



HAL
open science

De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle 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, 2009, 978 2 247 09999 3. hal-03020186

HAL Id: hal-03020186

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03020186v1>

Submitted on 23 Nov 2020

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.

De la défense des étrangers à la défense de la légalité.

Le Gisti au Conseil d'État.

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'université de Paris X-Nanterre

in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*,
Dalloz, 2009, pp. 673-693

Pour justifier le caractère *a priori* peu académique de l'intitulé de cette contribution, il me faut rappeler quelques souvenirs, qui sont aussi une forme d'hommage au dédicataire de ces *Mélanges*.

Bruno Genevois, c'est d'abord le commissaire du gouvernement qui a contribué à promouvoir les principes généraux du droit de l'extradition¹. C'est aussi celui qui, à plusieurs reprises, a proposé à ses collègues des solutions plus audacieuses que celles auxquelles ils étaient prêts à adhérer. Dans l'affaire *Dridi*, le Conseil d'État l'a suivi s'agissant de poser en principe qu'une infraction pénale ne saurait à elle seule justifier légalement une mesure d'expulsion, mais pas pour constater qu'en l'espèce l'administration avait bien commis une erreur de droit². Concluant sur une affaire *Maspero*, en 1980, il propose en vain de s'engager dans un contrôle entier des mesures d'interdiction des publications étrangères, seul moyen à ses yeux d'assurer la compatibilité du droit français avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme³. Il faudra attendre l'arrêt *Ekin* de 1997 pour que le Conseil d'État s'y résolve⁴, ce qui ne suffira d'ailleurs pas à faire échapper la France à une condamnation par la Cour de Strasbourg⁵. Dans l'affaire *Cohn-Bendit*, il propose, là encore sans succès, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, plutôt que de trancher dans un sens qui le mette en contradiction avec la jurisprudence de la Cour⁶.

Je pourrais évoquer également le souvenir d'une des toutes premières audiences de référé-liberté permises par la réforme de 2000 : le Président de la Section du contentieux, après avoir écouté attentivement ceux qui venaient plaider la cause de Mme Hyacinthe, cette femme haïtienne dont la préfecture refusait obstinément d'enregistrer la demande d'asile, et constatant la mauvaise foi de l'administration, lui donnera raison au motif que le droit de solliciter le statut de réfugié est un corollaire du droit constitutionnel d'asile et que le refus d'admission au séjour, en l'espèce non justifié, portait une atteinte grave et manifestement illégale à ce droit fondamental⁷.

¹ Ces principes interdisent d'extrader un étranger notamment lorsque l'extradition est demandée dans un but politique (CE, Ass. 24 juin 1977, *Astudillo-Calleja*, 24 juin 1977, R. p. 290 ; AJDA 1977.490, chr. Nauwelaers et Dutheillet de Lamothe ; D. 1977.695, concl. Genevois) ou lorsque le système juridique de l'État requérant ne respecte pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine (CE, Ass. 26 septembre 1984, *Lujambio Galdenao*, R. p. 380 ; AJ 1984.669, chr. Schoettl et Hubac ; JCP 1984.II.20346, concl. Genevois).

² *M. de l'Intérieur c. Dridi*, 21 janvier 1977, R. p. 38 ; AJ 1977.133, chr. Nauwelaers et Fabius ; Gaz. Pal. 1977.I.340, concl. Genevois.

³ CE, Ass. 30 janvier 1980, *M. de l'Intérieur c. SA Librairie François Maspero*, R. p. 53, concl. Genevois.

⁴ CE, Sect. 9 juillet 1997, *Ekin*, RFDA 1997.1284, concl. Denis-Linton, note Pacteau.

⁵ CourEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*.

⁶ CE, Ass. 22 décembre 1978, *M. de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R. 524 ; D. 1979.155, concl. Genevois.

⁷ CE, ord., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, R. 12 ; AJDA 2001.589, note Morri et Slama.

On ne s'étonnera donc pas qu'une ancienne présidente du Gisti ait souhaité contribuer à ces *Mélanges* en l'honneur de Bruno Genevois en revenant sur le contentieux administratif initié par le Gisti (Groupe d'information et de soutien des immigrés)⁸. Depuis le premier « grand arrêt » Gisti, il y a juste trente ans, un peu plus de 80 décisions ont été rendues à la requête de l'association, agissant seule ou conjointement avec d'autres. Une trentaine concernent des décrets, à peu près le même nombre des circulaires, un peu moins de dix des arrêtés ministériels. Le reste est constitué par des interventions dans des contentieux individuels ou des affaires mettant en jeu l'association : habilitation pour l'accès aux zones d'attente ou refus de communication de documents administratifs.

Est-il pertinent d'analyser le contentieux des étrangers à travers ce prisme ? Comme tout prisme, celui-ci est légèrement déformant, notamment parce qu'il conduit à concentrer l'analyse sur le contentieux des actes réglementaires (le Gisti n'est pas recevable à attaquer lui-même les décisions individuelles, il peut seulement intervenir à l'appui des requêtes individuelles, ce qu'il fait assez rarement). Or l'attitude du juge n'est pas la même selon qu'il est confronté à des textes de portée générale ou à des situations individuelles. L'application à des cas concrets des principes proclamés à l'occasion de l'examen des actes réglementaires – tel le droit de mener une vie familiale normale – s'avère souvent décevante. En sens inverse, toutefois, il arrive qu'à l'occasion d'un contentieux individuel, confronté à une situation concrète, le juge prenne conscience du caractère trop rigoureux de la position qu'il avait définie dans l'abstrait : c'est ainsi qu'à propos des partenaires pacés, après avoir avalisé l'obligation énoncée dans une circulaire de prendre en compte exclusivement la vie commune en France, le Conseil d'État a opéré quelques années plus tard un revirement de jurisprudence⁹.

Sous cette réserve, le contentieux initié par le Gisti peut être considéré comme un échantillon représentatif dans la mesure où une proportion importante, sinon massive, des décrets et des circulaires déférés au Conseil d'État l'ont été par lui, agissant seul ou avec d'autres associations, et qu'une majorité de ces arrêts Gisti ont été publiés au *Lebon* ou mentionnés aux *Tables*¹⁰.

Parmi les décisions obtenues, succès et échecs coexistent, souvent difficiles à démêler du reste en raison des annulations partielles. Lorsque le recours est rejeté, la défaite est ressentie d'autant plus fortement qu'on reste persuadé que le Conseil d'État aurait pu ou dû statuer autrement qu'il ne l'a fait. Mais certaines victoires laissent elles aussi un goût d'amertume : soit parce que, éclatantes au plan des principes, leurs retombées concrètes sont décevantes, soit parce que l'annulation obtenue n'entraîne pas de modifications des pratiques ou que l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire vient ressusciter la disposition annulée, soit encore parce que la victoire est intervenue trop tardivement pour être d'une quelconque utilité. Il y a enfin ces décisions qu'on ne sait trop où classer, par lesquelles le Conseil d'État, plutôt que d'annuler les dispositions d'une circulaire ou d'un décret, en propose une interprétation qui les « vide de leur venin ». Cette méthode qui s'apparente aux réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, n'est pas sans effets pervers, comme on le montrera plus loin¹¹.

⁸ Créée en 1972 comme « Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés », le Gisti s'est résolu en 1996 à supprimer la référence aux « travailleurs » dans la dénomination de l'association pour devenir le « Groupe d'information et de soutien des immigrés ».

⁹ CE, 29 juillet 2002, *Gisti, Femmes de la Terre, LDH*, mentionné aux *Tables*.

¹⁰ Sur 88 décisions, 36 ont été publiées au *Lebon*, 27 mentionnées aux *Tables*. Dans l'index du « GAJA » sont cités, outre les deux « grands arrêts » labellisés comme tels, celui de 1978 et celui de 1990, dix autres arrêts.

¹¹ Voir notre contribution au Colloque organisé à Toulon en novembre 2007 sur le thème : « L'étranger entre la loi et les juges » : « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », à paraître.

À travers la relecture – critique – des arrêts rendus à la requête du Gisti, on se propose de montrer qu'en défendant, conformément à ses statuts, les droits des étrangers, il joue aussi le rôle de gardien – vigilant, sinon toujours efficace – de la légalité et donc de l'État de droit.

I. La défense des droits des étrangers

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 que nous traçons de la jurisprudence et de son apport à la reconnaissance des droits des étrangers sera plutôt empreint de pessimisme. Il nous semble 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 en plusieurs occasions 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, la jurisprudence a accompagné plus qu'elle ne les a canalisées la fragilisation de la protection accordée aux demandeurs d'asile, la précarisation du droit au séjour, l'accroissement des pouvoirs de l'administration et de la police.

Les avancées du principe d'égalité

Depuis une vingtaine d'années, le juge administratif a fait prévaloir une conception nettement plus exigeante qu'auparavant du principe d'égalité, considérant comme *a priori* « suspects », au sens où la Cour suprême des États-Unis utilise ce terme, les distinctions fondées sur la nationalité, en dehors bien sûr de celles qui ont trait au séjour ou aux droits politiques.

Plusieurs décisions récentes attestent d'une sensibilité croissante à la question des discriminations. Dans la lignée de son arrêt *Ville de Paris* de 1989¹², où il avait fermement rejeté toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'attribution des prestations sociales facultatives, 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 française¹³, un décret retirant aux artisans étrangers la qualité d'électeur et maintenant l'exigence de nationalité française pour l'éligibilité aux chambres des métiers¹⁴, ou encore les dispositions du code rural subordonnant à une condition de nationalité française le bénéfice de certaines aides sociales aux agriculteurs¹⁵. Et après des années de procédure¹⁶, les anciens combattants ont obtenu la reconnaissance par le Conseil d'État de ce que la loi de

¹² CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. Lévy*, R. p. 157 ; RFDA 1990.575, concl. Lévis ; Dr. Soc. 1989.767, note Prétot.

¹³ CE, 17 décembre 2003, *Gisti*, mentionné aux Tables.

¹⁴ CE, Ass. 31 mai 2006, *Gisti*, R. p. 268 ; RFDA 2006.1194, concl. Casas ; AJDA 2006.1830, chr. Landais et Lenica. 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.

¹⁵ CE, 24 janvier 2007, *Gisti*, publié au Lebon.

¹⁶ 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, et contre les conclusions de son commissaire du gouvernement, 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 Martin).

crystallisation des pensions équivalait à instaurer une différence de traitement fondée sur la seule nationalité et était à ce titre discriminatoire¹⁷.

De façon moins éclatante, mais qui mérite d'autant plus d'être relevée que ces affaires concernaient le droit au séjour, le Conseil d'État a estimé qu'étaient discriminatoires les distinctions fondées sur la nationalité – non pas, bien sûr, du demandeur – mais de celle de la personne avec laquelle il 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 extracommunautaire¹⁸. Plus récemment le Conseil d'État 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-étrangers¹⁹.

Il convient néanmoins d'apporter quelques nuances à ce panorama victorieux. Ainsi, le Conseil d'État n'a pas fait droit à la demande du Gisti et de la Ligue des droits de l'homme tendant à l'annulation du refus d'abroger la disposition qui réservait le bénéfice de la carte « famille nombreuse » de la SNCF aux Français : aux yeux du Conseil d'État, cette disposition, qui figurait dans une loi budgétaire de 1924, continuait à relever du domaine de la loi, ce qui excluait la compétence du Premier ministre et la possibilité de délégalisation suggérée par les associations requérantes²⁰.

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 résidence²¹. Il a jugé – de façon bien indulgente – que le nouveau dispositif, beaucoup moins coûteux pour l'État que celui qui aurait conduit à accorder les mêmes prestations à tous, ne constituait pas une discrimination fondée sur l'origine nationale, alors même que le critère de résidence n'était pas applicable aux ressortissants français résidant à l'étranger. Plus exactement, il a jugé que la différence de traitement était de portée limitée et qu'elle relevait de la marge d'appréciation que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme réserve au législateur national.

La Halde, également saisie par le Gisti, a porté une appréciation différente : dans sa délibération du 9 octobre 2006, constatant que 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 – elle a reconnu l'existence d'une discrimination à raison de la nationalité et recommandé au gouvernement de prévoir un dispositif de revalorisation de l'ensemble des pensions.

¹⁷ CE, Ass. 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c. Diop*, R. p. 605 ; RFDA 2002.573, concl. Courtial ; AJDA 2001.1039, chr. Guyomar et Collin. Précisons que ce contentieux n'a pas été initié par le Gisti, qui ne s'est engagé dans la défense des anciens combattants et anciens fonctionnaires qu'au stade suivant (voir plus loin).

¹⁸ CE, 29 juillet 2002 *Gisti, Femmes de la Terre, LDH*, mentionné aux Tables.

¹⁹ CE, ordonnance de référé, 18 décembre 2007, *Gisti et autres*.

²⁰ CE, 22 octobre 2003, *Gisti et LDH*. La disposition litigieuse a été finalement abrogée par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à l'occasion de la mise en place d'une nouvelle mouture de la carte famille nombreuse, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde), saisie par les mêmes associations, avait en effet recommandé la modification de la loi, constatant son caractère discriminatoire.

²¹ CE, Sect., 18 juillet 2006, *Gisti*, R. p. 353, concl. Vallée ; AJDA 2006.1853, chr. Landais et Lenica ; RFDA 2006.1201, concl. Vallée.

Relevons enfin que le principe d'égalité cesse de produire effet lorsque les étrangers sont en situation irrégulière, notamment pour l'accès aux droits sociaux qui sont le domaine d'application par excellence du principe d'égalité. À chaque fois, en effet, que le Gisti a tenté de contester la subordination de l'accès aux prestations sociales à une condition de régularité de séjour en invoquant le principe de non discrimination proclamé par différents instruments internationaux, le Conseil d'État a écarté ces arguments. Il a notamment écarté l'allégation d'une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel, estimant qu'il existait bien une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur s'était ainsi fondé « sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi »²².

La protection fragile des demandeurs d'asile

Si l'on prend en considération la jurisprudence du Conseil d'État globalement et sur le long terme, on y trouve une série de décisions posant des principes protecteurs en faveur des demandeurs d'asile. Tel le principe selon lequel l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié doit être autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, avec pour corollaire l'impossibilité de le reconduire à la frontière aussi longtemps que l'autorisation provisoire de séjour qui lui a été délivrée pour l'instruction de sa demande reste valable²³, ou encore le principe qui veut que les étrangers entrés en France sans les documents requis mais comme demandeurs d'asile doivent être considérés comme étant entrés régulièrement sur le territoire, même si leur demande a été finalement rejetée²⁴. Le Conseil d'État a également jugé illégale et contraire à la Convention de Genève la consignation à bord des navires des demandeurs d'asile, qui doivent être placés en zone d'attente afin de pouvoir effectuer les démarches tendant à se voir reconnaître le statut de réfugié²⁵. De la même façon, il a censuré le refus du ministre de l'Intérieur de laisser accéder au territoire français un demandeur d'asile dépourvu de papiers au motif qu'il serait passé par un pays tiers sûr où il aurait pu déposer sa demande, alors que rien dans la Convention de Genève ne permet de subordonner la reconnaissance de la qualité de réfugié, et *a fortiori* son accès au territoire, à l'arrivée directe du réfugié depuis le pays où il est exposé à des persécutions²⁶.

Ces principes protecteurs ont été remis en cause l'un après l'autre par le législateur. On ne saurait donc imputer au Conseil d'État la fragilisation du statut des demandeurs d'asile. Reste qu'il n'a pas toujours été à notre sens suffisamment vigilant face aux mesures émanant du pouvoir réglementaire de nature à entraver l'exercice du droit d'asile.

On ne saurait bien entendu sous-évaluer l'importance de la décision « phare » du 12 janvier 2001, rendue à 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 et par suite de déposer une demande à l'OFPRA porte une atteinte grave et manifestement illégale à la sau-

²² CE, 6 novembre 2000, *Gisti*, mentionné aux Tables. 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*.

²³ CE, Ass. 13 décembre 1991, *Nkodia et Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, R. p. 439 et 440, AJDA 1992.114, chr. Maugué et Schwartz, RFDA 1990.90, concl. Abraham.

²⁴ CE, 22 janvier 1993, *Mamoka*, AJDA 1993.376, note Haïm.

²⁵ CE, 29 juillet 1998, *M. de l'Intérieur c. Mwinyl*, AJDA 1998.936, concl. Abraham.

²⁶ CE, Ass., 18 décembre 1996, *M. de l'Intérieur c. Rogers*, RFDA 1997.28, concl. Delarue.

vegarde d'une liberté fondamentale : le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié.

Mais si l'admission au séjour est une condition nécessaire de l'exercice du droit d'asile, elle n'est pas une condition suffisante. Les délais pour déposer une demande ou l'accès à un interprète – sans lequel le droit de solliciter l'asile se trouve privé de toute effectivité pour les demandeurs non francophones – sont aussi des éléments essentiels à la garantie de ce droit. Or le Conseil d'État s'est refusé à admettre qu'une mesure telle 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'asile²⁷.

Concernant les frais d'interprétariat, s'agissant des étrangers qui déposent une demande d'asile alors qu'ils se trouvent en zone d'attente ou en rétention, il a jugé qu'aucune disposition législative ni aucun principe s'imposant au pouvoir réglementaire n'obligeaient l'État à assumer ces frais²⁸. Pourtant, quelques années auparavant, saisi d'une circulaire détaillant la procédure de demande d'asile territorial, il avait censuré la disposition mettant les frais d'interprétariat à la charge de l'intéressé. Certes, il s'était pour ce faire référé aux dispositions du décret que la circulaire entendait mettre en œuvre, mais ce décret se bornait à prévoir que l'étranger pouvait demander l'assistance d'un interprète, et c'est donc le Conseil d'État qui en avait à l'époque déduit que le demandeur n'avait pas à supporter les frais de cette assistance²⁹. La directive communautaire relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié va dans le même sens³⁰.

Le Conseil d'État, saisi en référé, a également refusé, en avril 2008, de suspendre l'arrêté ministériel qui, en soumettant à la formalité du visa de transit aéroportuaire les ressortissants de certains pays, entravait leurs possibilités de fuir et de trouver refuge en France. La demande a été rejetée au motif que l'urgence n'était pas établie, mais le juge a néanmoins pris parti sur le fond en faisant valoir que l'obligation de disposer d'un visa de transit aéroportuaire ne porte par elle-même aucune atteinte au droit d'asile – alors que les statistiques produites à l'instance montraient que la mesure avait bien pour objet et pour effet de tarir l'arrivée des réfugiés tchétchènes – et qu'en l'espèce les mesures prises visaient à lutter contre des filières organisées de transit par la France en vue de solliciter l'asile³¹.

On pourrait enfin faire état de la réserve observée par le Conseil d'État devant qui était contestée la liste de douze pays sûrs établie par le Conseil d'administration de l'OFPRA en application d'une procédure désormais inscrite dans la loi³². Le Conseil d'État s'est borné à constater, pour rejeter le recours, qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que le conseil

²⁷ CE, 12 octobre 2005, *Gisti, Asti d'Orléans, Cimade, Amnesty, LDH, Fasti, Forum réfugiés*, mentionné aux Tables.

²⁸ CE, 12 juin 2006, *Gisti, Cimade, Amnesty, LDH*, mentionné aux Tables.

²⁹ CE, 26 janvier 2000, *FTDA, Amnesty, Gisti*, publié au Lebon. Dans ce même arrêt, il avait également annulé la disposition de la circulaire attaquée qui autorisait les agents des préfectures à auditionner l'intéressé immédiatement après le dépôt de sa demande, estimant que cette procédure ne permettait pas « à l'intéressé de disposer d'un délai suffisant pour préparer utilement son audition et user des droits [que les dispositions du décret] lui confèrent ».

³⁰ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. Cette directive, qui n'était pas encore définitivement adoptée à la date où le décret litigieux est intervenu, aurait pu malgré tout en guider l'interprétation. Elle prévoit, à l'article 10-1, b que les États doivent fournir les services d'un interprète, et que ces services doivent être payés sur des fonds publics.

³¹ CE, ordonnance de référé, 1^{er} avril, *Anafé et Gisti*.

³² Le fait d'être originaire d'un pays sûr ne prive pas de l'accès aux procédures d'asile mais l'intéressé n'est pas admis au séjour et sa demande est traitée selon une « procédure prioritaire » sommaire, pour ne pas dire expéditive. Cette liste comprenait le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Croatie, la Géorgie, le Ghana, l'Inde, le Mali, Maurice, la Mongolie, le Sénégal et l'Ukraine.

d'administration de l'OFPRA aurait, en l'espèce, inexactement apprécié la situation des pays retenus, « alors notamment qu'il a élaboré cette liste en tenant compte de l'ensemble des informations dont disposait l'Office à la date à laquelle il s'est prononcé, en particulier des rapports établis sur ces pays par le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ». Ce dernier membre de phrase paraît indiquer que, toute en affirmant le principe d'un contrôle normal, le Conseil d'État s'en est tenu en réalité à un simple contrôle sur les *conditions* de la prise de décision et les éléments qui ont guidé celle-ci sans exercer de contrôle sur le *contenu* même de la décision³³.

Mais ultérieurement, saisi par l'association Forum réfugiés d'une liste complémentaire de cinq pays d'origine sûrs, et se fondant toujours en apparence, sur « les pièces du dossier, notamment [les] débats devant le conseil d'administration de l'OFPRA retranscrits sur le procès-verbal de la séance du 3 mai 2006 », il n'en a pas moins examiné la situation concrète des pays concernés. Il a en effet constaté que « en dépit des progrès accomplis, la République d'Albanie et la République du Niger ne présentaient pas, à la date de la décision attaquée, eu égard notamment à l'instabilité du contexte politique et social propre à chacun de ces pays, les caractéristiques justifiant leur inscription sur la liste des pays d'origine sûrs » et a annulé en conséquence la décision attaquée en tant qu'elle incluait ces deux pays³⁴.

La précarisation du droit au séjour

Comme en matière d'asile, les restrictions croissantes apportées au droit au séjour sont d'abord le fait du législateur, qui a resserré les conditions du regroupement familial, multiplié les obstacles à l'accès à la carte de résident ou encore renforcé les dispositifs destinés à faciliter l'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Mais le Conseil d'État, saisi des décrets et circulaires d'application des textes législatifs, aurait pu, à notre sens, dans certaines circonstances, faire prévaloir avec plus de fermeté les principes posés par les conventions internationales ou ceux qu'il avait lui-même antérieurement dégagés.

En matière de regroupement familial, la reconnaissance par le Conseil d'État, dans son arrêt du 8 décembre 1978, du droit de mener une vie familiale normale, érigé en principe général du droit opposable à l'administration et applicable aux étrangers résidant régulièrement en France comme aux nationaux³⁵, n'a pas empêché par la suite le gouvernement puis le législateur d'apporter à ce droit des restrictions croissantes. Et ces restrictions – avalisées il est vrai par le Conseil constitutionnel – ont été en général admises par le Conseil d'État, comme l'atteste le rejet de la plupart des recours intentés contre les textes imposant des conditions plus strictes au regroupement familial. Saisi par exemple d'un recours contre le décret de 1984, il a estimé qu'en subordonnant le regroupement familial à la condition que l'étranger réside régulièrement en France depuis au moins un an, qu'il dispose de ressources stables et suffisantes et d'un logement adapté et que les membres de sa famille ne soient pas atteints de maladies ou d'infirmités pouvant mettre en danger la santé, l'ordre et la sécurité publics, le gouvernement n'avait pas méconnu le droit de mener une vie familiale normale³⁶. Ayant à statuer sur la circulaire d'application du décret, il a donné en revanche de celle-ci une interpré-

³³ CE, 5 avril 2006, *Gisti, Amnesty, LDH, ACAT, FTDA, Forum réfugiés*, publié au Lebon.

³⁴ CE, 13 février 2008, *Association Forum réfugiés*. Dans ses conclusions, la commissaire du gouvernement examine de façon détaillée les problèmes qui subsistent dans les différents pays. Mais en dépit des « difficultés graves » et des « points noirs » dont elle fait état, elle conclut, de façon un peu surprenante, au rejet de la requête.

³⁵ Ce qui l'a conduit à annuler le décret du 10 novembre 1977 qui lui était déféré par le Gisti et qui subordonnait l'admission des membres de familles à l'engagement de ne pas occuper un emploi : CE, Ass. 8 décembre 1978, *Gisti, CFDT, CGT*, R. p. ; GAJA ; Dr. Soc. concl. Dondoux.

³⁶ CE, 26 septembre 1986, *Gisti*, publié au Lebon.

tation libérale, conduisant à ne pas exclure par principe du droit au regroupement familial les étudiants ou les salariés à temps partiel³⁷, position qu'il a réitérée par la suite³⁸.

Mais si, dans ce domaine, les espoirs que les défenseurs des droits des étrangers pouvaient mettre dans l'action contentieuse étaient limités, compte tenu de l'environnement législatif, d'autres décisions ont été ressenties comme de véritables défaites parce que, sur la base d'une interprétation large des prérogatives de l'administration, elles ont abouti à valider des pratiques contestables et génératrices d'arbitraire.

On pense à l'aval donné à l'instauration, dès 1982, du certificat d'hébergement pour les étrangers venant en France pour une visite privée³⁹ et, vingt ans plus tard, à la possibilité reconnue à l'administration de vérifier les ressources des personnes qui se proposent d'héberger un visiteur étranger⁴⁰ ainsi qu'aux modalités de fichage de ces mêmes personnes, sur lesquelles la CNIL avait pourtant émis des réserves⁴¹. Ou encore à l'acceptation du pouvoir donné aux préfets par une circulaire du ministre de l'Intérieur de vérifier le sérieux et la réalité des études avant de renouveler un titre de séjour étudiant⁴².

On pense aussi à la série de décisions par lesquelles le Conseil d'État a entériné les restrictions mises à l'accès de plein droit à la carte de résident. Dans une affaire où le Gisti contestait le décret d'application de la loi du 17 juillet 1984 relative à la carte de résident en ce qu'il subordonnait la délivrance « de plein droit » de cette carte à la justification d'une entrée régulière – exigence qui, selon lui, contredisait la notion même de délivrance de plein droit –, le Conseil d'État a répondu qu'il ressortait « de l'ensemble des dispositions [des] 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 »⁴³. Affirmation que rien, dans les travaux préparatoires, ne permettait de conforter et qui allait au-delà de la question soumise au Conseil d'État. Il n'empêche : l'arrêt Gisti sera cité dans toutes les circulaires et l'administration se fondera sur cette décision du Conseil d'État pour exiger une condition de séjour régulier non prévue par les textes⁴⁴.

Par la suite, le Conseil d'État, cédant au mouvement de diabolisation des polygames, persuadé sans doute aussi – mais à tort⁴⁵ – d'agir dans l'intérêt des femmes, a entériné une interprétation extensive des dispositions législatives adoptées en 1993 relatives à la polygamie. Statuant sur le recours du Gisti contre le décret qui imposait aux titulaires d'une carte de résident, lors du renouvellement de leur carte qui intervient normalement de plein droit, de déclarer sur l'honneur qu'ils ne vivent pas en état de polygamie, il a admis, sur la base d'un raison-

³⁷ CE, 25 septembre 1987, *Gisti*.

³⁸ CE, 30 septembre 1998, *Gisti*, n° 164287, mentionné aux Tables. Est également censurée la disposition de la circulaire attaquée relative au mode de calcul de la surface exigée parce qu'elle allait au-delà des conditions posées pour l'ouverture du droit à l'allocation de logement qui devaient, selon le décret, servir de référence pour apprécier les conditions de logement de la famille.

³⁹ CE, 27 septembre 1985, *Gisti*, *FTDA*, *LDH*.

⁴⁰ CE, 26 juillet 2006, *Gisti*, mentionné aux Tables.

⁴¹ CE, 26 juillet 2006, *Gisti*, *LDH* et *IRIS*, publié au Lebon. Le Conseil d'État rejette le recours dirigé contre le décret du 2 août 2005 organisant le fichage des attestations d'accueil et qui permet de mémoriser et de conserver pendant plusieurs années des données relatives notamment aux ressources de l'hébergeant et à son logement.

⁴² CE, 14 mars 1986, *Gisti*, mentionné aux Tables.

⁴³ CE, 26 septembre 1986, *Gisti*, Rec. p. 219.

⁴⁴ La question sera ultérieurement tranchée par la loi : d'abord par la loi Joxe du 10 août 1989 qui supprime expressément cette restriction, puis par la loi Pasqua du 24 août 1993 qui rétablira au contraire à nouveau les conditions d'entrée et de séjour réguliers.

⁴⁵ Il est hélas facile de montrer que dans la réalité les dispositions adoptées se retournent contre les épouses, le mari polygame ayant toujours la ressource de répudier ou de renvoyer au pays l'une d'elles pour conserver sa carte de résident. Pour une démonstration plus détaillée et une critique plus étayée de l'arrêt du Conseil d'État, voir D. Lochak, « La double peine des épouses de polygames », *Droit social*, novembre 2006, p. 1032.

nement juridiquement contestable à nos yeux et qui revenait à conférer à la législation nouvelle une portée rétroactive non prévue par les textes, qu'il était en effet loisible à l'administration de refuser le renouvellement de leur carte de résident aux étrangers vivant en état de polygamie, alors même qu'ils l'avaient obtenue régulièrement sur le fondement de la législation antérieurement en vigueur⁴⁶.

L'élargissement des pouvoirs de la police

Dans la perspective de la lutte contre l'immigration irrégulière, 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 qui ressort des instructions ministérielles adressées aux policiers. Il a par exemple rejeté le recours contre une circulaire du ministre de l'intérieur de 1999 dont le Gisti estimait qu'elle incitait à des contrôles sélectifs prohibés. La phrase litigieuse était ainsi rédigée : « tout en évitant le risque de contrôles *systématiquement* sélectifs [souligné par nous], vous appellerez aux services de police et de gendarmerie la nécessité d'effectuer des vérifications répétées dans les endroits qu'ils vous auront indiqués comme étant ceux où se concentrent les irréguliers »⁴⁷.

Plus récemment, le Conseil d'État a rejeté le recours contre une circulaire du 21 février 2006 relative aux conditions d'interpellation des étrangers en situation irrégulière. Or cette circulaire, non seulement fait un inventaire précis et détaillé de tous les lieux où il est possible d'interpeller des étrangers : sur la voie publique, au domicile si certaines conditions sont remplies, à l'intérieur ou à proximité d'un logement-foyer ou d'un centre d'hébergement – allant jusqu'à distinguer, à l'intérieur des hôpitaux, les espaces publics comme les salles d'attente et les espaces privés que sont les chambres des malades, en précisant encore qu'aux yeux de la Cour de cassation un bloc opératoire n'est pas assimilable à un domicile... –, mais elle évoque explicitement la possibilité d'interpeller les étrangers au guichet des préfectures après les avoir convoqués sans mentionner qu'ils s'exposent à une mesure d'éloignement forcé. La circulaire comporte en effet en annexe des modèles de convocation dont le Conseil d'État relève que « la « sobriété » est destinée, selon les ministres, à proscrire toute indication mensongère sur l'objet réel de cette mesure, sans pour autant donner d'indice révélant le risque d'une mesure de rétention et de reconduite forcée ». Même si, de l'aveu même du commissaire du gouvernement, « la circulaire ressemble beaucoup à une incitation à ne pas informer totalement les étrangers sur le sort qui pourrait leur être réservé à l'issue de leur entretien avec les services de la préfecture », il n'y a pas lieu de voir dans cette pratique, selon le Conseil d'État, un procédé déloyal⁴⁸. Quelques mois auparavant, la Cour de cassation avait jugé, quant à elle, que « l'administration ne peut utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger, faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation administrative nécessitant sa présence personnelle, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention » et qu'une interpellation réalisée dans ces conditions, contraire à l'article 5 de la CEDH, justifiait le refus du juge des libertés et de la détention de prolonger la rétention⁴⁹.

Au titre des décisions difficilement comprises par le milieu associatif, citons enfin celle par laquelle le Conseil d'État a validé la présence des enfants en rétention⁵⁰. 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

⁴⁶ CE, 18 juin 1997, *Gisti et FTDA*, mentionné aux Tables.

⁴⁷ CE, 13 février 2002, *Gisti*.

⁴⁸ CE, 7 février 2007, *LDH, Syndicat de la magistrature, FASTI, MRAP, Gisti, Syndicat des avocats de France*, Petites Affiches, 11 juillet 2007, p. 19, concl. Aguila.

⁴⁹ Cass. 1^o ch. civ, 6 février 2007, n^o 05-10880, publiée au Bulletin.

⁵⁰ CE, 12 juin 2006 *Cimade, Gisti, LDH, Amnesty*, mentionné aux Tables.

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 ». Si l'on essaie de décoder cette formule sibylline, on en déduit que le Conseil d'État entérine ici, non pas le *placement* des enfants en rétention, mais leur *présence* dans les centres de rétention. Mais ceci ne revient-il pas à endosser la thèse du ministre de l'Intérieur qui, interrogé par un parlementaire, expliquait que, si les mineurs sont protégés contre les mesures d'éloignement et de rétention, la loi « ne s'oppose naturellement pas à ce que des mineurs accompagnés suivent leurs parents lorsque ces derniers font l'objet d'une mesure d'éloignement », afin de préserver « l'unité familiale » ? En réalité, l'enjeu est ailleurs : 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. Mais les impératifs de la lutte contre l'immigration irrégulière ne sauraient justifier de transiger avec certains principes fondamentaux, dont la protection due aux mineurs fait assurément partie.

II. La défense de la légalité

Au-delà de son impact sur la condition des étrangers, le contentieux initié par le Gisti peut aussi être analysé sous l'angle des avancées du principe de légalité dont il a été l'occasion. Le bilan sera ici encore en demi-teinte. Le Gisti a réussi en de multiples occasions à faire censurer des illégalités manifestes – mais souvent avec retard et en se heurtant dans certains cas à des obstacles procéduraires insurmontables. Il a obtenu l'annulation de nombreuses dispositions réglementaires figurant dans les circulaires ministérielles – mais l'administration a appris à rédiger ses circulaires de façon suffisamment habile pour échapper à la censure du juge. Si le Gisti a mis beaucoup d'énergie à faire mieux prendre en compte les conventions internationales, notamment dans le domaine de la protection sociale, les résultats n'ont pas été à la hauteur de ses efforts. Enfin, les progrès de la transparence ne l'ont pas empêché d'engranger plus d'échecs que de succès dans les actions contentieuses qu'il a menées pour obtenir la communication de documents administratifs.

La censure – entravée – des illégalités manifestes

Si les illégalités manifestes finissent par être censurées, c'est au terme d'une procédure qui, bien souvent, a traîné en longueur, de sorte que la réglementation illégale s'est appliquée pendant plusieurs années. Il arrive même que, lorsque la décision intervient, elle n'a plus d'intérêt car la législation a été modifiée dans l'intervalle. Les exemples malheureusement abondent, même s'il est vrai que ce cas de figure se produit 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, d'une part, et que la réforme de 2000 a mis à la disposition des requérants le précieux outil du référé, d'autre part.

Parmi d'innombrables exemples, on peut citer celui d'une circulaire du ministre de l'Intérieur du 31 août 1982 prise pour l'application de la loi du 29 octobre 1981. En cas de refus d'accès au territoire, la loi obligeait l'administration à notifier ce refus par une décision écrite et motivée et interdisait de rapatrier l'étranger contre son gré avant l'expiration du délai d'un jour franc. Sans vergogne, la circulaire expliquait : « les étrangers non admis étant normalement réticents à l'idée de retourner dans l'État dont ils proviennent, il apparaît difficile

de leur accorder le bénéfice de ce délai de manière automatique [...]. Par conséquent, le bénéfice de ce droit ne devra être accordé à l'étranger que s'il présente une demande écrite et motivée [sic] ». L'illégalité était flagrante, 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 contestée⁵¹.

On peut aussi évoquer le feuillet des « visas de sortie-retour ». À la suite du rétablissement généralisé des visas, à la fin de l'année 1986, le ministre de l'Intérieur avait, par circulaire, obligé les étrangers résidant en France à solliciter un visa préfectoral pour pouvoir sortir du territoire et y revenir. Cette formalité, qui revenait à soumettre à autorisation le droit de quitter le territoire français, portait une atteinte grave au droit fondamental, consacré par les conventions internationales, qu'a toute personne de quitter un pays. Sans même entrer dans ces considérations, le Conseil d'État s'est borné à relever l'incompétence du ministre pour imposer une obligation de ce type⁵². Là encore, on peut regretter qu'il ait fallu six ans au Conseil d'État pour trancher une question aussi évidente. D'autant que le combat ne s'est pas arrêté là, car l'administration a continué à exiger des visas de retour, en prétextant que l'arrêt du Conseil d'État avait censuré la seule exigence du visa de sortie. Il a donc fallu engager un nouveau contentieux, par le biais d'un recours contre une circulaire ultérieure qui entérinait la pratique des visas de retour⁵³.

La censure des illégalités flagrantes s'est parfois heurtée à des obstacles insurmontables. En une occasion, le Conseil d'État s'est même réfugié derrière la théorie des actes de gouvernement pour éviter d'avoir à annuler une circulaire. À la suite de la guerre du Golfe, le ministre de l'Éducation nationale avait adressé aux présidents d'université une circulaire leur enjoignant de suspendre les stages des élèves irakiens et le versement des bourses d'études, de refuser l'inscription des étudiants pour l'année universitaire 1991-92 et d'annuler les inscriptions déjà effectuées. La circulaire était à l'évidence entachée d'illégalités multiples : outre que le ministre, compte tenu du principe de l'autonomie des universités, n'avait pas le pouvoir d'adresser des injonctions à leurs présidents, les dispositions de la circulaire revenaient à introduire dans le traitement des étudiants étrangers une discrimination arbitraire fondée sur la nationalité, dont on pouvait même soutenir qu'elle tombait sous le coup de la loi pénale. Cette illégalité ne semblait guère douteuse pour le commissaire du gouvernement, qui avait toutefois proposé de prononcer un non-lieu à statuer au motif que la circulaire avait été abrogée dans l'intervalle, au vu des vives protestations qu'elle avait suscitées, sans avoir eu le temps de s'appliquer. Le Conseil d'État a considéré qu'elle se rattachait à la conduite des relations diplomatiques de la France et échappait de ce fait au contrôle du juge. Échappatoire peu glorieuse, et motivation peu crédible, la rapidité avec laquelle le ministre avait changé d'avis montrant bien que les contraintes internationales invoquées étaient un simple prétexte⁵⁴.

On peut aussi relever que le Gisti, agissant à l'appui de contentieux individuels, a souvent échoué à faire reconnaître l'existence d'une voie de fait, laquelle conditionnait l'intervention en urgence du juge judiciaire et donc l'effectivité du contrôle juridictionnel. Ainsi, dans l'affaire *Dulangi*, l'action en référé intentée par le Gisti devant le tribunal de grande instance pour réclamer une expertise sur les conditions de rétention de l'intéressé et enjoindre au préfet de mettre fin à cette privation de liberté opérée dans des conditions non conformes à la loi n'a pu aboutir, le préfet élevant le conflit et le tribunal des conflits refusant de reconnaître l'existence d'une voie de fait, dès lors que la rétention trouvait sa base légale dans l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945⁵⁵. Trois ans plus tard, une affaire similaire, consécutive au refus

⁵¹ CE, 27 septembre 1985, *Gisti*, Rec. p. 267.

⁵² CE, 22 mai 1992, *Gisti*, R. p. 669 ; RFDA 1993.567, concl. Abraham.

⁵³ CE, 21 avril 1997, *Gisti*.

⁵⁴ CE, 23 septembre 1992, *Gisti et MRAP*, R. p. 346 ; AJDA 1992.752, concl. Kessler.

⁵⁵ TC 24 avril 1994, *Préfet de police c. TGI de Paris et Dulangi*, R. p. 597 ; D. 1994.389, concl. Abraham, note Didier ; AJDA 1994.496, chr. Maugué et Touvet.

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 toutefois provoquer l'électrochoc qui aboutira à la mise en place d'une véritable procédure d'urgence devant les juridictions administratives⁵⁶. Surtout utilisée dans les contentieux individuels, cette procédure a également permis d'obtenir la suspension d'actes réglementaires⁵⁷.

Le jeu autour des circulaires

Plus du tiers des requêtes déposées par le Gisti devant le Conseil d'État concernent des circulaires, ce qui reflète bien la place qu'elles occupent dans la gestion administrative de l'immigration. De très nombreuses dispositions de ces circulaires ont été annulées, soit parce qu'elles disaient le contraire des textes qu'elles étaient censées interpréter, soit parce qu'elles ajoutaient aux textes ou encore qu'elles liaient une compétence normalement discrétionnaire et que le ministre avait donc fait usage d'un pouvoir réglementaire dont il ne disposait pas. D'autres ont été validées parce que le Conseil d'État a jugé qu'elles interprétaient correctement les lois et règlements. Mais il est moins intéressant de faire le compte des dispositions annulées ou validées que d'évoquer les hypothèses où le Conseil d'État, plutôt que d'annuler la disposition critiquable d'une circulaire, en propose une interprétation qui la « vide de son venin », selon la formule consacrée. Notamment, il transforme en disposition simplement indicative une disposition qui, compte tenu de sa formulation, était bel et bien impérative aux yeux de ceux qui l'ont rédigée et destinée à être perçue comme telle par ses destinataires. 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 et non sur la base de l'interprétation qu'en a donnée le Conseil d'État et qu'en général ils ignorent.

Une illustration de cette méthode jurisprudentielle est fournie par le sort réservé à une circulaire du 4 janvier 1985 relative au regroupement familial. Elle indique que la condition tirée de l'existence de ressources stables et suffisantes « conduit à écarter les demandes des saisonniers, des étudiants autorisés à travailler, des titulaires d'une autorisation provisoire de travail [et] des demandeurs d'emploi ». Plutôt que de l'annuler en constatant qu'elle pose des conditions non prévues par le décret, le Conseil d'État va en proposer une relecture dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle est « constructive ». Il déclare en effet que la circulaire n'a pas « entendu édicter une exclusion de principe des personnes [visées] mais rappeler que leur situation implique *le plus souvent* [souligné par nous] qu'elles ne remplissent pas les conditions de ressources requises ». De même, les dispositions qui prescrivent de vérifier que le demandeur occupe un emploi à temps complet « n'ont ni pour objet ni pour effet, dit-il, de prescrire à l'administration d'écarter la demande d'un travailleur salarié ne travaillant pas à temps complet dès lors que ses ressources présenteraient un caractère stable et suffisant »⁵⁸. Certes, l'interprétation du Conseil d'État est favorable aux intéressés. Le problème, c'est que les agents ne sont pas mis au courant de cette relecture libérale de la circulaire et qu'ils continueront donc à en appliquer les termes à la lettre, alors qu'une annulation aurait obligé son auteur à la réécrire.

Le traitement réservé à la circulaire du 12 mai 1998 prise pour l'application de la loi Chevènement du 11 mai 1998 illustre bien, de son côté, la subtilité des *distinguo* opérés par le juge. Cette circulaire, qui prévoit de façon très détaillée les modalités de la délivrance de plein

⁵⁶ TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c. TGI Paris*, R. p. 528 ; RFDA 1997.514, concl. Arrighi de Casanova.

⁵⁷ A été par exemple obtenue la suspension d'une circulaire invitant les consulats à refuser d'enregistrer les PaCS conclus entre un Français et un étranger dans les pays où les relations homosexuelles sont réprimées. Le juge a estimé qu'il y avait urgence à faire cesser cette discrimination non justifiée à l'encontre des couples franco-étrangers et a enjoint en conséquence au ministre de prendre une nouvelle circulaire : CE, ordonnance de référé, 18 décembre 2007, *Gisti, Inter-LGBT, Ardhis, LDH*.

⁵⁸ CE, 25 septembre 1987, *Gisti*.

droit de la carte « vie privée et familiale » sur la base des attaches personnelles et familiales de l'étranger en France, suggère, s'agissant des concubins, de ne délivrer la carte que si plusieurs conditions cumulatives sont remplies : d'abord, une certaine ancienneté de communauté de vie en France, la circulaire précisant que, « à titre d'exemple, un étranger attestant d'une ancienneté de cinq années de vie commune pourrait être considéré comme remplissant cette condition » ; ensuite, « la présence d'enfants issus de cette relation » ; enfin, l'ancienneté du séjour habituel en France du demandeur, d'une part, des autres membres de la famille, d'autre part, cette ancienneté « ne pouvant qu'être exceptionnellement inférieure à cinq ans ». Le Conseil d'État annule comme réglementaire la deuxième condition mais considère que les autres dispositions ne sont qu'indicatives et non impératives, dès lors que la référence aux cinq années de séjour habituel ou de vie commune est au conditionnel ou précédée des mots « à titre d'exemple » ou laisse place à des exceptions⁵⁹.

Le Conseil d'État incite ainsi les hauts fonctionnaires à rédiger les circulaires de façon suffisamment habile pour déjouer la censure du juge sans laisser pour autant de doute aux agents à qui elles s'adressent sur la façon dont le ministre entend voir appliquer la loi. Mais il n'est pas sûr que la légalité sorte gagnante de ce jeu du chat et de la souris.

La promotion inachevée des conventions internationales

Le Gisti, comme tous les requérants, s'est abondamment référé à la Convention européenne des droits de l'homme, parfois avec succès, parfois sans. Si l'invocation des articles 3 et 8 – et dans une moindre mesure de l'article 14⁶⁰ – font désormais partie de la « routine » du contentieux des étrangers et ne méritent donc pas qu'on s'y arrête, on peut en revanche citer, parmi les affaires qui présentent un peu plus d'originalité, les suites données à l'arrêt Ekin. Après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, le Gisti a demandé au Premier ministre d'abroger le décret-loi du 6 mai 1939 sur les publications étrangères puis attaqué le refus implicite de procéder à cette abrogation. Le Conseil d'État a fait droit à la requête du Gisti et a enjoint au Premier ministre d'abroger le texte litigieux⁶¹. Il s'est en effet résolu à reconnaître que le texte n'était pas compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶² et il a écarté la thèse du gouvernement qui faisait valoir que le décret-loi aurait été implicitement ratifié par le législateur et qu'il était donc incompétent pour l'abroger⁶³.

C'est également, on le sait, à l'occasion d'un recours intenté par le Gisti que le Conseil d'État s'est reconnu le pouvoir d'interpréter les conventions internationales. Le Gisti contestant l'interprétation qu'une circulaire ministérielle donnait de l'accord franco-algérien du 22 décembre 1985, il est vrai que la jurisprudence traditionnelle aurait abouti à des conséquences particulièrement choquantes puisque 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 et qui devait d'ailleurs être condamnée, peu après, par la Cour euro-

⁵⁹ CE, 30 juin 2000, *Gisti*, publié au Lebon.

⁶⁰ Sur les déboires du Gisti dans ses tentatives de faire reconnaître l'existence de discriminations contraires à l'article 14, notamment dans l'affaire de la cristallisation des pensions, voir *supra*.

⁶¹ CE, 7 février 2003, *Gisti*, R. p. 30 ; AJDA 2003.996, note François Julien-Laferrrière. L'injonction n'ayant pas été suivie d'effet, au bout de six mois, le Gisti a demandé au Conseil d'État de prononcer une astreinte à la charge du Premier ministre sur le fondement de l'article R. 931-3 du code de justice administrative. Le juge a tardé, volontairement ou non, à inscrire cette affaire au rôle, ce qui a permis au gouvernement d'échapper à une condamnation : l'abrogation de la disposition litigieuse est intervenue le 4 octobre 2004.

⁶² Rappelons que saisi par l'association Ekin, il avait refusé en 1997 de constater cette incompatibilité, ce qui avait conduit l'association requérante à saisir la Cour de Strasbourg.

⁶³ Sur

péenne des droits de l'homme comme contraire au droit à un procès équitable. Se reconnaissant ainsi le pouvoir d'interpréter l'avenant à l'accord franco-algérien, le Conseil d'État a toutefois fait de ce nouveau pouvoir une utilisation très prudente qui l'a conduit à entériner sur presque tous les points l'interprétation des auteurs de la circulaire⁶⁴.

Mais le Gisti a échoué, jusqu'à aujourd'hui, à faire reconnaître l'applicabilité directe des dispositions des conventions internationales consacrant des droits économiques et sociaux⁶⁵. À chaque fois qu'il lui a été demandé de faire prévaloir ces dispositions sur celles de la législation interne, le Conseil d'État a rejeté l'argumentation des requérants. Qu'il s'agisse des articles de la Convention sur les droits de l'enfant relatifs à la protection sociale, du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels ou de la Charte sociale européenne révisée, il a affirmé de façon réitérée que « ces stipulations ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers et ne peuvent être utilement invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre le décret attaqué »⁶⁶. Le Conseil d'État, ce faisant, n'a même pas retenu la suggestion du commissaire du gouvernement, Ronny Abraham, qui proposait de transposer la jurisprudence sur les directives et d'admettre que si les stipulations des conventions internationales dépourvues d'effet direct ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre un acte individuel, comme le refus d'une prestation, elles devaient pouvoir l'être à l'appui d'un recours contre un acte réglementaire⁶⁷.

L'irrépressible tentation du secret

Appréhendés sur le long terme et globalement, les progrès de la transparence dans le domaine qui nous intéresse ici sont manifestes, voire spectaculaires. Les lois et décrets – aujourd'hui de surcroît codifiés – sont devenues la source essentielle du droit de l'immigration, et la très grande majorité des circulaires sont désormais publiques, sinon toujours publiées, les associations comme l'ensemble des citoyens y ayant accès en temps réel, grâce à internet.

Il n'empêche : les nombreux échecs essuyés par le Gisti en matière d'accès aux documents administratifs montrent que la tentation du secret est encore bien vivace. Au nom de l'atteinte potentielle à la sécurité publique, au secret des délibérations du gouvernement ou de la politique extérieure de la France, ou encore au motif qu'il s'agissait d'un document préparatoire, l'administration a refusé, avec du reste le soutien de la CADA, la communication d'un certain nombre de documents. Ainsi, aucune association n'a jamais réussi, dans le passé, à obtenir communication de l'instruction sur les visas, au motif qu'une telle communication risquait de porter atteinte au secret de la diplomatie française. Or, depuis que les instructions consulaires sont communes à tous les États de l'espace Schengen, ce texte est d'accès public, ce qui montre la fragilité du prétexte invoqué.

⁶⁴ CE, 29 juin 1990, *Gisti*, Rec. p. 171 ; GAJA ; AJDA 1990. 621, concl. Abraham ; RDP 1990.1579, note Fabiani ; RFDA 1990.923, note Lachaume.

⁶⁵ Il n'a reconnu un caractère d'applicabilité directe qu'à la convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour le bénéfice des prestations de sécurité sociale sans condition de résidence, refusant toutefois de l'interpréter, comme le lui demandait le Gisti, comme interdisant aux États de subordonner ce bénéfice à une condition de résidence régulière.

⁶⁶ CE, Sect. 23 avril 1997, *Gisti*, R. p. 142 ; RFDA 1997.585, concl. Abraham ; AJDA 1997.482, chr. Chauvaux et Girardot. Le Conseil d'État était saisi ici du décret du 21 septembre 1994 fixant la liste des titres de séjour à produire pour être affilié à la sécurité sociale. Le décret avait été pris sur le fondement de la loi du 23 août 1993 qui avait décidé que seuls pourraient désormais être affiliés à la sécurité sociale et toucher des prestations les étrangers titulaires d'un titre de séjour, mais le Gisti entendait démontrer que le fait de subordonner à la régularité du séjour l'affiliation à la sécurité sociale était contraire à plusieurs conventions internationales. Voir de même CE, 6 novembre 2000, *Gisti*, là encore à propos des documents à produire pour bénéficier des prestations de la sécurité sociale et CE, 7 juin 2006, *Gisti*, *Aides*, *MRAP*, *LDH*, *Médecins du Monde*, publié au Lebon, à propos des restrictions apportées à l'accès à l'aide médicale État.

⁶⁷ Concl. Ronny Abraham sur CE, Sect. 23 avril 1997, précité.

Par la suite, le Gisti n'a obtenu, du moins par les voies officielles⁶⁸, ni la communication des télégrammes diplomatiques de mai et juin 1998 relatifs aux conditions de délivrance des visas aux chercheurs et artistes interprètes⁶⁹, 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'éloignement⁷⁰. Le Gisti n'a pas obtenu non plus, de façon plus étonnante, 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 préparatoire⁷¹. 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.

*

Certains ne manqueront pas de trouver le bilan ainsi dressé bien pessimiste. Il confirme simplement 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, sinon recueillir le soutien unanime de l'opinion publique. D'abord, parce qu'il ne vit pas dans une tour d'ivoire et semble lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers. Ensuite parce que les victoires éventuellement obtenues au contentieux pèsent de peu de poids face à un pouvoir politique déterminé à faire prévaloir la raison politique sur la raison juridique.

Tous ceux qui défendent des « causes » – la cause des étrangers, mais aussi la cause des droits de l'homme en général, ou encore celle de l'écologie...⁷² – et qui ont fondé beaucoup d'espoirs dans le recours à la justice doivent prendre conscience des limites de l'arme contentieuse : celle-ci perd de son efficacité lorsque, au lieu d'être utilisée à l'appui de la contestation d'une politique gouvernementale, elle n'est plus que le substitut d'un combat politique voué à l'échec en raison de la disproportion des forces en présence.

⁶⁸ Dans un certain nombre de cas de cas, le Gisti avait entre les mains les documents litigieux, et il était de ce fait d'autant mieux à même de constater le peu de pertinence des arguments qu'on lui opposait pour lui en refuser la communication.

⁶⁹ TA Paris, 6 juillet 2000, confirmé par CAA Paris, 5 juillet 2001, puis en cassation par CE, 20 mars 2002.

⁷⁰ TA Paris, 13 octobre 2000.

⁷¹ TA Paris, 2 février 2001, confirmé par CAA Paris du 6 décembre 2001, mais cassé par CE, 9 juillet 2003.

⁷² Ces usages militants du droit ont été analysés et théorisés par le courant du *Cause Lawyering*, né aux Etats-Unis et qui s'acclimate aujourd'hui en France.