



**HAL**  
open science

## ”Les actions contentieuses militantes font-elles nécessairement progresser le(s) droit(s) des étrangers ?”

Serge Slama

### ► To cite this version:

Serge Slama. ”Les actions contentieuses militantes font-elles nécessairement progresser le(s) droit(s) des étrangers?”. Les Cahiers de la justice, 2024, 4, pp.627-639. halshs-04825010

**HAL Id: halshs-04825010**

**<https://shs.hal.science/halshs-04825010v1>**

Submitted on 7 Dec 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

## Les actions contentieuses militantes font-elles nécessairement progresser le(s) droit(s) des étrangers ?

Par Serge Slama, professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes, CRJ ; affilié à l'Institut convergences migration (ICM)

*Cette contribution ne vise pas à revenir sur les usages militants du droit des étrangers, mais à se demander si ceux-ci ont un effet permettant le progrès des droits des étrangers ou s'ils sont susceptibles d'être improductifs ou même contre-productifs. Autrement dit, les actions contentieuses militantes transforment-elles le réel en faisant progresser effectivement le droit et les droits des étrangers ?*

Les actions contentieuses militantes font-elles nécessairement progresser les droits des étrangers en France ? C'est une question que se pose fréquemment les militants de ce droit lorsqu'il s'agit d'introduire un recours contentieux ou de développer une stratégie contentieuse nouvelle<sup>1</sup>. Le contexte est connu : depuis les années 1980, plus d'une vingtaine de réformes législatives sur l'immigration, l'asile ou l'intégration ont été entreprises, soit une loi nouvelle adoptée en moyenne tous les deux ans. Reposant sur un discours de « maîtrise de l'immigration », la quasi-totalité de ces réformes ont, peu ou prou, abouti à un durcissement de la police des étrangers en France, en particulier s'agissant des conditions d'entrée, de séjour et d'éloignement du territoire ou de leur pénalisation. Parallèlement on a constaté, s'agissant de la jouissance des droits civils ou des droits sociaux, un rapprochement significatif entre la condition des étrangers et celle des nationaux, en particulier pour les citoyens de l'Union européenne et assimilés mais aussi pour les résidents étrangers séjournant régulièrement en France.

Or, force est de constater que l'utilisation depuis les années 1970 de « l'arme du droit », pour reprendre l'expression de Liora Israël<sup>2</sup>, n'est pas parvenue à infléchir significativement cette tendance régressive à l'égard des étrangers, réguliers ou non. Comme l'analyse Danièle Lochak dans un article sur les usages militants du droit, « on peut d'autant moins compter sur la seule action contentieuse que, dans un contexte globalement défavorable aux étrangers, le juge n'est pas en mesure, à lui seul, de contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique comme dans de larges fractions de la population. Ce juge, au demeurant, ne vit pas dans une tour d'ivoire et semble lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers » et qu'en outre « l'action contentieuse perd de sa force lorsqu'elle est déconnectée du combat politique »<sup>3</sup>. Nous partageons entièrement ce constat. On peut néanmoins postuler que ces actions de *cause lawyering* n'ont pas été sans effet ni sans utilité et qu'elles ont au moins contribué à définir un standard des droits reconnus aux étrangers et, le cas échéant, à limiter ou freiner les régressions ou même à garantir certains acquis. Comme le relevait François Julien-Laferrière à propos des « arrêts GISTI<sup>4</sup> », « l'impact des « arrêts Gisti » sur le

---

<sup>1</sup> Déclaration d'intérêt : si cet article est écrit en notre seule qualité d'universitaire, nous sommes par ailleurs membre du GISTI et nous avons contribué *pro bono* à un certain nombre des actions contentieuses évoquées dans cet article.

<sup>2</sup> L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, 142 p.

<sup>3</sup> D. Lochak, « Les usages militants du droit », *Rev DH*, 10 | 2016, 22 juin 2016. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2178>.

<sup>4</sup> Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés devenu le Groupe d'information et de soutien des immigrés puis des immigrés.es.

droit des étrangers et leur impact sur les droits des étrangers sont deux choses totalement différentes. [...] les évolutions du droit n'ont pas toujours correspondu à des progrès des droits des étrangers »<sup>5</sup>.

De manière stipulative, nous entendons par « usages militants du droit » le fait pour certains acteurs de la société civile – associations, syndicats, avocats, simples particuliers – d'utiliser le droit, et en particulier les procédures contentieuses, comme un instrument au service d'une cause. Lorsque nous évoquons ces usages militants en droit des étrangers nous entendons implicitement que ceux-ci visent à faire progresser ces droits, dans le sens d'un rapprochement du statut des étrangers avec celui des nationaux (militantisme pro-migrants). On pourrait en effet envisager des usages militants du droit des étrangers par des groupes conservateurs, souverainistes, identitaires, xénophobes d'extrême-droite qui viseraient à l'inverse à obtenir, par des procédures juridiques<sup>6</sup>, à la régression des droits des étrangers (militantisme anti-migrants) – comme c'est le cas aux Etats-Unis<sup>7</sup>.

Un certain nombre de travaux ont déjà été consacrés aux usages militants du droit<sup>8</sup> ou plus largement sur ses usages sociaux<sup>9</sup> ou protestataires<sup>10</sup>. Des études approfondies, historiques ou sociologiques, ont été consacrées au service juridique de la Ligue des droits de l'Homme (LDH)<sup>11</sup>, dans une permanence d'une association antiraciste<sup>12</sup> mais aussi, plus spécifiquement s'agissant de la défense de la cause des étrangers<sup>13</sup>, sur l'action précurseur du GISTI ainsi que celle de La Cimade<sup>14</sup>, notamment l'assistance des étrangers en rétention<sup>15</sup> ou encore celle des « Chibanis » marocains discriminés par la SNCF<sup>16</sup>. Ces usages militants de droit des étrangers ont aussi été étudiés sous le prisme de l'aide apportée par les associations dans les procédures d'asile<sup>17</sup>, les interactions aux

---

<sup>5</sup> F. Julien-Laferrrière, « L'impact des « arrêts Gisti » sur le(s) droit(s) des étrangers », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz-Gisti, 2009, p.277.

<sup>6</sup> Ainsi, par exemple, le groupe RN de l'Assemblée nationale affirme avoir déposé un recours pour que le Gouvernement français saisisse la CJUE « afin de constater que la « relocalisation » prévue sur le pacte sur la migration et l'asile est contraire aux traités » (Rassemblement national, *Saisine de la CJUE - Pacte sur la migration et l'asile*, Communiqué, 05 juin 2024).

<sup>7</sup> D. Simonneau, P. Castelli Gattinara, « Prendre part aux logiques d'exclusion : les mobilisations anti-migrants en France, en Italie et aux États-Unis », *Critique internationale*, n°84, juil.-sept. 2019, p. 105-124.

<sup>8</sup> L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit & société*, 2001/3, n° 49, p. 793-823; B. Gaïti et L. Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, n° 62, 2003, p. 17-30 ; L. Israël (dir.), *Causes suprêmes ? Les mobilisations politiques du droit devant les Hautes cours*, EHESS, Mission recherche Droit & justice, Janv. 2021.

Voir aussi l'introduction de Liora Israël dans ce dossier.

<sup>9</sup> L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit*, CURAPP-PUF, 2005, 395 p.

<sup>10</sup> E. Arikoliansky, « Les usages protestataires du droit », in E. Arikoliansky, O. Fillieule, I. Sommier (dir.), *Penser les mouvements sociaux*, La Découverte, Coll. « Recherches », 2010, p. 225-243.

<sup>11</sup> E. Arikoliansky, « Usages choisis du droit : le service juridique de la Ligue des droits de l'homme (1970-1990) entre politique et raison humanitaire », in *Sociétés contemporaines* (2003), n° 52, p. 61-84..

<sup>12</sup> V.-A. Chappe, « La qualification juridique est-elle soluble dans le militantisme ? Tensions et paradoxes au sein de la permanence juridique d'une association antiraciste », *Droit & société*, 2010/3 n° 76, p.543-567.

<sup>13</sup> L. Kawar, « Défendre la cause des étrangers en justice aux États-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 4 | 2013. URL : <http://revdh.revues.org/341> ; *Contesting Immigration Policy in Court. Legal Activism and Its Radiating Effects in the United States and France*, Cambridge University Press, 2015, 210 p.

<sup>14</sup> J. Drahy, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2004, 370 p.

<sup>15</sup> N. Fischer, « Une frontière « négociée » L'assistance juridique associative aux étrangers placés en rétention administrative », *Politix*, 2009/3 n° 87, p.71-92 ; *Le territoire de l'expulsion. La rétention administrative des étrangers et l'État de droit (thèse)*, ENS Éditions, Lyon, 2017, 324 p.

<sup>16</sup> V.-A. Chappe et N. Keyhani, « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *RFSP*, 68 (1), 2018, p. 7-29.

<sup>17</sup> E. D'Halluin, « Passeurs d'histoire. L'inconfort des acteurs associatifs impliqués dans l'aide à la procédure d'asile », in D. Fassin (dir.), *Les Nouvelles Frontières de la société française*, La Découverte, 2010, p. 363- 383.

guichets de préfecture<sup>18</sup>.

Dans cette contribution, il ne s'agit pas de revenir sur ces usages militants du droit – nous avons tendance à penser que comme juriste nous ne sommes pas le plus qualifié pour les analyser – mais de se demander si ces usages militants du droit des étrangers ont un effet permettant le progrès des droits des étrangers ou s'ils sont susceptibles d'être improductifs ou même contre-productifs. Autrement dit, les actions contentieuses militantes transforment-elles le réel en faisant progresser effectivement les droits des étrangers ?

Or, si les actions contentieuses militantes ont incontestablement contribué à sortir le droit des étrangers de l'*infra-droit* en assurant sa juridictionnalisation, celle-ci ne s'est pas faite sans écueils (I.). En outre, la reconnaissance formelle de droits fondamentaux au bénéfice des étrangers peine à transformer réellement leur statut et leur quotidien administratif (II.).

### **I. Une sortie de l'*infra-droit* qui ne s'est pas faite sans écueils**

A la différence d'autres causes (condition carcérale, cause environnementale, action climatique, cause animale, etc.), la judiciarisation du droit des étrangers est relativement ancienne. Dès les années 1970, les recours du GISTI ont contribué à la sortie du droit des étrangers de l'*infra-droit* (A). Néanmoins, cette judiciarisation ne s'est pas faite sans écueil (B).

#### **A. Une action militante ayant contribué à sortir le droit des étrangers de l'*infra-droit***

Jusqu'à la fin des années 1970, non seulement la plupart des droits et libertés fondamentaux n'avaient pas été reconnus aux étrangers, ou dans des modalités entravées (régime des associations étrangères ou des publications étrangères par exemples), mais, en dehors de l'ordonnance du 2 novembre 1945 régissant la de police des étrangers et la loi du 25 juillet 1952 sur l'asile, leur statut restait très largement régi par des circulaires et du « droit du guichet »<sup>19</sup>. En outre, dans la mesure où le droit des étrangers était appréhendé par le Conseil d'Etat comme relevant du domaine de la « haute police », le juge administratif ne contrôlait pas la légalité interne des motifs d'ordre public fondant une mesure d'expulsion (CE, 3 févr. 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Pardov*, n° 94108, Lebon, p.83). Un pasteur – suisse – de la Cimade Marseille avait ainsi pu être légalement expulsé du fait d'un manquement allégué à « la neutralité politique », en raison de son soutien à un mouvement de grève de travailleurs immigrés<sup>20</sup> (CE, Ass., 13 mai 1977, *Perregaux*, n° 00447, Lebon, p. 216).

La sortie de l'*infra-droit*, pour reprendre l'expression utilisée, dès cette époque, par Danièle Lochak<sup>21</sup>, s'est faite grâce aux recours introduits par le GISTI. Avant même la création formelle de l'association, les membres fondateurs de l'association ont contesté devant le Conseil d'Etat les circulaires « Marcelin – Fontanet » de 1972 et obtenu avec l'arrêt *Da Silva et CFDT* leur annulation par le Conseil d'Etat pour incompetence du ministre à limiter le pouvoir discrétionnaire de régularisation des préfets (CE, 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT*, Lebon, p.16). Il serait trop long ici de faire la liste de toutes les circulaires annulées<sup>22</sup> mais on peut évoquer par exemples la censure, pour le même motif

<sup>18</sup> A. Spire, « L'asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *ARSS*, 2007/4 n° 169, p. 4-21 ; M. Pette, « Associations : les nouveaux guichets de l'immigration ? Du travail militant en préfecture », *Sociologie* 2014/4 Vol. 5, p.405-421 ; M. Avanza, J. Miaz, C. Péchu et B. Voutat, *Militantismes de guichet. Perspectives ethnographiques*, Antipodes, Lausanne, 2022, 409 p.

<sup>19</sup> D. Lochak. « Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences » in S. Slama, N. Ferran, *Défendre en justice la cause des personnes détenues*. Actes du colloque CNCDH des 25 et 26 janvier 2013, La Documentation française, 2014, p. 91-99.

<sup>20</sup> « Le pasteur Berthier Perregaux a été expulsé Six heures du matin : dix-sept policiers en civil... », *Le Monde*, 05 sept. 1973.

<sup>21</sup> D. Lochak, « Réflexion sur un *infra-droit* », *Droit Social*, 1976, p. 43-49.

<sup>22</sup> Les cent arrêts GISTI de 1974 à 2008 sont recensés dans une brochure : « 30 ans après le « grand arrêt » Gisti de 1978.

les circulaires prises en 1974 après l'annonce en conseil des ministres de suspension de l'immigration du travail et des familles (CE, 24 nov. 1978, *CGT, GISTI et a.*, n° 98340, au Lebon) ou celle de la circulaire « Stoléru » du 10 juin 1980 relative à l'instruction des demandes de titre de travail (CE, 20 mars 1985, *GISTI*, n° 27408, aux tables) ou encore, plus récemment, celle de la circulaire de 1999 qui établissait une discrimination en ce qui concerne l'exigence d'ancienneté de la communauté de vie, selon que le Pacs a été conclu avec un Français (un an), un citoyen de l'UE (trois ans) ou un ressortissant de pays tiers (cinq ans) (CE, 29 juil. 2002, *GISTI, Femmes de la Terre, LDH*, n° 231158, aux tables).

En cinquante ans, le GISTI a saisi – seul ou de plus en plus souvent avec des co-requérants (SAF, LDH, La Cimade, l'ADDE, Anafé, Amnesty international France, Elena France, etc.) – plus de deux cents fois le Conseil d'Etat et a obtenu l'annulation ou la suspension de plusieurs dizaines de circulaires ministérielles ou même d'arrêtés ministériels ou de décrets mettant en œuvre les différentes réformes de l'asile, de l'immigration et de l'intégration<sup>23</sup>. Ces associations ont aussi initié ou contribué à plusieurs QPC, questions préjudicielles ou affaires devant la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Mais cette judiciarisation ne s'est pas faite sans écueils.

## B. Les écueils de la judiciarisation

Si le bilan de ce demi-siècle de contentieux de principe pour défendre la cause des étrangers est loin d'être négatif, l'analyse approfondie des suites des « arrêts GISTI » amène souvent à constater que beaucoup de ces « victoires contentieuses » sont souvent « vaines »<sup>24</sup> ou « volées »<sup>25</sup>.

Ainsi, par exemple, en 1992, le Conseil d'Etat a annulé une circulaire du ministre de l'intérieur du 28 novembre... 1986 qui, suite à des attentats terroristes, avait instauré en dehors de tout cadre légal des visas de sortie. Dans un arrêt de principe, le Conseil d'Etat a annulé ces dispositions en estimant qu'elles constituaient « des restrictions à la liberté fondamentale d'aller et de venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national » (CE, 22 mai 1992, *GISTI*, n° 87043, aux Tables). L'administration a, pourtant, continué à exiger, sinon des visas de sortie, du moins des visas de retour. Le GISTI obtiendra, par la suite, l'annulation d'une circulaire du 8 février 1994 qui entérinait cette pratique dans un arrêt du 21 avril... 1997 (CE, 21 avr. 1997, *GISTI*, n° 158919). Les visas de retour seront ensuite prévus dans la loi par certaines catégories (actuel article L312-4 du CESEDA).

Autre exemple de « victoire volée », début 2008 a été instauré sur la base d'un simple arrêté interministériel du 15 janvier, non publié, un visa de transit aéroportuaire (VTA) à l'encontre des « Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte » - afin d'entraver l'afflux de quelques centaines de réfugiés tchétchènes qui lors de leur escale à Roissy sollicitaient l'asile à la frontière. Après avoir rejeté pour défaut d'urgence (!), le référé-suspension introduit par les associations en considérant que l'obligation de disposer d'un VTA ne portait « par elle-même aucune atteinte au droit fondamental qu'est le droit d'asile » et qu'elle répondait, au contraire, « à des nécessités d'ordre public » (CE, réf., 1<sup>er</sup> avril 2008, *ANAFE et Gisti*, n° 313711), le

---

Défendre la cause des étrangers en justice (recueil de textes), Gisti, nov. 2008, 96 p. URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article1349>.

<sup>23</sup> D. Lochak, « Le Gisti au Conseil d'État. De la défense des étrangers à la défense de la légalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges Genevois*, Dalloz, 2009, p. 673-693 ; « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, op. cit, p. 42-63 ; « Par le droit, pour les droits - 50 ans de combats du Gisti », Colloque ICM - Gisti - La Contemporaine, 15 et 16 mars 2024.

<sup>24</sup> D. Lochak, « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 45-61.

<sup>25</sup> N. Ferré, « Victoires volées » in *Défendre la cause des étrangers en justice*, op. cit, p.227-237.

Conseil d'Etat a annulé un second arrêté du 1<sup>er</sup> février 2008, en estimant que le texte applicable (arrêté du 10 avril 1984) ne prévoyait la possibilité d'instaurer un VTA que pour les ressortissants d'un pays déterminé et non pour ceux provenant de certains aéroports (CE, 25 juillet 2008, 313710, au Lebon). Cette « victoire » a été particulièrement vaine puisque, à peine quelques jours après la lecture de cette décision, il était publié au *JORF* un arrêté du 31 juillet 2008 modifiant celui de 1984 pour permettre aux ministres de limiter, par arrêté, l'exigence du VTA aux ressortissants de certains Etats « lorsqu'ils arrivent en France en provenance d'aéroports situés dans certains pays »<sup>26</sup> et ainsi régulariser l'arrêté attaqué.

L'arrêt *GISTI* du 12 juin 2020 (le 3<sup>ème</sup> « arrêt *GISTI* » du *GAJA* !) procède de la même logique. Alors que cet jurisprudence est considéré comme un « grand arrêt » – il a immédiatement été intégré au *GAJA* dans sa 23<sup>ème</sup> édition de 2021 car il a élargi la possibilité de contester par la voie du recours pour excès de pouvoir tout de document de portée générale produisant des effets notables, dans le prolongement non seulement de l'arrêt *Duvignères* de 2002 mais aussi des arrêts *Crédit Foncier de France* de 1970, *Fairvesta-Numéricable* de 2016 et *Marine Le Pen* de 2019 (CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n°418142, Lebon p. 192). Pourtant, si, en droit administratif général, il a élargi l'accès aux prétoires administratifs ; en droit des étrangers, il s'agit d'un arrêt aux effets délétères – particulièrement pour les mineurs non accompagnés (MNA). En effet, au prix d'une « interprétation neutralisante », le Conseil d'Etat a validé l'acte contesté en lui faisant dire l'inverse de ce qu'il prévoyait. Il s'agissait d'une « note d'actualité » du 1<sup>er</sup> décembre 2017, émanant de la division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité de la direction centrale de la police aux frontières (DCPAF), qui préconisait de mettre en doute *systématiquement* les actes d'état civil présentés par des mineurs guinéens en violation manifeste de l'article 47 du Code civil. Or, la Guinée est l'un des premiers pays de provenance des MNA en France...

La résistance est la même à l'égard du droit international et européen des droits de l'Homme pour l'absence de reconnaissance de l'applicabilité directe ou d'invocabilité d'exclusion de toutes les engagements internationaux de la France (CE, Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, n°163043, au Lebon ; CE, Ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, n°322326, Leb., p.142). De même alors que, dans des affaires initiées par des avocats militants SAF-GISTI (et nous-même), la Cour de Strasbourg a condamné la France, pour violation de l'article 13 CESDH combiné à l'article 3, du fait de l'absence de recours suspensif de plein droit pour les refus d'asile à la frontière (CEDH, 23 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n°25389/05) et contre les OQTF édictées dans certains départements d'outre-mer (CEDH [GC], 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07), le Conseil d'Etat n'a pas assuré à Mayotte l'existence d'un tel recours (CE, 22 juil. 2015, *Gisti et a.*, n°381550). Malgré la condamnation de la France pour ce motif – et sept autres motifs (un record !) – dans une affaire elle-aussi initiée par le GISTI, (CEDH, 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, n°9347/14), un tel recours n'existe toujours pas réellement à Mayotte

En outre le revers de la médaille de la judiciarisation<sup>27</sup> a été, avec l'explosion du nombre de mesures d'éloignement (150 000 par an en Métropole et près de 40 000 Outre-mer, dont 57 % depuis Mayotte), celle du contentieux individuel des étrangers, particulièrement devant les juridictions administratives (avec plus de 130 000 recours<sup>28</sup>, soit plus de 40% du contentieux administratif

---

<sup>26</sup> Arrêté du 31 juillet 2008 modifiant l'arrêté du 10 avril 1984 relatif aux conditions d'entrée des étrangers sur le territoire métropolitain et dans les départements d'outre-mer français, *JORF* n°0178 du 1<sup>er</sup> août 2008.

<sup>27</sup> J.-G. Contamin, E. Saada, K. Weidenfeld, Alexis Spire, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, La Documentation française, 2008, 187 p.

<sup>28</sup> En 2023, 111 473 devant les TA, soit 43,3 % du contentieux ; 17 929 devant les CAA, soit 56,8 % et 1 622 devant le Conseil d'Etat, soit 16,9 % (Conseil d'Etat, *Rapport public 2024, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2023*, La Documentation française, 2024, p.39).

général et 60 000 recours devant la CNDA<sup>29</sup>), mais aussi devant le juge judiciaire (40 000 décisions annuelles de JLD pour le maintien en rétention). En l'absence de réel contradictoire préalable devant la préfecture<sup>30</sup>, les étrangers sous le coup d'une OQTF n'ont pas d'autre choix que de saisir le juge administratif de sa légalité pour faire valoir des éléments de leur situation personnelle insuffisamment pris en compte par les préfectures. Et si devant ces juridictions les étrangers peuvent faire se prévaloir de leurs droits fondamentaux, seules 18% de ces OQTF sont annulés par les juges administratifs dans une procédure juridictionnelle souvent dégradée (multiplication des cas de juge unique, dispense de conclusions du rapporteur public en formation collégiale, moins grande valorisation du contentieux des étrangers dans les normes de productivité, etc.). Et, *in fine*, à peine 10% des 135 000 OQTF sont exécutées<sup>31</sup>.

## II. Une consécration formelle des droits et libertés fondamentaux se heurtant au mur de l'ineffectivité

Les plus importants arrêts ayant consacré au bénéfice des étrangers des droits et libertés fondamentaux (A), mais aussi le principe d'égalité et des droits spécifiques (B), sont dus à l'action des associations de défense des étrangers. Mais cette consécration formelle se heurte quasi-systématiquement dans leur réalisation à l'importants obstacles érigés par le législateur, le pouvoir réglementaire et l'administration.

### A. La consécration de la titularité des droits fondamentaux par les étrangers

Sur recours du GISTI, le Conseil d'Etat a consacré, dès 1978, le principe général du droit, déduit notamment des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946, selon lequel les étrangers résidant régulièrement en France ont, « comme les nationaux », le droit de mener une vie familiale normale (CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, CFDT, CGT*, n° 10097, au Lebon, p.93). Ce droit a ensuite été repris sous forme d'un principe de valeur constitutionnelle parmi « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (CC, déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 3)<sup>32</sup>. Il a permis, par exemple la suspension, puis l'annulation, d'une circulaire qui ne prévoyait pas de dérogations aux mesures restreignant drastiquement l'accès au territoire durant la crise sanitaire liée au Covid-19 pour le regroupement familial des étrangers et la réunification familiale des réfugiés (CE, réf., 21 janv. 2021, *La Cimade, ADDE, Le Gisti, ACAT, JRS, LDH, GAS et Anafé*, n°447878 ; CE, 29 juin 2021, *La Cimade et a.*, n° 447872)<sup>33</sup>.

Suivant un processus assez similaire, l'invocation de l'intérêt supérieur de l'enfant est le fait d'avocats militants. Dès 1997, le Conseil d'Etat a consacré, dans une affaire concernant un enfant étranger, l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1990 (CE, 22 sept. 1997, *Cinar*, Leb., p. 319). Il a ensuite été consacré, dans une affaire de principe sur la rétention de familles d'étrangers, comme composante du droit de mener une vie familiale

---

<sup>29</sup> Conseil d'Etat, *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous*, étude réalisée à la demande du Premier ministre, mars 2020, p.9.

<sup>30</sup> CJUE, 11 déc. 2014, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, n°C 249/13,; CE 4 juin 2014 *M. Halifa*, n°370515 ; J. Schmitz, « Le principe du contradictoire à la lumière du droit de l'Union européenne : illustration en matière d'éloignement des étrangers », *Droit Administratif*, 2014, n° 8-9, étude 14.

<sup>31</sup> Cour des comptes, *La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, Rapport public thématique, janvier 2024, p.63.

<sup>32</sup> Le GISTI avait produit devant le Conseil constitutionnel une « porte étroite » pour défendre la censure de cette loi « Pasqua ».

<sup>33</sup> S. Slama, « Quatre suspensions et une annulation. La protection par le Conseil d'Etat du droit au rapprochement familial en temps de crise épidémique », *AJDA* 2021 p.1930.

normale garanti par l'article 8 de la CEDH (CEDH, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, n°39472/07, §147). Le Conseil constitutionnel l'a même détaché du droit de mener une vie familiale normale, pour en faire une exigence constitutionnelle autonome, résultant des dixième et onzième alinéa du Préambule de 1946, afin d'encadrer le recours aux tests osseux aux fins de détermination de l'âge (CC, déc. n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.*<sup>34</sup> et la création du fichier biométrique d'appui à l'évaluation de la minorité (CC, déc. n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019, *Unicef France et a.*<sup>35</sup>).

Mais est-il besoin ici de décrire tous les obstacles légaux et administratifs mis sur la route des familles étrangères, des conjoints ou membres de famille de Français ou de réfugiés pour bénéficier d'un rapprochement familial : conditions de résidence préalable, de ressources minimales, de taille du logement, de préparation à l'intégration républicaine, de niveau de langue, de transcription des actes d'état civil, de visa spécifiques, d'ordre public ou de non-polygamie avec des visites domiciliaires réalisées par l'OFII, parfois à la demande des maires, d'entretiens préalables des futurs époux par l'officier d'état civil pour vérifier la véracité de l'union matrimoniale envisagée avec, la clef, une possible opposition du Parquet ou des poursuites pénales ? Sans oublier que la durée des procédures est devenue excessivement longue...

La pression mise par les pouvoirs publics sur les mineurs non accompagnés n'est pas moindre : 15 000 jeunes reconnus chaque année MNA et confiés à l'Aide sociale à l'enfance, sur plus de 30 000 évaluations<sup>36</sup> avec un statut souffrant d'une étatisation et d'une « policierisation » de plus en plus importante et d'une lutte contre la fraude<sup>37</sup> et une partie de ces jeunes laissés sans protection à la rue.

L'action associative a permis la consécration de bien d'autres droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, alors que la liberté d'expression des étrangers a été longtemps entravée par le régime des publications étrangères issu de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881, la condamnation de la France en 2001 (CEDH, 17 juillet 2001, *Ekin c. France*, n° 39288/9) a permis l'abrogation de ce régime en 2004 sur recours du GISTI (CE, 7 fév. 2003, *GISTI*, n°243634, Lebon)<sup>38</sup>. De manière générale, les étrangers bénéficient désormais, souvent grâce à l'action des associations militantes, d'une égalité dans l'exercice des libertés collectives (droit de grève<sup>39</sup>, liberté d'association<sup>40</sup>, etc.).

On peut évoquer aussi la consécration, dans l'affaire Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni, du principe de fraternité comme principe à valeur constitutionnelle avec comme corollaire « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Pour le Conseil constitutionnel, la fraternité s'arrête néanmoins aux frontières dans la mesure où, ce principe doit se concilier avec l'exigence constitutionnelle de sauvegarde de

---

<sup>34</sup> Cette QPC introduite par Me Zribi était soutenue par le GISTI, La Cimade, Médecins du monde, l'ANAFE, Avocats sans frontières France, Le Secours catholique, l'ADDE, la LDH, le SAF et le Syndicat de la magistrature.

<sup>35</sup> Portée par l'Unicef France, cette QPC était soutenue par une quinzaine d'associations de protection de l'enfance et de défense des étrangers.

<sup>36</sup> Ministère de la Justice, *Rapport annuel d'activité 2022*, Direction de la protection judiciaire de la jeunesse, Mission nationale mineurs non accompagnés, 2023, p. 7.

<sup>37</sup> D. Burriez, « L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers », *AJDA* 2019. 802 ; S. Slama, « La « policierisation » et l'étatisation du traitement des mineurs isolés étrangers » in E. Gallant, L. Aït Ahmed, H. Meur, *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* (Actes du colloque du 21 juin 2018), IRJS, 2019, p. 85-100.

<sup>38</sup> Serge Slama, « Vies et mort de la police des publications étrangères. Contribution à l'étude d'une histoire méconnue d'un combat pour l'égalité de la presse en France » in *Mélanges Julien-Lafferrière*, Bruylant, 2011, p.465.

<sup>39</sup> O. Leclerc et C. Wolmark, « La grève des salariés sans-papiers : aspects juridiques », *RDT* 2009. 177 ; S. Slama, « Travailleurs sans-papiers : un droit de grève bridé ? », *Droit ouvrier*, janv. 2011, p.65 ; L. Isidro, « La grève des travailleurs sans-papiers. Réflexions sur l'occupation », *RDT*, 2011. 363.

<sup>40</sup> CC, déc. n° 2014-424 QPC du 7 nov. 2014, *Association Mouvement raélien international*.



l'ordre public, qui comprend notamment l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière. L'immunité s'impose pour l'aide au séjour et à la circulation d'étranger en séjour irrégulier sur le territoire mais pas pour l'aide à l'entrée car celle-ci ferait naître une situation illicite (CC, déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juil. 2018, *M. Cédric H. et a*). Dans le même sens l'abrogation en 2012 du délit de séjour irrégulier suite aux affaires *El Dridi* (CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11) et *Achughbabian* (CJUE, Gr. Ch., 6 déc. 2011, *Achughbabian*, aff. C329/11), obtenues par des avocats militants français et italiens, aidés d'universitaires, n'a pas abouti, pour autant, à la baisse d'un nombre d'étrangers condamnés à des peines de prison ou d'interdiction du territoire français en lien avec l'irrégularité.

De même alors qu'une importante campagne associative « Une peine point barre », aidée par un documentaire réalisé par Bertrand Tavernier avait réussi à ce que le ministre de l'intérieur Nicolas Sarkozy renforce, en 2003, dans la loi les catégories protégées contre les mesures d'expulsion et d'OQTF<sup>41</sup>, la loi « Darmanin » a réduit à portion congrue les catégories protégées. Entre octobre 2020 et début 2024, 95 000 refus ou retraits de titres de séjour auraient été prononcés en lien avec des « troubles à l'ordre public » et près de 4700 étrangers sortants de prison auraient été éloignés<sup>42</sup>. L'idée même de « double peine » a été détournée de sa signification militante d'origine<sup>43</sup> dans la mesure où ce sont désormais les ministres de l'Intérieur Gérald Darmanin ou Bruno Retailleau, ou plus largement l'extrême-droite, que se l'approprient pour en revendiquer le rétablissement<sup>44</sup>.

## B. La jouissance du principe d'égalité et de droits spécifiques

C'est sur recours du secrétaire général du MRAP, Albert Lévy, que le Conseil d'Etat a fait bénéficier aux étrangers du principe d'égalité, garanti sous forme d'un principe général de droit déduit de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens de 1789 à propos d'une prime de « préférence nationale » instaurée par Jacques Chirac alors qu'il était maire de Paris (CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. Lévy*, n°78113, au Lebon). Peu après, il sera consacré sous forme de principe de valeur constitutionnelle (CC., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, cons. 33) mais, s'agissant « des droits à la protection sociale », il ne bénéficie qu'aux étrangers qui résident de manière stable et régulière sur le territoire français (déc. n° 93-325 DC, cons. 3).

A l'initiative du GISTI, la méconnaissance du principe d'égalité a fondé la censure de dispositions réglementaires écartant les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne de la qualité d'électeur et d'éligible aux élections aux chambres des métiers et de l'artisanat (CE, Ass., 31 mai 2006, *GISTI*, n° 273638, Lebon) ou encore leur accès aux fonctions de maîtres de l'enseignement privé sous contrat CE, 19 nov. 2013, « *Sauvons l'Université* » et a., n° 372834, 372881 et 373163), de la carte « famille nombreuse » de la SNCF (CE, 22 oct. 2003, *GISTI et LDH*, n° 248237) et même la médaille de la famille française (CE, 17 déc. 2003, *Gisti*, n°248238).

Il permettra aussi dans le cadre d'une QPC portée par Me Arnaud Lyon-Caen de mettre fin au régime de pensions discriminatoires à l'encontre des anciens fonctionnaires civils et militaires des ex-colonies françaises (Cons. constit., déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions]), après plus de vingt ans de contentieux initiés par des tirailleurs sénégalais (CDH, 3 avr. 1989, *Ibrahima Gueye et a. c. France*, n°196/1985 ; CE, Ass., 30 nov. 2001, *Min. Défense c. Diop*, n° 212179, au Lebon). Ce mouvement jurisprudentiel a aussi bénéficié aux Harkis – et autres anciens

<sup>41</sup> L. Mathieu, *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, La Dispute, coll. « Pratiques politiques », 2006, 305 p.

<sup>42</sup> Circulaire du ministre de l'Intérieur NOR : IOMV24027123J du 5 février 2024 relative à l'expulsion et éloignement des étrangers délinquants.

<sup>43</sup> S. Maugendre, « Qu'est-ce que la double peine ? », *Plein droit* n° 45, avril 2000.

<sup>44</sup> « Bruno Retailleau et le RN veulent «rétablir» une double peine qui n'a jamais été supprimée », *Checknews, Libération*, 3 octobre 2024.

supplétifs – étrangers qui avaient été écartés du bénéfice de certaines prestations et indemnités allouées aux anciens de la guerre d'Algérie<sup>45</sup>.

A l'initiative de SOS Racisme, la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi a aussi fondé l'annulation de la circulaire du ministre de l'Intérieur qui, suite au discours de Grenoble du Président Sarkozy, avait demandé aux préfets d'évacuer prioritairement les campements illicites de Roms car elle désignait « certains de leurs occupants en raison de leur origine ethnique » (CE, 7 avr. 2011, *SOS Racisme*, n°343387).

Les actions contentieuses militantes ont aussi contribué à la consécration de droits spécifiques aux étrangers, ou à certains d'entre eux. C'est particulièrement le cas du droit d'asile constitutionnel, découlant de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946, qui a été dès le début des années 1980 invoqué, sans succès, par des associations (CE, 27 sept. 1985, *FTDA*, n°44484, au Lebon). Ce droit constitutionnel d'asile sera ensuite consacré expressément par le Conseil constitutionnel (déc. n° 93-325 DC, cons. 4) puis, à l'initiative du GISTI, comme une liberté fondamentale invocable en référé-liberté et comprenant « le droit de solliciter en France la qualité de réfugié » (CE, réf., 12 janv. 2001, *Hyacinthe*, n° 229039, au Lebon) ou encore le droit aux conditions matérielles d'accueil (CE, 16 juin 2008, *Cimade*, n° 300636, au Lebon ; CE, ord., 17 sept. 2009, *Ministre de l'immigration c/ Salah*, n°331950, Lebon).

Néanmoins, alors même que la Cour de Luxembourg a expressément rattaché ce droit au principe de dignité humaine de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux (CJUE 27 sept. 2012, *La Cimade, GISTI c. Ministre de l'intérieur*, aff. C-179/11, pt. 42), le Conseil d'Etat en a progressivement affaibli la portée (CE, ord., 19 nov. 2010, *Ministre de l'intérieur c. Panokheel*, n° 344286, Lebon)<sup>46</sup> et les effets extra-territoriaux (CE, réf., 9 juil. 2015, *Ministre de l'intérieur c/ MM. Alkak*, n° 391392, tables).

On constate aujourd'hui que même la protection par ricochet, qui prohibe le renvoi d'un étranger vers un pays où il risque sa vie ou d'être torturé ou soumis à des traitements inhumains et dégradants, est mis à mal. Ainsi, l'ancien ministre de l'Intérieur, Gérald Darmanin, a décidé, de manière délibérée et assumée<sup>47</sup>, de passer outre une mesure provisoire décidée par la Cour européenne des droits de l'Homme, lui demandant de ne pas expulser un ressortissant ouzbek<sup>48</sup> et une décision du Conseil d'Etat lui ordonnant de le faire revenir (CE, réf., 7 déc. 2023, n° 489817)<sup>49</sup>. Cette pratique de désobéissance ministérielle aux mesures provisoires prononcées par la Cour – et aux lois de la République – ainsi qu'aux décisions du Conseil d'Etat, s'est depuis installée<sup>50</sup>. Désormais ce sont responsables politiques, mais aussi des juristes, y compris des universitaires, qui remettent ouvertement en cause l'Etat de droit, en l'opposant artificiellement à la souveraineté populaire, en

---

<sup>45</sup> CE, 6 avr. 2007, *Comité Harkis et Vérité*, n° 282390, aux tables ; CE, 16 avril 2012, *Comité Harkis et Vérité*, n° 335140 ; CC, déc. n° 2010-18 QPC du 23 juil. 2010, *M. Lahcène A.* [Carte du combattant] ; CC., déc. n° 2010-93 QPC du 04 février 2011, *Comité Harkis et Vérité* [Allocation de reconnaissance] ; CC ; déc. n° 2015-530 QPC du 23 mars 2016, *M. Chérif Y.* [Modalités d'appréciation de la condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie] ; CC, déc. n° 2017-690 QPC, *M. Abdelkader K.* [Condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie].

<sup>46</sup> S. Slama, « De la défaillance systémique à la « policiarisation » des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en France », *Rev. DH* [En ligne], 14 | 2018, 21 juin 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4238>.

<sup>47</sup> J. Pascual, « Le gouvernement veut accélérer l'expulsion d'étrangers radicalisés, quitte à s'affranchir de la jurisprudence de la CEDH », *Le Monde*, 16 oct. 2023.

<sup>48</sup> J. Pascual, « La France procède à l'expulsion en passant outre une décision de la CEDH pour la première fois », *Le Monde*, 01 déc. 2023.

<sup>49</sup> J. Pascual « Gérald Darmanin épinglé pour avoir expulsé un Ouzbek en violation d'une mesure prescrite par la CEDH », *Le Monde*, 12 déc. 2023.

<sup>50</sup> T. Larroutourou, A. Glazewski et 100 autres universitaires, « L'Etat n'a rien à gagner au non-respect par le ministre de l'intérieur des décisions de justice » (tribune), *Le Monde*, 11 janv. 2024.

focalisant le plus souvent sur les progrès jurisprudentiels, souvent conquis par les actions militantes, en faveur des étrangers<sup>51</sup>.

Mots-clés | USAGES MILITANTS DU DROIT – Droit des étrangers – Actions contentieuses – Infra-droit – Arrêts GISTI – Judiciarisation – Effectivité – Droits fondamentaux

---

<sup>51</sup> J. Chevallier, « L'État de droit controversé », *Rev. DH [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 03 juin 2024. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/20063>.