



HAL
open science

Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti. Gisti. Défendre la cause des étrangers en justice. , Dalloz; Gisti, pp. 43-63, 2009, 978-2-247-08369-5. hal-01691098

HAL Id: hal-01691098

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01691098>

Submitted on 23 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti

Danièle Lochak¹

Professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre-La Défense

in Gisti, Défendre la cause des étrangers en justice, Dalloz-Gisti, 2009, pp. 43-63

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 concrétisée dans des formes d'action multiformes

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 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.

¹ Présidente du Gisti de 1985 à 2000.

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 octobre 1988 *Ministre de l'intérieur c/ Campopiano*, n° 90239 et CE, 9 février 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 janvier 1986, *Ministre de l'intérieur c/ M. Azzouzi*, n° 62921.

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 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.

⁴ Dont deux ne portent pas le nom du Gisti pour les raisons que rappelle Philippe Waquet dans sa contribution : voir *supra*, p. 00.

⁵ Ainsi, le Gisti, qui n'avait pas attaqué le décret et l'arrêté du 3 novembre 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 juillet 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.

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.

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 *Bechta*, 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.

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 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

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 Cass. 2^e civ. 28 juin 1995, n^o 94-5000, Bull., II, n^o 221, p. 127.

⁹ C'est ce qui conduit Nathalie Ferré à classer l'arrêt *Bechta* parmi les « victoires volées » : voir *infra*, p. 00.

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 loi »¹². 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 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 leurs 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 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.

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'un 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.

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 TGI 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.

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 reconnais-

¹³ Voir par exemple : TGI de Melun, 11 mai 1994, *Vianga-Morvan c/ maire de Dammarie-les-Lys* ; TGI de 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 Voir *infra*, p. 00.

¹⁵ TC, 25 avril 1994, *Dulangi et Gisti*, n° 02920.

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 octobre 2003, *Gisti et LDH*, n° 248237. Par une délibération du 18 septembre 2006, la Halde a, en revanche, constaté le caractère discriminatoire de cette disposition.

¹⁷ Déposée le 26 novembre 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 septembre 2006, a constaté le caractère non conforme aux articles 10 et 14 de la CEDH de l'article critiqué en tant qu'il permet à l'autorité exécutive d'interdire une publication étrangère sans préciser aucun motif.

sance 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 débloquent 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 privatifs de liberté et la

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

²⁰ CE, 18 juillet 2006, *Gisti*, n° 274664 ; délibération du 9 octobre 2006.

²¹ Délibération du 27 février 2006.

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

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 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 européen – après une intense action de *lobbying* – qu'il

²⁵ Saisines déposées le 3 février 2009. Voir <http://www.gisti.org/spip.php?article1376>.

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

²⁷ Le 17 novembre 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 » : voir le communiqué de presse de la Cour du 11 juillet 2008.

²⁸ Voir, sur le fond de cette affaire, la contribution d'Adeline Toullier : *infra*, p. 00.

²⁹ On peut citer à titre d'exemple récent la plainte contre la France déposée en juillet 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.

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.

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 régle-

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. 00.

³² Sur les obstacles rencontrés pour distinguer victoires et défaites, voir notre intervention au colloque de Toulon, en novembre 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, pp. 45-61. Voir aussi, sur le même thème, D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, pp. 673-693.

mentaire ; 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.

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 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 Gisti³⁸ ; 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-

³³ Voir *infra*, p. 00.

³⁴ Notre corpus sera 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 novembre 1987, *Gisti*, n° 66707.

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 septembre 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'article 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.

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 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 séjour »⁴¹.

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 toutes façons 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

⁴⁰ CE, 25 septembre 1987, *Gisti*, n° 66708. Sur cet exemple, voir aussi les remarques de Nathalie Ferré (*infra*, p. 00) et de Gérard Moreau (*infra*, p. 00). La même méthode a été utilisée à l'égard d'un décret du 14 août 2004 sur le droit d'asile (CE, 12 octobre 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 : voir la contribution de J.-P. Alaux : *infra*, p. 00).

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

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

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 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 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

⁴³ Voir sur ce point la contribution de Jean-Pierre Alaux : « Asile : des décisions assez peu productrices de "droit" », *infra*, p. 00.

⁴⁴ Voir la contribution de Didier Liger, *infra*, p. 00.

⁴⁵ TC, 24 avril 1994, *Dulangi et Gisti*, n° 02920.

⁴⁶ TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI Paris*

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

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

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 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 mon-

⁴⁸ Pour une analyse détaillée de ce contentieux, voir la contribution de Serge Slama, *infra*, p. 00.

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

⁵⁰ CE, 17 décembre 2003, n° 248238.

⁵¹ CE, Ass. 31 mai 2006, n° 273638.

⁵² CE, 24 janvier 2007, n° 243976.

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

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

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

tant 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 reposent 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. 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.

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

⁵⁶ CE, 18 juillet 2006, n° 274664.

⁵⁷ Délibération du 9 octobre 2006.

⁵⁸ 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 loi » : CE, 6 novembre 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.

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

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

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'administration 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.

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 gui-

⁶¹ CE, 26 juillet 2006, Gisti, n° 276777.

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

⁶³ CE, 14 mars 1986, n° 65241.

⁶⁴ CE, 26 septembre 1986, Gisti, n° 65749

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

⁶⁶ CE, 13 février 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 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 »

chet 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 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'OFPRA 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'OFPRA pouvait dénaturer le droit d'asile⁷².

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

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

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

⁶⁹ CE, 5 avril 2006, *Gisti, Amnesty, LDH, ACAT, GAS, FTDA, Forum réfugiés*, n° 284706. Ultérieurement, 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 février 2008, *Association Forum réfugiés*, n° 295443.

⁷⁰ CE, 26 janvier 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 octobre 2005, *Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés*, n° 273198.

secret de la diplomatie française. Mais, depuis que les instructions consulaires sont communes à tous les États de l'espace 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.

*

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

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

⁷⁴ TA Paris, 13 octobre 2000.

⁷⁵ TA Paris, 2 février 2001, confirmé par CAA Paris du 6 décembre 2001, mais cassé par CE, 9 juillet 2003, n° 243246.

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 de 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 septembre 1992, *Gisti et MRAP*, n° 120437 et n° 120737. Les détails de cette affaire – peu glorieuse pour le Conseil d'État – sont rappelés par Nathalie Ferré (*infra*, p. 00) et par François Julien-Laferrière (*infra*, p. 00).