10. Cette expression « contentieux de masse » suscite un débat au sein de la justice administrative. On semble sous-entendre à travers ce concept que les requérants intéressés ne seraient pas vraiment légitimes à saisir le juge administratif, ou plus exactement que la justice administrative pourrait se permettre de leur répondre d'une autre manière que dans le cadre des autres contentieux implicitement qualifiés de plus nobles. Cette vision se situait également en arrière-plan du débat relatif aux juridictions spécialisées. Si une telle conception était consacrée cela déboucherait sur une justice administrative à plusieurs vitesses. Il existe certes des requêtes stéréotypées et indigentes, mais certaines recèlent de vraies questions qu'il ne faut pas négliger.

11. Ces effectifs ont progressé mais demeurent faibles : en 2008 : 210 magistrats au Conseil d'État, 248 dans les cours administratives d'appel et 668 dans les tribunaux administratifs.

existe des délais législatifs pour statuer (trois mois en matière d'OQTF et 72 heures pour les APRF), cette pression quantitative croissante génère un effet d'éviction au détriment de tous les autres contentieux. Ce phénomène tend à déstabiliser l'ensemble de la justice administrative. Cette dernière a pour mission de corriger le non-respect par l'administration de l'État de droit, mais n'a pas été conçue pour réexaminer la totalité des décisions édictées dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique publique. C'est pourtant le phénomène qui tend à s'installer en matière d'immigration. Car eu égard à la dimension des enjeux pesant sur les étrangers étant l'objet d'une procédure d'éloignement, ces derniers sont tentés de saisir systématiquement le juge afin de « tenter leur chance ». Et cette situation pourrait s'apparenter au tonneau des Danaïdes si les autorités politiques et administratives se fixaient comme objectif de résorber l'ensemble de l'immigration irrégulière, estimé par l'Insee en 2005 à un chiffre situé entre 200 000 et 500 000 personnes, ce qui n'est guère envisageable¹²...

B. UN CONTENTIEUX DOUBLEMENT SENSIBLE ET DÉLICAT : POLITIQUEMENT ET HUMAINEMENT

Tout contentieux est le reflet et l'occasion d'une tension. Et le champ de l'immigration ne déroge évidemment pas à cette règle. Mais cette sensibilité y est particulièrement exacerbée, de la part des auteurs des actes et de leurs destinataires.

Le pouvoir politique exerce une très forte pression sur les autorités de police et les préfets en fixant des objectifs chiffrés d'éloignement effectif des étrangers en situation irrégulière (28 000 en incluant 10 000 départs volontaires en 2008). Et cette tension se répercute indirectement au niveau de l'exercice du contrôle juridictionnel. Car il existe évidemment une contradiction à vouloir « faire du chiffre à tout prix », tout en s'évertuant à rendre des décisions exemptes de tous vices. Des dérives s'observent : des décisions trop hâtivement préparées sont édictées par les services préfectoraux, qui savent qu'elles seront de toute manière corrigées à travers l'exercice du filtre contentieux.

Cette sensibilité est naturellement exacerbée en cas de médiatisation. On se souvient en particulier de la réaction particulièrement vive du ministre de l'Intérieur qui avait prôné en 2004 une remise en cause de la compétence en première instance des tribunaux administratifs en matière d'expulsion à la suite de la suspension d'une de ses décisions¹³. Plus récemment le Comité interministériel de contrôle

12. Par-delà ces réalités objectives globales, il faut souligner, dans le cadre d'une analyse plus fine, que cette pression statistique n'est pas perçue de façon homogène au sein du corps des magistrats administratifs. Les jeunes magistrats, qui n'ont pas connu les différentes étapes de l'évolution depuis les années 1990, appréhendent souvent ce contentieux comme un « mal nécessaire », mais aussi comme une variable d'ajustement positive qui leur permet de mieux répondre aux objectifs statistiques globaux auxquels ils sont soumis.

13. L'examen de ces litiges en première instance a finalement été attribué au seul tribunal administratif de Paris : art. R. 312-8 al. 2 CJA. Le dossier chronologique de ce débat constitué par le SJA figure en ligne sur son site : [http://www.sja-juradm.org/rubrique.php3?id_rubrique=16].

de l'immigration (CICI) a stigmatisé le contrôle juridictionnel en le présentant comme constituant le premier obstacle à l'éloignement des étrangers, suscitant une vive réaction de la part du président du SJA¹⁴.

Par-delà ces considérations sociopolitiques, le contentieux des étrangers est perçu comme délicat par les juges à un second titre, parce qu'il les confronte directement à des situations humaines souvent difficiles, et parfois à la misère du monde, ce qui est généralement beaucoup moins le cas dans les autres champs d'intervention de la justice administrative.

C. UN CONTENTIEUX DONT LA COMPLEXITÉ JURIDIQUE TEND À ÊTRE NIÉE PAR LES GESTIONNAIRES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

Pour justifier l'augmentation des normes statistiques pesant (de fait) sur les magistrats¹⁵, les gestionnaires de la juridiction administrative, Conseil d'État et chefs de juridictions, tendent à véhiculer l'idée selon laquelle ce contentieux serait juridiquement simple. Il existe effectivement des requêtes stéréotypées ou indigentes, mais il est cependant aisé d'établir qu'un tel constat procède de la vision tronquée d'une réalité bien plus complexe.

La complexité résulte en premier lieu des caractéristiques mêmes du droit de l'immigration : il s'agit d'un véritable maquis de textes, avec des règles foisonnantes¹⁶, proclamant des principes truffés d'exceptions, particulièrement instables, se situant à tous les niveaux de la hiérarchie des normes¹⁷.

S'agissant d'une matière touchant à l'exercice de plusieurs droits et libertés fondamentales, le juge est, conformément à la jurisprudence *Nicolo* forgée en 1989, souvent amené à examiner et parfois à faire prévaloir des normes internationales multilatérales élaborées au sein du système des Nations unies (telle la convention de New York sur les droits de l'enfant), ou au niveau européen (Convention euro-

14. Cinquième rapport au Parlement établi par le secrétariat général du CICI, extrait de la synthèse p. 16 : « Les annulations de procédure par la justice civile ou administrative ont constitué en 2007 la première cause de échecs enregistrés lors de la mise à exécution des mesures d'éloignement (34,4 % du total des échecs) », en ligne sur le site de la Documentation française : [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000036/index.shtml>].

15. Et sans doute aussi pour préparer les esprits à un allègement des règles procédurales : v. le second paragraphe consacré aux perspectives de réformes.

16. À titre d'illustration : le *Dictionnaire permanent de droit des étrangers* en 2 tomes des Éditions législatives y consacre 3 800 pages, en petits caractères...

17. Les syndicats de magistrats administratifs ne contestent pas la légitimité pour l'État de procéder à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et ne développent pas de véritables arguments concernant le régime des titres de séjour. Ils se bornent à faire observer que les dispositions législatives et réglementaires nouvelles, ainsi que les mesures individuelles d'application, doivent être conformes aux normes constitutionnelles et internationales (dont celles énoncées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Ils font observer que les juges sont dans le cas contraire amenés à garantir leur primauté juridique et à censurer les actes contraires édictés à l'encontre des étrangers. Ils concentrent leurs analyses sur la logique des mécanismes contentieux.

péenne des droits de l'homme). Il doit également tenir compte des conventions bilatérales¹⁸ et les combiner avec des dispositions législatives ou réglementaires de droit commun conçues comme devant avoir une portée générale. Il doit suivre l'évolution incessante de ces textes, tenir compte des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, et des interprétations jurisprudentielles émanant du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est à cet égard surprenant d'affirmer que les tribunaux administratifs pourraient se borner en la matière à recopier des précédents, lorsque l'on sait que le Conseil d'État a été saisi neuf fois pour avis au sujet du dispositif des OQTF entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, et que 27 arrêts portant sur le contentieux des étrangers ont été classés en A ou B, c'est-à-dire publiés ou mentionnés aux tables du recueil *Lebon* en 2008, 27 en 2007, 29 en 2006, 19 en 2005...

La complexité résulte aussi de la circonstance que la procédure contentieuse administrative applicable au droit des étrangers recèle un mélange de règles de droit commun (intervention de la justice administrative de droit commun, collégialité avec intervention du rapporteur public, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et exercice traditionnel du pouvoir d'injonction...) et de dispositions dérogatoires (effet suspensif, urgence, juge unique, oralité...), dont les effets respectifs ne sont pas toujours parfaitement appréhendés, ni analysés.

La complexité découle enfin de la nature particulière de la mission exercée par les juges lorsqu'ils examinent la légalité des décisions visant les étrangers. L'office traditionnel des juges administratifs est de veiller à l'application des règles de droit et ne porte que sur l'examen de la légalité des actes administratifs. Mais il leur est difficile d'ignorer les problématiques humaines qui se situent en arrière-plan des litiges et d'occulter les conséquences de leurs décisions, lesquelles ne se résument que très imparfaitement en de simples débats juridiques. Les considérations juridiques abstraites et les problématiques factuelles sont plus qu'ailleurs étroitement entremêlées. Chaque cas est un cas d'espèce qui pose au juge non seulement la question classique de l'application des règles de droit abstraites et impersonnelles, mais aussi et peut être plus encore, celle de leur application à une situation humaine souvent difficile. Et l'application des règles de droit peut conduire à des impasses difficiles à corriger (d'autant qu'elles sont parfois implicitement validées voire recherchées par le législateur : comme la situation devenue marginale mais aberrante des étrangers dits « ni régularisables, ni expulsables »).

La technique juridique permet au magistrat administratif d'appréhender des situations caractérisées par une succession de décisions concernant le même individu, mais ce dernier peut ainsi légitimement se percevoir comme situé au sein d'un imbroglio, que son avocat peut d'ailleurs s'évertuer à exploiter.

Le mécanisme du recours pour excès de pouvoir est traditionnellement présenté comme étant particulièrement adapté pour contrôler la légalité des actes administratifs. Mais cette technique contentieuse, même enrichie par l'usage du pouvoir

18. Souvent peu lisibles ou ambiguës car inspirées par des considérations diplomatiques.

d'injonction, n'est peut-être pas la mieux à même pour appréhender des situations humaines. Jean-Marie Woehrling rappelle que « Le recours pour excès de pouvoir... a pour objet d'amener le juge à statuer sur la légalité de l'acte administratif de manière abstraite et objective. Il ne s'agit pas pour lui de statuer sur les droits des parties, mais de dire si, au regard des arguments soulevés par le requérant, la décision qui lui est soumise est illégale¹⁹. » C'est au regard de ce principe que l'administration peut se borner à examiner les demandes de titres de séjour à la lumière des seuls motifs allégués²⁰, tandis que le juge n'examine pas globalement la situation juridique de l'étranger mais uniquement la légalité des mesures qui sont contestées. Il est dès lors permis de se demander s'il ne conviendrait pas de redéfinir la nature du contrôle juridictionnel en permettant au juge administratif de statuer, non plus selon la technique du recours pour excès de pouvoir, mais en plein contentieux, comme la Cour nationale du droit d'asile.

D. UNE MACHINE ADMINISTRATIVE ET JURIDICTIONNELLE QUI TOURNE EN PARTIE À VIDE

Les statistiques officielles les plus récentes font apparaître un écart substantiel entre les mesures d'éloignement prononcées et celles qui sont effectivement mises en œuvre. Le nombre des APRF prononcés, auxquels il convient d'ajouter aujourd'hui les OQTF, n'a cessé de croître²¹, tandis que le volume des éloignements effectifs qui se situe à un niveau très inférieur stagne depuis 2007 : 18 735 en 2006, 19 885 en 2007 et 19 724 en 2008.

Les magistrats connaissent cette situation et éprouvent un sentiment de contradiction d'ailleurs paradoxale à devoir statuer dans des délais rapides et prioritaires sur des décisions susceptibles d'avoir des conséquences humainement très sensibles, et à savoir qu'en vérité une fraction importante du travail juridictionnel induit par

19. J.-M. Woehrling, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », communication faite le 23 oct. 2003 au 10^e Congrès biennal de droit administratif de Brescia en Italie, *RFAP* 2004. 533, accessible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.cairn.info/art..php?ID_ARTICLE=RFAP_111_0533].

20. C'est ainsi par exemple que le moyen tiré de la violation de l'art. 8 de la CEDH consacrant le droit à la vie familiale normale n'est pas opérant à l'appui d'un recours dirigé contre un refus de titre portant la mention « étudiant », mais est susceptible d'être invoqué contre la décision d'éloignement...

21. V. les chiffres de l'Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration - Groupe permanent chargé des statistiques : rapport 2002-2003 publié en 2004, en ligne sur le site de la Documentation française : [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000610/index.shtml>].

2000 : 36 614 APRF édictés, dont 7 085 contestés au contentieux

2001 : 37 301

2002 : 42 485

2003 : 49 017

2004 : 64 221

2005 : 61 595

2006 : 64 609, dont 19 953 contestés au contentieux

2007 : 50 771 + 42 263 OQTF

ce contentieux est inutile puisque la majorité des décisions édictées, même confirmées au contentieux, ne sont pas mises en œuvre.

*
* *

Dans un tel contexte, les juges administratifs sont en matière d'immigration confrontés au *risque d'une double dérive* :

Le risque de l'analyse sommaire et stéréotypée. L'on a vu que le contentieux des étrangers présente les caractéristiques d'un « contentieux de masse ». Le risque face à un tel contentieux – qui pèse sur tous les acteurs : police, préfets, magistrats – c'est que l'on y déroule des procédures de masse, des raisonnements de masse, et que l'on perde un peu de vue la situation concrète des requérants. Les bases jurisprudentielles informatisées incitent à produire des décisions (de rejet) stéréotypées négligeant les particularités de chaque situation. Il faut notamment rappeler, à titre d'illustration, que nonobstant l'existence d'un contrôle juridictionnel spécifique du droit d'asile exercé par la CNDA le moyen tiré de la violation de l'article 3 de la CEDH n'est pas inopérant devant les tribunaux administratifs. Mais ces derniers tendent à aligner quasi systématiquement leurs positions afférentes à ce moyen sur les analyses de la CNDA²².

Le risque de la subjectivité. Certains concepts juridiques essentiels mis en œuvre dans le cadre de ce contentieux sont très vagues, et des questions juridiques importantes y afférentes sont imparfaitement résolues par les normes écrites et la jurisprudence. Il serait présomptueux de vouloir dresser en quelques lignes un paysage exhaustif de ces situations. Il est en revanche possible d'énumérer certaines questions ou concepts d'application parfois délicate : la situation des étrangers malades, celle des couples mixtes, les moyens tirés de la violation des articles 3²³

22. Il est à cet égard important de résumer les principales caractéristiques chiffrées de ce contentieux de l'asile. Le taux de recours à l'encontre des décisions de l'OFPPRA est important, et le volume des annulations très élevé. Le nombre de demandes d'asile émanant de personnes majeures formulées auprès de l'OFPPRA est en forte baisse : 29 937 en 2007, soit - 9,7 % par rapport à 2006. 37 500 décisions ont été rendues par l'OFPPRA en 2007 : 11,6 % ont donné lieu à une décision positive, 22 676 recours devant la CNDA (contre 30 501 en 2006), soit un taux de recours de 87,5 %. 27 242 décisions ont été rendues par la CNDA en 2007, dont 19,9 % d'annulations (chiffre en augmentation : + 21,6 %). Il est dès lors permis de s'interroger sur la qualité de l'examen des demandes d'asile par l'OFPPRA. 19 % des recours introduits devant la CNDA sont rejetés pour irrecevabilité sans examen au fond (pour l'essentiel des forclusions). Le taux global d'admission est de 29,9 % en 2007 (OFPPRA + CNDA), 8 781 au total : 3 401 sur décision de l'OFPPRA, et 4 451 suite à jugement de la CNDA.

23. La décision fixant le pays de destination qui accompagne le cas échéant la mesure d'éloignement doit être conforme aux stipulations de l'art. 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE 5 avr. 2006, n° 284706). Et ladite décision est en conséquence annulée lorsque l'intéressé est personnellement menacé et court des risques pour sa sécurité en cas de retour dans son pays d'origine (v. par ex. : CE 4 oct. 2004, n° 254778). Mais les décisions de rejet ainsi motivées sont plus fréquentes : « Considérant que M. X, d'origine kurde, soutient qu'il est recherché par l'État turc en raison de ses activités en faveur de la cause kurde et qu'en cas de retour en Turquie, il encourrait le risque d'être exposé à des traitements inhumains ou dégradants ; qu'il res-

et 8²⁴ de la Convention européenne des droits de l'homme, la notion d'erreur manifeste d'appréciation...

Il est important que ces concepts ne soient pas trop « cadrés » par la jurisprudence car la complexité de l'humain est irréductible au droit. Mais il ne faut pas que cela conduise à la subjectivité et à l'arbitraire. L'étranger doit avoir la garantie qu'il sera jugé de la même manière qu'il se trouve à Lille, Marseille, Strasbourg, Rennes, ou Paris et Cergy-Pontoise. Face à cet important risque de subjectivité qui existera toujours en matière de droit des étrangers, les syndicats de magistrats administratifs sont particulièrement attachés à la préservation de la collégialité avec intervention d'un rapporteur public. Car c'est uniquement à travers plusieurs regards que l'on préserve la garantie de l'impartialité et la force des décisions juridictionnelles vis-à-vis de l'administration.

II. LES PERSPECTIVES DE RÉFORME

La situation actuelle n'étant pas perçue comme satisfaisante, ni par les autorités politiques, ni par les gestionnaires de la justice administrative, de nouveaux projets de réforme sont logiquement présentés. Certains semblent avoir été abandonnés en 2008, tandis que d'autres pourraient être mis à œuvre à brève échéance.

sort des pièces du dossier que la demande d'admission au statut de réfugié, présentée par M. X, a été rejetée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides le..., et par la Commission des recours des réfugiés le...; que le requérant se prévaut d'éléments nouveaux et produit la photocopie d'un mandat d'arrêt rendu le... et d'un procès-verbal de perquisition de domicile du...; que, toutefois, ces pièces sont parvenues à l'intéressé dans des conditions non clairement établies, et ne présentent pas, dans les circonstances de l'espèce, les garanties d'authenticité qui seraient de nature à établir que les craintes que M. X énoncent seraient fondées; que, par suite, le moyen tiré de la violation, par l'arrêt fixant la Turquie comme pays de destination, des stipulations de l'art. 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être écarté [...]. »

24. Les juges du fond doivent exercer un contrôle entier sur les mesures d'éloignement au regard de l'application de l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit à une vie familiale normale (pour une mesure d'expulsion, CE, Ass., 19 avr. 1991, *Belgacem, Lebon* 152). Mais la plupart des jugements sont motivés par affirmation, de manière stéréotypée, après un bref rappel des éléments de fait : « que, dans ces conditions, la décision attaquée n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise; qu'il n'a donc méconnu ni les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni les dispositions du 7° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile; que, pour les mêmes motifs, ledit refus n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation des conséquences qu'il emporte sur la situation personnelle de M. X.; Le moyen tiré de la violation de l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant tendant à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant tend à être appréhendé de même. »

A. TROIS IDÉES DE RÉFORMES SEMBLENT AVOIR ÉTÉ ABANDONNÉES EN 2008

1. L'unification juridictionnelle

La commission présidée par Pierre Mazeaud mise en place par le gouvernement au printemps 2008, expressément chargée « d'une réflexion sur l'adaptation du cadre constitutionnel à la transformation de la politique d'immigration... en recherchant une simplification du régime de répartition du contentieux des étrangers », a prôné sans ambiguïté le *statu quo* dans son rapport déposé le 11 juillet 2008, en écartant les différentes hypothèses d'unification juridictionnelle envisagées : au sein de l'ordre administratif, au sein de l'ordre judiciaire ou au bénéfice d'une juridiction spécialisée. Elle résume ainsi son analyse : « ... l'unification juridictionnelle du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers, outre qu'elle serait très difficilement réalisable, ne répondrait aux attentes placées en elle ni au regard de la charge de travail des juridictions, ni du point de vue de l'effectivité des mesures de reconduite des étrangers en situation irrégulière. Si l'interrogation sur la dualité de juridiction est compréhensible, l'avantage, à terme, d'une unification n'apparaît ni suffisamment substantiel, ni même assez probable pour justifier des mesures aussi lourdes, et prêtant autant le flanc aux polémiques, qu'une révision constitutionnelle débouchant sur une nouvelle organisation juridictionnelle²⁵. »

Cette position rejoint celles exprimées par les syndicats de la justice administrative²⁶ et par les magistrats administratifs, lesquels demeurent très massivement attachés à la préservation de la compétence de principe des juridictions de droit commun pour connaître du contentieux des étrangers, *l'instauration de juridictions spécialisées étant perçue comme de nature à affaiblir le contrôle juridictionnel*²⁷. Le président du SJA avait lors de son audition par la commission insisté sur le fait que la volonté de réforme était fondée sur des présupposés inexacts et serait inutile : « la dualité de juridiction en matière d'éloignement des étrangers n'est pas une spécificité française mais un modèle très largement répandu en Europe, les jurisprudences du juge judiciaire et du juge administratif en matière d'éloignement ne portant pas sur le même objet ne peuvent être contradictoires. La réforme envisagée ne répond à aucun des défis auxquels sont confrontées les juridictions et l'administration, et n'apporterait aucun progrès dans la protection des libertés. L'augmentation du contentieux des étrangers, avec les difficultés qu'elle entraîne pour les juridictions, a des causes

25. Extrait de la synthèse du rapport de la commission « sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration », 11 juill. 2008, en ligne sur le site du ministère de l'Immigration : [http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf].

26. V. not. le texte des auditions de Bernard Even et Robert Le Goff, présidents successifs du SJA, par le groupe de travail mis en place par le Conseil d'État chargé de réfléchir aux questions de procédure le 31 août 2007, puis par la commission Mazeaud le 7 mars 2008, en ligne sur le site internet de ce syndicat à l'adresse suivante : [http://www.sja-juradm.org/art..php?id_art.=341].

27. Les deux syndicats majoritaires de magistrats administratifs, le SJA et l'USMA, ont obtenu près de 90 % des voix lors des dernières élections professionnelles au CSTACAA de déc. 2008, la 3^e liste qui prônait implicitement l'abandon de la compétence des TA ayant recueilli moins de 10 %.

objectives, qui n'ont aucun lien avec la répartition des compétences entre les juridictions, ou l'absence de juridictions spécialisées. »

Il convient d'ajouter que l'amendement adopté à cet effet au niveau de l'article 34 de la Constitution, à deux reprises, à l'initiative du président de la commission des lois M. Jean-Luc Warsmann lors du débat constitutionnel ayant débouché sur le vote de la loi du 23 juillet 2008, n'a finalement pas été retenu. Et le gouvernement n'a procédé à aucune annonce à la suite du dépôt du rapport de la commission Mazeaud.

En l'absence de réforme constitutionnelle, le champ de compétence du juge judiciaire en matière de rétention, et celui du juge administratif à l'égard des décisions administratives visant les étrangers, ne sera pas modifié.

Le gouvernement semble avoir par ailleurs abandonné l'idée de création d'une juridiction administrative spéciale pour le contentieux des étrangers, mais s'apprête à étendre le champ de compétence de la Cour nationale du droit d'asile au contentieux des refus d'accès au territoire des demandeurs d'asile, actuellement dévolu au tribunal administratif de Paris : « L'étranger qui a fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile peut, dans les quarante-huit heures suivant la notification de cette décision, en demander l'annulation, par requête motivée, au président de la Cour nationale du droit d'asile. Sa requête est examinée dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État » (projet de loi communiqué en février 2009 aux magistrats administratifs pour information).

Le SJA relève pourtant que la CNDA n'a pas vocation à devenir une juridiction à compétence générale en matière de contentieux des étrangers, fût-ce pour des litiges comportant des appréciations sur les risques existant dans certains pays. Il rappelle aussi, sur le principe, que ces décisions sont des actes de police administrative et que ce contentieux est d'une nature distincte des litiges visant à reconnaître ou refuser le statut de réfugié ou la protection subsidiaire.

2. La suppression ou la refonte du régime des OQTF

La suppression du mécanisme de notification postale des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, et la création corrélative du dispositif des OQTF par la loi de 2006, était partie du constat selon lequel ces décisions n'étaient suivies d'effet que dans 1 % des cas²⁸. Les dernières statistiques officielles publiées révèlent, pour l'année 2007, que 76,6 % des APRF et 83,03 % des OQTF n'ont pas été exécutées : 13 707 décisions auraient ainsi été mises en œuvre, contre 97 034 prononcées, ce qui représente un faible taux d'exécution.

Il convient d'ajouter que le volume des OQTF pourrait baisser pour trois séries de raisons essentielles. Les autorités préfectorales ayant été soumises à des obligations chiffrées d'éloignement par le ministère de l'Immigration, les fichiers informatiques de l'administration ont été très massivement exploités et il n'existe plus

28. V. le rapport de M. le député Thierry Mariani, Assemblée nationale, 18 juin 2003.

aujourd'hui un « réservoir » d'étrangers en situation irrégulière aisément repérables. Face au durcissement du régime de l'asile et de la législation sur le séjour, un nombre semble-t-il croissant d'étrangers ne cherchent plus à obtenir une régularisation de leur situation administrative et préfère rester dans la clandestinité²⁹. En outre, contrairement à l'objectif des auteurs de la réforme de 2006 et en référence aux interprétations très pragmatiques du Conseil d'État dans ses avis, la formule de l'OQTF n'est pas juridiquement considérée comme de nature à faire vraiment obstacle à l'édition d'une APRE, qui tend à redevenir en pratique le mode d'éloignement de principe. La portée de ce distinguo, qui se situait pourtant à la base de la réforme de 2006, est donc devenue toute relative.

Le dispositif des OQTF qui était destiné à alléger la gestion des éloignements et le contentieux y afférent et à renforcer l'efficacité globale de cette politique, s'avère finalement un échec³⁰, mais les autorités politiques ne semblent pas décidées à le remettre en cause. Il serait pourtant rationnel de circonscrire le dispositif des OQTF aux seules hypothèses d'éloignement effectif, c'est-à-dire en cas de placement en rétention, comme le préconise d'ailleurs la commission Mazeaud. Mais une telle réforme pourrait être politiquement perçue comme de nature à avoir des effets d'affichage négatifs.

3. L'instauration d'une obligation de recours administratif après d'une commission appelée à émettre des avis conformes

Les commissions départementales du séjour des étrangers subsistent au sein du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (art. L. 312-1 CESEDA), mais leur rôle a été progressivement amoindri par la réduction de leur champ d'intervention, puis le retrait par l'article 21 de la loi du 20 novembre 2007 de la présidence qui était confiée aux magistrats administratifs.

Le SJA avait dénoncé cette réforme au moment de la discussion parlementaire en rappelant qu'il réclamait « la valorisation des mécanismes de prévention du contentieux pour faire face à l'engorgement actuel des tribunaux administratifs, du fait notamment de la très forte croissance du contentieux des étrangers (actuellement supérieur à + 10 % par an) ». Il ajoutait que « les réflexions en cours devraient au contraire s'attacher à élargir le champ de compétence des commissions départementales du séjour des étrangers et à rétablir le caractère obligatoire de leurs avis. Loin d'entraver le travail des préfetures ceci permettrait d'améliorer la qualité des décisions rendues et de prévenir le contentieux » (communiqué du 5 octobre 2007).

Mais il est peu probable qu'une telle réforme soit instituée, ou à défaut la possibilité de recours administratif susceptible de proroger les délais du recours contentieux en matière d'OQTF rétablie, car la plupart des observateurs considèrent que de telles procédures ne permettent pas de filtrer le contentieux des étrangers.

29. Ce phénomène explique l'essentiel de la réduction très importante du volume du contentieux administratif des étrangers observé en Allemagne.

30. Interview de Bernard Even, alors président du SJA, *AJDA* 5 nov. 2007.

B. DE NOUVEAUX CHANGEMENTS DE PROCÉDURE S'ANNONCENT POUR 2009

Ces réformes actuellement en préparation, susceptibles de concerner le contentieux des étrangers, auraient toutes pour effet de réduire le champ de compétence des formations collégiales statuant après audition d'un rapporteur public.

1. Le maintien de la collégialité mais la suppression du rapporteur public dans le contentieux des OQTF

Comme le rapporteur public a été écarté dès l'origine des procédures urgentes d'APRF et, par extension, de l'examen de la légalité des OQTF en cas de placement en rétention de l'intéressé, l'on peut dire que le ver était déjà dans le fruit...

On lit, dans l'exposé des motifs du projet de loi récemment communiqué pour information aux magistrats administratifs : « Le rapporteur public, dénomination issue du décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009, anciennement commissaire du gouvernement, est une des originalités de la justice administrative dont l'identité doit être préservée pour les garanties qu'il apporte tant aux justiciables qu'à la formation de jugement. Néanmoins, le contentieux de masse dont sont désormais saisis les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ne justifient plus que, sur toutes les affaires qui leur sont soumises, un rapporteur public développe à l'audience des conclusions orales. Des dispositions législatives ont d'ores et déjà dispensé certaines matières des conclusions du rapporteur public : c'est notamment le cas de l'article L. 552-1 du Code de justice administrative pour les procédures de référé, des articles L. 213-9 et L. 512-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour le contentieux des décisions de refus d'entrée sur le territoire français opposées aux demandeurs d'asile ou des arrêtés de reconduite à la frontière ou encore de l'article L. 441-2-3 du code de la construction et de l'habitation pour le contentieux du droit au logement opposable. »

Le seul élément mis en avant pour justifier cette réforme n'est pas lié à l'intérêt de la présence du rapporteur public, puisqu'il est écrit qu'il s'agit d'une des originalités de la justice administrative, dont l'identité doit être préservée pour les garanties qu'il apporte tant aux justiciables qu'à la formation de jugement. La réforme est exclusivement justifiée par la référence au concept de « contentieux de masse ». Face à un tel contentieux l'on pourrait se satisfaire de moindres garanties... Le Syndicat de la juridiction administrative a d'ores et déjà formulé des critiques à l'encontre de ce projet dans les termes suivants : « La fonction de rapporteur public est un élément essentiel pour assurer, par la garantie d'un double examen sur chaque dossier, la qualité des décisions rendues et pour rendre intelligible, par le prononcé de conclusions publiques, le fonctionnement de la justice. La suppression du rapporteur public dans certains litiges répond, en réalité, à des impératifs quantitatifs et vise à permettre l'enrôlement d'un nombre toujours plus élevé de dossiers, au détriment d'un véritable examen individuel des affaires. La distinction opérée entre des contentieux dits "de masse", dans laquelle des catégories entières de justiciables sont

privées de garanties essentielles (y compris dans des litiges touchant aux libertés publiques ou ayant des conséquences graves), et d'autres litiges dans lesquels une minorité de justiciables bénéficient, sans considération de l'enjeu du litige, de l'ensemble de ces garanties, apparaît fondamentalement contraire à l'égalité devant la justice et à la "fonction sociale essentielle" qu'elle doit assurer. L'importation permanente de modèles procéduraux issus de la procédure civile et l'affaiblissement des institutions spécifiques du contentieux administratif ne peut, à terme, qu'aboutir à remettre en cause la légitimité de la juridiction administrative³¹. »

2. L'extension du champ des ordonnances de première instance aux « quasi séries » et à la matière du contentieux des étrangers

L'article 14 du projet de décret récemment communiqué aux magistrats administratifs ajouterait à l'article R. 222-13 du Code de justice administrative un nouveau chef de compétence au juge statuant seul en lui permettant de statuer sur « les requêtes qui, sans relever d'un traitement par ordonnance, conformément aux dispositions du 6° de l'article R. 211-1, présentent à juger, à titre principal, pour la juridiction saisie, des questions de droit identiques à celles déjà tranchées par une décision passée en force de chose jugée ou examinées par un avis rendu par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 et n'appellent qu'une appréciation ou une qualification des faits qui procède de la question de droit ainsi tranchée ».

Le conseil syndical du SJA a adopté sur ce projet la position suivante : « ... dans sa rédaction actuelle, ce texte permettrait de soumettre à un juge unique la quasi-totalité des litiges de première instance et d'appel, à l'exception de ceux qui posent une question de droit inédite. En effet, à la différence des dispositions actuelles sur les séries, qui permettent de réitérer la solution d'un seul arrêt "pilote", ce texte permet d'aller rechercher des précédents dans plusieurs arrêts ou jugements (potentiellement dans autant de points de droits que ceux en litige!). Lors des derniers échanges avec le Conseil d'État, il a été indiqué qu'il n'entraîne absolument pas dans les intentions des auteurs de procéder, par ce biais, à une généralisation du juge unique, mais simplement de traiter la question des "quasi-séries". Tout en prenant acte de ces intentions, le conseil syndical ne peut que constater que le texte, tel qu'il est rédigé, va bien au-delà de cet objectif, et ouvre la porte à toutes les dérives. En l'état, il va même plus loin que celui qui a donné lieu à la grève de 2006. L'expérience du champ d'application des ordonnances montre, par ailleurs, que même des textes a priori beaucoup plus précis ont donné lieu, pour répondre à la pression statistique, à des interprétations extensives, voire abusives, et que la censure des juridictions d'appel ne suffit pas à empêcher que ces pratiques perdurent. »

31. V. aussi le communiqué mis en ligne par le SJA sur son site : « Non à la dispense de conclusions du rapporteur public », [http://www.sja-juradm.org/article.php3?id_article=404] et l'article de Serge Slama intitulé « La suppression du commissaire du gouvernement dans le contentieux des OQTF : une fausse solution à l'encombrement », en ligne sur le *Blog Droit administratif*.

La logique de cette future disposition à portée générale demeure imprécise. Mais il est d'ores et déjà permis de se demander si elle pourrait trouver un champ d'élection privilégié au niveau du contentieux des étrangers.

3. L'extension aux OQTF du mécanisme des ordonnances de rejet des requêtes dirigées contre les APRF « qui ne sont manifestement pas susceptibles d'entraîner l'infirmité de la décision attaquée »

Alors qu'en matière de reconduite à la frontière cette ordonnance est prise par le juge qui aurait été amené à rendre l'arrêt, en matière d'OQTF une telle formule aurait pour effet de faire obstacle à l'intervention d'une formation collégiale. L'alignement entre ces deux régimes contentieux semble remettre en cause le principe selon lequel les OQTF devraient relever pour l'essentiel des règles contentieuses de droit commun.

Et il est permis de se demander si un tel mécanisme de rejet sur « des critères flous », spécifique au contentieux des étrangers, inspiré de l'admission des pourvois en cassation, contraire à l'égalité entre les justiciables, à l'exigence de prévisibilité des règles de procédure, est parfaitement conforme à la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le droit d'accès au juge³² ?

*
* *

Au-delà de ces perspectives procédurales en vérité contingentes, il paraît important de conclure sur une vision à plus long terme. Les logiques migratoires se développent à l'échelle des continents sinon de la planète, tandis que les pays d'accueil notamment européens sont confrontés à des situations et des problématiques économiques, sociales, culturelles, juridiques souvent analogues. Il serait donc logique d'imaginer, au plan de la rationalité pure, que les évolutions à venir du droit de l'immigration et de son contentieux ne soient plus essentiellement définies au sein de chacun des États, mais soient inspirées par la recherche d'une harmonisation européenne.

Les régimes administratifs et contentieux applicables à l'éloignement des étrangers dans les pays européens recèlent certains points communs mais demeurent très largement disparates³³.

32. CEDH 15 janv. 2009, *Guillard c. France*, n° 24488/04 : à propos de la procédure du désistement d'office devant le Conseil d'État : « le requérant s'est vu imposer une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et, d'autre part, le droit d'accès au juge » [<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=845483&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>].

33. « L'expulsion des étrangers en situation irrégulière : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Italie et Royaume-Uni », Étude de législation comparée n° 162, avr. 2006 – en ligne sur le site du Sénat : [<http://www.senat.fr/lc/lc162/lc162.html>].

L'application du principe de libre circulation des personnes introduit par le traité de Rome de 1957, qui constitue depuis l'origine un des piliers de la réalisation du Marché unique, s'est concrétisée par la suppression des contrôles aux frontières intérieures au sein de l'espace Schengen, initié à partir de 1985 puis institutionnalisée par le traité d'Amsterdam en 1997, et l'instauration d'une coopération policière et judiciaire pénale accrue destinée à renforcer la sécurité des frontières extérieures de l'Union européenne. Mais l'Union européenne peine à définir des règles communes concernant l'entrée et le séjour des citoyens non européens, notamment au moyen d'une politique commune en matière d'asile et d'immigration. Un ensemble de normes et de procédures minimales est en phase d'élaboration pour les demandeurs d'asile, afin d'établir les modalités et le lieu de traitement des demandes, le statut des personnes qui se voient accorder l'asile, et le rôle des autorités nationales dans l'accomplissement de cette tâche.

La Commission européenne a publié récemment deux communications : l'une, le 19 juillet 2006, sur « les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers », l'autre, le 5 décembre 2007, intitulée « Vers une politique commune en matière d'immigration », dont les prolongements concrets au plan des normes nationales se font attendre. Et il est à craindre que la situation de crise économique et sociale, dans laquelle nous risquons de nous enfoncer ne favorise les réflexes de peur vis-à-vis des étrangers, et n'incite les États à se replier sur les seules normes nationales.

Des règles spéciales pour un contentieux à part ou comment se débarrasser des principes pour créer un droit d'exception

Ollivier Joulin

Vice-président du Syndicat de la magistrature

Les combats menés par le Gisti ont débouché sur des « victoires » judiciaires. Les juridictions, judiciaires ou administratives, ont ainsi pu donner (parfois) raison à la cause des étrangers en dessinant les contours plus précis du droit qui leur était applicable et des principes qui restaient opposables à la mise en œuvre d'une politique qui leur est devenue assez franchement hostile.

Les associations et syndicats qui soutiennent la cause des étrangers ne paraissent cependant pas avoir gagné de « victoires » décisives dans l'opinion publique. Les dernières campagnes électorales ont, au contraire, montré que le discours hostile aux étrangers structurait encore le débat politique et que le contexte économique favorisait l'émergence de thèses qui n'étaient autrefois soutenues que par l'extrême droite.

Les textes concernant le statut juridique des étrangers se sont multipliés dans un sens encore plus défavorable aux étrangers jusqu'à se heurter aux principes mêmes de notre République, tels qu'ils sont édictés par notre Constitution.

Dans ce combat par le droit, la Constitution, les normes supérieures constituaient en quelque sorte le rempart ultime, infranchissable. Mais dans le cadre d'une politique voulue « sans tabous », si le rempart résiste il faut se poser la question sinon de sa destruction, au moins de son retrait.

C'est dans ces termes qu'il faut analyser la question qui a été soumise à la commission Mazeaud « chargée d'une réflexion sur l'adaptation du cadre constitutionnel à la transformation de la politique d'immigration voulue par le Président de la République : d'une part, en proposant un cadre juridique permettant de mettre en

place un dispositif de quotas, d'autre part, en recherchant une simplification du régime de répartition du contentieux des étrangers¹ ». Il s'agit bien de revenir sur les principes fondateurs de notre République et de remettre en cause non seulement le cadre juridique, mais surtout les décisions de justice que ce cadre produit.

Le droit des étrangers, enjeu politique largement exploité par l'extrême droite, est récupéré par une assise politique plus large qui peut, dans ses excès, servir de terreau à un racisme latent. Dans ces conditions, le fait que la Constitution de la V^e République, inspirée par le traumatisme du second conflit mondial, soit un obstacle à une transformation de la politique d'immigration est finalement assez rassurant.

La législation de 1945, elle-même très directement inspirée par la volonté de rompre avec un État xénophobe et qui a fait l'objet de nombreuses modifications, aurait ainsi résisté grâce à la Constitution de 1958 (et à d'autres normes). Nous ne pouvons que nous en satisfaire.

La question posée revenait à se demander s'il était nécessaire de revenir sur les principes de séparation des pouvoirs, de non-discrimination, d'égalité, de liberté du mariage, de droit à une vie privée et familiale, et même sur la liberté du commerce et de l'industrie²... pour satisfaire une volonté de transformation de la politique d'immigration.

Par ailleurs, il ne s'agissait plus de modifier quelques dispositions constitutionnelles, mais de remettre en cause un ensemble de normes et de principes nationaux ou internationaux.

I. L'ATTEINTE PORTÉE AU PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas affirmé dans la Constitution, il résulte d'une longue tradition française (édit de Saint-Germain de 1641, loi des 16 et 24 août 1790, décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980). Ce principe est même, selon Montesquieu, *fondateur* de la démocratie.

Si l'autorité judiciaire s'est vue conférer, par l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'appréciation de l'opportunité et de la régularité des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent être prises par l'autorité administrative pour assurer le départ

1. On trouve le rapport Mazeaud en ligne à l'adresse suivante : [http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf].

2. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie – qui résulte du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 mais aussi des art. 39, 40, 43 et 50 du traité instituant la Communauté européenne et des art. 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – est pourtant mis en avant pour justifier une politique de libre circulation des marchandises : comment justifier que les travailleurs ne puissent circuler aussi facilement que les marchandises ? Pourquoi faire preuve, en matière d'immigration, d'interventionnisme fort alors qu'en matière de circulation des capitaux on préconise le laisser-faire, laisser-passer ?

de l'étranger ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire français, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, elle se considère incompétente pour se prononcer sur la régularité des mesures administratives sauf en cas de voie de fait³. Les juges judiciaires ne revendiquent pas une extension de leur champ de compétence au contrôle des actes administratifs, sauf en ce qui concerne le traditionnel contrôle opéré en matière pénale. En revanche, le contentieux de l'excès de pouvoir apparaît comme central dans la mission du juge administratif et conforme à la conception française de la séparation des pouvoirs issue de la loi des 16-24 août 1790. Le président de la commission instituée par le président de la République n'hésitait pas, du reste à faire connaître son avis en faveur du respect de ce principe dans un article publié dans *Le Monde*⁴.

Le principe posé par l'article 66 de la Constitution, selon lequel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle, est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs et a conduit le Conseil constitutionnel à rejeter un projet visant à unifier les contentieux des étrangers pour les confier à un seul ordre de juridiction⁵. C'est aussi en vertu de ce principe que la Cour de cassation a rendu en 1995 trois arrêts au visa de l'article 66 de la Constitution et de l'article 134 du Code de procédure pénale pour juger que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents en cas d'atteinte à la liberté individuelle⁶ : ce contentieux n'est pas détachable du contentieux judiciaire.

En effet, à moins de supprimer les mesures attentatoires aux libertés individuelles et en particulier les mesures de rétention administrative ou de maintien en zone d'attente, la compétence judiciaire s'impose. Elle s'impose d'autant plus que l'interpellation d'un étranger se fait dans le cadre d'un dispositif de vérifications d'identité dont le contrôle est nécessairement confié à l'autorité judiciaire⁷. Les analyses statistiques font apparaître que 94 % des étrangers placés en rétention administrative l'ont été directement à la suite d'un contrôle d'identité⁸.

Bien évidemment il ne peut être souscrit à la proposition faite par la commission Mazeaud d'insérer dans la partie législative du CESEDA une disposition invitant le juge à ne pas considérer toute irrégularité comme portant atteinte aux droits de l'étranger et à distinguer les règles présentant un caractère substantiel et

3. Civ. 1^{re}, 29 nov. 1989, *Bull. civ.* I, n° 370, p. 248, *M. Poca de Agua c. Commissaire de la République du Val-de-Marne*.

4. P. Mazeaud, « Menace sur la justice administrative », *Le Monde* 19 mai 2008.

5. Cons. const. 28 juill. 1989, n° 86-261 DC.

6. Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Behta, Mpinga et Massamba*, *Bull. civ.* II, n° 221, p. 127, *Préfet de la Haute-Garonne c. M. Behta et Gisti*; Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Mme Mpinga Mesu c. Préfet du Calvados*, *Bull. civ.* II, n° 212, p. 122; Civ. 2^e, 28 juin 1995, *M. Massamba c. Préfet de Police de Paris*, *Bull. civ.* II, n° 211, p. 122; *JCP* 1995. II. 22504, concl. J. Sainte-Rose; *D.* 1996. Somm. 102, obs. F. Julien-Laferrère, *Rev. crit. DIP* 1996. 299.

7. Cons. const. 5 août 1993, n° 93-323 DC, *Rec. Cons. const.* 213.

8. Ministère de la Justice, direction des affaires civiles et du sceau, cellule études et recherches, « Le contentieux judiciaire des étrangers – enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} mai au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente », janv. 2008.

celles dont la méconnaissance ne conduit pas à elle seule à la remise en liberté. Outre l'absence de portée d'une telle invitation, son caractère hypocrite doit être souligné.

L'autorité judiciaire doit en effet conserver sa place : « La jurisprudence tend, sans méconnaître les impératifs et les difficultés de la lutte contre l'immigration clandestine et dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs, à permettre au juge de l'ordre judiciaire de s'assurer que toutes les garanties reconnues aux étrangers par les conventions internationales, la Constitution, les lois et les règlements sont effectivement respectées. Ce domaine particulier d'intervention du juge judiciaire ne peut que contribuer à asseoir encore davantage son autorité, en orientant son action non vers la seule répression, mais vers la protection des libertés individuelles dont il est constitutionnellement le gardien, libertés qui sont spécialement menacées par ces types de procédure dont l'impératif légitime de rapidité et d'efficacité ne doit cependant pas aboutir à des décisions expéditives ou inacceptables comme contraires aux droits de l'homme⁹. »

II. UNE ATTEINTE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET DE NON-DISCRIMINATION

Le principe de non-discrimination s'oppose enfin à la recherche d'une voie médiane, c'est-à-dire à la création d'une juridiction mixte ou d'un nouvel ordre de juridiction, à ce titre nous ne pouvons que rejoindre l'analyse de la doctrine : « Si la loi décide de confier le contentieux des étrangers à un ordre spécifique de juridiction, elle le fera en raison de la qualité du requérant et en rupture de l'égalité devant la loi. Ensuite, il faudrait prévoir son domaine d'intervention au niveau constitutionnel afin de garantir que ce nouvel ordre de juridiction puisse intervenir dans le domaine de la liberté individuelle des étrangers. Ce serait introduire, au niveau constitutionnel, une discrimination en fonction de la nationalité. En outre, cette position serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et à nombre d'engagements internationaux de la France¹⁰. » Ces éléments ont conduit la commission Mazeaud à considérer qu'il n'existe pas de solutions acceptables aboutissant à une unification des contentieux en matière de droit des étrangers.

D'autres arguments pouvaient être développés à l'appui de cette idée.

D'abord, le dualisme judiciaire administratif est le système le plus développé en Europe et peut être considéré comme un standard européen. C'est le système qui prévaut en Allemagne, en Belgique, au Danemark, en Italie, en Espagne.

9. S. Trassoudaine, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « Le contentieux judiciaire des étrangers maintenus en rétention ou en zone d'attente », Publ. de l'ENM.

10. F. Mendel-Riche, « Du projet présidentiel d'unification du contentieux des étrangers », *Gaz. Pal.* 15-16 févr. 2008, p. 2.

Ensuite, contrairement à ce qui semblait résulter de la lettre de mission, le traitement de ce contentieux par deux ordres de juridictions ne conduit pas à des incohérences en ce qui concerne les décisions rendues. En effet le domaine d'intervention de chaque ordre juridictionnel est clairement distinct, de sorte que les décisions rendues ne portent pas sur le même objet. La critique implicitement contenue dans la lettre de mission qui voit de la complexité dans cette répartition rejoint celle émise par le Comité interministériel de contrôle de l'immigration qui évoquait, dans l'analyse consacrée à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et dans la partie intitulée « des difficultés récurrentes », « les annulations de procédure par la justice pénale ou administrative¹¹ ». Il n'est pas normal de considérer qu'une décision de justice puisse être qualifiée de « difficulté récurrente ».

En revanche, il est possible de prévoir des dispositifs de simplification pour les étrangers.

– Il faut d'abord généraliser les mécanismes d'aide juridictionnelle et la mise en place de véritables permanences « étrangers » par les barreaux, dans le cadre de conventions ou de structures du type Institut du droit des étrangers, sur le mode original créé par le barreau de Bordeaux. Ces dispositifs devraient traduire la volonté de la puissance publique, amenée à participer au financement, d'une véritable prise en compte d'une facilitation de l'accès au droit pour des personnes démunies.

– Le caractère suspensif des décisions favorables à l'étranger doit être retenu : il n'est pas légitime, en effet, de laisser une procédure de reconduite à la frontière s'exécuter alors que des recours sont possibles. La liberté doit être le principe, la mesure coercitive rester l'exception.

– La suppression du référé-rétention s'impose en particulier : cette procédure qui confère au procureur (partie jointe à la procédure) la possibilité de former un appel suspensif de la décision d'un magistrat du siège est une anomalie génératrice de « difficultés récurrentes ». Une telle procédure est totalement exorbitante du droit commun et porte directement atteinte à l'indépendance des magistrats du siège dont les décisions sont paralysées par celles des magistrats du parquet soumis à un système hiérarchique qui les rendent de plus en plus dépendant du pouvoir politique.

En résumé, la seule difficulté récurrente que nous relevons est celle, pour l'étranger, de ne pas bénéficier d'un droit à un recours effectif.

En revanche, les simplifications de procédure finalement acceptées par la commission Mazeaud qui en recommande même la généralisation, nous paraissent préoccupantes.

– La généralisation des audiences « délocalisées » à proximité des centres de rétention administrative, outre qu'elle contribue à la désacralisation de la justice, ce que nous pourrions accepter, porte de fait atteinte aux droits de la défense, aux possibilités pour l'étranger de voir sa cause entendue de manière équitable, dans le

11. Rapport publié à la Documentation française, [<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000765/0000.pdf>].

cadre d'une instance publique par une juridiction dont l'impartialité ne peut être mise en cause, du fait d'une distance suffisante avec l'autorité administrative.

– Les préoccupations budgétaires, qui amènent à considérer qu'il est préférable d'avoir recours à des audiences par « visioconférences », conduiront ensuite à se passer purement et simplement d'audience et à priver l'étranger d'un véritable droit d'accès au juge.

– Pose aussi problème la facilitation des procédures de référé-rétention, sous le prétexte de « régulation » des décisions des juges des libertés et de la détention.

L'analyse des chiffres permet en outre de constater que la non-prolongation des mesures administratives reste l'exception : l'enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} au 31 mai 2007 par les juges des libertés et les cours d'appel statuant en matière de demande de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente montre que les demandes des préfets sont rejetées dans seulement 12 % des cas¹².

III. LA QUESTION DES QUOTAS

La question des quotas supposait un « changement radical de l'état *du* droit » et même de l'État *de* droit : il était demandé à la commission de rechercher le cadre juridique permettant de fixer le nombre annuel de migrants admis, de déterminer des modalités juridiques permettant d'assurer un choix de composantes de l'immigration – l'immigration économique représentant 50 % du flux total des entrées – et de fixer des quotas catégoriels selon les grandes régions de provenance des flux migratoires.

La demande formulée à cet égard visait à contourner les obstacles posés par le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État. Il s'agissait en outre de choisir la « bonne » immigration : celle qui amène des travailleurs sans leurs familles, de préférence de provenance de « régions » aux traditions culturelles proches de notre « identité nationale ».

Modifier le cadre juridique en la matière revenait à biffer les déclarations des droits de l'homme de nos valeurs normatives, s'agissant en particulier de la liberté du mariage, du droit au respect de la vie familiale, du principe d'égalité.

– La liberté du mariage, dans un contexte de suspicion de mariage blanc pour tous les mariages mixtes, est encore protégée par le rempart de la Déclaration de 1789, ainsi que l'a consacré le Conseil constitutionnel : « Le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé¹³. »

12. Étude préc., v. *supra*, note 8.

13. Cons. const. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC.

– Le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et, selon le Conseil d'État par les « principes généraux du droit et, notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 », principe qui est le support d'un droit au regroupement familial : « les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale; ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs; ainsi s'il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France, de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers¹⁴ ».

– Le principe de non-discrimination déjà évoqué résulte : de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 qui oblige chaque État membre à reconnaître les droits et libertés qu'elle consacre à tout individu, étranger ou national, européen ou non; du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté en 1966 sous l'égide de l'ONU et en vigueur en France depuis 1981, qui prévoit des dispositions analogues; par le préambule de la Constitution de 1946 qui affirme clairement le principe de non-discrimination en raison de l'origine : « chacun a le droit d'obtenir un emploi » et « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines ».

Cette demande s'articulait dans le cadre de ce que nous appelons la « politique du chiffre » et que nous dénonçons en constatant ses effets pervers : en fixant des quotas, les pouvoirs publics créent une pression statistique sur les services administratifs. La politique des quotas risque, en outre, d'aboutir à un accroissement des contentieux administratifs que cet ordre juridictionnel ne pourrait pas absorber. Les services administratifs finissent par perdre de vue l'objectif de la politique mise en œuvre pour ne s'attacher qu'au résultat statistique. La conséquence la plus visible est la baisse qualitative au profit d'un traitement quantitatif.

La perte de sens et la déresponsabilisation qui s'ensuit pour les agents aboutit à une moindre vigilance, à des erreurs, à des défauts manifeste d'appréciation. Il n'est pas exclu que dans certains cas les agents qui n'adhèrent pas à cette politique du chiffre laissent passer des vices de procédure qui conduisent à l'invalidation. Le durcissement constant de la législation en matière d'étrangers donne le sentiment d'une « mauvaise pente » d'un glissement progressif vers une politique xénophobe.

La commission Mazeaud a finalement estimé que « des quotas migratoires contraignants seraient irréalisables ou sans intérêt et que l'unification juridictionnelle du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers, outre qu'elle serait très difficilement réalisable, ne répondrait aux attentes placées en elle ni au regard de la

14. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *CFDT et CGT*.

charge de travail des juridictions, ni du point de vue de l'effectivité des mesures de reconduite des étrangers en situation irrégulière ». Elle a conclu que des solutions efficaces pour maîtriser les flux migratoires, comme pour remédier à l'encombrement des tribunaux, peuvent et doivent être recherchées dans une simplification et un renforcement des règles régissant aujourd'hui le droit au séjour.

Elle a ainsi affirmé que les principes devaient demeurer et qu'aucune révision constitutionnelle n'était nécessaire. Ces conclusions laissent cependant subsister un certain malaise dès lors que la politique migratoire n'est nullement remise en cause.

Ainsi, cette réponse est à la fois une victoire juridique et une défaite politique : victoire juridique dès lors que les remparts n'ont pas cédé et que les combats poursuivront se poursuivre sur le terrain du droit : défaite politique, sans doute, si l'on en juge la faiblesse des réactions de la classe politique au regard du glissement perceptible des valeurs républicaines au profit de « politiques empiriques » ou « réalistes ».

Il reste encore un important travail à faire pour convaincre l'opinion de la justesse du combat autour du droit des étrangers. Des actions récentes ont permis d'infléchir la donne : ainsi celle de RESF (Réseau Éducation sans frontières) autour de la question des parents sans-papiers d'enfants scolarisés ou les actions syndicales menées auprès des travailleurs sans-papiers ont été soutenues et comprises si l'on en croit les sondages, qui montrent que les Français sont désormais majoritairement favorables à la régularisation des parents d'enfants scolarisés et à celle des travailleurs sans-papiers. Nous espérons que demain l'action du collectif « les amoureux au ban public¹⁵ » aura la même résonance...

Le combat pour la cause des étrangers doit être celui de tous les citoyens en vertu d'un principe simple : toute réduction des droits du plus démunis entraîne à terme une remise en cause des droits des mieux munis. Ainsi, l'incrimination de « mariage blanc » a des effets directs sur le conjoint français, la pénalisation de l'aide au séjour irrégulier frappe les mouvements de solidarité à l'égard des étrangers, la création d'une discrimination ouvre la voie à d'autres discriminations... Il nous faut éviter la « mauvaise pente », celle qui provoque la remise en cause de notre pacte social et de nos principes fondamentaux et nous entraîne vers les abîmes du totalitarisme.

Le Syndicat de la magistrature restera aux côtés du Gisti pour soutenir ses combats juridiques et espère pouvoir prolonger ces actions pour promouvoir une politique généreuse à l'égard des étrangers.

15. Mouvement de couples mixtes pour la défense du droit de mener une vie familiale normale : [<http://amoureuxauban.net/>].

DÉFENDRE LA CAUSE DES ÉTRANGERS EN JUSTICE

Sous l'égide du Gisti

Le 8 décembre 1978, le Conseil d'État rendait, à la requête du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (Gisti), un arrêt promis à un grand retentissement, dans lequel il reconnaissait l'existence d'un principe général du droit dont pouvaient se prévaloir aussi bien les étrangers que les nationaux : le droit de mener une vie familiale normale.

Cet arrêt a marqué le début d'une longue série d'actions en justice grâce auxquelles le Gisti et d'autres associations ont tenté de faire respecter et progresser les droits des étrangers.

Quel bilan peut-on tirer de cette forme de mobilisation ? C'est à cette question qu'entend répondre le présent ouvrage, qui réunit les interventions présentées lors du colloque organisé par le Gisti le 15 novembre 2008 à Paris, à l'occasion du trentième anniversaire de l'arrêt de 1978.

À partir des combats contentieux engagés devant différentes instances juridictionnelles ou non juridictionnelles – le juge administratif, bien sûr, mais aussi les juridictions judiciaires, la Cour européenne des droits de l'homme, la Haute autorité de lutte contre les discriminations... –, il s'agit de mettre en lumière les stratégies développées par les associations, les syndicats, les avocats dans le cadre de la défense des étrangers, d'analyser les raisons qui, trop souvent, privent d'effectivité les victoires obtenues, de faire finalement le bilan de trente ans de jurisprudence concernant la condition des étrangers.

Contributeurs

Ronny Abraham
Jean-Pierre Alaux
Assane Ba
Jean-Michel Belorgey
Yannick Blanc
Jean-Marie Delarue
Bernard Even
Nathalie Ferré
Bruno Genevois
Liora Israël
Olivier Joulin
François Julien-Laferrière
Didier Liger
Danièle Lochak
Jean-Éric Malabre
Stéphane Maugendre
Patrick Mony
Gérard Moreau
Jérôme Pélisse
Claire Rodier
Alain-François Roger
Serge Slama
Gérard Tcholakian
Adeline Toullier
Philippe Waquet

ISBN 978-2-247-08369-5
6784065



9 782247 083695