



**HAL**  
open science

## Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites. Michel Reydellet | L'étranger entre la loi et les juges, L'Harmattan, pp. 45-61, 2007, 978-2-296-06099-9. hal-01698110

**HAL Id: hal-01698110**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01698110>**

Submitted on 31 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.

# Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites

par Danièle Lochak

Colloque de Toulon, 8 et 9 novembre 2007

## L'étranger entre la loi et les juges

in Michel Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, Colloque de Toulon des 8 et 9 novembre 2007, Champs Libres n°7, L'Harmattan, 2008, p. 45-61. [http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=numero&no=26566&no\\_revue=65](http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=numero&no=26566&no_revue=65)

La jurisprudence administrative a, dans une série de domaines, évolué dans un sens plus protecteur pour les étrangers.

– D'abord, elle a fait prévaloir une conception plus exigeante du principe d'égalité. Dans la lignée de son arrêt Ville de Paris de 1989, où il avait fermement rejeté toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'attribution des prestations sociales facultatives, le Conseil d'État a, par exemple, annulé les dispositions réservant la médaille famille française et les avantages qui y sont attachés aux familles dont tous les membres ont la nationalité française, un décret retirant aux artisans étrangers la qualité d'électeur et maintenant l'exigence de nationalité française pour l'éligibilité aux chambres des métiers ou encore les dispositions du code rural subordonnant à une condition de nationalité française le bénéfice de certaines aides sociales aux agriculteurs<sup>1</sup>. Et après des années de procédure<sup>2</sup>, les anciens combattants ont obtenu la reconnaissance par le Conseil d'État de ce que la loi de cristallisation des pensions équivalait à instaurer une différence de traitement fondée sur la seule nationalité et était à ce titre discriminatoire.

– Ensuite, il est indéniable que le Conseil d'État, au cours des trente dernières années, a considérablement accru la portée de son contrôle sur les mesures de police des étrangers – le contrôle minimum a été abandonné pour un contrôle restreint ou normal, voire un contrôle de proportionnalité – et il a intégré les aspects protecteurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais si les principes posés sont protecteurs, l'application qui en est faite l'est beaucoup moins. Qu'il s'agisse des atteintes portées au respect de la vie privée et familiale ou des risques encourus dans le pays d'origine, pour reprendre deux exemples emblématiques des avancées jurisprudentielles, une lecture attentive de la jurisprudence montre que le juge a tendance à sous-évaluer ces atteintes ou ces risques, de crainte d'entraver l'efficacité de la politique de maîtrise des flux migratoires.

En résumé, le souci de garantir les droits des étrangers cède devant les nécessités de l'action gouvernementale dans un domaine considéré comme primordial – en l'espèce, la lutte contre l'immigration irrégulière.

---

<sup>1</sup> Voir *infra*, note 3.

<sup>2</sup> CE, Ass. 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c/ Diop*. Dès 1985 des anciens combattants sénégalais avaient saisi le Comité des droits de l'homme des Nations unies en invoquant la violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques qui garantit l'égalité devant la loi. Le Comité leur a donné raison, mais le Conseil d'État, faisant bon marché de son avis, a estimé que cet article n'était pas invocable pour réclamer le bénéfice d'un droit social (CE, Avis, 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, RFDA 1996, p. 808, concl. Philippe Marin).

Une fois rappelées ces données générales concernant l'évolution du contentieux des étrangers, nous nous proposons d'analyser la jurisprudence administrative, et plus particulièrement celle du Conseil d'État, à travers le prisme des « arrêts Gisti ».

Comme tout prisme, celui-ci est légèrement déformant. Il est déformant dans la mesure où il conduit à concentrer l'analyse sur le contentieux des actes réglementaires (le Gisti ne peut pas attaquer lui-même les décisions individuelles, il peut seulement intervenir au soutien des requêtes individuelles, ce qu'il fait assez rarement). Sous cette réserve, si l'on considère qu'une proportion importante, sinon massive, des décrets et des circulaires déférés au Conseil d'État l'ont été par le Gisti, agissant seul ou avec d'autres associations, et qu'une majorité de ces arrêts Gisti ont été publiés au Lebon ou mentionnés dans les Tables, il est clair que ce corpus peut être considéré comme parfaitement représentatif.

Ce corpus est constitué d'un peu plus de 80 décisions<sup>3</sup>. Sur ce total, environ 34 concernent des recours contre des décrets (recours directs ou recours contre refus d'abrogation), une trentaine correspondent à des recours intentés contre des circulaires, un peu moins de dix des recours contre des arrêtés ministériels. Le reste est constitué par des interventions dans des contentieux individuels ou par des contentieux mettant en jeu directement le Gisti : habilitation pour l'accès aux zones d'attente ou refus de communication de documents administratifs.

Pour analyser ce corpus, nous avons tenté d'élaborer une grille, qui va bien sûr au-delà de la simplification extrême proposée dans le titre de cette contribution : il n'y a pas que de fausses victoires, il y a parfois des vraies victoires, il y a aussi des demi-victoires qui sont aussi nécessairement des semi-défaites. Nous proposons donc un decrescendo qui va des vraies victoires aux vraies défaites en passant par les petites victoires, les fausses ou vaines victoires (à vrai dire les plus intéressantes à analyser) et les semi-défaites.

### **Vraies victoires**

Les seules vraies victoires portent sur le principe d'égalité. 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 français<sup>4</sup>. Des décisions récentes, également rendues à la requête du Gisti, attestent d'une sensibilité croissante à la question de discriminations : il n'est justifié, aux yeux du Conseil d'État, ni de réserver la médaille de la famille française et les avantages qui y sont attachés aux familles dont les parents et les enfants ont la nationalité française<sup>5</sup>, ni d'exclure les artisans étrangers des élections aux chambres des métiers, que ce soit comme électeurs ou comme éligibles<sup>6</sup>, ni de réserver aux agriculteurs français le bénéfice de certaines aides sociales<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> C'est l'occasion de rendre hommage à Serge Slama pour le travail impressionnant qu'il a accompli en rassemblant l'intégralité des décisions rendues à la requête du Gisti depuis 1978, travail sans lequel nous n'aurions pas pu réaliser l'analyse qui suit.

<sup>4</sup> Conseil d'État, 26 juillet 1982, *Gisti et SGEN-CFDT*, publié au Lebon

<sup>5</sup> Conseil d'État, 17 décembre 2003, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>6</sup> Conseil d'État, 31 mai 2006, *Gisti*, publié au Lebon. La solution mérite d'autant plus considération que le Conseil d'État juge illégale l'exclusion des étrangers des chambres de métiers tout en reconnaissant qu'elles sont investies de prérogatives de puissance publique.

<sup>7</sup> Conseil d'État, 24 janvier 2007, *Gisti*, publié au Lebon.

Même ici, toutefois, il convient d'apporter quelques nuances à ce panorama victorieux. Ainsi, alors qu'il avait été saisi par le Gisti et la Ligue des droits de l'homme d'une demande d'annulation du refus d'abroger la disposition qui réservait le bénéfice de la carte « famille nombreuse » de la SNCF aux Français, le Conseil d'État l'a rejetée en se fondant sur la nature législative de la disposition qui figurait dans une loi budgétaire de 1924<sup>8</sup>. 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.

On peut également mentionner le rejet de la demande d'abrogation des textes qui aboutissaient à exclure les étudiants étrangers élèves à l'École normale supérieure du statut de fonctionnaire stagiaire et à leur refuser la rémunération qui lui est attachée. Le Conseil d'État estime que les règlements attaqués n'ont fait que se conformer aux dispositions législatives fixant le statut des fonctionnaire<sup>9</sup>.

Quant à l'affaire de la cristallisation des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires ayant perdu la nationalité française, si elle marque une victoire apparente du principe de non discrimination, elle montre aussi 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 résidence<sup>10</sup>. Il a jugé – de façon bien indulgente et surtout contestable – 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. Or la Halde n'a eu, elle, aucune peine à constater 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 minorées.

### **Petites victoires... sans [trop] d'importance**

On qualifie ces victoires de petites victoires, soit parce qu'elles portent sur des questions ponctuelles ou des points secondaires, soit parce qu'il s'agit d'annulations partielles laissant subsister l'essentiel des points contestés.

La liste en est bien entendu très longue. On peut citer, à titre d'exemple :

– l'annulation d'une circulaire du 8 octobre 1984 relative aux autorisations provisoires de travail délivrées aux étudiants en tant qu'elle réserve cette possibilité aux seuls étudiants ayant déjà effectué une première année d'études<sup>11</sup> ;

– l'annulation de l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 27 janvier 1994 fixant la liste des nationalités soumises à la formalité du visa de sortie conformément à la loi Pasqua de 1993, en tant qu'il inclut dans cette liste les réfugiés statutaires et les apatrides originaires de ces pays, en violation de la convention de Genève<sup>12</sup> ;

---

<sup>8</sup> Conseil d'État, 22 octobre 2003, *Gisti et LDH*

<sup>9</sup> Conseil d'État, 3 novembre 2003, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>10</sup> Conseil d'État, 18 juillet 2006, *Gisti*, publié au Lebon

<sup>11</sup> CE, 18 novembre 1987, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>12</sup> CE, 11 juin 1997, *Gisti et FTDA*, publié au Lebon.

– l’annulation de trois dispositions mineures de la circulaire du 7 novembre 1994 concernant le regroupement familial, dont l’exclusion de principe des étudiants et l’imposition d’une superficie de 5 m<sup>2</sup> supplémentaires par personne au-delà de huit<sup>13</sup> ;

– le constat de l’illégalité de l’arrêté du 17 mars 1997 fixant le montant de la redevance à verser à l’OMI à l’occasion de l’examen médical subi par les étrangers demandant un titre de séjour car, s’agissant d’un contrôle institué dans le but de protéger la santé publique, il n’était pas possible de le soumettre à une quelconque redevance et la visite médicale devait être gratuite<sup>14</sup> ;

– l’annulation (très) partielle de la circulaire Chevènement du 12 mai 1998 prise pour l’application de la loi du 11 mai 1998 relative à l’entrée et au séjour des étrangers en France. Si le Conseil d’État annule 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 ou encore celle qui exige de l’étranger né en France et y ayant effectué la plus grande part de sa scolarité qu’il justifie de son séjour en France mois par mois, il laisse subsister de très nombreuses autres dispositions restrictives contestables<sup>15</sup> ;

– l’annulation elle aussi très partielle de deux décrets du 28 juillet 2005 restreignant l’accès à l’AME (aide médicale État) en le subordonnant à une durée de résidence de trois mois, condition jugée illégale en tant qu’elle concerne les mineurs, mais pas en tant qu’elle s’applique aux majeurs<sup>16</sup>.

### **Fausse ou vaines victoires.**

On est là au cœur de notre problématique car les différentes hypothèses que l’on va passer en revue à présent incitent à relativiser la portée des victoires apparentes : plus encore que les défaites, elles ont un goût d’amertume pour les requérants. Les hypothèses sont très variées, et on pourrait sans aucun doute affiner encore la typologie proposée. Ce sont d’abord celles où l’éclat de la victoire au plan des principes masque les retombées concrètes décevantes de ladite victoire. Ce sont ensuite les victoires qui n’entraînent pas de modifications des pratiques, celles qui sont contrecarrées par l’intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire qui vient priver d’effet la décision du juge, ou encore (la chose est banale, même en dehors du contentieux des étrangers) les victoires qui interviennent trop tardivement pour être d’une quelconque utilité.

#### ***Lorsque l’éclat de la victoire remportée au niveau des principes masque – mal... – les retombées décevantes de ladite victoire.***

Prenons l’exemple des arrêts les plus connus, labellisés comme « grands arrêts » par leur inscription dans le GAJA. Et d’abord le plus fameux, celui du 8 décembre 1978<sup>17</sup> : si l’arrêt a représenté une grande victoire, surtout dans le contexte de l’époque, il ne faut pas se cacher l’impact limité du droit de mener une vie familiale normale, auquel le Conseil constitutionnel comme le Conseil d’État ont admis de plus en plus largement la possibilité d’apporter des restrictions. En atteste le rejet de tous les recours intentés par la suite contre les textes

---

<sup>13</sup> CE, 30 septembre 1998, *Gisti*.

<sup>14</sup> CE, 20 mars 2000, *Gisti*, publié au Lebon.

<sup>15</sup> CE, 30 juin 2000, *Gisti*, publié au Lebon.

<sup>16</sup> CE, 7 juin 2006, *Gisti, Aides, MRAP, LDH, Médecins du Monde*, publié au Lebon

<sup>17</sup> CE, Ass, 8 décembre 1978, *Gisti, CFDT, CGT*, publié au Lebon et dans les *Grands arrêts*.

imposant des conditions supplémentaires et toujours plus restrictives au regroupement familial<sup>18</sup>.

L'autre grand arrêt *Gisti* labellisé comme tel a certes retenu – à juste titre – l'attention des commentateurs, puisqu'il opère un revirement de jurisprudence très attendu. Mais il ne s'accompagne d'aucune victoire sur le fond de l'affaire<sup>19</sup>. Était en cause une circulaire d'application de l'avenant à l'accord franco-algérien dont le *Gisti* estimait qu'elle donnait une interprétation inexacte de cet accord. En l'espèce, la jurisprudence traditionnelle aurait abouti à des conséquences particulièrement choquantes, puisqu'on aurait en somme demandé au ministre des affaires étrangères de trancher entre la thèse de ses collègues de l'intérieur et des affaires sociales et la thèse du *Gisti*. L'occasion était donc particulièrement bien trouvée pour abandonner une jurisprudence contestée de toutes parts, et qui a d'ailleurs été condamnée, peu après, par la Cour européenne des droits de l'homme comme contraire à l'article 6-1 de la Convention et au droit à un procès équitable. Mais après s'être reconnu le pouvoir d'interpréter l'avenant à l'accord franco-algérien, le Conseil d'État, faisant comme à l'accoutumée de ce nouveau pouvoir une utilisation très prudente, a entériné sur presque tous les points l'interprétation des auteurs de la circulaire.

Sur le terrain du droit d'asile, on peut aussi comparer la décision « phare » du 12 janvier 2001, rendue sur la requête de Mme Hyacinthe soutenue par le *Gisti*, dans laquelle le juge des référés affirme, de façon très ferme, que l'impossibilité pour l'intéressée, 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 à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, et une série de décisions rendues ultérieurement. Ainsi, dans l'arrêt du 12 octobre 2005<sup>20</sup>, le Conseil d'État n'a retenu aucun des griefs formulés à l'encontre des deux décrets du 14 août 2004 pris pour l'application de la loi du 10 décembre 2003 relative au droit d'asile. Les sept associations requérantes contestaient une dizaine de dispositions qui, selon elles, dénaturaient le droit d'asile et son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié et notamment le caractère trop strict des dispositions relatives à la domiciliation des demandeurs d'asile par des associations qui conditionne l'admission au séjour, la limitation à vingt-et-un jours du délai pour présenter une demande à l'Ofpra, la réduction à 96 heures du délai dans lequel l'Ofpra doit prendre sa décision lorsque le demandeur est en rétention, la procédure prévue devant la CRR pour les demandes qui ne présentent aucun élément sérieux susceptible de remettre en cause la décision de OFPRA, la dépendance organique et financière de la CRR par rapport à l'OFPRA. Le Conseil d'État a rejeté l'ensemble des moyens, se bornant à donner une interprétation souple de la disposition prévoyant que le demandeur d'asile, au moment du renouvellement de son récépissé, doit présenter « la justification du lieu où il a sa résidence » (interprétation qui n'a d'ailleurs même pas été suivie d'effet comme on le rappelle plus loin).

#### ***Lorsque la victoire n'entraîne pas de modification des pratiques***

Cette absence de modification des pratiques – et donc la poursuite des « errements » dénoncés par les requérants et censurés par le juge – peut avoir plusieurs causes. Elle peut résulter d'une ignorance passive, l'annulation des dispositions contestées n'étant pas

---

<sup>18</sup> CE, 26 septembre 1986, *Gisti*, publié au *Lebon*, rejetant le recours contre le décret du 4 décembre 1984 ; CE, 30 septembre 1998, *Gisti*, rejetant le recours contre le décret du 7 novembre 1994 et la circulaire du même jour.

<sup>19</sup> CE, 29 juin 1990, *Gisti*, publié au *Lebon* et dans les *Grands arrêts*.

<sup>20</sup> CE, 12 octobre 2005, *Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés*, mentionné aux *Tables*.

communiquée aux agents chargés d'appliquer la réglementation – ce qui se produit fréquemment lorsque le texte annulé est une simple circulaire. Elle peut aussi traduire un refus plus ou moins délibéré de ne pas respecter les décisions de justice : le cas se produit notamment lorsque, à la suite d'un contentieux individuel, l'administration ne tient pas compte pour l'avenir de la décision favorable obtenue par un requérant, alors même qu'il s'agit d'une décision de principe, obligeant ainsi les étrangers, pour obtenir gain de cause, à entamer à leur tour une action contentieuse.

Ainsi, malgré l'annulation, en 1992 (!) de la circulaire du 28 novembre 1986 du ministre de l'intérieur obligeant les étrangers résidant en France à solliciter un visa préfectoral pour pouvoir sortir du territoire et y revenir<sup>21</sup>, l'administration a continué à exiger des visas de retour, en interprétant l'arrêt du Conseil d'État comme ayant déclaré illégale la seule exigence du visa de sortie. Il a donc fallu saisir à nouveau le Conseil d'État de cette question, par le biais d'un recours contre une circulaire ultérieure qui entérinait la pratique des visas de retour, ce qui a conduit le Conseil d'État à en confirmer l'illégalité par un arrêt du 21 avril 1997 – soit onze ans plus tard.

Beaucoup de préfectures ne tiennent pas compte non plus de l'interprétation que le Conseil d'État a donnée, dans son arrêt du 12 octobre 2005 (voir *supra*), de la disposition du décret du 14 août 2004 qui prévoit que le demandeur d'asile, au moment du renouvellement de son récépissé, doit présenter « la justification du lieu où il a sa résidence ». Cette disposition, a dit le Conseil d'État, ne fait pas obstacle à ce que le demandeur indique une simple domiciliation, comme au moment du dépôt de la demande initiale d'admission au séjour. Or les préfectures continuent à réclamer une « vraie » adresse. Le 14 septembre 2007, le préfet du Maine-et-Loire a même adressé aux associations et centres d'hébergement une « circulaire » dans laquelle il explique, en prenant le contre-pied exact de l'arrêt du Conseil d'État : « J'ai l'honneur d'appeler votre attention sur la mise en oeuvre 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 ».

Dans le même ordre d'idées, la suspension par le Conseil d'État de la circulaire du ministère de l'Intérieur qui proposait aux préfets une interprétation manifestement illégale des nouvelles dispositions législatives sur l'OQTF (obligation de quitter le territoire français), conduisant à faire prendre des APRF (arrêtés de reconduite à la frontière) dans des hypothèses où la loi ne le permettait plus<sup>22</sup>, n'a pas empêché les préfectures de continuer à prendre des APRF parfaitement illégaux.

Ces comportements classiques rendent d'autant plus remarquables les quelques cas inverses où l'administration répare son erreur dès qu'elle a connaissance du recours, sans attendre la décision du Conseil d'État. On peut ainsi noter qu'à la suite du dépôt d'un recours contre une circulaire de la CNAF du 11 janvier 2002 qui réservait l'accès au RMI aux seuls détenteurs d'une carte de séjour « salarié », une nouvelle circulaire est intervenue, avant même que la précédente soit annulée, indiquant, à propos du RMI, que « la circulaire

---

<sup>21</sup> CE, 22 mai 1992, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>22</sup> CE, référé, 15 février 2007, *Gisti*, *ADDE*, *LDH*. Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 26 juillet 2006, l'OQTF accompagne un refus de séjour, alors que l'APRF ne peut être pris que dans les hypothèses où l'étranger en situation irrégulière n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour.

précédente limitait par erreur la recevabilité [...] aux seules cartes portant la mention "salariée" ». Et dès l'intervention de l'arrêt du Conseil d'État<sup>23</sup>, une troisième circulaire a été adressée aux agents, faisant état de cet arrêt pour en tirer les conséquences.

#### ***Lorsque les lois ou règlements viennent priver d'effet la décision du juge***

Les exemples sont nombreux. Sans faire spécifiquement ici allusion à des arrêts *Gisti*, on peut citer la disposition de la loi Pasqua du 24 août 1993 qui, prenant le contre-pied d'un arrêt *Mamoka* rendu quelques mois plus tôt, pose la règle selon laquelle les étrangers entrés en France comme demandeurs d'asile ne sont pas considérés comme justifiant d'une entrée régulière s'ils ont été par la suite déboutés de leur demande, ou encore la disposition de la loi Sarkozy du 26 novembre 2003 qui décide, à l'encontre du principe admis par le Conseil d'État<sup>24</sup>, que les années pendant lesquelles l'étranger s'est prévalu de documents falsifiés ou d'une identité usurpée ne doivent pas être prises en compte dans le décompte des années de résidence habituelle en France.

#### ***Les victoires trop tardives pour être utiles***

Lorsque la victoire est tardive, cela signifie que la réglementation illégale s'est appliquée pendant plusieurs années. Souvent, de surcroît, la décision du juge n'a plus d'intérêt lorsqu'elle intervient car la législation a changé dans l'intervalle. Ce cas de figure se produit toutefois moins souvent depuis que le Conseil d'État, déchargé du contentieux individuel, statue en moins d'un an sur les recours qui lui sont soumis en premier et dernier ressort. Là encore, les exemples sont innombrables, et la liste qui suit ne prétend hélas pas à l'exhaustivité. Citons, pêle-mêle :

– l'annulation, par un arrêt du 20 mars 1985, des dispositions d'une circulaire Stoléru du 10 juin 1980 relative à l'instruction des demandes de titre de travail – réglementation depuis longtemps périmée ;

– l'annulation, par un arrêt du 27 septembre 1985, d'une circulaire de 1982 par laquelle le ministre de l'intérieur entendait réserver la garantie inscrite dans la loi de 1981 – laissant à l'étranger non admis sur le territoire un délai d'un jour franc avant tout rapatriement forcé – à ceux qui en faisaient la demande écrite et motivée. L'illégalité était flagrante, la condition ayant été purement et simplement ajoutée à la loi, mais il a fallu trois ans pour juger l'affaire, et pendant ce temps les pratiques illégales ont pu prospérer à l'ombre de la circulaire contestée ;

– l'annulation, au bout de cinq ans et demi, d'un autre texte manifestement illégal : la circulaire du ministre de l'intérieur, déjà évoquée plus haut, qui imposait aux étrangers résidant en France de produire, pour tout déplacement hors des frontières, un visa de sortie et retour, en dehors de tout fondement légal et en violation du droit de toute personne à quitter tout pays, consacré par les conventions internationales<sup>25</sup>. La brièveté de l'arrêt comme des conclusions du commissaire du gouvernement atteste que l'illégalité était évidente, et on regrette, là encore, que les étrangers aient été soumis pendant six ans à une obligation illégale et contraignante ;

– l'annulation par le tribunal administratif de Nice, à la fin de l'année 2005, de l'arrêté du préfet du Var du 17 février 2001<sup>26</sup>, pris à la suite de l'arrivée sur la côte varoise d'un cargo

---

<sup>23</sup> CE, 2 avril 2003, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>24</sup> CE, 13 novembre 2002, *Camara*.

<sup>25</sup> CE, 22 mai 1992, *Gisti*, précité.

<sup>26</sup> TA Nice, 9 décembre 2005, *Gisti, Anafé, Cimade, FTDA et MRAP*

ayant à son bord près de 1000 réfugiés, créant une zone d'attente sur les communes de Fréjus et de Saint-Raphaël. Le tribunal a donné raison aux associations requérantes mais cette victoire particulièrement tardive est intervenue de surcroît alors que, dans l'intervalle, la loi du 26 novembre 2003 avait donné aux préfets la possibilité de créer des zones d'attente « au coup par coup ».

### ***L'annulation obtenue sur un moyen de légalité externe***

On peut enfin mentionner, comme autre type de fausse victoire, l'annulation fondée sur un simple moyen de légalité externe, qui laisse toute latitude à l'administration pour redonner vie aux dispositions annulées. L'affaire du fichier « Eloi » en est un bon exemple : le Conseil d'État annule l'arrêté du ministre de l'Intérieur qui l'avait créé, estimant que sa création aurait dû intervenir sur la base d'un décret en Conseil d'État<sup>27</sup>. Mais il ne répond pas aux griefs de fond, beaucoup plus graves, qui avaient trait à la possibilité de recueillir, mémoriser et traiter des informations relatives non seulement aux personnes en instance d'éloignement mais aussi à leurs enfants mineurs, ainsi qu'aux personnes chez qui elles sont assignées à résidence et aux personnes qui leur rendent visite dans les centres de rétention.

### **Semi-défaites**

On considère comme des semi-défaites les cas, extrêmement nombreux, où le Conseil d'État, plutôt que d'annuler les dispositions d'une circulaire – ou parfois d'un décret – en propose une interprétation qui les « vide de leur 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 pour ceux qui l'ont rédigée et sera perçue comme telle par ceux à qui elle s'adresse. Mais cette forme de réserve d'interprétation est pernicieuse, car les agents chargés d'instruire les dossiers le font sur la base de ce qui est écrit dans la circulaire, pas sur la base de l'interprétation qu'en a donné le Conseil d'État et qu'en général ils ne connaissent d'ailleurs pas. Quelques exemples parmi bien d'autres :

– La circulaire du 4 janvier 1985 relative au regroupement familial 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 la circulaire n'a pas entendu édicter une exclusion de principe mais seulement rappeler que leur situation implique *le plus souvent* que les étrangers visés ne rempliront pas les critères posés par les textes. De même, lorsqu'il est dit que le demandeur doit être propriétaire ou locataire de son logement, le Conseil d'État déclare que le ministre n'a pas entendu exclure d'autres modes d'occupation du logement<sup>28</sup>.

– La circulaire du 12 mai 1998 prise pour l'application de la « loi Chevènement » du 11 mai 1998 contient un mode d'emploi extrêmement détaillé et passablement restrictif de plusieurs dispositions de la loi et notamment de la plus novatrice, celle qui prévoit la délivrance de plein droit de la carte « vie privée et familiale » sur la base des attaches de l'étranger en France. S'agissant des concubins, elle suggère de ne délivrer la carte que si plusieurs conditions cumulatives sont remplies, dont la présence d'enfants issus du couple et une certaine ancienneté de communauté de vie en France, la circulaire faisant référence à une durée de cinq ans. Le Conseil d'État annule comme réglementaire la première condition, mais

---

<sup>27</sup> CE, 12 mars 2007, *Gisti, Cimade, Iris, LDH*, publié au Lebon.

<sup>28</sup> CE, 25 septembre 1987, *Gisti*

considère que la seconde n'est qu'indicative parce que la référence aux cinq années de vie commune est précédée des mots : « à titre d'exemple »<sup>29</sup>.

– La circulaire du ministre de l'intérieur du 19 décembre 2002 contient des dispositions très rigoureuses sur les moyens de preuve de la résidence habituelle en France pendant dix ans, qui donnait encore accès, à l'époque, à une carte de séjour temporaire. Alors que la loi énonce que l'étranger peut justifier de cette résidence « par tout moyen », la circulaire exige une preuve « certaine » par an, seuls les documents émanant de l'administration revêtant ce caractère. Le Conseil d'État n'annule pourtant pas la disposition critiquée et se borne à déclarer, de façon bien optimiste, que l'énumération « n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de restreindre les modes de preuve en matière de séjour »<sup>30</sup>.

La même méthode a été utilisée à l'égard des décrets du 14 août 2004 sur le droit d'asile, avec les effets pervers déjà évoqués plus haut : plutôt que d'annuler la disposition prévoyant que le demandeur d'asile, au moment du renouvellement de son récépissé, doit présenter « la justification du lieu où il a sa résidence », le Conseil d'État a préféré en donner une interprétation favorable en précisant que cette disposition n'interdisait pas que le demandeur indique une simple domiciliation<sup>31</sup>. Mais les préfetures, on l'a dit, ignorent cette interprétation favorable et continuent à réclamer une « vraie » adresse (voir *supra*).

### **Vraies défaites**

Viennent enfin les vraies défaites. Le sentiment de défaite est évidemment d'autant plus fort qu'on reste persuadé que le Conseil d'État aurait pu ou dû statuer autrement et qu'on avait juridiquement raison... Ces cas où le juge donne raison à l'administration signent en général une régression des droits des étrangers, mais parfois la portée de la solution critiquée dépasse le sort des étrangers.

#### ***Les défaites qui signent une régression des droits des étrangers***

Parmi les défaites anciennes, on peut citer les combats perdus 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 privée<sup>32</sup> ou contre la circulaire du ministre de l'intérieur du 17 septembre 1984 qui a permis aux préfets de vérifier la réalité des études avant de renouveler un titre de séjour étudiant<sup>33</sup>. 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 résident<sup>34</sup>. 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

---

<sup>29</sup> CE, 30 juin 2000, *Gisti*, publié au Lebon

<sup>30</sup> CE, 14 décembre 2005, *Gisti*

<sup>31</sup> CE, 12 octobre 2005, précité.

<sup>32</sup> CE, 27 septembre 1985, *Gisti*, *FTDA*, *LDH*

<sup>33</sup> CE, 14 mars 1986, *Gisti*, mentionné aux Tables.

<sup>34</sup> CE, 26 septembre 1986, *Gisti*, publié au Lebon.

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 faudra attendre la loi Joxe du 10 août 1989 pour que cette interprétation soit écartée par une disposition expresse... jusqu'à ce que la loi Pasqua du 24 août 1993, à son tour, rétablisse les conditions d'entrée et de séjour réguliers.

Parmi les défaites plus récentes, il faut citer d'abord le combat perdu contre l'application extensive de l'interdiction posée par la loi du 24 août 1993 de délivrer une carte de résident aux polygames. En rejetant le recours formé contre le décret du 2 septembre 1994 qui exigeait, pour le renouvellement de la carte de résident, une déclaration sur l'honneur que l'intéressé ne vit pas en état de polygamie et en admettant qu'un étranger vivant en état de polygamie ainsi que ses épouses n'avaient pas droit, contrairement au principe général posé par les textes, au renouvellement automatique de leur carte de résident, le Conseil d'État a conféré une portée rétroactive aux dispositions législatives, sur la base d'un raisonnement juridique particulièrement contestable. Cédant au mouvement de diabolisation des polygames, il a entériné 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 ans<sup>35</sup>.

Mentionnons encore la validation par le Conseil d'État de la possibilité de reconduire à la frontière les ressortissants des États membres, dont le *Gisti* contestait et continue à contester la conformité au droit communautaire<sup>36</sup>, la validation des dispositions permettant à l'administration de vérifier les ressources de la personne qui se propose d'héberger un visiteur étranger<sup>37</sup> et plus encore la validation, en dépit des réserves de la CNIL, des modalités du fichage de ces mêmes personnes<sup>38</sup>. Rappelons également 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 sélectifs, 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 forcé<sup>39</sup>.

Dans le domaine du droit d'asile, le Conseil d'État a entériné la délibération de l'OFPPA fixant la liste de douze pays d'origine sûrs<sup>40</sup> avant de valider la non prise en charge des frais d'interprétariat par l'État lorsque l'étranger dépose sa demande depuis la zone d'attente – ce

---

<sup>35</sup> CE, 18 juin 1997, *Gisti et FTDA*, mentionné aux Tables. Pour une démonstration des effets néfastes de la réglementation, on peut se reporter à notre étude : D. Lochak, « La double peine des épouses de polygames », *Droit social*, novembre 2006, p. 1032.

<sup>36</sup> CE, 27 mai 1998, *Gisti*, mentionné aux Tables : rejet du recours contre une circulaire du ministre de l'Intérieur du 7 juin 1994 prise pour l'application du décret du 11 mars 1994 sur le séjour des ressortissants communautaires en France qui prévoit la possibilité de prendre des mesures de reconduite à la frontière. La solution a été confirmée par la suite.

<sup>37</sup> CE, 26 juillet 2006, *Gisti*, mentionné aux Tables : rejet du recours contre le décret du 17 novembre 2004 relatif aux attestations d'accueil.

<sup>38</sup> CE, 26 juillet 2006, *Gisti, LDH et IRIS*, publié au Lebon. Dans leur recours contre le décret du 2 août 2005 organisant le fichage des attestations d'accueil, les associations requérantes contestaient notamment la liste des informations collectées et mises en mémoire (ressources de l'hébergeant, données relatives au logement, suites données à la demande de visa), la durée de conservation des données, l'insuffisance des garanties de sécurité et de confidentialité.

<sup>39</sup> CE, 21 février 2007, *Cimade, Fasti, Gisti, LDH, Syndicat de la magistrature*.

<sup>40</sup> CE, 5 avril 2006, *Gisti, Amnesty, LDH, ACAT, GAS, FTDA, Forum réfugiés*, publié au Lebon

qui constitue un recul par rapport à une décision antérieure<sup>41</sup> –, la brièveté du délai (cinq jours) dans lequel est enfermée dans ce même cas la demande d'asile et finalement, dans le même élan, la présence des enfants dans les centres de rétention<sup>42</sup>.

### ***Des défaites sur des questions de principe qui dépassent le contentieux des étrangers.***

On peut, pour terminer, rappeler quelques défaites juridiques dont la portée dépasse la condition des étrangers.

Ainsi, dans le contentieux de la voie de fait, le Gisti a échoué dans ses efforts pour obtenir l'élargissement de la notion qui conditionnait l'intervention en urgence du juge judiciaire. Dans l'affaire Dulangi, jugée par le Tribunal des conflits, le Gisti avait 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. La demande n'a pas abouti, le préfet ayant élevé le conflit et le tribunal des conflits ayant refusé de reconnaître l'existence d'une voie de fait, dès lors que la rétention avait une base légale<sup>43</sup>. Par la suite, il est vrai, une affaire similaire, 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, va provoquer l'électrochoc qui aboutira à la mise en place d'une véritable procédure d'urgence devant les juridictions administratives<sup>44</sup>.

Le Gisti a également échoué, jusqu'à présent, à faire reconnaître par le Conseil d'État l'applicabilité directe des dispositions des conventions internationales consacrant des droits économiques et sociaux. À chaque fois qu'il a été demandé au juge de constater la contrariété de certaines dispositions réglementaires avec des instruments internationaux, le juge a rejeté cette demande et refusé de prendre en compte l'argumentation des requérants, qu'il s'agisse des articles de la Convention sur les droits de l'enfant relatifs à la protection sociale, 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 ou du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels<sup>45</sup>.

Citons pour terminer les très nombreux échecs essuyés par le Gisti en matière d'accès aux documents administratifs. C'est ainsi qu'il n'a jamais réussi, dans le passé, à obtenir la communication de l'instruction sur les visas (paradoxalement, depuis que les instructions consulaires sont communes à tous les États de l'espace Schengen, le texte est d'accès public, ce qui montre que l'argument tiré du risque de porter atteinte au secret de la diplomatie française ne tenait guère la route). Plus récemment, malgré une longue mobilisation contentieuse, il n'a pas obtenu la communication des télégrammes diplomatiques de mai et juin 1998 relatifs aux conditions de délivrance des visas aux chercheurs et artistes

---

<sup>41</sup> CE, 26 janvier 2000, *Gisti, Amnesty, FTDA*, mentionné aux Tables. Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait censuré la disposition prévoyant que le demandeur devait supporter les frais éventuels d'interprétariat.

<sup>42</sup> CE, 12 juin 2006, *Cimade, Gisti, LDH, Amnesty*, mentionné aux Tables. Le texte contesté était un décret du 30 mai 2005 relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente.

<sup>43</sup> TC 24 avril 1994, *Préfet de police c/ TGI de Paris et Dulangi*, publié au Lebon.

<sup>44</sup> TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI Paris*

<sup>45</sup> CE, 23 avril 1997, *Gisti*, publié au Lebon, à propos du décret du 21 septembre 1994 fixant la liste des titres et documents à produire pour être affilié à la sécurité sociale, après l'intervention de la loi du 23 août 1993 qui a subordonné cette affiliation à la condition de régularité du séjour. Position réitérée ultérieurement : CE, 6 novembre 2000, *Gisti*, là encore à propos des documents à produire pour bénéficier des prestations de la sécurité sociale ; CE, 2 mars 2006, *Gisti et CATRED*, où était contestée la disposition du code de la sécurité sociale subordonnant le versement des allocations familiales à l'entrée régulière des enfants sur le territoire français par regroupement familial.

interprètes<sup>46</sup>, non plus que des quatre « fiches techniques » annexées à la circulaire du 11 octobre 1999 sur l'éloignement des étrangers en situation irrégulière et qui portaient respectivement sur les interpellations, l'identification des étrangers, la rétention des étrangers à éloigner et l'exécution des mesures d'éloignement. Le tribunal a donné raison au ministre qui alléguait l'atteinte au secret des délibérations du gouvernement et à la sécurité publique qui auraient résulté de la communication de ces fiches<sup>47</sup>. Le Gisti n'a pas obtenu non plus la communication du rapport dit « Darcy-Bondaz » concernant l'organisation des services des étrangers dans les préfectures<sup>48</sup>. Dans ce dernier cas, le tribunal administratif de Paris, puis la cour administrative d'appel, avaient pourtant jugé illégal le refus de communication, estimant qu'il ne s'agissait pas d'un document préparatoire et que sa divulgation ne porterait pas atteinte au secret des délibérations du gouvernement ; mais le Conseil d'État en a décidé autrement, estimant qu'il n'était pas séparable du processus de décision visant à réformer l'organisation du service des étrangers dans les préfectures et à améliorer le service rendu et qu'il avait par conséquent bien le caractère d'un document préparatoire.

## Conclusion

Il est difficile de ne pas voir dans le nombre important des défaites subies l'indice d'une évolution globalement défavorable aux étrangers, derrière une apparence de contrôle renforcé. Ce raidissement n'est pas surprenant : le juge est ici à l'unisson du consensus qui règne dans la classe politique et dans l'opinion sur la nécessité de « maîtriser les flux migratoires »<sup>49</sup>.

Il y a, certes, quelques victoires, mais elles n'ont souvent que des effets mineurs, comme cela ressort de l'analyse qui précède.

Ce double constat conduit à s'interroger sur les limites et les pièges du combat contentieux dans les stratégies associatives. La stratégie contentieuse présente au départ un certain nombre d'avantages. En cas d'annulation, on n'obtient pas seulement une satisfaction juridique mais parfois aussi un avantage politique. Car 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 la voie contentieuse perd de sa force lorsqu'elle est déconnectée du combat politique. C'est le cas lorsque la voie du combat politique est barrée faute de combattants pour le mener ou qu'il est voué à l'échec en raison de la disproportion des forces en présence. Le gouvernement et l'administration ont en effet tout à gagner du déplacement de la contestation du champ politique au champ juridictionnel, dans la mesure où ce déplacement a pour effet de désamorcer la contestation visible et de la canaliser vers des lieux moins directement offerts aux feux des médias. Et les victoires éventuellement obtenues devant le juge pèsent de peu de poids face à un pouvoir politique déterminé à passer outre et devant lequel ne se dresse aucun obstacle.

---

<sup>46</sup> TA Paris, 6 juillet 2000, confirmé par CAA Paris, 5 juillet 2001, puis en cassation par CE, 20 mars 2002.

<sup>47</sup> TA Paris, 13 octobre 2000.

<sup>48</sup> TA Paris 2 février 2001, confirmé par CAA Paris du 6 décembre 2001 mais cassé par CE, 9 juillet 2003.

<sup>49</sup> V. en ce sens notre contribution au numéro de la revue *Pouvoirs* sur le Conseil d'État (n° 123/2007) : « Le Conseil d'État en politique ».