

L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers

François Julien-Lafferrière

Professeur émérite de l'Université Paris-Sud

L'impact des « arrêts Gisti » sur le droit des étrangers et leur impact sur les droits des étrangers sont deux choses totalement différentes.

Le Gisti a toujours eu pour ligne de conduite de faire progresser « les droits » des étrangers en recourant aux moyens que lui offre « le droit », en faisant évoluer « le droit » des étrangers. Le titre de cet ouvrage et du colloque qui en est l'origine : *Défendre la cause des étrangers en justice*, l'atteste, comme le titre des contributions à cet ouvrage : « Les premiers combats contentieux du Gisti », « Comment combiner l'arme politique et l'arme contentieuse ? », « Les tactiques contentieuses face à une administration récalcitrante »... On a trouvé pendant longtemps sur les documents du Gisti – et l'on retrouve, après une éclipse, sur la plaquette de ce colloque – l'auto-présentation suivante :

« Le Gisti est né en 1972 de la rencontre entre des travailleurs sociaux, des militants associatifs en contact régulier avec des populations étrangères et des juristes. Cette double approche, à la fois concrète et juridique, fait la principale originalité du groupe.

Le Gisti s'efforce de répondre, sur le terrain du droit, aux besoins des immigrés et des associations qui les soutiennent. »

Bien qu'on puisse contester la distinction faite, dans ce texte, entre l'approche concrète et l'approche juridique – qu'est ce que le droit s'il n'est pas concret ? –, on ne peut, en revanche, qu'adhérer à l'affirmation selon laquelle l'originalité principale du Gisti est l'usage qu'il a fait, et qu'il continue de faire, du droit comme instrument de sauvegarde et de progrès des droits des étrangers, ce qui est sa façon à lui de répondre à leurs besoins.

Mais, justement, les évolutions du droit n'ont pas toujours correspondu à des progrès des droits des étrangers. Comme l'ont montré précédemment Danièle

Lochak¹ et Nathalie Ferré², il y a des victoires qui n'en sont pas vraiment, des « grands arrêts » qui ne sont pas forcément favorables aux requérants, donc aux étrangers dans l'intérêt desquels les recours ont été formés.

Progrès du droit, incontestablement. Le Gisti a soumis au juge administratif – et aussi, dans une moindre mesure, au juge judiciaire – des problèmes souvent délicats, inédits et dépassant le seul statut des étrangers. Le fait que le juge a dû y répondre a en soi constitué un progrès du droit et a donc eu un impact sur l'ordonnement juridique.

Cette activité contentieuse – voire cet activisme contentieux – est d'ailleurs attestée par le fait que le Gisti est le seul requérant qui puisse s'enorgueillir d'avoir donné son nom à deux « grands arrêts » de la jurisprudence administrative³. Sans compter les onze autres arrêts portant son nom qui figurent dans les tables des GAJA⁴.

Cette abondante production contentieuse à l'origine de laquelle se trouve le Gisti a bien évidemment eu un impact à la fois sur le droit des étrangers, en tant que discipline (I), et sur les droits des étrangers, dans le sens de plus grandes garanties, mais aussi de restrictions (II).

I. QUEL IMPACT SUR LE DROIT DES ÉTRANGERS ?

À tout seigneur, tout honneur, il convient en premier lieu d'analyser l'impact qu'ont pu avoir les deux « grands arrêts » Gisti, de 1978 et de 1990 sur le droit des étrangers avant d'étudier l'apport des moins grands.

A. LES DEUX « GRANDS ARRÊTS »

Ils portent sur des problèmes juridiques très différents. Le premier, celui de 1978, constitue un apport fondamental à la théorie des principes généraux du droit et à l'applicabilité du Préambule de la Constitution de 1946, tandis que le second se rapporte aux pouvoirs du juge administratif et s'inscrit dans le vaste mouvement d'évolution qu'ont connu, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, les relations entre l'ordre juridique interne et le droit international.

1. D. Lochak, « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », *supra*, p. 43.

2. N. Ferré, « Victoires volées », *supra*, p. 227.

3. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., Dalloz, 2007, n° 90 et 97.

4. *Ibid.*, p. 962.

1. Le grand arrêt du 8 décembre 1978⁵

Dans cette décision, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État énonce :

« Il résulte des principes généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 oct. 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale [et] que ce droit comporte, en particulier, la faculté, pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs. »

Comme le souligne le Conseil d'État lui-même dans le commentaire de cet arrêt qu'il publie sur son site internet⁶, il a, « contrairement à ses habitudes antérieures, [...] rattaché le principe qu'il dégagait [...] à des dispositions textuelles, et notamment au Préambule de la Constitution de 1946 », plus précisément à l'alinéa de ce Préambule qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

La possibilité d'être rejoint par son conjoint et ses enfants est donc considérée comme une condition du développement de l'individu et de la famille. Le Conseil d'État a, ainsi, extrapolé de l'alinéa 10 du Préambule un droit qui n'y figurait pas expressément. On peut aussi remarquer que le Conseil d'État n'a pas limité le champ d'application de cet alinéa du Préambule aux seuls nationaux mais l'a étendu aux étrangers, à tel point, d'ailleurs, qu'il ne mentionne que ces derniers et ne fait pas allusion au droit des nationaux de mener une vie familiale normale...

Enfin, on constate que le Conseil d'État a fait produire un effet direct à un alinéa du Préambule de 1946 qui n'était pas d'une clarté ni d'une précision absolues. Le contraste est frappant avec la solution qu'adoptera le même Conseil d'État – en sous-sections réunies cette fois-ci toutefois – à peine sept ans plus tard dans l'arrêt *France terre d'asile* qui déclare :

« Le principe posé par les dispositions du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles “tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République” ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français⁷. »

Il est vrai qu'entre-temps le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 janvier 1980⁸, saisi du « grief tiré de ce que la loi [déférée] serait contraire au droit

5. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, Lebon* 493; *GAJA* n° 90; *Dr. soc.* 1979. 57, concl. P. Dondoux (reproduites *supra*, p. 26); *AJDA* 1979. 38, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau; *D.* 1979. 661, note L. Hamon.

6. [http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la41.shtml].

7. CE 27 sept. 1985, *France terre d'asile, Lebon* 263; *JDI* 1986. 547, note F. Julien-Laferrère.

8. Cons. const. 9 janv. 1980, n° 79-109 DC, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine*, *Rec. Cons. const.* 29; *AJDA* 1980. 356, note C. Franck; *D.* 1980. 249, note J.-B. Auby; *Gaz. Pal.* 1980 (258-260), p. 4, note L. Hamon; *RD publ.* 1980. 1631, note L. Favoreu; *RGDIP* 1980. 31, note D. Turpin.

d'asile reconnu par le préambule de la Constitution de 1946, repris par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », avait répondu :

« que cette loi n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France des étrangers, lesquelles réservent expressément l'application des conventions internationales; que, parmi ces conventions, figure notamment la convention de Genève du 28 juillet 1961 sur le statut des réfugiés; qu'il ne saurait, dans ces conditions, résulter de la loi dont il s'agit aucune atteinte au droit d'asile ».

Il refusait ainsi clairement d'apprécier la conformité de la loi à l'alinéa 4 du Préambule, donc de faire produire quelque effet que ce soit à cette disposition « de valeur constitutionnelle ».

On ne peut, cependant, qu'être surpris en rapprochant l'arrêt de 1978 et celui de 1985. Car on ne voit pas en quoi l'alinéa 10 du Préambule serait plus précis que l'alinéa 4. On peut même, semble-t-il, légitimement penser le contraire. En tout cas, on peut se demander, en comparant les deux arrêts, si le grand arrêt *Gisti* aurait été rendu si le Conseil d'État avait été appelé à se prononcer en 1985 au lieu de 1978...

La portée de l'arrêt de 1978 doit aussi être relativisée, eu égard à l'évolution que va connaître la notion de « vie familiale ». D'une part, elle est principalement limitée à la cellule familiale de base, à la famille nucléaire composée des parents et de leurs enfants mineurs; d'autre part, elle n'implique pas nécessairement que la vie familiale se déroule en France, dès lors que la « famille » a la possibilité de vivre réunie ailleurs, notamment dans le pays d'origine des intéressés ou de celui des membres de la famille qui n'est pas de nationalité française.

Enfin, on observera aussi que l'arrêt *Gisti* a été rendu entre la ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme⁹ et l'acceptation par elle du droit de recours individuel¹⁰. Ce n'est pas un hasard si le Conseil d'État a, en cette période de transition, reconnu un droit qui est proclamé par la Convention elle-même – le droit au respect de la vie familiale¹¹ – qui aurait pu être opposé, tôt ou tard, à la France contre la jurisprudence nationale.

2. Le grand arrêt du 29 juin 1990¹²

Ce second « grand arrêt » met fin à une anomalie de notre contentieux administratif. En effet, jusqu'à cet arrêt, dès qu'était soumis au juge administratif – mais aussi, d'ailleurs, au juge judiciaire – un litige dont la solution dépendait de l'interpré-

9. Cette ratification a été effectuée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974 signé par Alain Poher, président de la République par intérim.

10. Décr. n° 81-917 du 9 oct. 1981.

11. Conv. EDH art. 8, al. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

12. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti, Lebon* 171, concl. R. Abraham; GAJA n° 97; AJDA 1990. 621, note G. Teboul, et 631, concl. R. Abraham; RFDA 1990. 923, note J.-F. Lachaume; RD publ. 1990. 1579, note F. Sabiani; D. 1990. 560, note P. Sabourin; JCP 1990. II. 21579, note J. Tercinet; JDI 1990. 965, note F. Julien-Laferrière.

tation d'une clause d'un traité ou d'une convention qu'il estimait peu claire, le juge saisissait le ministre des affaires étrangères pour lui demander d'interpréter la clause en question et il résolvait le litige en se fondant sur l'interprétation du ministre. En somme, c'était le ministre qui faisait, en cette matière, le travail que fait le juge quand il s'agit d'interpréter tout acte juridique de droit interne. Échappaient cependant à cette pratique du « renvoi préjudiciel » au ministre des Affaires étrangères certaines conventions, dites « humanitaires », telles que la Convention européenne des droits de l'homme¹³, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴ et la convention de Genève relative au statut des réfugiés¹⁵.

Cette pratique du « renvoi préjudiciel » avait le grave défaut de faire du ministre un auxiliaire du juge, au mépris du principe de séparation des pouvoirs exécutif et juridictionnel, mais aussi, parfois, de lui faire jouer à la fois le rôle de juge – dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation – et de partie – quand le recours était dirigé contre une de ses décisions.

Un recours formé contre l'État français – qui soulevait le moyen de la violation de l'article 6 de la Convention en raison du « renvoi préjudiciel » au ministre qu'avait opéré le juge administratif – était pendant devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶ quand le Conseil d'État a été confronté, à l'occasion d'une requête formée par le Gisti, à une difficulté d'interprétation de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968¹⁷. Il a certes saisi le ministre des Affaires étrangères mais, dans son arrêt – et c'est ce qui justifie que l'affaire ait été portée devant l'Assemblée du contentieux –, il se borne à se référer aux « pièces du dossier », sans faire de mention particulière de la réponse du ministre. Ce qui signifie que, même s'il interprète l'accord de la même façon que le ministre, il ne s'est pas senti lié par l'interprétation ministérielle.

Après cet arrêt *Gisti* de 1990, les juridictions judiciaires, qui procédaient jusque-là comme le juge administratif dès lors qu'elles considéraient qu'une convention mettait « en cause l'ordre international¹⁸ », se sont elles aussi affranchies de la « tutelle » du ministre des Affaires étrangères et ont, peu à peu, abandonné le renvoi

13. Le Conseil d'État s'appuie, en cas de difficulté, sur l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg.

14. Le Conseil d'État s'aligne, plus ou moins, sur l'interprétation du Comité des droits de l'homme des Nations unies.

15. Il n'y a guère d'explication logique de cette exception, le Conseil d'État ne s'étant jamais senti lié par l'interprétation que le HCR donne de la convention de Genève et aucune juridiction internationale ne pouvant lui servir de référence.

16. Il s'agit de l'affaire *Beaumartin c. France*, qui a donné lieu à un arrêt de la CEDH du 24 nov. 1994, *D.* 1995. 273, note X. Prétot; *RUDH* 1994. 405.

17. Il s'agissait de savoir si les termes « enfants mineurs », appliqués aux jeunes Algériens devait s'entendre comme mineurs de dix-huit ans (âge de la majorité selon le droit français) ou mineurs de dix-neuf ou de vingt et un ans (âge de la majorité selon le droit algérien, respectivement pour les garçons et pour les filles).

18. Par ex. Civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *JCP* 1990. II. 21448, note J.-P. Rémerly; Crim. 3 juin 1985, *Bull. crim.* n° 542.

préjudiciel pour interprétation des traités¹⁹. La France a ainsi évité les foudres de la Cour de Strasbourg et les juges français ont gagné en indépendance.

B. LES « PETITS » ARRÊTS

Ils portent sur des sujets extrêmement divers et il est difficile d'en donner une présentation synthétique et exhaustive. On peut, toutefois, dégager deux domaines dans lesquels ces « petits » arrêts ont constitué un réel apport : le régime des circulaires, d'une part, et le principe d'égalité, de l'autre.

1. Le régime des circulaires et le respect de la hiérarchie des normes

La jurisprudence Gisti fournit de très nombreux exemples de litiges relatifs à la légalité de circulaires – généralement ministérielles – et montre que les solutions peuvent parfois paraître contradictoires.

– Le Conseil d'État a, dans certains cas, reconnu le caractère réglementaire des circulaires ou de certaines de leurs dispositions et, en conséquence, en a prononcé l'annulation. C'est dans des « affaires Gisti », même au sens large de ces termes²⁰, que le Conseil d'État a clairement établi la relation entre la recevabilité et le bien-fondé des recours dirigés contre les circulaires.

En effet, les ministres ne disposant pas du pouvoir réglementaire, ils profitent parfois des circulaires dites « d'application », par lesquelles ils transmettent à leurs services des instructions destinées à interpréter les lois ou règlements, pour y introduire des règles qui ne figurent pas dans les textes qu'ils sont censés interpréter. En ce cas, ces dispositions, qui acquièrent un caractère réglementaire, sont illégales comme émanant d'une autorité incompétente. Et les requérants sont à la fois recevables et fondés à en demander l'annulation. Au contraire, les dispositions qui sont purement interprétatives n'ajoutent rien à la législation ou la réglementation en vigueur ; elles ne font donc pas grief ni ne sont illégales et les requérants ne sont, dès lors, ni recevables ni fondés à en demander l'annulation.

Très illustratif de ce régime des circulaires, l'arrêt *Da Silva et CFDT*, du 13 janvier 1975, qui annule partiellement les circulaires dites « Marcellin-Fontanet » – du nom des ministres de l'Intérieur et du Travail qui en étaient les auteurs – en opérant une distinction entre celles de leurs dispositions qui ajoutent à la législation, et sont donc illégales, et celles qui se bornent à interpréter la législation et, ne faisant donc pas grief, ne sont pas susceptibles de recours²¹.

19. Par ex. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, *Banque africaine de développement*, RGDIP 1996. 599, note D. Alland.

20. L'affaire *Da Silva et CFDT* n'est pas officiellement une « affaire Gisti », bien que le Gisti ait participé à la rédaction du recours, car, à la date d'introduction des requêtes, il n'était pas encore constitué en association. V. sur ce point la contribution de P. Waquet (*supra*, p. 15).

21. CE 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT*, Lebon 16 ; D. 1975. 784, note F. Julien-Laferrière.

Le Conseil d'État annulera aussi, par exemple, en raison de leur caractère réglementaire, la disposition d'une circulaire Chevènement qui limitait le champ d'application de l'asile territorial aux seuls étrangers faisant état de persécutions émanant de personnes ou de groupes non étatiques, ce que la loi ne précisait pas, et celle qui mettait à la charge du demandeur d'asile les frais éventuels d'interprétariat²². Il censurera aussi, dans une autre circulaire Chevènement, la disposition qui subordonnait la reconnaissance de la vie commune entre concubins à la présence d'enfants issus du couple, une telle condition n'étant pas prévue par la loi et portant atteinte au droit au respect de la vie familiale, et celle qui exigeait que, pour obtenir une carte de séjour, l'étranger né en France et y ayant effectué la majeure partie de sa scolarité justifie de son séjour en France mois par mois, exigence non prévue par la loi, elle non plus²³.

Par ailleurs – bienfait de la procédure de référés – le Gisti a obtenu la suspension de la circulaire du ministre de l'Intérieur qui donnait aux préfets « des instructions de caractère impératif » en vue de prendre des arrêtés de la reconduite à la frontière dans des hypothèses relevant manifestement de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) : le juge des référés a refusé d'admettre l'interprétation de l'article L. 511-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile à laquelle s'était livré le ministre²⁴.

– En revanche, le Conseil d'État a eu une conception extensive de la notion de « circulaire interprétative » dans certaines hypothèses qui se sont soldées par le rejet des recours du Gisti. On n'en donnera que quelques exemples, mais ils paraissent significatifs de la tendance du juge administratif à admettre que l'administration et, plus spécifiquement, les ministres peuvent disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'application des textes, ce qui le conduit à neutraliser, voire à déformer le sens de la circulaire pour la sauver de l'annulation.

Dans l'arrêt *Mme Gbamou et Gisti*, du 13 février 2002, le Conseil d'État estime que se bornent à définir des orientations générales et n'ont donc pas de portée réglementaire – ce qui rend irrecevable le recours dirigé contre elles – les dispositions de la circulaire du 11 octobre 1999 relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, qui concernaient les modalités d'interpellation des étrangers et dont le Gisti soutenait qu'elles n'étaient pas conformes aux dispositions légales régissant les contrôles d'identité et qu'elles incitaient à des contrôles sélectifs. Il apparaissait pourtant, à la lecture de la circulaire, que le ministre adressait bien aux préfets des instructions afin de leur indiquer comment devaient s'effectuer les contrôles des intéressés et leur interpellation subséquente²⁵.

De même, dans un arrêt du 7 février 2007, le Conseil d'État admet la légalité de la circulaire du garde des Sceaux et du ministre de l'Intérieur, relative notamment

22. CE 26 janv. 2000, *France terre d'asile, Amnesty international et Gisti*, Lebon T. 1046.

23. CE 30 juin 2000, *Gisti*, Lebon 260.

24. CE, référé, 15 févr. 2007, *Gisti*, *Avocats pour la défense des droits des étrangers et Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2007. 396, obs. M.-C. de Montecler.

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

aux interpellations en préfecture des étrangers en situation irrégulière, dès lors qu'elle « définit des modèles de convocation dont la “sobriété” est destinée [...] à proscrire toute indication mensongère sur l'objet réel de cette mesure, sans pour autant donner d'indice révélant le risque d'une mesure de rétention et de reconduite forcée [et] que l'utilisation de ces formulaires ne constitue pas, par elle-même un procédé déloyal ou une violation du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à la liberté et à la sûreté ». Pour le Conseil d'État, donc, il suffit que la convocation ne « mente pas », donc qu'elle n'indique pas de motif, pour que l'étranger puisse être interpellé en préfecture²⁶.

En tout cas, il est bien difficile de dégager un critère de la circulaire susceptible de recours et illégale, tant la jurisprudence administrative est fluctuante, rendant hasardeuse la recherche d'un fil conducteur.

2. Le principe d'égalité et de non-discrimination

Le juge administratif a une conception assez souple du principe d'égalité qui, au demeurant, est un principe relatif et non absolu, puisqu'il exige seulement que soient traitées de façon identique les personnes se trouvant dans des situations identiques ou comparables mais autorise que les personnes placées dans des situations différentes soient traitées différemment, à condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation, qu'elle soit proportionnée et qu'elle réponde à un but d'intérêt général²⁷.

La différence de situation et, partant, de traitement se vérifie, dans la jurisprudence *Gisti*, aussi bien au regard de l'égalité entre étrangers et nationaux que de l'égalité des étrangers entre eux.

Pour les étrangers, le principe même de l'existence d'un « traitement différent » de celui applicable aux nationaux se justifie par la différence de situation des uns et des autres dans leurs rapports avec l'État et la puissance publique en général. Cela étant, si les étrangers peuvent, en cette seule qualité, être soumis à un régime juridique propre²⁸, encore faut-il que cette spécificité soit cantonnée aux seuls domaines

26. CE 7 févr. 2007, *Ligue des droits de l'homme, Syndicat de la magistrature, FASTI, MRAP, Gisti et Syndicat des avocats de France*, Lebon 46; AJDA 2007. 814, note O. Lecucq. En revanche, pour la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, n° 05-10.880, AJDA 2007. 814, note O. Lecucq), « l'administration ne peut utiliser une convocation à la préfecture d'un étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention », ce qui implique qu'elle précise pourquoi elle convoque l'intéressé. Le degré d'exigence du juge judiciaire est supérieur et l'on peut regretter que le juge administratif soit moins protecteur.

27. V. not. : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Lebon 274; AJDA 1974. 298, chron. M. Franc et M. Boyon.

28. Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. Cons. const. 224; AJDA 1994. 97, comm. C. Teitgen-Colly; RD publ. 1994. 5, comm. F. Luchaire; RFDA 1993. 871, note B. Genevois; RFDC 1993. 583, note L. Favoreu; RGDIP 1994. 1, note D. Alland : « Considérant qu'aucun principe non

dans lesquels les étrangers sont effectivement dans une situation objectivement différente de celle des nationaux. Ce qui ne recouvre évidemment pas tous les aspects de leurs activités et de leur vie sociale²⁹.

– Ainsi, en dehors du domaine dit de la « police des étrangers » – entrée, séjour, éloignement –, le Conseil d'État répugne à admettre qu'il y ait rupture de l'égalité entre les étrangers et les nationaux. C'est le cas, particulièrement, pour la jouissance des droits sociaux, comme il l'a affirmé dans un arrêt du 9 décembre 1996, *Gisti*, qui rappelle que le « droit à la prolongation des prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès » et, d'autre part, le « caractère acquis des droits à prestations » sont « ouverts à toute personne de nationalité étrangère à raison des cotisations versées » par elle, dans les mêmes conditions qu'ils sont ouverts aux nationaux³⁰.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a estimé contraire au principe d'égalité l'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1982 réservant l'attribution de « la médaille de la famille française » aux « mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français », aux pères ou mères de famille « de nationalité française dont tous les enfants sont français et dont le conjoint ne possède pas la nationalité française » et aux pères ou mères de famille « de nationalité française dont tous les enfants sont français, qui élèvent ou qui ont élevé seuls leurs enfants ». Il a estimé « que l'attribution de la médaille de la famille française [étant] destinée à récompenser les mérites des personnes ayant dignement élevé de nombreux enfants de nationalité française, [...] au regard de cet objet, la circonstance que les parents des enfants concernés possèdent ou non la nationalité française ne constitue pas une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, laquelle ne peut être regardée comme dictée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet honorifique de la mesure³¹ ».

Mais, même dans le cadre de la police des étrangers, le principe d'égalité ne peut être méconnu que si l'inégalité de traitement est justifiée au regard de l'objectif poursuivi par la loi. Dans cette optique, le Conseil d'État a refusé que soit faite une distinction, en vue de l'attribution d'une carte de séjour, entre les étrangers pacsés avec un Français et ceux qui le sont avec un étranger (la circulaire contestée imposait à ces derniers de justifier d'une vie commune de cinq ans au lieu de trois pour les premiers), non plus qu'entre les étrangers pacsés avec le titulaire d'une carte de séjour « étudiant » et les autres qui seuls pouvaient à ce titre recevoir une carte de séjour temporaire³².

plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative [...]; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux. »

29. Sur ce point, v. not. : D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985.

30. CE 9 déc. 1996, *Gisti*, n° 163044.

31. CE 17 déc. 2003, *Gisti*, *Lebon T.* 636.

32. CE 29 juill. 2002, *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Femmes de la terre*, *Lebon T.* 579.

– Quant à l'application du principe d'égalité entre les étrangers eux-mêmes, il connaît les mêmes limites : il peut exister des différences de traitement entre étrangers si les intéressés se trouvent placés dans des situations différentes et que la différence de traitement, répondant à un intérêt général, est justifiée par la différence de situation et en rapport avec elle.

Ainsi est-il clair que les ressortissants communautaires et, depuis le traité de Maastricht, les citoyens de l'Union ne sont pas soumis au régime de droit commun des étrangers tel qu'il est défini par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et, depuis le 1^{er} mars 2005, par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Mais il est également admis que, parmi les étrangers « de droit commun », certains peuvent bénéficier de conditions plus favorables en raison, notamment, d'accords bilatéraux passés entre la France et certains États, en particulier ceux d'Afrique francophone anciennement sous domination française. Et le Conseil d'État, saisi par la CGT et le Gisti, a donc été conduit à annuler deux circulaires du ministre de l'Intérieur et du ministre du Travail, en date du 30 novembre 1974, qui prétendaient imposer aux ressortissants de tels États l'obligation d'une carte de séjour et d'une carte de travail délivrées dans les conditions de droit commun³³.

II. QUEL IMPACT SUR LES DROITS DES ÉTRANGERS ?

Il est bien évident que le combat juridico-contentieux du Gisti n'est pas destiné à faire avancer *le* droit des étrangers de façon purement théorique ou spéculative, mais qu'il a pour fin première de faire progresser *les* droits des étrangers. Quel a été, sur ce terrain l'impact des actions contentieuses du Gisti ?

Sur tous ces sujets, on peut dire que le combat juridique du Gisti a été positif. Mais il y a aussi les échecs : inapplicabilité directe de certains articles de la Convention des droits de l'enfant, actes de gouvernement, décisions du juge tardives, etc.

A. LES PRINCIPAUX IMPACTS POSITIFS

Les domaines dans lesquels les juridictions saisies à l'initiative du Gisti se sont prononcées favorablement aux droits des étrangers sont nombreux. On en relèvera quelques-uns seulement.

33. CE 24 nov. 1978, CGT, *Gisti et autres*, *Lebon* 458. On peut regretter que les circulaires aient produit effet pendant quatre ans avant d'être annulées.

1. Le respect de la vie familiale

Il s'est principalement traduit par la reconnaissance, qui n'allait pas de soi dans les années 1970, du droit au regroupement familial. L'arrêt fondateur, en la matière, est le « grand arrêt » du 8 décembre 1978 tirant du 10^e alinéa du Préambule de 1946 le « droit à mener une vie familiale normale³⁴ ». Mais le principe a été réaffirmé et précisé, parfois dans un sens restrictif, par des arrêtés ultérieurs. On en prendra ici trois exemples.

– Le Conseil d'État, dans l'affaire *Ajili* du 31 juillet 1996 – où le Gisti était intervenant volontaire – annule le refus de visa opposé par le consul général de France à Tunis à un ressortissant tunisien marié depuis cinq ans à une Française qui attendait de lui un enfant, au motif que cette décision de refus avait « porté aux droits des époux à mener une vie familiale normale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été prise » et avait donc « méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁵.

– Dans le même sens, dans l'arrêt déjà cité du 30 juin 2000, *Gisti*, le Conseil d'État annule la disposition de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 12 mai 1998 qui, « après avoir mentionné qu'au regard de l'appréciation de l'existence d'une vie familiale, il n'y a pas de différence substantielle entre le mariage et le concubinage, dispose que la reconnaissance du caractère effectif de la relation de concubinage est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives », dont l'une est « la présence d'enfants issus, à la date de la demande, de cette relation », cette disposition, de caractère réglementaire, donc illégale pour ce motif, portant en outre manifestement atteinte au droit au respect de la vie familiale des étrangers vivant en concubinage sans avoir d'enfant³⁶.

2. La liberté individuelle et la liberté de mouvement

– La première illustration est celle de l'affaire du « visa de sortie » qui a donné lieu à de multiples épisodes à rebondissements et à deux arrêts du Conseil d'État.

D'abord, l'arrêt du 22 mai 1992³⁷ dans lequel le Conseil d'État proclame que « la liberté fondamentale d'aller et de venir [...] n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter » et qu'en soumettant « à l'obligation de visa préfectoral pour leurs déplacements hors de France certaines catégories de ressortissants étrangers résidant en France », le ministre de l'Intérieur a imposé à l'exercice de cette liberté « des restrictions » qui, n'étant « prévues par aucun texte », sont illégales.

34. V. ci-dessus, 1^{re} partie, 1, A.

35. CE 31 juill. 1996, *Ajili*, n° 137815, inédit.

36. CE 30 juin 2000, *Gisti*, *Lebon* 260, préc. note 23.

37. CE 22 mai 1992, *Gisti*, *Lebon* T. 669 ; *RFDA* 1992. 567, concl. R. Abraham.

Ensuite, l'arrêt du 11 juin 1997³⁸ qui fait application de l'article 36 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, adopté en exécution de l'arrêt précédent et qui, après avoir affirmé que « tout étranger résidant en France, quelle que soit la nature de son titre de séjour, peut quitter librement le territoire national », ajoutait que « toutefois, lorsque ces mesures sont nécessaires à la sécurité nationale, les ressortissants d'États n'appartenant pas à la Communauté économique européenne et qui résident en France peuvent, quelle que soit la nature de leur titre de séjour, être tenus, par arrêté du ministre de l'intérieur, de déclarer à l'autorité administrative leur intention de quitter le territoire français et de justifier le respect de cette obligation par la production d'un visa de sortie ».

Le ministre de l'Intérieur ayant, par un arrêté du 27 janvier 1994, énuméré « les États dont les ressortissants sont tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire national » et soumis à cette même obligation « les réfugiés et les apatrides, dès lors qu'ils sont originaires de l'un des États mentionnés ci-dessus, ainsi que les Palestiniens sont tenus de déclarer leur intention de quitter le territoire », le Conseil d'État a annulé cette dernière disposition au double motif, d'une part, que « l'obligation, pour les ressortissants de certains États, de déclarer à l'administration leur intention de quitter le territoire national constitue, eu égard à la restriction qu'elle apporte à la liberté d'aller et de venir [...], une mesure exceptionnelle » qui méconnaît « les dispositions [de l'article 8] de la convention de Genève relative au statut des réfugiés »³⁹ et, d'autre part, que « l'article 36 de l'ordonnance susvisée du 2 novembre 1945 ne [permettant] d'imposer l'obligation de déclarer à l'administration leur intention de quitter le territoire français qu'aux ressortissants des États, [...] il résulte de la définition de l'apatride contenue dans la convention [de New York de 1954⁴⁰] que les associations requérantes sont fondées à demander l'annulation de l'arrêté attaqué en tant qu'il mentionne les apatrides ».

La reconnaissance, en 1992, et la confirmation, en 1997, du caractère fondamental de la liberté de quitter le territoire français et les conséquences qu'en a tirées le Conseil d'État ont finalement conduit le législateur à abroger la disposition de l'article 36 de l'ordonnance de 1945 instituant la déclaration de sortie pour certains étrangers, ce qui a constitué une avancée importante de leurs droits.

– Le deuxième domaine dans lequel la liberté individuelle des étrangers a connu des développements est relatif à l'entrée sur le territoire.

38. CE 11 juin 1997, *France terre d'asile et Gisti, Lebon* 223.

39. L'art. 8 de la convention de Genève stipule : « En ce qui concerne les mesures exceptionnelles qui peuvent être prises contre la personne, les biens ou les intérêts des ressortissants d'un État déterminé, les États contractants n'appliqueront pas ces mesures à un réfugié ressortissant formellement dudit État uniquement en raison de sa nationalité. Les États contractants qui, de par leur législation, ne peuvent appliquer le principe général consacré dans cet article accorderont, dans des cas appropriés, des dispenses en faveur de tels réfugiés. »

40. L'art. 1^{er} de la convention de New York stipule : « Le terme apatride désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation. »

Ainsi, le Conseil d'État a annulé, sur requête du Gisti⁴¹, la disposition de la circulaire Defferre du 31 août 1982 qui subordonnait le bénéfice du délai d'un jour franc avant la mise à exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, prévu par l'article de l'ordonnance du 2 novembre 1945, à la présentation par l'intéressé d'une « demande écrite et motivée », alors que l'ordonnance disposait que « en aucun cas, le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc... ». Dans ce cas, encore, il est regrettable que l'annulation soit intervenue plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la disposition en cause.

Dans le même ordre d'idée, dans son arrêt du 30 juillet 2008⁴², rendu sur la requête d'un couple de demandeurs d'asile tchéchènes, au soutien de laquelle le Gisti est intervenu, le Conseil d'État a considéré, d'une part que le « défaut de traduction dans une langue qui leur était compréhensible des informations auxquelles ils avaient droit et des décisions prises à leur encontre [portait] une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale », au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁴³ et, d'autre part, « qu'une décision de remise à un État étranger, susceptible d'être exécutée d'office en vertu des articles L. 531-1 et L. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, crée, pour son destinataire, une situation d'urgence », au sens du même article L. 521-2. En exigeant que les étrangers soient informés dans une langue qu'ils comprennent de la procédure qui leur est appliquée et des décisions qui les concernent, le Conseil d'État a fortement accru les garanties des étrangers, les mettant mieux à même d'exercer les voies de recours qui leur sont ouvertes.

– Le dernier exemple est celui du régime juridique du placement en zone d'attente et de la rétention administratif.

Outre les arrêts *Behta et autres*, de la Cour de cassation⁴⁴, le juge administratif a été fréquemment saisi par le Gisti, souvent conjointement avec d'autres associations.

Le tribunal administratif de Nice, saisi de l'arrêté du préfet du Var du 17 février 2001 créant une zone d'attente dans les communes de Fréjus et Saint-Raphaël sur les lieux d'accostage d'un bateau chargé de demandeurs d'asile irakiens, en a prononcé l'annulation, par jugement du 9 décembre 2005, rendu près de cinq ans après l'en-

41. CE 27 sept. 1985, *Gisti, Lebon* 260.

42. CE 30 juill. 2008, *M. et Mme Chermukhanov*, n° 313767 (sera mentionné aux *Tables*).

43. L'art. L. 521-2 dispose : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. »

44. Civ. 2^e, 28 juin 1995, *M. Behta*, n° 94-50002, publié au *Bulletin* (la Cour de cassation a déclaré irrecevable l'intervention du Gisti dans cette affaire). La Cour de cassation y pose le principe qu'il appartient au juge judiciaire, lorsqu'il est saisi pour prolonger la rétention d'un étranger, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur l'irrégularité de l'interpellation et, si l'interpellation a été irrégulière, de refuser la prolongation de la rétention.

trée en vigueur de l'arrêté attaqué, depuis longtemps⁴⁵. Si ce jugement marque la volonté du juge administratif de limiter les pouvoirs de l'administration en matière de restriction de la liberté individuelle des étrangers, son intervention tardive l'a, malheureusement, privé de tout effet concret, d'autant plus qu'avant même qu'il soit rendu l'ordonnance de 1945 avait été modifiée de façon à élargir les conditions de création d'une zone d'attente.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, à plusieurs reprises, annulé des arrêtés du ministre de l'Intérieur rejetant les demandes d'habilitation de diverses associations à accéder en zone d'attente, notamment celle du Gisti⁴⁶. Le Conseil d'État a estimé « qu'il ne [ressortait] pas des pièces du dossier que le nombre total de visites qu'aurait permises l'habilitation d'une association humanitaire supplémentaire par rapport à celles qu'il a admises, aurait été de nature à compromettre le respect de cette exigence [et] que le ministre n'[apportait] aucune précision de nature à identifier les motifs propres à l'association requérante justifiant que soit écartée la demande de cette association ».

Plus récemment encore, le tribunal administratif de Paris, saisi d'un référé pré-contractuel, a annulé l'appel d'offres lancé par le ministre de l'Immigration, en application de l'article R. 553-14 du CESEDA, qui prévoit que, « pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative, le ministre chargé de l'immigration conclut une convention avec une ou plusieurs personnes morales ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits ». Le juge des référés a estimé que, si « le ministre de l'immigration [...] était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, [il] ne pouvait, eu égard à l'objet du marché, n'accorder au critère de la qualification juridique des futurs prestataires qu'une pondération inférieure à 15 % en ne fixant, au surplus, aucun niveau quant au minimum de connaissances juridiques requis⁴⁷ ».

Ce faisant, le tribunal, a apporté aux étrangers la garantie que les « personnes morales » présentes dans les centres de rétentions seront en mesure de remplir utilement leur mission d'information et d'aide à l'exercice de leurs droits.

3. La protection sociale

C'est l'une des spécificités du Gisti que d'attacher une grande importance aux droits sociaux des étrangers et, tout spécialement, à leur protection sociale. Il l'a montré en obtenant, conjointement avec France terre d'asile, l'annulation des décrets d'application de la loi Pasqua, du 24 août 1993 et de trois circulaires prises sur son fon-

45. TA Nice 9 déc. 2005, *Gisti, Anafé, Cimade, France terre d'asile et MRAP*, inédit.

46. CE 28 déc. 2005, *Gisti*, n° 253801, inédit. Dans le même sens, annulation des refus d'habilitation du MRAP (CE 6 nov. 2000, *MRAP, Lebon* 487), d'Amnesty international (CE 28 déc. 2001, *Amnesty international, groupe 151*, n° 233680, inédit), de l'Association d'accueil aux médecins et personnels de santé réfugiés en France (CE 3 juin 2002, *APSR*, n° 227020, inédit), etc.

47. TA Paris, Ord., 30 oct. 2008, *Gisti et autres*, *AJDA* 2008. 2095, comm. M.-C. de Montecler.

dement – circulaire du 17 février 1995 du ministre des Affaires sociales, circulaires du 12 mai 1995 et du 19 octobre 1995 du directeur de la Caisse nationale d'assurance-maladie des travailleurs salariés – en ce qu'elles limitaient le maintien des droits à l'assurance-maladie, maternité et décès des étrangers ne remplissant pas la condition de régularité du séjour et subordonnaient le bénéfice de l'allocation adultes handicapés, pour les ressortissants des États ayant passé des accords de coopération avec la Communauté européenne, à l'exercice d'une action contentieuse⁴⁸. Cette dernière disposition était d'autant plus inadmissible que les intéressés avaient droit à l'AAH en application des accords de coopération et que la condition d'une action contentieuse était uniquement destinée à limiter le nombre des bénéficiaires de la prestation.

4. La liberté d'expression

Au risque de paraître faire un inventaire à la Prévert, on ne peut tout de même pas clore la revue des impacts positifs des « arrêts Gisti » sans faire mention de l'affaire *Association Ekin*, qui a mobilisé le Conseil d'État à deux reprises mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme.

À l'origine de cette affaire se trouve un arrêté du ministre de l'Intérieur du 29 avril 1988, prononçant l'interdiction du livre *Euskadi en guerre*, pris sur le fondement de l'article 14 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, lui-même issu du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère. L'Association Ekin, éditrice, ayant déféré cette interdiction au tribunal administratif de Pau, celui-ci rejeta le recours le 1^{er} juin 1993 mais, en appel, le Conseil d'État annula l'arrêté – plus de neuf ans après sa signature... –, au motif « qu'il ne [ressortait] pas de l'examen du contenu de cette publication qu'elle [présentait], au regard des intérêts dont le ministre a la charge et, notamment de la sécurité publique et de l'ordre public, un caractère de nature à justifier légalement la gravité de l'atteinte à la liberté de la presse constituée par la mesure litigieuse⁴⁹ ».

Le Conseil d'État n'ayant toutefois pas retenu le moyen de la requérante tiré de l'incompatibilité de l'article 14 de la loi de 1881 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression, l'Association Ekin, soutenue par le Gisti, saisit la Cour de Strasbourg qui, par un arrêt du 17 juillet 2001, estima que la loi française méconnaissait, sur ce point, la Convention⁵⁰. Le Gisti demanda alors au Premier ministre d'abroger l'article 14 de la loi, qui avait gardé son caractère réglementaire, puis déféra au Conseil d'État la décision de rejet résultant

48. CE 14 janv. 1998, *Gisti et France terre d'asile*, Lebon T. 702 et 704; D. 1998. Somm. 344, obs. X. Prétot.

49. CE, Sect., 9 juill. 1997, *Association Ekin*, Lebon 300; RFDA 1997. 1284, concl. M. Denis-Linton; AJDA 1998. 374, note M.-F. Verdier; D. 1998. 317, note E. Dreyer; RD publ. 1998. 539, note P. Wachsmann et S. Rabiller.

50. CEDH 17 juill. 2001, *Association Ekin*, AJDA 2002. 52, note F. Julien-Laferrière; RTDH 2002. 685, note P. de Fontbressin.

de l'absence de réponse du Premier ministre. Par un arrêt du 7 février 2003, le Conseil d'État, prenant le contre-pied de son arrêt de 1997, annula la décision implicite du Premier ministre au motif que le pouvoir d'interdiction des publications étrangères conféré par le décret-loi du 6 mai 1939, « malgré l'étendue du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles qui en font usage, est de nature à porter au droit des intéressés au respect des libertés précitées une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels des restrictions peuvent être définies [et] qu'ainsi les dispositions du décret du 6 mai 1939 méconnaissent les stipulations de l'article 10 de la convention européenne [des droits de l'homme]⁵¹ ». Mais il a encore fallu que le Gisti saisisse une nouvelle fois le Conseil d'État pour lui demander d'enjoindre au Premier ministre d'abroger le décret de 1939, pour que cette abrogation soit finalement décidée par décret du 4 octobre 2004, ce qui a conduit le Conseil d'État à prononcer un non-lieu à statuer le 12 janvier 2005⁵².

B. LES IMPACTS NÉGATIFS

Dans certains cas, les arrêts rendus à l'initiative du Gisti ont eu un effet plutôt négatif sur les droits des étrangers, soit que le Conseil d'État ait fait une application de la règle de droit directement défavorable aux étrangers, soit qu'il se soit borné à éviter qu'elle ne leur bénéficie.

1. La persistance de jurisprudences discutables

Les recours du Gisti ont aussi parfois donné l'occasion au Conseil d'État de refuser de remettre en cause sa jurisprudence, sur des questions ne relevant pas directement du droit des étrangers, même quand celle-ci était contestable ou difficilement compréhensible. Deux exemples permettront d'illustrer ce propos.

– Depuis 1936, le Conseil d'État ne cesse d'affirmer, quand il est saisi du moyen tiré de ce que la loi sur le fondement de laquelle a été pris l'acte administratif attaqué serait contraire à la Constitution, « qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux⁵³ », ou encore « qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier la conformité de la loi à un principe constitutionnel⁵⁴ ». C'est ce qu'on appelle la théorie de la « loi-écran » ou de « l'écran législatif ». Malgré l'évolution de l'état du droit public français et, notamment, l'exercice d'un contrôle de conformité des lois aux conventions internationales, depuis l'arrêt

51. CE 7 févr. 2003, *Gisti*, *Lebon* 30; *AJDA* 2003. 996, note F. Julien-Laferrrière; *RD publ.* 2003. 901, note P. Mouzet; *RFDA* 2003. 996, note A. Fitte-Duval et S. Rabiller.

52. CE 12 janv. 2005, *Gisti*, n° 261736, inédit.

53. CE, Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi*, *Lebon* 966; *D.* 1938. 3. 1, concl. R. Latournerie et note C. Eisenmann; *S.* 1937. 3. 33, concl. R. Latournerie et note A. Mestre.

54. CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Lebon* 37; *AJDA* 1999. 420, chron. F. Raymond et P. Fombeur; *RFDA* 1999. 372, note D. de Béchillon et P. Terneyre; *RD publ.* 1999. 1223, note J.-P. Camby.

Nicolo de 1989⁵⁵, le Conseil d'État n'a pas remis en cause son refus de se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution, mission qu'il estime de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, même quand la loi critiquée n'a pas été déférée à ce dernier⁵⁶.

Il en a été ainsi, notamment, d'un arrêt *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Association pour l'accueil des voyageurs*⁵⁷, où le Gisti invoquait la violation du principe constitutionnel d'égalité par la disposition de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 3 août 1999 relative aux gens du voyage prise en application des articles 80 et 81 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion, aux termes desquels la délivrance de la carte nationale d'identité et l'inscription sur les listes électorales des personnes « dont les ressources ne dépassent pas [un certain montant] et qui n'ont pas la possibilité d'apporter la preuve d'un domicile ou d'une résidence dont elles seraient propriétaire ou occupant ou auxquelles la loi n'a pas fixé une commune de rattachement » à la « production d'une attestation établissant le lien entre le demandeur et un organisme d'accueil figurant sur une liste établie par le représentant de l'État dans le département et, à Paris, le préfet de police ». Sans se prononcer sur la conformité au principe constitutionnel d'égalité de la disposition critiquée de la circulaire, qui énonçait que « ne doivent pas être prises en compte, pour obtenir la délivrance d'une carte nationale d'identité ou l'inscription sur les listes électorales, les attestations de domicile émanant des organismes agréés mentionnés aux articles 80 et 81 et produites par des personnes remplissant les conditions de délivrance des titres de circulation [...], qui mentionnent, comme il a été dit ci-dessus, une commune de rattachement, le ministre de l'intérieur s'est borné à tirer les conséquences des dispositions des articles 80 et 81 de la loi du 29 juillet 1998 », l'éventuelle inconstitutionnalité de celle-ci n'étant donc pas susceptible de contrôle par le juge administratif.

De même, l'année suivante, le Conseil d'État déclare que, « pour se conformer aux dispositions des articles 5 et 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 qui réserve l'accès à la fonction publique aux nationaux français et aux ressortissants communautaires ou des États membres de l'Espace économique européen], le décret du 26 août 1987 était tenu d'exclure du bénéfice de la qualité de fonctionnaire stagiaire les candidats admis à l'École normale supérieure qui ne sont pas ressortissants d'États membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen », sans contrôler la conformité à la Constitution de la disposition législative sur laquelle il fonde sa décision⁵⁸.

55. CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Lebon* 190, concl. P. Frydman ; *GAJA* n° 95 ; *AJDA* 1989. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste, et 788, note D. Chabanol ; *D.* 1990. 57, chron. R. Kovar, et 135, note P. Sabourin ; *JCP* 1989. I. 3429, comm. H. Calvet ; *RFDA* 1989. 824, note B. Genevois, 993, note L. Favoreu, et 1000 note L. Dubouis ; *RGDIP* 1990. 91, note J. Boulouis.

56. V. not. : B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000. 722.

57. CE 6 déc. 2002, *Gisti*, *Ligue des droits de l'homme et Association pour l'accueil des voyageurs*, n° 223570, inédit.

58. CE 3 nov. 2003, *Gisti*, *Lebon* T. 823.

– Le deuxième domaine dans lequel la confirmation de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État a été défavorable aux étrangers est celui de la théorie des actes de gouvernement. Bien que la définition de l'acte de gouvernement ait tendance, depuis quelques décennies, à se restreindre⁵⁹, la théorie n'a pas disparu, loin de là, et continue de s'appliquer aux actes des autorités exécutives qui se rapportent, soit aux rapports des pouvoirs publics entre eux, soit à la conduite des relations internationales⁶⁰. C'est dans ce dernier domaine que le Conseil d'État a fait usage de la notion d'acte de gouvernement pour rejeter le recours qui avait été formé contre la circulaire du 24 septembre 1990 par laquelle le ministre de l'Éducation nationale enjoignait aux présidents d'université et directeurs d'établissement d'enseignement supérieur de « suspendre toute coopération scientifique et technique avec l'Irak et d'interdire aux ressortissants de ce pays de s'inscrire pour l'année universitaire 1990-1991 ». Le Conseil a en effet estimé que cette circulaire n'était « pas détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France et échapp[ait] ainsi à tout contrôle juridictionnel », et il en a conclu que, « par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des requêtes » tendant à son annulation⁶¹.

Cette circulaire, si elle n'avait échappé au contrôle du juge administratif, n'aurait sans doute pas manqué d'être annulée car elle était certainement illégale. Non seulement parce qu'elle rendait les étudiants irakiens responsables de la politique menée par le régime de Saddam Hussein, alors que beaucoup de ceux qui s'inscrivaient en France étaient des opposants, mais aussi parce qu'elle violait le principe d'autonomie des universités qui interdit au ministre d'adresser des injonctions aux présidents de celles-ci et, enfin, parce qu'elle instaurait une discrimination entre étudiants fondés sur la nationalité. D'ailleurs, il est à observer que le ministre a abrogé sa circulaire dès le 18 octobre 1990, ce qui paraît montrer qu'elle n'était liée que de loin à la conduite des relations internationales.

Toujours est-il que cet arrêt n'a pas garanti les droits des étudiants irakiens, ce qu'on ne peut que regretter.

2. Les interprétations neutralisantes

Une autre méthode du Conseil d'État, qui a nui à la défense des droits des étrangers, est ce qu'on peut appeler l'interprétation neutralisante des actes qui lui sont déférés ou de ceux sur le fondement desquels les actes attaqués sont pris, interprétation qui a pour résultat de sauver ces actes de l'annulation alors qu'ils auraient été annulés s'ils avaient été interprétés conformément à la volonté de leur auteur.

59. V. par ex. : M. Virally, « L'introuvable acte de gouvernement », *RD publ.* 1952. 326, et R. Chapus, « L'acte de gouvernement : monstre ou victime », *D.* 1958. Chron. 5.

60. V. le commentaire de l'arrêt du 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, *GAJA* n° 3.

61. CE 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*, *Lebon* 346; *AJDA* 1992. 752, concl. (contraires) D. Kessler.

Tel a été le cas de l'arrêt du 24 janvier 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Azzouzi*⁶², dans lequel le Conseil d'État interprète l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, aux termes duquel « ne [peut] faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application de l'article 23 [...] l'étranger qui est père ou mère d'un ou plusieurs enfants français dont l'un au moins réside en France, à moins qu'il n'ait été définitivement déchu de l'autorité parentale » comme « impliqu[ant] que l'étranger qui en sollicite le bénéficiaire exerce ou ait exercé l'autorité parentale » et, partant, comme excluant de la protection qu'il institue « l'étranger ayant reconnu un enfant français mais n'exerçant pas et n'ayant jamais exercé l'autorité parentale », celle-ci étant « en entier exercée, en application de l'article 374 du code civil, par la mère de l'enfant ». L'article 25 n'exigeait pas que l'intéressé exerce l'autorité parentale, mais qu'il n'en ait pas été déchu, cette déchéance constituant une sanction de l'inaptitude à élever l'enfant, voire des mauvais traitements qui ont pu lui être infligés. L'interprétation du Conseil d'État a eu pour effet de rendre expulsables les étrangers de sexe masculin ayant reconnu un enfant naturel, puisque l'article 374, alinéa 2, du code civil alors en vigueur disposait que, si le père et la mère ont l'un et l'autre reconnu l'enfant naturel, « l'autorité parentale est tout entière exercée par la mère ».

Un second exemple est donné par l'arrêt du 26 septembre 1986 qui interprète l'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, issu de la loi du 17 juillet 1984, selon lequel « la carte de résident est délivrée de plein droit et sans condition de durée de résidence à neuf catégories d'étrangers remplissant les conditions qu'il énumère », et tel qu'il serait « éclairé par les travaux préparatoires », comme impliquant « que les étrangers justifiant appartenir à l'une de ces catégories [soient] entrés régulièrement en France et y [séjournent] régulièrement », ce qui semble contraire à la notion de délivrance « de plein droit », en l'absence de toute disposition expresse en ce sens et, même, de toute volonté exprimée par le législateur lors des débats parlementaires, contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État⁶³.

On peut encore mentionner parmi les impacts négatifs, au titre des « interprétations neutralisantes », la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'absence d'effet direct de certaines conventions ou stipulations de conventions, telles celles de la Convention internationale des droits de l'enfant, ce qui lui permet de rejeter le recours ou le moyen dirigé contre un texte susceptible de violer la convention sans même examiner la compatibilité entre l'un et l'autre⁶⁴.

*

* *

62. CE 24 janv. 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Azzouzi, Lebon*; AJDA 1986. 121; RFDA 1986. 155, concl. J.-C. Bonichot. Le Gisti était intervenant volontaire dans cette affaire.

63. CE 26 sept. 1986, *Gisti, Lebon* 219.

64. V. par ex. : CE 23 avr. 1997, *Gisti, Lebon* 142, concl. R. Abraham; AJDA 1997. 482, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot; RGDIP 1998. 208, note D. Alland.

Est-il permis, pour conclure, de répondre un peu à la norme à la question : le bilan des « arrêts Gisti » sur *le droit et les droits des étrangers* est-il positif ?

Oui, certes. Grâce aux actions contentieuses du Gisti – qui n’a pas l’exclusivité en ce domaine, mais occupe une place tout à fait prééminente –, cette branche du droit a considérablement évolué et les étrangers y ont gagné des garanties que le législateur et le pouvoir réglementaire avaient parfois eu tendance à ignorer. À cet égard, le bilan est nettement positif.

En revanche, on peut regretter que, dans de trop nombreuses occasions, le juge administratif – pour ne parler que de lui – n’ait pas cru pouvoir faire l’effort supplémentaire qui aurait permis que les étrangers bénéficient d’un régime juridique digne d’un État de droit plus achevé et aussi peu dérogoire au droit commun que possible. Les années futures permettront, peut-être, de franchir de nouvelles étapes. Pour paraphraser une formule désormais célèbre : « Yes, we can ! »