

# Victoires volées

Nathalie Ferré\*

*Maître de conférences en droit privé, Université Paris 13, IRIS*

Ce joli titre au parfum cinématographique invite à réfléchir de façon frontale à l'efficacité de l'arme contentieuse. Il est déjà si difficile de gagner que si même une victoire ne permet pas de changer l'ordre des choses – ou plutôt de régler leur désordre – à quoi bon ? On sera réticent à user de l'action juridictionnelle en mettant en balance l'énergie déployée et la minceur du résultat. Le but d'une association comme le Gisti n'est pas de se saisir du droit pour le seul plaisir intellectuel que procure l'imagination juridique. Son but est bien la recherche d'une amélioration des droits des étrangers.

Ce titre inspire d'emblée deux remarques préalables.

La première est une interrogation autour du terme de « victoire ». Qu'est-ce qu'une victoire ? S'agit-il d'obtenir l'annulation de dispositions réglementaires ou de morceaux de circulaire ? Est-ce qu'il y a des exigences quantitatives pour parler de victoire ? L'annulation peut en effet porter sur un élément accessoire, laissant en place le « problème » principal, cœur de la contestation. Danièle Lochak, pour les décrire, parle de « petites victoires sans (trop) d'importance<sup>1</sup> ». Est-ce que l'on peut également parler de victoire lorsque l'autorité saisie se borne à rectifier le tir, à donner des lignes d'interprétation correctrices mais ne remet pas en cause le texte lui-même ? Cette hypothèse concerne d'abord le Conseil constitutionnel et ses fameuses réserves d'interprétation<sup>2</sup> dont il a abusé ces dernières années<sup>3</sup>. Et puis, après tout, la défaite n'est-elle pas parfois plus intéressante que la victoire sur le plan symbolique, tactique ou politique ? L'usage de l'arme contentieuse peut servir

---

\* Nathalie Ferré a été présidente du Gisti de 2000 à 2008.

1. D. Lochak, « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 48.

2. Certes, les réserves d'interprétation bénéficient de l'autorité absolue de la chose jugée et produisent des effets *erga omnes*, mais force est de s'interroger sur leur portée pratique et symbolique.

3. Dans le passé, le Gisti apportait sa touche en transmettant au Conseil constitutionnel un argumentaire très fouillé sur les points de la loi qu'il estimait non conformes aux normes supra-légales. Il y a renoncé, déçu par la timidité du contrôle opéré par le Conseil.

à exprimer une forte opposition au texte attaqué. Mais si l'objectif est d'abord de dénoncer, il est important dans cette hypothèse de mener l'action à plusieurs car plus la critique est partagée, plus elle a de chances d'être relayée et entendue.

La seconde remarque a trait à l'adjectif « volées » et invite à s'interroger sur celui qui, justement, a « volé ». Est-ce le juge lui-même qui ne va pas au bout de son raisonnement et de son analyse ? Est-ce plus largement le système institutionnel – le Conseil d'État en particulier – qui se révèle incapable d'assurer l'exécution de ses propres décisions ? Est-ce enfin les auteurs des textes attaqués, lorsqu'ils ne tiennent aucunement compte de la décision de justice ?

Le plan choisi s'articulera autour de cette interrogation sur l'auteur du « rapt » : juge d'un côté, le législateur et l'administration de l'autre. Cela permet de décliner différentes hypothèses – voyons-les comme des façons d'opérer le rapt – et sur cette base de proposer une forme de typologie de ces victoires volées.

## I. DES VICTOIRES VOLÉES PAR LE JUGE

Quatre modes opératoires ont ici été retenus. Le dernier mérite cependant un traitement à part, car dans les décisions en cause le Gisti apparaît comme perdant et non comme victorieux.

### A. LE VOL PUR ET SIMPLE

Dans cette première hypothèse, les violations du droit sont manifestes, et donc la victoire attendue... Et pourtant, le juge n'y trouve rien à redire.

À plusieurs occasions, le rejet opposé du recours intenté par le Gisti a pu semer le doute sur le travail opéré par le Conseil d'État. Il semblait que l'illégalité commise, l'atteinte portée à des principes de valeur supra-légale, ne pouvaient que conduire à la censure. Tel fut le cas dans l'affaire des étudiants irakiens où la Haute juridiction s'est réfugiée derrière la théorie des actes de gouvernement pour ne pas annuler une circulaire au contenu manifestement illégal. Celle-ci, en date du 24 septembre 1990, relative à la « mise en œuvre des décisions concernant les étudiants, stagiaires et chercheurs irakiens en France », demandait la suspension de toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et dans le même temps interdisait l'inscription de ses ressortissants à l'université. Cette discrimination manifeste, reconnue par le commissaire du gouvernement, n'a pas été censurée par le juge puisque ce dernier a estimé que « la circulaire [...] n'est pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échappe ainsi à tout contrôle juridictionnel<sup>4</sup> ». Entretemps, ladite circulaire avait été abrogée en raison des protestations qu'elle avait

---

4. CE 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*, n° 120437 et 120737.

suscitées. Cela montre bien que les préoccupations affichées par le gouvernement étaient très relatives et que se retrancher derrière de telles contraintes extérieures pour refuser de juger avait tout du faux prétexte.

Il nous semble que le juge administratif ne pouvait pas non plus admettre que soit prévue par voie de circulaire la possibilité de reconduire à la frontière des ressortissants communautaires en raison de leur seule situation administrative. Le droit communautaire subordonne en effet de façon claire l'éloignement forcé du territoire à la présence d'une menace grave pour l'ordre public. Pourtant, là encore, dans un arrêt du 27 mai 1998<sup>5</sup>, le juge a rejeté le recours en annulation contre une circulaire prévoyant cette possibilité, sans véritable explication, sans y voir de contradiction avec le droit de l'Union européenne. Il a par la suite réitéré cette position à plusieurs reprises.

## B. LA RÉINTERPRÉTATION DU TEXTE

Un autre mode opératoire est celui où le juge réinterprète le texte attaqué pour lui faire franchir le cap de la légalité ou, selon l'expression consacrée, afin de le « vider de son venin ». On pourrait estimer que le juge a alors rempli sa mission et afficher de la satisfaction. Mais cela supposerait que la rectification opérée soit entendue par l'administration. Or une décision « vidée de son venin » n'a pas le même poids qu'une annulation pure et simple.

Le juge l'a fait à plusieurs reprises, notamment – et de façon étonnante – face à des circulaires portant sur le regroupement familial. On peut donner l'exemple d'une circulaire du 4 janvier 1985 qui indique que l'exigence de ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de (sa) famille « conduit à écarter » les demandes des travailleurs saisonniers, des étudiants autorisés à travailler, des titulaires d'une autorisation provisoire de travail, des boursiers et des stagiaires. La formule semble effectivement contraire au décret qui ne les exclut pas. Mais, selon le Conseil d'État, « les auteurs de la circulaire attaquée n'ont pas entendu édicter une exclusion de principe des personnes entrant dans ces catégories mais rappeler que leur situation implique le plus souvent qu'elles ne remplissent pas les conditions de ressources requises<sup>6</sup> ». La juridiction procède de façon identique pour la condition relative au logement : la circulaire, en mentionnant que le demandeur doit être soit propriétaire, soit locataire, n'a pas entendu exclure, selon le Conseil d'État, d'autres titres juridiques à disposer d'un logement.

Dans un autre domaine – celui de la protection sociale –, le Conseil d'État a de la même façon livré, dans un arrêt du 23 avril 1997<sup>7</sup>, une interprétation du texte contesté qui lui a permis d'échapper à la censure. Celui-ci définissait les titres de séjour requis pour être affilié à un régime de sécurité sociale, méconnaissant ainsi,

5. *Gisti*, n° 170175.

6. CE 25 sept. 1987, *Gisti*, n° 66708.

7. *Gisti*, n° 163043.

comme le faisait valoir le Gisti, le droit international et plus précisément les traités conclus entre la Communauté européenne et des pays tiers consacrant le principe de l'égalité de traitement en matière de protection sociale. Le Conseil d'État fait siens ces arguments mais considère « que le décret attaqué doit être regardé comme réservant les droits des ressortissants des États ayant conclu des accords d'association ou de coopération avec les Communautés européennes ; qu'ainsi le moyen tiré de ce qu'il aurait des effets discriminatoires à l'égard de ces ressortissants ne peut être accueilli... ».

### C. LA LENTEUR DE LA JUSTICE

Notons que cette lenteur pourrait tout aussi bien être imputée au législateur et à l'exécutif qui ne mettent pas les moyens suffisants pour que les affaires soient traitées dans un délai raisonnable.

Les exemples de procédures traitées dans un délai qui n'apparaît pas comme raisonnable ne manquent pas. La décision rendue intervient alors trop tardivement pour produire des résultats satisfaisants.

C'est le cas lorsque le problème qui constituait le cœur du litige, n'est plus d'actualité. En février 2001, un bateau, avec à son bord un millier de réfugiés irakiens, accoste sur les côtes françaises près de Fréjus. Aussitôt est créée, sans aucun support textuel, une vaste zone d'attente afin de retenir ces exilés. Le tribunal administratif de Nice, en décembre 2005<sup>8</sup>, condamne ce dispositif *ad hoc*... mais entre-temps, le législateur, par la loi du 26 novembre 2003<sup>9</sup>, a revu la définition des zones d'attente dans le sens de leur élargissement, de façon à y inclure l'hypothèse censurée par le juge.

Que dire également de cette décision de la Haute juridiction administrative annulant la circulaire dite Stoleru de 1980 cinq ans après sa diffusion et alors que le contexte juridique avait radicalement changé<sup>10</sup>? Cette censure n'avait plus d'intérêt, si ce n'est sur le plan historique.

Il est pareillement difficile de parler après coup de victoire lorsque les effets néfastes du texte attaqué se sont répandus pendant une longue période et que le mal a été (entièrement ou pour partie) fait. Une remise en l'état, comme l'octroi d'une réparation, n'est pas toujours envisageable. Que peuvent faire ces centaines d'Haïtiens dont les maisons ont été détruites par la gendarmerie dans la commune de Saint-Martin sur la base d'un arrêté du maire interdisant la construction et la déconstruction d'habitations dans le périmètre considéré? Le juge administratif a fini par reconnaître l'illégalité de l'arrêté dont le mobile était de provoquer le retour

---

8. TA Nice 9 déc. 2005, *Gisti*, *ANAFE*, *Cimade*, *FTDA* et *MRAP*.

9. Art. 50 de la loi n° 2003-1119, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité.

10. CE 20 mars 1985, *Gisti*, n° 27408.

dans leur pays d'origine de ces étrangers en situation irrégulière. La procédure n'a pris fin qu'au bout de dix ans<sup>11</sup>.

De même il a fallu trois ans pour que le Conseil d'État annule une circulaire privant, au mépris de la loi, les étrangers arrivant en France et non admis à y entrer du délai d'un jour franc avant de pouvoir mettre à exécution leur rapatriement<sup>12</sup>. L'illégalité sautait aux yeux puisque la circulaire subordonnait l'effectivité d'un droit reconnu par la loi à la présentation d'« une demande écrite et motivée ». Six ans furent encore nécessaires pour annuler les dispositions d'une circulaire instaurant des visas dits sortie-retour pour les étrangers résidents en France en violation du droit international et en dehors de toute base légale<sup>13</sup>.

C'est une situation qui se produit plus rarement maintenant : le Conseil d'État statue en moins d'un an s'agissant des recours qui lui sont soumis en premier et dernier ressort et il existe depuis 2000 une procédure de référé permettant d'obtenir rapidement des décisions justifiées par l'urgence, malgré les insuffisances qu'on lui connaît<sup>14</sup>.

#### D. DES CONTENTIEUX PERDUS D'AVANCE

La frilosité du juge administratif pour censurer les mesures qui entourent l'éloignement des étrangers nous incite à classer parmi les « victoires volées » ce qui est formellement une défaite, dans la mesure où celle-ci paraît programmée d'avance, en dépit de la force des arguments qui plaident pour une annulation.

Des avocats, membres du Gisti, se rappellent sans aucun doute comment le Conseil d'État, saisi dans le cadre de contentieux individuels – là il est plus facile pourtant d'engranger des victoires –, a tranché en faveur d'une application rétroactive de la loi dite Pasqua, plus sévère<sup>15</sup>, et reconnu la légalité d'arrêtés d'expulsion pris à l'encontre d'étrangers qui, au moment de leur condamnation, étaient protégés, au motif que les expulsions ne sont pas des sanctions, mais des mesures de police<sup>16</sup>.

L'échec est tout aussi déroutant lorsque le Gisti a tenté d'obtenir l'annulation de circulaires relatives aux contrôles d'identité et aux interpellations d'étrangers sans papiers. Deux exemples montrent pourtant combien l'esprit des textes, si ce

---

11. CE 15 juill. 2005, *Commune de Saint-Martin c. Gisti*, n° 230256 : la commune est condamnée au paiement de frais d'expertise élevés que le Gisti avait du prendre en charge après un premier échec au contentieux.

12. CE 27 sept. 1985, *Gisti*, n° 47324, publié au *Lebon* : annulation de la circulaire du 31 août 1982

13. CE 22 mai 1992, *Gisti*, n° 87043.

14. V. « Utiliser le référé administratif pour la défense des étrangers », nov. 2005, *Gisti*, collection *Cahiers juridiques*.

15. L. n° 86-1025 du 9 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Cette loi réduit la liste des étrangers protégés contre l'expulsion.

16. CE 21 oct. 1988, *Ministre de l'Intérieur c. Campopiano*, n° 90239 ; CE 9 févr. 1990, *Ministre de l'Intérieur c. Hocine*, n° 94761.

n'est leur contenu, n'était pas conforme à la loi et en particulier au principe de non-discrimination.

La circulaire du 11 octobre 1999 relative à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière contient des formules conduisant nécessairement à des contrôles sélectifs sur le fondement de l'apparence physique : « tout en évitant le risque de contrôles systématiquement sélectifs, vous rappellerez aux services de police et de gendarmerie la nécessité d'effectuer des vérifications répétées dans les endroits qu'ils vous auront indiqués comme étant ceux où se concentrent les irréguliers ». La Haute juridiction administrative a pourtant rejeté purement et simplement le recours sans formuler aucune réserve, estimant qu'il ne s'agissait là que d'orientations générales<sup>17</sup>.

Le second exemple est plus caractéristique encore : il concerne la circulaire bien connue car ayant eu un certain retentissement médiatique du 21 février 2006 relative aux conditions d'interpellation des étrangers en situation irrégulière. Elle se présente comme un véritable manuel pour appréhender les sans-papiers sous un juridisme de façade : contrôles dans les quartiers censés abriter les sans-papiers, interpellations au domicile et dans les structures associatives, interpellations dans les préfectures à la suite d'une convocation...

Le commissaire du gouvernement, s'agissant des interpellations opérées à la suite de convocations et réussies grâce à elles, reconnaît combien la formule et le procédé sont douteux mais ne prend pas position pour autant en faveur de l'annulation, laissant le soin au juge de condamner ces méthodes dans le cadre de contentieux individuels. Le Conseil d'État ne trouve rien à redire à cette circulaire, pourtant l'une des plus contestables que l'on ait connue sur le terrain des interpellations<sup>18</sup> et valide ainsi l'utilisation de méthodes déloyales. Le Conseil d'État et le commissaire du gouvernement savaient-ils que la veille la Cour de cassation avait de son côté remis en cause les interpellations faisant suite à une convocation en préfecture<sup>19</sup> ? Il y a des hasards étonnants.

Le Gisti a failli obtenir une fois une victoire dans le champ des contrôles d'identité et des vérifications de situation administrative. Il était en effet intervenu volontairement dans l'affaire qui a donné lieu au célèbre arrêt *Bechta*. Dans cet arrêt la Cour de cassation reconnaît compétence au juge de la rétention administrative – devenu par la suite juge des libertés et de la détention – pour apprécier la légalité de l'interpellation et de la garde à vue<sup>20</sup> qui ont permis de constater la situation irrégulière de l'intéressé. Mais en jugeant l'intervention du Gisti irrecevable, la Cour prive dans le même temps le Gisti d'une belle victoire.

Dans le cadre des combats perdus d'avance, on aurait pu citer aussi l'impossibilité d'obtenir la communication de certains documents administratifs, alors que les

17. CE 13 févr. 2002, *Mme Gbamou et Gisti*, n° 215216 et 220905.

18. CE 7 févr. 2007, *FASTI, Gisti, LDH, Syndicat des avocats de France, Syndicat de la magistrature et Cimade*, n° 292607.

19. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 53.

20. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 juin 1995, n° 95-50002, *Bull. civ. II*, n° 221.

circulaires sont sorties de leur clandestinité d'antan. On se bornera à citer un exemple : celui du rapport dit « Darcy-Bondaz » sur l'organisation des services des étrangers dans les préfetures. Le tribunal administratif de Paris, en 2001<sup>21</sup>, dans un jugement confirmé en appel<sup>22</sup>, avait considéré que ce rapport n'était pas un document préparatoire à une décision administrative et qu'en conséquence il devait être communiqué dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs. L'administration a formé un pourvoi en cassation et gagné devant le Conseil d'État<sup>23</sup>. Or on peut s'étonner que la Haute juridiction ait vu dans ce rapport, qui est resté dans un placard, un document préparatoire à une réforme et que l'administration ait tenu absolument à ce qu'il reste secret.

## II. DES VICTOIRES VOLÉES PAR LE LÉGISLATEUR ET L'ADMINISTRATION

Les « voleurs » ont plusieurs visages : ce sont, selon les cas, le gouvernement, le législateur, les préfetures ou encore les organismes de sécurité sociale. Il est fréquent que les victoires, déjà peu nombreuses, ne se traduisent pas comme on le souhaite et l'imagine, à savoir par une réaction immédiate de l'État consistant à revoir et à corriger sa copie – en prenant un nouveau texte réglementaire ou une nouvelle circulaire – et par un changement radical des pratiques censurées. Tel est loin d'être le cas. La faible portée des solutions jurisprudentielles inquiète parfois.

### A. LA MODIFICATION OU LE RETRAIT DU TEXTE ATTAQUÉ

L'auteur de la saisine peut être privé d'une victoire lorsque le texte illégal est modifié ou retiré avant même que le juge ait rendu sa décision constatant cette illégalité.

Ainsi, par une circulaire du 11 janvier 2002, la caisse nationale d'allocations familiales (CNAF) entendait réduire l'accès au revenu minimum d'insertion (RMI) en posant des exigences sur les justificatifs du séjour. Selon la circulaire, seules les personnes titulaires, pendant trois ans, d'un titre les autorisant à exercer une activité salariée pouvaient prétendre au RMI. Le Conseil d'État donne satisfaction au Gisti et annule la circulaire<sup>24</sup>. Mais entre-temps la circulaire litigieuse avait déjà été retirée. En effet à la suite du recours, la CNAF, sans attendre son issue, a envoyé une seconde circulaire dans laquelle elle reconnaît une partie de ses « errements » juridiques et que c'est par « erreur » que l'octroi du RMI a été limité aux seuls détenteurs d'une carte « salarié ». Après la décision de la Haute juridiction administrative, la

21. TA Paris 2 févr. 2001.

22. CAA Paris 6 déc. 2001.

23. CE 9 juill. 2003, *Gisti*, n° 243246, mentionné aux *Tables*.

24. CE 2 avr. 2003, *Gisti*, n° 248889.

CNAF fera même parvenir une troisième circulaire tirant toutes les conséquences de cette décision, en la reproduisant dans son intégralité.

Il s'agit ici du plus beau des vols... ou de la plus belle des victoires en réalité : le seul fait d'avoir formé un recours a suffi pour convaincre l'administration de corriger son erreur.

## B. LA RÉSISTANCE INDUE DES POUVOIRS PUBLICS

Deux hypothèses en une sont à envisager : le juge « condamne » mais le législateur ne modifie pas le texte incriminé ; le juge condamne derechef en rappelant les principes, mais ce sont cette fois les pratiques en cause qui demeurent inchangées. Les deux situations sont malheureusement assez fréquentes. On relèvera, s'agissant de la seconde, que les pratiques préfectorales ne sont pas homogènes et que les éventuelles résistances à une décision de justice ne se retrouveront pas forcément sur l'ensemble du territoire français.

Rappelons combien il a fallu d'énergie et de combats judiciaires pour que le législateur, par la loi du 11 mai 1998<sup>25</sup>, finisse par supprimer la condition de nationalité à laquelle était subordonné le bénéfice de prestations dites non contributives. Le Conseil constitutionnel lui-même avait condamné cette condition par une décision du 22 janvier 1990<sup>26</sup>.

Citons la dernière bataille en date sur ce terrain, significative de cette résistance et du cynisme dont peut faire preuve l'administration : le Conseil d'État, saisi par France terre d'asile et le Gisti, annule une circulaire du 17 février 1995 relative à l'allocation adulte handicapé prévoyant l'octroi de cette allocation aux ressortissants étrangers de pays ayant conclu avec la Communauté européenne des accords de coopération à la condition... qu'ils aient entamé une action contentieuse<sup>27</sup>. Cette invitation à contourner la loi s'adresse de surcroît à un public démuné, moins prompt encore que d'autres à faire valoir ses droits en justice.

L'affaire *Hyacinthe* permet elle aussi d'illustrer, de la meilleure façon hélas, la seconde hypothèse, à savoir la résistance de l'autorité préfectorale : le Gisti intervient au soutien d'une requérante haïtienne qui ne parvient pas à être admise au séjour en France au titre de l'asile. Selon le Conseil d'État, le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié. En conséquence, en faisant obstacle à l'admission au séjour de l'intéressée comme demandeur d'asile, la préfecture a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale<sup>28</sup>. Il s'agit d'une décision de principe très importante qui ne parviendra

25. L. n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

26. DC n° 89-269 : « considérant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux [...], méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ».

27. CE 14 janv. 1998, *FDTA*, *Gisti*, n° 174219, 174220, 176805.

28. CE, réf., 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, publié au *Lebon*.

cependant pas à réformer les pratiques sur la durée<sup>29</sup>. Certaines préfectures ont continué par exemple à demander la production d'un passeport comme justificatif de l'état civil, alors que ce document ne saurait être exigé de personnes revendiquant la qualité de réfugié.

### C. LES ACTIONS DE CONTOURNEMENT OU LA PARADE DU LÉGISLATEUR

À la différence des situations précédentes, le législateur ne fait pas « le mort », mais il prend de nouvelles dispositions qui ne satisfont pas aux exigences de la jurisprudence.

Deux affaires bien connues et déjà évoquées permettent d'illustrer notre propos<sup>30</sup> : celui des prestations familiales et celui du droit à pension pour les anciens combattants et fonctionnaires de l'État français.

Le 16 avril 2004, la Cour de cassation statuant en assemblée plénière<sup>31</sup> juge que le fait d'exiger des enfants la preuve de leur situation régulière en France pour les écarter du droit à percevoir des allocations familiales, alors même que l'allocataire réside régulièrement en France, contrevient aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le dispositif juridique français est ainsi condamné. Le législateur, par la loi du 19 décembre 2005<sup>32</sup> suivie du décret du 27 février 2006<sup>33</sup>, étend les catégories d'enfants étrangers pouvant prétendre aux prestations mais maintient, au mépris de la jurisprudence, l'exigence de régularité de la présence en France. Le combat continue... La Cour de cassation aura bientôt l'occasion de juger la nouvelle réglementation, sans aucun doute. On peut penser qu'elle l'estimera pareillement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. En attendant, il est peu probable que les choses changent.

Les anciens fonctionnaires et combattants, ressortissants de pays placés antérieurement sous la souveraineté française, obtiennent une première victoire devant le Conseil d'État, avec l'arrêt *Diop* du 30 novembre 2001<sup>34</sup>. Celui-ci condamne le traitement discriminatoire frappant les anciens fonctionnaires et combattants et leur reconnaît le droit à revalorisation de leur pension. Il existe en effet, toujours selon le Conseil d'État, une différence de traitement illégitime, car fondée sur le seul critère de la nationalité, entre les personnes concernées. Le législateur va certes revoir sa copie dans le cadre de la loi de finances rectificative de 2002, mais le dis-

29. V., J.-P. Alaux, « Asile : des décisions assez peu productrices de "droit" », *infra*, p. 259.

30. V., A. Toullier, « La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies », *supra*, p. 139 et S. Slama, « Concilier l'arme politique et l'arme contentieuse. L'exemple de la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité », *supra*, p. 99.

31. Ass. plén. 16 avr. 2004, *Bull. Ass. plén.* n° 8.

32. Art. 89 de la loi n° 2005-1579 de financement de la sécurité sociale pour 2006.

33. Décr. n° 2006-234 du 27 févr. 2006, pris pour l'application de l'art. L. 512-2 CSS.

34. CE 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c. Diop* et *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Diop*, n° 212179, n° 212211. Le Gisti n'était pas présent dans cette première procédure devant la Haute juridiction administrative.

positif choisi ne respecte pas la jurisprudence *Diop* et le principe de non-discrimination. Ainsi est instauré, en lieu et place du droit à revalorisation, un critère de parité du pouvoir d'achat consistant à moduler le montant de la pension en fonction du coût de la vie du pays de résidence. Saisi par le Gisti du nouveau dispositif, mis en musique par un décret et un arrêté fixant le taux de retraite des anciens combattants, la Haute juridiction administrative ne trouve cette fois rien à redire à une réglementation qui, au regard de sa propre jurisprudence, apparaît bel et bien comme discriminatoire<sup>35</sup>. Cette décision a été contredite du reste par la position de la Halde qui a pour sa part relevé l'existence d'une discrimination<sup>36</sup>.

#### D. LES TOURS DE PASSE-PASSE DE L'ADMINISTRATION

L'hypothèse analysée ici est la suivante : les autorités publiques donnent une base légale à un dispositif... qui en manquait, ou bien elles livrent une interprétation de la jurisprudence qu'elles savent erronée.

Par deux arrêts du 1<sup>er</sup> avril et du 25 juillet 2008<sup>37</sup>, le Conseil d'État a condamné pour partie le dispositif des visas de transit aéroportuaire en ce que la liste inclut les ressortissants russes « provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte », car les textes ne permettent d'instaurer un tel visa que pour les ressortissants d'un pays déterminé et non pour les personnes en provenance de certains aéroports. Qu'à cela ne tienne : quelques jours plus tard le gouvernement change la réglementation, réduisant à néant la jurisprudence et s'accordant ainsi le pouvoir qui lui faisait défaut.

Toujours à propos des visas, l'administration, au mépris de la jurisprudence qui avait condamné les visas sortie-retour<sup>38</sup>, a continué pendant longtemps à exiger des visas de retour, prétextant que la Haute juridiction n'avait censuré que les visas de sortie. Le Conseil d'État aura l'occasion de réaffirmer sa position plus tard en annulant les dispositions de la circulaire qui maintenait cette pratique<sup>39</sup>.

#### E. GAGNER DU TEMPS ET ATTENDRE

Dans beaucoup d'hypothèses, on relève le peu d'empressement à respecter les lignes jurisprudentielles. Mais on peut citer un exemple particulièrement significatif de cette lenteur des pouvoirs publics venant s'ajouter au temps déjà long mis par le juge pour statuer : celui du refus d'habilitation du Gisti pour accéder aux zones d'attente<sup>40</sup>. En 1998, le ministre de l'Intérieur refuse à l'association cette habilitation.

35. CE 18 juill. 2006, n° 274664.

36. Délib. du 9 oct. 2006.

37. CE, référés, 1<sup>er</sup> avr. et 25 juill. 2008, *Anafe et Gisti*, n° 313711 et 313714.

38. V. *supra* sur la lenteur de la justice.

39. CE 21 avr. 1997, *Gisti*, n° 158919.

40. Ce droit d'accès aux zones d'attente est régi par le décret n° 95-207 modifié du 2 mai 1995.

Ce refus sera annulé, comme il le sera pour toutes les associations placées dans la même situation, mais très tardivement. L'affaire était pendante devant le tribunal administratif de Paris depuis septembre 1998, elle a été transférée en 2003 au Conseil d'État, qui a statué... en décembre 2005<sup>41</sup>. Et depuis ? L'administration n'a pas de son côté fait montre de beaucoup d'empressement pour exécuter la décision, puisque les cartes de visiteurs ne sont arrivées qu'à la fin septembre 2008.

#### F. L'ART D'ÉCRIRE DES CIRCULAIRES À L'ABRI DE LA CENSURE

L'emploi du conditionnel, de formules comme « à titre indicatif », « les préfetures pourront... » ou « considéreront le plus souvent », fait que le juge administratif considère la circulaire en cause comme seulement indicative et les instructions comme des orientations générales. Autrement dit, les circulaires sont réputées ne pas contenir de dispositions réglementaires qui auraient pu conduire à une annulation pour incompétence de l'auteur et ne heurtent aucune norme supérieure puisqu'elles n'imposent pas de comportements *a priori*. On sait pourtant qu'en pratique les instructions livrées dans lesdites circulaires sont le plus souvent bien comprises et suivies. Ainsi, la circulaire du 12 mai 1998 prise pour l'application de la « loi Chevènement » exige, pour pouvoir prétendre à une carte « vie privée et familiale » une certaine ancienneté de séjour en France tant pour le demandeur que pour la famille, « lesquelles ne pourraient être qu'exceptionnellement inférieures à cinq ans ». Cette exigence d'une durée de séjour au moins égale à cinq ans ne figure dans aucun texte. Elle n'a pas été censurée pour autant, du fait de sa formulation non contraignante<sup>42</sup>. Et elle est systématiquement requise en pratique<sup>43</sup>.

\*  
\* \*

Où placer dans cette typologie le célèbre arrêt du 8 décembre 1978 ? Certes on voudra voir dans le fait d'ériger en principe général du droit le droit de mener une vie familiale normale une victoire... Mais outre que la notoriété de cette décision rendue par le Conseil d'État sera plus tard éclipsée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la « victoire » acquise a été très vite relativisée à la lumière des nombreuses limites et restrictions supportées par ledit principe.

En tout cas, une chose paraît certaine : c'est cet arrêt qui a assuré au Gisti sa notoriété auprès des étudiants en droit. Nous lui devons au moins cela.

---

41. CE 28 sept. 2005, *Gisti*, n° 253801.

42. CE 30 juin 2000, *Gisti*, n° 199336, publié au *Lebon*.

43. Pour la préfecture de police de Paris, c'est « la règle » pour apprécier l'intégration dans la société française : il faut justifier d'une ancienneté de séjour de cinq ans au moins. Cette condition a été systématiquement requise dans le cadre des régularisations par le travail.

