

# **Le Gisti : requérant d'habitude? La vision du Conseil d'État**

Bruno Genevois

*Président de section au Conseil d'État*

L'intitulé du sujet qu'il m'a été demandé de traiter appelle de ma part une double précision.

– Il me faut souligner d'emblée que je serais bien en peine d'exprimer la « vision » que le Conseil d'État aurait du Gisti. En tant que juridiction, le Conseil n'est pas conduit lorsqu'il rend un arrêt à porter un jugement de valeur sur un requérant hors le cas où il prononce une amende pour recours abusif, ce qui, on le verra, ne s'est jamais produit pour le Gisti. Au demeurant, je n'ai nul mandat pour prendre la parole au nom de mes collègues. Tout au plus puis-je exprimer un point de vue personnel sur l'action contentieuse du Gisti en ayant eu le privilège d'assister au délibéré de certaines des requêtes introduites par lui ou même, au cours des dernières années, de prendre part à un semblable délibéré. Signe des temps, il m'a été donné de suivre le 24 novembre 1978 le délibéré de l'Assemblée du contentieux sur l'arrêt lu le 8 décembre 1978, dont nous fêtons le trentième anniversaire.

– Je revendique en revanche, la paternité de l'interrogation portant sur le point de savoir si le Gisti doit ou non être regardé comme un requérant d'habitude. Il m'a semblé intéressant en effet, d'appréhender l'action du Gisti par référence à une étude doctrinale sur « les requérants d'habitude » publiée il y a quatre ans à la *Revue française de droit administratif*<sup>1</sup>. Son auteur, Fabrice Lemaire, avait volontairement exclu du champ de ses réflexions les pourvois émanant des personnes morales. Il n'en avait pas moins adopté une grille d'analyse susceptible de viser aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.

Une première difficulté se présente. Il s'agit de définir ce que l'on entend par requérant d'habitude. Notre auteur y range « les requérants qui ont formé un nombre de recours significatifs intéressant des contentieux distincts ». La formule est quelque

---

1. V., F. Lemaire, « Les requérants d'habitude », *RFDA* 2004. 554.

peu imprécise. Si on insiste sur le fait que les requérants d'habitude interviennent dans des « contentieux distincts » on pourrait être tenté d'exclure *de plano* le Gisti de cette catégorie dans la mesure où son action intéresse la défense des droits des étrangers. Mais si on met l'accent sur le nombre significatif de recours introduits, on sera enclin au contraire à ranger le Gisti parmi les requérants d'habitude.

Plus éclairants pour notre sujet sont d'autres éléments d'appréciation introduits par F. Lemaire, selon que les requérants d'habitude ont une dimension nationale ou simplement locale. L'interrogation porte également sur les motivations de cette catégorie de requérants. Au total, l'auteur jugeait le bilan de leurs interventions comme « globalement positif ».

Comment se présente la situation du Gisti au regard de ces différents éléments ?

Elle me paraît justifier trois séries de remarques. En premier lieu, l'action du Gisti a su éviter les travers de nombre de requérants d'habitude (I). En deuxième lieu, elle illustre l'efficacité de l'action collective devant la juridiction administrative (II). Elle se heurte encore à certaines limites (III).

## I. LE GISTI A SU SE GARDER DES DÉFAUTS OBSERVÉS CHEZ CERTAINS REQUÉRANTS D'HABITUDE

Le juge n'ignore pas que pour qu'il y ait une jurisprudence il faut qu'en amont survienne un procès. En l'absence de saisine d'office, un procès suppose l'intervention d'un justiciable. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir le procès est fait à un acte administratif. L'intérêt pour agir est entendu largement surtout lorsque l'acte contesté a un caractère réglementaire.

Dans ce contexte, le risque existe que des requérants, pour des motifs plus personnels que juridiquement fondés, contestent de façon systématique la légalité d'actes administratifs. Il existe ainsi toute une gamme de requérants. Entre des cas extrêmes, celui des requérants atteints de quérulence et celui qui ne formera qu'une requête unique, il y a des requérants habituels.

L'expérience des trente dernières années a montré que le Gisti n'encourait pas les critiques susceptibles d'être formulées à l'encontre de certains requérants d'habitude. Cela tient à la conjonction de deux facteurs : la nature des motivations qui l'animent ; le caractère très sélectif de ses actions contentieuses.

### A. LES MOTIVATIONS DU GISTI

Si on se réfère à la typologie établie par Fabrice Lemaire, l'action du Gisti ne répond pas à des mobiles subjectifs et personnels, mais au contraire à une action objective.

1. Sous la rubrique « action personnelle », notre auteur fait figurer les actions émanant de trois types de requérants : la « victime » d'une injustice ou la personne qui estime être dans cette situation ; le persécuté ; le rancunier.

Aucun de ces traits ne se retrouvent dans le cas des motivations du Gisti.

Me paraît également faire défaut la saisine du juge de l'excès de pouvoir prise en tant que plaisir purement intellectuel, comme l'atteste le cas d'un requérant d'habitude au Conseil d'État (très actif en période électorale ou référendaire) qui assiste régulièrement aux séances publiques de la Section du contentieux, de l'Assemblée du contentieux et du Tribunal des conflits. C'est ce même requérant qui est intervenu, en novembre 2005, en défense, dans une instance de référé relative à l'institution de l'état d'urgence et qui se félicitait à l'issue de l'audience de référé d'avoir passé « une excellente matinée<sup>2</sup> ».

2. L'action du Gisti répond en réalité à ce que Fabrice Lemaire qualifie « d'action objective ». Il distingue au sein de cette dernière, deux variétés : l'action du politique ; celle du « chevalier blanc » qui n'aurait d'autre motivation que la défense de la légalité.

Au regard d'une telle classification, l'action du Gisti se situe, me semble-t-il, à mi-chemin. Il mène devant le juge un combat que l'on peut qualifier de politique (la défense des droits des étrangers), mais ce combat est poursuivi par des moyens juridiques appropriés. À cet égard, un parallèle pourrait être fait avec certaines associations de défense de l'environnement, agréées au plan national sur le fondement de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

## B. LE CARACTÈRE SÉLECTIF DES ACTIONS MENÉES

Sur l'ensemble de la période le nombre de pourvois introduits par le Gisti est relativement élevé. Il n'est cependant pas inconsideré.

1. Le nombre des pourvois est relativement élevé sur un strict plan statistique. Selon les éléments d'appréciation qui m'ont été fournis par le service informatique du Conseil d'État, à partir de la base de données Ariane, sur la période de trente ans qui est antérieure au 21 octobre 2008, le Gisti a formé quatre-vingt-dix-neuf requêtes. Je n'ai pas pu vérifier la fiabilité de ce nombre global. À tout le moins, il fournit un ordre de grandeur très parlant. Si on raisonne sur une moyenne annuelle cela équivaut donc à trois requêtes au moins par an.

On est très loin des records établis par certains requérants d'habitude, tel cet ancien magistrat du siège révoqué par le Conseil supérieur de la magistrature puis réintégré en qualité de membre du parquet avant d'être à nouveau révoqué ou encore à cet entrepreneur de taxi installé en Polynésie française qui, une fois découverte l'existence de la juridiction administrative à la faveur de la contestation d'un

---

2. CE, Ord., 14 nov. 2005, *Rolin, Lebon* 499.

texte relatif à l'exercice de sa profession, l'accable de pourvois en puisant au besoin son inspiration dans des « blogs » où des juristes exposent leur point de vue.

2. Dans le cas du Gisti, le nombre de 99 pourvois recensés par voie informatique est d'autant moins excessif que ces pourvois n'ont pas donné lieu à des types de décisions accompagnant parfois le traitement de requêtes trop hâtivement présentées.

En effet, pour ce qui est du Gisti et sauf erreur de ma part, on ne relève pas de rejet pour incompétence de la juridiction administrative. Dans un cas seulement il y a eu une erreur de sa part, quant à la compétence respective du Conseil d'État et du tribunal administratif de Paris<sup>3</sup>.

Je n'ai recensé aucun rejet d'une requête du Gisti pour irrecevabilité manifeste.

Devant le juge des référés, il semble que ce soit dans un cas seulement qu'ait été opposée au Gisti une ordonnance dite de tri, prise sur le fondement des dispositions de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative. On rappellera que cet article permet de rejeter sans instruction une demande en référé « lorsqu'elle ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il *apparaît manifeste*, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ».

En aucune circonstance, le Gisti ne semble, à ma connaissance, avoir été condamné au paiement d'une amende pour recours abusif. Si tel avait été le cas je suis convaincu qu'il n'aurait pas manqué de signaler une semblable condamnation pour, selon toute probabilité, la stigmatiser.

De ces constatations, on ne peut tirer en quelque sorte que des vertus négatives. Il convient de pousser plus avant l'analyse en soulignant le discernement dont a su faire preuve le Gisti. Il illustre en effet l'efficacité de l'action collective devant la juridiction administrative.

## II. LE GISTI ILLUSTRE L'EFFICACITÉ DE « L'ACTION COLLECTIVE » DEVANT LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

On pourra contester mon propos en fonction de la définition de l'action collective que l'on adopte. Depuis la décision de principe du 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*<sup>4</sup>, l'action d'un syndicat ou d'une association peut être

---

3. L'importance concrète des conflits de compétence au sein de la juridiction administrative a été mise en évidence par un séminaire d'études à l'École nationale d'administration dirigé par le professeur R. Drago (*EDCE* 1967, p. 147, spéc. p. 181) et par une décision de section du 20 déc. 1968, *Montagne* annotée à la *Rev. adm.* 1969. 325 par le requérant. À l'initiative du président R. Odent, alors président de la section du contentieux, a été pris un décret du 20 févr. 1972 qui permet de régler les questions de compétence internes à la juridiction administrative par voie d'ordonnance.

4. CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, *Lebon* 977, concl. J. Romieu; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd, p. 113.

dirigée contre des mesures de caractère réglementaire ou collectif portant atteinte aux intérêts moraux ou matériels de l'ensemble de ses membres ou d'une partie d'entre eux ou contre des actes individuels dits positifs qui les lèsent dans leurs intérêts généraux ou qui portent atteinte aux droits d'une fraction ou de la totalité de ses membres.

Lorsqu'elle est couronnée de succès une telle action bénéficie à des tiers en raison de l'effet *erga omnes* des annulations pour excès de pouvoir. À mon sens il s'agit d'une forme d'action collective à la française. Mais elle ne coïncide pas avec la « *class action* » entendue comme une action permettant à une personne d'exercer, au nom d'un groupe ayant les mêmes intérêts, une action en faveur des membres de ce groupe. C'est une action de ce type que la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice avait recommandé de développer<sup>5</sup>.

Sous le bénéfice de ces observations d'ordre terminologique, deux points méritent d'être soulignés. D'une part, le Gisti a su faire un usage judicieux du droit administratif et de la procédure contentieuse administrative. D'autre part, les résultats qu'il a obtenus sont tout à fait conséquents.

#### A. UN USAGE JUDICIEUX DU DROIT ADMINISTRATIF

Une partie de la doctrine, en particulier le professeur Michel Fromont, se montre parfois critique à l'égard du droit administratif français, par référence à un modèle idéal qui serait représenté par le droit administratif allemand<sup>6</sup>. Si instructives que puissent être les comparaisons, elles ne doivent pas conduire à occulter des aspects positifs du modèle français, qu'il s'agisse de la procédure contentieuse ou du fond du droit.

**1.** *Sur le plan procédural*, le Gisti a bénéficié du faible coût des procédures dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en premier ressort. De plus, le risque de condamnation du requérant au paiement des frais de l'instance en cas d'insuccès est faible dans la mesure où le défendeur est l'État, lequel ne sollicite que rarement le concours d'un avocat.

Le Gisti a su tirer parti des règles qui gouvernent l'intérêt pour agir dans le contentieux de la légalité. Outre le champ ouvert à l'action des groupements par la jurisprudence *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* citée précédemment, il faut souligner que la détermination de l'intérêt pour agir au regard de la nature de l'acte attaqué est entendue largement. Dans le cas des circulaires, la tâche du Gisti a été facilitée depuis l'intervention de l'arrêt de Section du 18 décembre 2002, *Mme Duwignères*<sup>7</sup>. Celui-ci admet la recevabilité d'un pourvoi à l'encontre d'une

---

5. Rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, P. Bouchet, D. Charvet et B. Fragonard, 2001, p. 21.

6. M. Fromont, « La place de la justice administrative en Europe », *Dr. adm.* juill. 2008, p. 8.

7. CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duwignères*, *Lebon* 463, concl. P. Fombeur ; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 888.

circulaire dès lors que l'interprétation qu'elle donne des lois et règlements a un caractère impératif, sans la faire dépendre du point de savoir si la circulaire édicte des règles nouvelles.

D'autres jurisprudences élargissant la possibilité pour le justiciable de lier le contentieux ont été mises à profit par le Gisti. Tel est le cas de la jurisprudence d'Assemblée du 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*<sup>8</sup> qui permet de déférer au juge le refus de l'autorité compétente d'abroger un règlement illégal, que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature ou que son illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date. De même, le Gisti a utilisé une jurisprudence très innovante<sup>9</sup> permettant de contester devant le Conseil d'État le refus du Premier ministre d'engager la procédure de déclassé des textes de forme législative intervenus dans une matière réglementaire prévue par l'article 37 de la Constitution<sup>10</sup>.

Le Gisti a encore mesuré très tôt l'intérêt des procédures d'urgence instituées par la loi du 30 juin 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001, en agissant soit comme intervenant<sup>11</sup>, soit comme requérant.

Il n'a pas manqué de faire usage des divers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir avec une priorité donnée au vice d'incompétence, spécialement à l'encontre des circulaires, ainsi qu'à la violation de la loi.

**2. Sur le fond du droit**, le Gisti a su développer une action consistant, selon le cas, à s'appuyer sur la jurisprudence ou à chercher à la faire évoluer.

La référence à des jurisprudences bien établies s'est manifestée notamment à travers l'invocation à l'encontre des actes de nature réglementaire de la violation des principes généraux du droit et plus spécialement du principe d'égalité<sup>12</sup>. Le Gisti n'a pas hésité à se prévaloir à l'encontre de la loi de la méconnaissance des conventions internationales, spécialement à la suite de l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989<sup>13</sup>.

Plus originale est l'action conduite aux fins de faire évoluer la jurisprudence. Il est à l'origine de la consécration d'un nouveau principe général du droit, à savoir le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France, comme pour les nationaux, de mener une vie familiale normale<sup>14</sup>. Il a su mettre en cause avec succès les règles traditionnelles d'interprétation des conventions internationales qui conduisaient, en cas de doute, le juge administratif à renvoyer la question au ministre des Affaires étrangères<sup>15</sup>.

8. CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, *Lebon* 44; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd, p. 675.

9. CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, *Lebon* 3799, concl. F. Lamy; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 807.

10. CE 22 oct. 2003, *Gisti, Ligue des droits de l'homme*, *Lebon* 414; *RDSS* 2004. 155, concl. J.-H. Stahl.

11. CE, Ord., 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, *Lebon* 12; *AJDA* 2001. 589, note J. Morri et S. Slama.

12. CE, Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, *Lebon* 268; *RFDA* 2006. 1194, concl. D. Casas.

13. CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Lebon* 685, concl. P. Frydman; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 685.

14. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, CFDT et CGT*, *Lebon* 493; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 632.

15. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Lebon* 171, concl. R. Abraham; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 705.

Dans chacun de ces cas, le Gisti a servi de catalyseur de signes avant-coureurs de changement qui étaient perceptibles. Dans le premier, la position adoptée par le Conseil d'État statuant au contentieux s'est inspirée d'un avis rendu par son assemblée générale lors de l'examen du projet de décret attaqué (avis du 27 octobre 1977). Dans le second cas, des voix s'élevaient au sein même de la juridiction administrative pour estimer que le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères de l'interprétation d'un traité, constituait une « mutilation » du pouvoir juridictionnel<sup>16</sup>.

Avec le recul du temps, certaines évolutions paraissent naturelles. Le droit à une vie familiale normale a été consacré sur le plan conventionnel par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>17</sup> puis au plan constitutionnel par le Conseil constitutionnel<sup>18</sup>. Le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères a été condamné, au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, par la Cour de Strasbourg<sup>19</sup>.

Il n'est pas indifférent cependant que l'action de requérants, alliant science du droit et détermination, ait contribué à accélérer le mouvement.

Quoi qu'il en soit les résultats atteints par le Gisti dans ses diverses actions contentieuses sont tout à fait conséquents.

## B. LES RÉSULTATS ATTEINTS SONT CONSÉQUENTS

Même si les résultats des actions contentieuses engagées par le Gisti ne répondent pas pleinement aux souhaits de ses inspirateurs, si je me réfère au jugement porté par Danièle Lochak<sup>20</sup>, ils sont néanmoins très conséquents. Je suis enclin à mettre l'accent sur le fait que le verre est à moitié plein alors que d'autres se plaisent à souligner qu'il est à moitié vide.

Plusieurs données extraites d'une étude statistique effectuée à ma demande par le service informatique du Conseil d'État viennent conforter mon point de vue. Elles concernent respectivement, la formation de jugement appelée à statuer sur les pourvois du Gisti, le degré de satisfaction obtenu et l'impact jurisprudentiel des arrêts consécutifs à ces pourvois.

**1.** *La nature de la formation de jugement* appelée à statuer sur une requête est un critère révélateur de l'importance qui lui est accordée par le Conseil d'État.

Depuis l'intervention d'un décret du 10 janvier 1980, qui a permis à une sous-section isolée de statuer sur une requête, le Conseil d'État s'est efforcé de diversifier

16. Concl. D. Labetoulle sur CE, Sect., 27 oct. 1978, *Debout, Lebon* 395.

17. CEDH 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*; 25 janv. 1991, *Moustaquim c. Belgique*.

18. Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.* 224; *Grandes décisions*, 14<sup>e</sup> éd., p. 699.

19. CEDH 24 nov. 1994, *Beaumont c. France*.

20. D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité. Le Gisti au Conseil d'État », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, p. 673.

le mode de règlement des requêtes dont il est saisi en fonction de leur degré de difficulté<sup>21</sup>. Il en résulte que, dans la période récente, le nombre d'affaires réglées par les formations de jugement supérieures (Assemblée, Section, Sous-sections réunies) est nettement moindre que celui des affaires tranchées par les sous-sections jugeant seules<sup>22</sup>. Qui plus est, il y a également un nombre élevé d'affaires faisant l'objet d'ordonnances émanant respectivement du juge des référés, du président de la Section du contentieux au titre du règlement des conflits de compétence internes à la juridiction administrative ou des présidents de sous-section pour les litiges les plus simples<sup>23</sup>.

Le Gisti a vu la plupart de ses requêtes examinées à un niveau supérieur. Mis à part le cas des référés réglés par ordonnance, le plus souvent après instruction, qui sont au nombre de sept, les autres requêtes du Gisti ont été examinées par les sous-sections réunies (81) par la Section du contentieux en formation de jugement (3) et par l'Assemblée du contentieux (3).

On a là un premier indice du caractère sélectif des actions contentieuses engagées par le Gisti.

## 2. Un deuxième indice est fourni par le degré de satisfaction atteint.

La détermination du taux de satisfaction d'un requérant est délicate à faire sur un plan méthodologique. La satisfaction doit-elle s'apprécier par rapport à la décision administrative initiale en se plaçant au point de vue de la partie privée, ou par référence aux conclusions dont le requérant saisit le Conseil d'État, ce qui aboutit à des situations très diverses selon que le Conseil statue en premier ressort, comme juge d'appel ou en cassation. L'issue d'un litige est variable : annulation totale ou partielle, rejet, désistement, non-lieu, issue non encore déterminée en cas de renvoi à une autre juridiction ou de décision avant dire droit. La portée d'un désistement diffère en fonction de ses raisons : renoncement à une contestation trop hâtive ou satisfaction obtenue entre-temps. Le non-lieu traduit une satisfaction indirectement obtenue lorsqu'il est justifié par le retrait de l'acte en cours d'instance. Mais il peut tirer son origine de circonstances défavorables au demandeur (loi de validation).

Les études sur le degré de satisfaction des requérants doivent donc être interprétées avec prudence. À titre indicatif, dans le contentieux de l'excès de pouvoir porté devant le Conseil d'État au cours de l'année judiciaire 1965-1966, le pourcentage

---

21. B. Genevois, « Comment tranche-t-on au Conseil d'État? », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'office du juge*, Éd. du Sénat, p. 296.

22. En 2006, 3 370 affaires ont été réglées par les sous-sections jugeant seules, contre 1 564 en sous-sections réunies, 41 par la Section et 15 par l'Assemblée. En 2007, 3 623 affaires ont été réglées par les sous-sections jugeant seules, contre 1 537 en sous-sections réunies, 27 par la section et 8 par l'Assemblée (rapport public 2008, p. 27).

23. En 2007, il y a eu 423 ordonnances du juge des référés du Conseil d'État (1 203 ordonnances du président de la section du contentieux au titre du règlement des questions de compétence internes à la juridiction administrative et 3 105 ordonnances des présidents de sous-section sur le fondement de l'art. R. 122-12 CJA – rapport public 2008, p. 27).



d'annulation (total ou partiel) était de 32,1 % et celui des rejets de 67,9 % une fois écartés les désistements et les non-lieux<sup>24</sup>.

Nous avons le sentiment que le taux de satisfaction a dû plutôt se réduire avec l'accroissement du nombre des requêtes sur la longue période.

Pour sa part, le Gisti se distingue. Il a obtenu 45 annulations totales et 5 annulations partielles, soit un taux de satisfaction moyen de l'ordre de 50 %, dont bien des avocats aux Conseils aimeraient pouvoir se targuer.

**3.** Enfin, et c'est un troisième indice de succès, le Gisti est à l'origine d'un nombre élevé de *décisions qui ont fait jurisprudence*.

Par décision faisant jurisprudence, il faut entendre celles qui sont publiées au *Recueil des arrêts du Conseil d'État* ou mentionnées aux tables analytiques de ce Recueil, appelé *Recueil Lebon*, du nom d'un de ses fondateurs<sup>25</sup>.

Il n'est pas inutile d'indiquer le mode de sélection des arrêts. Les décisions rendues par l'Assemblée du contentieux et par la Section du contentieux sont, en raison de leur importance, publiées au *Recueil*, sauf de très rares exceptions<sup>26</sup>. Pour les affaires délibérées par les sous-sections réunies, leur publication ou leur mention au *Recueil* est décidée par le président de la formation de jugement (président de la Section du contentieux ou l'un des trois présidents adjoints). En cas de doute sur l'intérêt ou l'opportunité d'un fichage, la décision est prise lors de la réunion hebdomadaire du président de la Section et des présidents adjoints, appelée « Troïka<sup>27</sup> ». La sélection opérée est stricte.

A donc toute sa valeur le fait que dans les deux tiers des cas, (64 en nombre), un arrêt rendu sur pourvoi du Gisti a été soit publié au *Recueil*, soit mentionné aux *Tables* de celui-ci.

À cela s'ajoute la présence parmi *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, ouvrage dans lequel un auteur<sup>28</sup> voyait l'équivalent pour la jurisprudence, du « Gault et Millau », de deux arrêts rendus sur requête du Gisti<sup>29</sup>.

Tous ces éléments plaident en faveur de l'action du Gisti. Ils illustrent aussi

24. V. le séminaire dirigé à l'École nationale d'administration par le professeur R. Drago (*EDCE* 1967, p. 156 et 157).

25. Il y a publication au *Recueil* pour les arrêts classés en A et mention aux *Tables* pour les arrêts classés en B. V., C. Maugué et J.-H. Stahl, « Sur la sélection des arrêts au Recueil Lebon », *RFDA* 1998. 768.

26. Ne figure pas au *Lebon*, l'arrêt de section du 25 juin 1993, *Haddad* (req. n° 97127) par lequel le Conseil d'État s'est posé comme règle de conduite de s'abstenir d'évoquer après cassation d'une décision d'une juridiction ordinaire infligeant une sanction disciplinaire. En outre, certaines des décisions rendues par l'Assemblée à propos de l'élection des représentants au Parlement européen sur le fondement de l'art. 25 de la loi n° 77-729 du 7 juill. 1977, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-327 du 11 avr. 2003, n'ont pas été publiées, faute de revêtir un intérêt juridique suffisant.

27. V., D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 83.

28. V., N. Kada, « Les grands arrêts et le droit administratif », *AJDA* 2008. 2098.

29. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti*, *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 632 ; CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 705.

l'efficacité de la juridiction administrative. Le recours pour excès de pouvoir est un bon instrument pour une action collective à la française. En outre, la loi du 30 juin 2000 sur le référé a permis de rendre plus effective l'intervention du juge administratif.

Je ne puis cependant arrêter mon propos sur cette vision optimiste. Il m'est difficile de laisser sans réponse les interrogations critiques formulées par Danièle Lochak.

### III. L'ACTION DU GISTI SE HEURTE ENCORE À DES LIMITES

Si le Gisti, comme nous venons de le voir, a su tirer parti de la juridiction administrative, il a été confronté à l'instar d'autres justiciables, aux limites que rencontre l'intervention du juge administratif. Ces limites sont de deux ordres : les unes sont propres au juge ; les autres lui sont extérieures.

#### A. LES LIMITES PROPRES AU JUGE

L'interrogation peut ici porter sur deux points qui se situent sur des registres bien différents. D'une part, on peut nourrir encore des critiques à l'égard du fonctionnement matériel de la justice administrative, en dépit des efforts accomplis pour l'améliorer à la suite d'un article célèbre du professeur Jean Rivero<sup>30</sup>. D'autre part, la pertinence de certaines jurisprudences du Conseil d'État peut donner lieu à débat.

**1.** *Sur un plan matériel*, le Gisti, a pu se heurter à certains dysfonctionnements de la juridiction administrative.

Je n'ai pas fait procéder à une étude précise de la durée des instances engagées par le Gisti. J'ai le sentiment que cette durée est supérieure à la durée moyenne des litiges soumis au Conseil d'État.

En 2007, la durée moyenne d'une instance, calculée à partir des chiffres obtenus après déduction des séries et des affaires réglées par ordonnance du président de la Section du contentieux a été de onze mois<sup>31</sup>.

L'arrêt du 8 décembre 1978, dont nous fêtons le trentième anniversaire, a été rendu dans un délai de moins d'un an, décompté à partir de la date d'introduction de la requête ; le décret dont il a prononcé l'annulation avait été pris le 10 novembre 1977.

Mais cet exemple est resté isolé. La durée moyenne d'examen des requêtes du Gisti est sensiblement plus longue, ne serait-ce qu'en raison de leur sérieux. Cette

---

30. J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962. Chron. 37 ; *Pages de Doctrine*, t. II, LGDJ, 1980, p. 329.

31. V. rapport public 2008, p. 23.

caractéristique conduit à ce que, une fois effectuée une instruction écrite contradictoire, la requête fasse l'objet de l'ensemble des examens individuels et collégiaux propres aux litiges soumis aux sous-sections réunies, à la Section ou à l'Assemblée du contentieux. L'abondance des moyens invoqués est en lui-même un facteur objectif d'alourdissement de la procédure.

Dans la mesure où le Gisti conteste le plus souvent la légalité d'actes réglementaires, on pourrait penser que lorsqu'il obtient gain de cause, le caractère rétroactif de l'annulation, en garantissant au bout du compte l'efficacité. Mais cet élément doit être relativisé en raison de la mutabilité du droit applicable aux étrangers. On ne peut exclure que l'annulation de l'acte réglementaire attaqué intervienne à un moment où la législation a été modifiée.

J'ai relevé avec un fort sentiment d'insatisfaction un cas extrême tout à fait anormal. Il s'agit de la contestation par le Gisti devant le tribunal administratif de Paris de la décision du ministre de l'Intérieur du 22 septembre 1998 lui ayant refusé l'accès aux zones d'attente. Le Gisti s'est mépris sur les règles de répartition de compétence au sein de la juridiction administrative<sup>32</sup>. De son côté, le président du tribunal administratif de Paris a tardé à faire usage des dispositions du Code de justice administrative lui donnant compétence pour transmettre le dossier au Conseil d'État. Il ne l'a fait qu'en 2003, tant et si bien que l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte attaqué a été prononcée par un arrêt du 28 décembre 2005. Il faut souhaiter que de tels dysfonctionnements ne se renouvellent pas.

**2. Sur le plan juridique** et sans entrer dans le détail des analyses faites par Danièle Lochak<sup>33</sup>, on peut nourrir légitimement des interrogations sur certaines solutions jurisprudentielles.

Il s'agit avant tout d'abord de l'application aux circulaires ministérielles de la technique dite du « retrait de venin ». Elle consiste pour le juge à reconnaître la légalité d'un texte moyennant son interprétation dans un sens restrictif. Elle est au nombre des règles d'interprétation des lois et règlements appliquées classiquement. Le président R. Odent en a souligné les mérites : « L'administration y gagne puisque son action n'est pas censurée ; mais elle sait comment dorénavant se comporter pour éviter une annulation. De leur côté, ni la légalité, ni les administrés n'y perdent puisque la mesure ainsi interprétée ne pourra recevoir qu'une application légale<sup>34</sup>. »

La façon de procéder du juge administratif français n'est que l'illustration d'une démarche adoptée par nombre de juridictions appelées à pratiquer un contrôle de légalité. On songe d'abord au cas du Conseil constitutionnel<sup>35</sup>. Mais, le droit

---

32. Un acte administratif dont le champ d'application excède le ressort d'un tribunal administratif relève de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État.

33. V., D. Lochak, *supra* note 20.

34. R. Odent, *Contentieux administratif*, rééd. Dalloz 2007, t. I, p. 37.

35. Cons. const. 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Rec. Cons. const.* 58 ; Cons. const. 30 janv. 1968, n° 68-35 DC, *Rec. Cons. const.* 19.

comparé fournit de nombreux autres exemples : Cour suprême des États-Unis<sup>36</sup>; Cour de justice des Communautés européennes<sup>37</sup>; Cour constitutionnelle italienne<sup>38</sup>; Tribunal constitutionnel polonais<sup>39</sup>; Cour constitutionnelle belge<sup>40</sup>.

Tous ces éléments plaident en faveur de la jurisprudence sur « le retrait de venin ». Mais encore faut-il que les autorités publiques se conforment à la chose jugée. Tel est le cas lors de l'élaboration d'un décret en Conseil d'État pris pour l'application d'une disposition législative ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. La situation est plus problématique s'agissant des autorités locales destinataires d'une circulaire ministérielle ayant fait l'objet d'un « retrait de venin ». Dans cette dernière hypothèse, le respect de la légalité serait assuré avec plus de certitude par une censure que par une réserve d'interprétation.

L'autre jurisprudence sur laquelle on peut avoir des hésitations est celle qui pose qu'en principe il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier la conventionnalité de la loi<sup>41</sup>. La jurisprudence a précisé que cette limitation ne joue pas si l'inconventionnalité a été au préalable constatée par une autre juridiction<sup>42</sup>. Même avec ce tempérament, une telle jurisprudence prête le flanc à la critique dans la mesure où elle ajoute aux termes du Code de justice administrative et n'est pas en harmonie avec les positions prises par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>43</sup>. À l'expérience, le Conseil d'État pourrait redéfinir l'office du juge des référés en matière de contrôle de conventionnalité.

Aux limites propres au juge, qui sont susceptibles d'évoluer s'ajoutent des limites qui lui sont extérieures.

## B. LES LIMITES EXTÉRIEURES

Des contraintes externes pèsent sur l'action du juge administratif et peuvent en conséquence réduire l'efficacité de son intervention. Ces limites se manifestent essentiellement de deux façons : d'une part, le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution; d'autre part, l'action du Conseil d'État est tribu-

---

36. Cour suprême 1937, *National Labour Relation Board*, in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, p. 467.

37. CJCE 12 nov. 1969 (*Gaz. Pal.* 1970. 1. 68); 13 déc. 1983, aff. 218/82, *Rec. CJCE* 4063.

38. Cour const. italienne, arrêt n° 559 du 12 déc. 1990.

39. Trib. const. polonais 4 déc. 2001, in P. Bon et D. Maus (dir.), *Grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, p. 781.

40. Cour const. belge, arrêt n° 118 du 19 sept. 2007.

41. CE 30 déc. 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire c. Carminati*, *Lebon* 510.

42. CE, Ord., 21 oct. 2005, *Association Aides*, *Lebon* 438; CE, Ord., 9 déc. 2005, *Allouache*, *Lebon* 562.

43. V., T.-X. Girardot, « Le retour à la loi écran devant le juge des référés », *AJDA* 2006. 1875; R. Abraham, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 1; C. Groulier « Contrôle de conventionnalité de la loi et juge des référés », *AJDA* 2007. 1274.

taire de celle de la Cour de justice lorsqu'est en cause le respect des droits fondamentaux par le droit communautaire dérivé.

1. Nous avons déjà eu l'occasion d'analyser *le refus du Conseil d'État de contrôler la constitutionnalité des lois*<sup>44</sup>. Sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ce refus était davantage justifié en opportunité qu'en droit strict<sup>45</sup>. Sous l'empire des Constitutions de 1946 et 1958, le refus repose sur une interprétation fidèle de la volonté du pouvoir constituant. C'est ce qu'exprime en particulier un arrêt du 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard* : « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application. »

Une telle jurisprudence a été opposée au Gisti comme à l'ensemble des justiciables.

Cet état du droit est en passe d'être modifié à la suite de l'introduction dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 d'un article 61-1 aux termes duquel : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » Il est spécifié qu'une loi organique détermine les conditions d'application de l'article 61-1.

Contrairement à ce qui a parfois été dit par commodité de langage, il n'y a pas là un mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité, comparable à l'exception d'illégalité d'un règlement. On est en présence d'une procédure de renvoi préjudiciel. Dans cette procédure, le Conseil constitutionnel conserve le monopole de la déclaration de non-conformité à la Constitution d'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Le Conseil d'État et la Cour de cassation jouent un rôle de filtrage.

Ainsi que l'indique sans ambiguïté l'article 46 de la loi constitutionnelle, ce nouveau dispositif entrera en vigueur dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à son application. Au jour du trentième anniversaire de l'arrêt *Gisti* du 8 décembre 1978, la question préjudicielle de constitutionnalité n'est donc pas encore une réalité. Mais une chose est certaine, le moment venu, le Gisti ne manquera pas de mettre en œuvre la nouvelle procédure.

---

44. B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000. 715 ; « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 31.

45. CE, Sect., 6 nov. 1936, *Arrighi, Lebon* 966 ; D. 1938. 3. 1, concl. R. Latournerie, note J. Mestre.

2. Une autre limite soulève des questions plus délicates encore. Elle concerne le *contrôle de la conformité aux droits fondamentaux du droit communautaire dérivé*.

Le droit communautaire tel qu'il est interprété par la Cour de justice emporte trois conséquences : sa primauté sur l'ordre juridique des États membres de la Communauté ; la soumission du droit dérivé au droit communautaire originaire lequel englobe le respect des principes généraux de l'ordre juridique communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme ; le monopole de la Cour de justice pour déclarer invalide, soit par la voie de l'action, soit sur renvoi préjudiciel d'une juridiction d'un État membre, un acte de droit dérivé<sup>46</sup>.

Le Conseil d'État, dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur les actes réglementaires de transposition d'une directive ainsi que sur la conventionnalité d'une loi de transposition, a cherché, par des décisions récentes<sup>47</sup> à promouvoir un contrôle *effectif* du respect des droits fondamentaux par la directive à transposer.

À cet effet, il exerce directement un contrôle au regard des principes propres à la Constitution française. Si les principes en cause ont leur équivalent dans le droit communautaire originaire, le Conseil d'État écartera le moyen pris de sa violation en l'absence de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire, il saisira à titre préjudiciel, la Cour de justice. Dans ce schéma, la responsabilité finale incombe à la Cour de Luxembourg.

Significative et à certains égards préoccupante, est la position adoptée par elle lorsqu'elle a statué sur le recours du Parlement européen dirigé contre la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

La directive permet aux États d'exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas « dépasser deux ans » avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Une telle durée avait été regardée comme contraire au principe constitutionnel du droit à une vie familiale normale par l'assemblée générale du Conseil d'État<sup>48</sup>. Elle n'avait été admise par le Conseil constitutionnel qu'au prix d'une réserve d'interprétation spécifiant que la procédure de regroupement pouvait être engagée avant l'expiration du délai de deux ans<sup>49</sup>.

L'arrêt rendu par la Cour de justice sur le recours du Parlement européen est quelque peu en retrait<sup>50</sup>. Même si la directive n° 2003/86/CE autorise les États à maintenir ou à adopter des dispositions plus favorables, le droit au regroupement familial se trouve fragilisé.

---

46. CJCE 22 oct. 1987, *Foto Frost, Lebon* 4099.

47. CE, Ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique Lorraine, Lebon* 56, concl. M. Guyomar ; *Grands arrêts*, 16<sup>e</sup> éd., p. 934 ; CE, Sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux, RFDA* 2008. 575, concl. M. Guyomar.

48. AG (Section de l'intérieur) 24 et 27 mai 1993, n° 354453, *EDCE* n° 45, p. 146.

49. V. le considérant n° 71 de la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Rec. Cons. const.* 224 ; *Grandes décisions*, 14<sup>e</sup> éd., p. 699.

50. CJCE 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil, AJDA* 2006. 2205, note L. Burgogues-Larsen ; *RTD eur.* 2006. 673, note B. Masson.

Des réflexions analogues viennent à l'esprit s'agissant de la directive relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, qui vient d'être adoptée<sup>51</sup>.

Dans un tel contexte, l'action du Gisti devrait pour être pleinement efficace, dépasser le cadre national.

\*  
\* \*

En conclusion, on se bornera à mettre l'accent sur quelques traits essentiels.

Le Gisti s'il peut être rangé parmi les requérants d'habitude, ne reproduit nullement les travers de certains d'entre eux. Il est avant tout un familier de la juridiction administrative.

L'action menée par lui au cours des trente dernières années illustre de façon positive le parti qu'un groupement avisé peut tirer du recours pour excès de pouvoir à l'effet de faire respecter le principe de légalité.

Les contraintes et limites auxquelles l'action conduite par le Gisti a pu se heurter tendent à s'estomper. Certaines limites ont pu être surmontées grâce à l'institution par la loi du 30 juin 2000 de procédures de référé efficaces. D'autres sont en passe de l'être comme c'est le cas pour l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois.

L'émergence de ce dernier, conjuguée, avec la montée en puissance des juridictions supranationales (Cour de Luxembourg, Cour de Strasbourg) donnent à penser que le Gisti, à l'instar du juge administratif lui-même, devra de plus en plus situer son action dans un univers juridique multipolaire.

Enfin, comment ne pas relever que l'action du Gisti a fait des émules dans des domaines autres que le droit des étrangers. On songe en particulier au droit pénitentiaire et aux actions engagées par la Section française de l'Observatoire international des prisons<sup>52</sup>. Dans un cas comme dans l'autre une action collective à la française permet à un groupement de faire sortir de zones de non-droit des catégories de personnes. Il faut, pensons-nous, s'en féliciter.

---

51. Dir. n° 2008/115/CE du 16 déc. 2008 (JOUE 24 déc. 2008).

52. V. CE, Sect., 31 oct. 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber; *Dr. adm.* janv. 2009, n° 10, note F. Melleray; *D.* 2009. 134, note M. Herzog-Evans.

