

Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité

Une stratégie politique et contentieuse

Serge Slama

*Maître de conférences en droit public à l'Université Evry-Val-d'Essonne,
CREDOF-Université Paris Ouest - Nanterre La Défense*

Sur la centaine d'arrêts dus à l'action du Gisti de 1974 à 2008, une dizaine seulement font directement application du principe d'égalité ou son *alter ego* le principe de non-discrimination. On peut y ajouter une demi-douzaine de recommandations de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) rendues sur saisine du Gisti.

Et pourtant, comme l'a constaté Danièle Lochak¹, c'est dans l'application de ces principes aux étrangers qu'on constate les « avancées » les plus notables – comparé au droit au séjour, à la protection accordée aux demandeurs d'asile, à l'accroissement des pouvoirs de la police ou de la marge d'appréciation de l'administration des étrangers². En effet, au cours de la décennie écoulée, on constate un recul marqué des droits et emplois fermés aux étrangers (carte famille nombreuse, emplois de la sécurité sociale, de la RATP, d'Air France, etc.) ou des régimes dérogatoires (associations étrangères dès 1981, droit de vote et – dans certains cas – d'éligibilité aux élections professionnelles, publications étrangères, etc.).

Au début de l'année 2009, les sénateurs socialistes ont déposé une proposition de loi visant à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers non européens à l'exercice de certaines professions libérales ou

1. 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 de Bruno Genevois*, LGDJ, 2009, p. 673-693 ; « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges* (Actes du colloque de Toulon des 8 et 9 nov. 2007), L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2008, p. 45-61.

2. V., A. Spire, *Reconduire ou accueillir, Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'Agir, 2008.

privées³. Même si cette proposition laisse de côté la question de l'ouverture des emplois de la fonction publique non régaliennne, cette initiative pourrait aboutir à l'ouverture d'un certain nombre de professions ordinales (médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme, pharmacien, vétérinaire, architecte, géomètre expert, expert-comptable). Ce qu'il importe surtout de relever c'est que dans un Sénat dominé par la droite la commission des lois a adopté, le 4 février 2009, cette proposition, le rapporteur soulignant que « l'ambition du texte est d'amorcer une réflexion plus générale sur la pertinence de la condition de nationalité pour l'exercice de certaines professions » et qu'après examen de chaque profession concernée « il est apparu que la condition de nationalité était de moins en moins justifiée et historiquement datée ». L'objectif revendiqué dans la proposition est donc « d'amorcer un processus » afin d'engager la réflexion « sur les principes justifiant l'existence d'emplois fermés ».

Depuis plus de dix-huit mois, le comité consultatif de la Halde mène lui aussi cette réflexion. Lors de son audition par la commission sénatoriale, le président de la Haute autorité, Louis Schweitzer, a annoncé qu'elle devrait rendre publique prochainement la recommandation sur les emplois fermés.

On constate donc qu'il existe désormais un début de consensus politique sur l'idée que pour les emplois relevant du secteur privé et les professions libérales la condition de nationalité ne se justifie plus – et cela d'autant moins que les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen ainsi que les ressortissants de certains pays bénéficiant d'une convention de réciprocité ont d'ores et déjà été admis dans ces professions.

Ce résultat n'était pas acquis d'avance. En effet, en 2000, c'est le Premier ministre socialiste Lionel Jospin qui avait écarté l'idée d'ouverture des emplois soumis à une condition de nationalité. La majorité de la gauche plurielle a aussi contribué en 2002 au maintien d'une législation discriminatoire sur la cristallisation des pensions des anciens combattants.

Le Gisti a sans aucun doute contribué, par ses différentes actions, au processus de délégitimation qui a permis d'aboutir à cette remise en cause de l'existence des droits et emplois fermés. Conformément à ses modes d'action habituels⁴, le Gisti a réussi, en mêlant actions politiques et médiatiques, analyses scientifiques et recours juridiques, à créer un phénomène de remise en cause du critère de nationalité dès lors qu'il est appliqué en dehors de la stricte sphère régaliennne de l'État et qu'il n'a pas de « justification objective et rationnelle ».

3. Proposition de loi déposée par Mme Bariza Khiari et a., *Doc. Sénat* n° 176 (2008-2009), 21 janv. 2009.

4. V., A. Marek, « Le Gisti ou l'expertise militante : une analyse du répertoire d'action de l'association », Institut d'études politiques de Paris, 2001 ; L. Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix* 2003, n° 62 ou encore la récente thèse de L. Kawar, *Defining Legal Frontiers : Immigrant Rights Adjudication in France and the United States*, New York University (Institute for Law & Society), janv. 2009.

L'association de la villa Marcès n'a évidemment pas agi seule. Groupe ressource, elle a été l'aiguillon d'actions collectives avec d'autres organisations (comme la Ligue des droits de l'homme, le MRAP, SOS Racisme ou encore certains syndicats ou partis politiques)⁵, fidèle en cela au credo du Gisti depuis sa naissance en 1972, résumé dans le *Petit livre juridique des travailleurs immigrés* : « Nous pensons que le droit n'est pas une "panacée" mais qu'il est une arme parmi d'autres. Sans illusion sur la portée des armes juridiques [...], nous pensons qu'il faut utiliser les ressources du droit pour en tirer, dans chaque cas, l'avantage "maximal". Cependant, des actions "cas par cas" sont sans portée si elles ne s'insèrent pas dans une lutte collective⁶. »

Dans le cadre de ce colloque, d'autres illustrations ont été données de ce mode d'action spécifique au Gisti, que ce soit dans le domaine de la protection sociale⁷ ou des politiques européennes d'asile et d'immigration⁸, dont les initiatives autour de la situation des étrangers outre-mer – et plus particulièrement, aujourd'hui, à Mayotte – fournissent encore un exemple.

Sous l'influence notamment du Gisti, aussi bien par son action de groupe ressource que par ses recours devant le Conseil d'État, on a donc assisté à une remise en cause de la légitimité du critère de nationalité appliqué aux ressortissants des pays tiers (I). Cette remise en cause a contribué, de manière corrélative, à l'évolution de la définition des principes d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence à la réduction des différences de traitement entre Français et étrangers et donc du périmètre des droits et emplois fermés (II).

I. UN TRAVAIL DE SAPE DE LA LÉGITIMITÉ DU CRITÈRE DE NATIONALITÉ

Depuis le début des années 1990, des rapports publics et des études ont remis en cause l'existence d'un secteur fermé aux étrangers aussi étendu⁹. Mais ces rapports n'ont alors pas – ou très peu – été suivis d'effets. Peut-être fallait-il d'abord que l'intégration des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique non régaliennne adoptée en 1991 et dans la majeure partie des professions réglementées

5. Le parallèle avec les modes d'action du GIP (Groupe information prisons) fondé par Foucault a parfois été fait : v. P. Artières, « 1972 : naissance de l'intellectuel spécifique », *Plein droit* mars 2002, n° 53-54 (accessible sur le site du Gisti).

6. *Plein droit* n° 53-54, « Immigration : trente ans de combat par le droit », mars 2002 (également sur le site du Gisti).

7. V. les contributions de P. Mony, *supra*, p. 39 et d'A. Toullier, *supra*, p. 139.

8. V. la contribution de C. Rodier, *infra*, p. 165.

9. V. not. le rapport « Marchand » sur « L'intégration des immigrés », *Doc. AN* n° 1348, 11 mai 1990 et le Rapport du Conseil national des populations immigrées, « Égalité des droits », rédigé par Danièle Lochak en 1991. En 1988, Danièle Lochak avait consacré une importante étude au *Jurisclasseur droit international* sur la « Condition des étrangers. Droits publics ». Fasc. 525-A, recensant les droits et emplois fermés aux étrangers et les fondements de ces exclusions. Cette étude a été actualisée par nos soins en 2008.

puisse entrer dans les faits et contribuer à démontrer que la présence d'étrangers en leur sein n'avait rien de problématique ? La réflexion sur la question va être relancée, à partir de 1997, au sein du Gisti qui va développer une stratégie de remise en cause des emplois fermés (B). Le terrain a été aussi préparé par la publication d'un certain nombre de rapports et d'études faisant l'inventaire des droits et emplois fermés et remettant en cause leur légitimité (A).

A. UNE DÉLÉGITIMATION PRÉPARÉE PAR L'ACCUMULATION DE RAPPORTS ET D'ÉTUDES

1. Rapide panorama des droits et emplois fermés

Le panorama est connu. À l'aube du XXI^e siècle, près de 6,3 millions d'emplois étaient fermés aux étrangers non ressortissants des pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Au total cela représente près du tiers de l'emploi salarié.

Les trois fonctions publiques (étatique, hospitalière et territoriale) représentent le plus gros contingent de ces emplois avec environ 5,2 millions. Seuls les emplois publics de non-titulaires dans l'administration (contractuels, auxiliaires, etc.), de médecins contractuels des hôpitaux, les emplois précaires aidés et les emplois d'enseignants titulaires dans l'enseignement supérieur et la recherche sont accessibles aux étrangers des pays tiers.

	Estimation
Fonctions publiques (emplois statutaires)	5 200 000
Entreprises publiques à statut	400 000
Salariés du secteur privé (dont sécurité sociale)	200 000
Professions libérales	300 000
Autres professions indépendantes	200 000
Total	6 300 000

Source : *Les dossiers de CERC-Associations*, n° 3, mars 1999, note de synthèse.

Depuis 1991, la plupart des emplois publics ont été ouverts aux ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, puisqu'on estime à moins de 800 000 les emplois strictement réservés aux Français. Ces emplois « de l'administration publique », selon le sens donné à cette notion par la Cour de justice des Communautés européennes en 1980, sont pour l'essentiel les postes de la fonction

publique dite régaliennne (armée, police, justice, impôt) ou impliquant des activités comme l'élaboration ou le contrôle des actes juridiques¹⁰.

En outre, dans le secteur privé, une cinquantaine de professions font l'objet de restrictions explicites liées à la nationalité (ce qui représente 615 000 emplois) ou à la détention de diplômes (ce qui représente 625 000 emplois). Certaines professions sont également soumises à des restrictions moins directes, soumettant leur exercice par des étrangers à des quotas (sportifs, marins ou personnel d'industrie travaillant pour la défense nationale), ou à un contrôle particulier de l'administration (journalistes par exemple).

2. La prise de conscience de l'effet de contagion des discriminations inscrites dans la loi sur les discriminations illégales (1997-2000)

En juillet 1997, la Commission nationale consultative des droits de l'homme recommande de réaliser « un inventaire exhaustif » des discriminations frappant les étrangers. En 1998, la ministre de l'Emploi et de la Solidarité, Martine Aubry décide d'entreprendre cet inventaire. Elle annonce qu'il « sera procédé à une analyse exhaustive des différentes professions dont l'exercice est interdit, en droit, aux étrangers [...]. À l'issue de cette analyse, le gouvernement envisagera la suppression des discriminations qui n'ont plus aucune signification ».

La Direction des populations et des migrations passe alors un appel d'offres à cet effet – mais en le limitant au seul secteur privé. Réalisé par le cabinet Bernard Brunhes Consultants, ce rapport conclut au caractère non justifiable de la condition de nationalité pour la plupart de ces emplois. Il apparaît également que les représentants des professions concernées n'ont, à de très rares exceptions près, émis aucune objection à la suppression de ces restrictions¹¹.

C'est alors que le CERC-Association, élargissant le champ d'investigation à l'ensemble des emplois fermés, réalise une mise en perspective historique de ces « discriminations légales » dans l'accès à l'emploi et un état des lieux des dispositions légales soumettant les emplois à une condition de nationalité. Ce rapport évalue, pour la première fois, leur importance quantitative et leurs effets de légitimation sur le développement des discriminations illégales. Il préconise de supprimer les discriminations « légales » non justifiées et d'aligner la situation des étrangers des pays tiers sur celle des ressortissants européens, que ce soit dans le secteur public ou privé¹².

10. La loi du 26 juill. 1991 réserve aux nationaux les seuls emplois « dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques » (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 5 bis).

11. « Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers », Rapport à la DPM-Ministère des Affaires sociales, nov. 1999, 2 vol. Ce rapport est disponible sur le site du Gisti.

12. « Immigration, emploi et chômage. Un état des lieux empirique et théorique », *Dossiers de CERC-Association* mars 1999, n° 3, chap. IV. V. sur ce rapport, préparé par Antoine Math et Alexis Spire, la page du *Monde* du 21 avr. 1999 « L'emploi des étrangers se heurte à des "discriminations légales

À son tour, le Groupe d'étude sur les discriminations¹³ met en place un groupe de travail sur les emplois fermés, auquel le Gisti prêtera son concours. Il aboutit à la même conclusion que les rapports précédents, à savoir la nécessité de supprimer les emplois fermés non justifiés par l'exercice de prérogatives régaliennes. Ce rapport insiste par ailleurs sur les effets de contagion des dispositions légales et réglementaires excluant les étrangers de certains emplois sur les pratiques de discrimination raciale d'autres secteurs : « L'existence massive d'emplois fermés aux étrangers pèse plus qu'on ne l'a estimé jusqu'à aujourd'hui sur les processus d'intégration et interroge directement l'efficacité des initiatives de lutte contre les discriminations », remarque-t-il. Ainsi « l'ouverture des emplois fermés aux étrangers contribuerait à clarifier la limite entre le légal et l'illégal et donc à réaffirmer l'illégalité de toute discrimination fondée sur l'origine. Elle participerait du nécessaire engagement des pouvoirs publics pour contrarier les processus d'institutionnalisation des logiques discriminatoires¹⁴ ».

À la suite de cette note, Martine Aubry s'était engagée « à réfléchir aux évolutions statutaires nécessaires pour permettre une égalité d'accès ». La thématique va ensuite être évoquée dans la majeure partie des rapports et des études sur les discriminations ethniques et raciales¹⁵. En mai 2000, plusieurs députés déposent – en vain – une proposition de loi visant à permettre l'accès des ressortissants étrangers non communautaires à la fonction publique non régalienne¹⁶.

Mais, en mai 2000, dans le cadre des Assises de la citoyenneté, le Premier ministre Lionel Jospin se dit partisan d'« assouplir » l'accès des jeunes étrangers à la citoyenneté française plutôt que d'ouvrir les emplois fermés, bloquant ainsi une évolution bien entamée – sans du reste que des mesures concrètes soient prises dans le sens préconisé en matière d'accès à la nationalité.

Les années 1997-2000 ont pourtant constitué, comme l'analyse Didier Fassin, une période « d'invention » de la discrimination¹⁷, c'est-à-dire un moment impor-

injustifiées" » et l'entretien de Danièle Lochak, comme professeur de droit public et présidente du Gisti : « Comment l'État pourrait-il bannir la discrimination dans le privé, alors qu'il donne le mauvais exemple ? »

13. Créé en 1999, le GED deviendra en oct. 2000, après les Assises de la citoyenneté, le Groupe d'études et de lutte contre les discriminations (GELD) avant d'être absorbé dans la Halde, lors de sa création en 2005.

14. « Une forme méconnue de discrimination, les emplois fermés aux étrangers : secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques », note n° 1, mars 2000.

15. V. en particulier les travaux de M. Viprey « L'insertion des jeunes d'origine étrangère », *Étude du Conseil économique et social*, Éd. des journaux officiels, n° 2002-12 ; « Positions et actions syndicales face aux discriminations raciales », *Documents de travail de l'IREES*, n° 00.01, sept. 2000. V. aussi notre étude « Discriminations » au *Dictionnaire permanent droit des étrangers* (Éditions législatives) qui comprend un chapitre entier sur les droits et emplois fermés aux étrangers.

16. *Doc. AN*, n° 2431, 30 mai 2000.

17. D. Fassin, « L'invention de la discrimination », *RF sc. pol.* août 2002, vol. 52, n° 4, p. 403. V. aussi le rapport essentiel de J.-M. Belorgey, « Lutter contre les discriminations », *Rapport à Madame la ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, mars 1999, publié aux éditions de la MSH, 2001. C'est dans ce rapport qu'apparaît pour la première fois la proposition de créer une autorité indépendante de lutte contre toutes les discriminations.

tant du processus de reconnaissance du phénomène discriminatoire dans l'espace public et de légitimité à la combattre avec la création d'organismes spécifiquement chargés de cette lutte.

B. L'ACTION DU GISTI : FAIRE ÉMERGER LA THÉMATIQUE DANS L'ESPACE PUBLIC ET COMBATTRE SES FONDEMENTS PAR LE DROIT

Pendant toute cette période le Gisti ne s'est pas tant comporté comme un groupe de pression – mode d'action qui n'appartient pas à sa « culture » – que comme un groupe ressource, produisant des connaissances et diffusant ses analyses afin de faire émerger cette thématique dans l'espace public¹⁸.

1. Le combat contre les discriminations : un axe fort de l'action du Gisti

Dans le bilan d'activité 2001 du Gisti est annoncée la création d'un « groupe discriminations », avec pour objectif « de mener une réflexion et des actions sur les discriminations institutionnelles (c'est-à-dire trouvant leur source ou émanant de l'appareil étatique au sens large) frappant les étrangers, qu'il s'agisse de discriminations fondées sur la nationalité, directement ou indirectement (régularité du séjour, durée de résidence, domiciliation, etc.) ou sur un critère d'altérité autre (diplôme étranger par exemple)¹⁹ ».

Ce groupe va procéder à un recensement exhaustif – et fastidieux – des textes fondant l'exclusion des étrangers de certains droits ou emplois ou imposant d'autres restrictions indirectes (condition de réciprocité, de diplôme, de maîtrise de la langue, de résidence, de durée ou de type de carte de séjour, etc.). Ainsi, par exemple, aucun texte légal ou réglementaire ne prévoit la condition de nationalité pour exercer la profession de débitant de tabac. Après bien des recherches, on a découvert qu'il s'agit en réalité d'une pratique de l'administration fiscale, sur la base d'instructions internes, justifiée par le fait que les débiteurs perçoivent des recettes parafiscales et ont un monopole de la distribution du tabac. De même pour les emplois de la sécurité sociale, seules deux lettres circulaires n° 79-373 du 19 octobre

La thématique des emplois fermés comme vecteur de légitimation des discriminations est en revanche superbement ignorée par le rapport du Haut conseil de l'intégration *Lutter contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, La Documentation française, 1998.

18. On peut faire là encore le rapprochement avec les principes de fonctionnement du GIP, tels que les rapporte Audrey Kiefer : « un principe d'information nourri d'un travail critique et un principe de diffusion qui met en lumière un travail de rupture ». V., A. Kiefer, « Le groupe d'information sur les prisons (4), les modalités d'action », *Blog détention et rétention carcérales*, janv. 2009 [http://detentions.wordpress.com].

19. Avant même la création du groupe le numéro de *Plein droit*, la revue du Gisti : « ... Inégaux en dignité et en droits », avr. 1999, n° 41-42, avec notamment l'article « Sept millions d'emplois interdits » par A. Math et A. Spire, p. 3 ; « Médecins à diplôme étranger. Les responsabilités sans le statut » par C. Wolmark (articles accessibles sur le site du Gisti), « Consensus politique sur la santé » par A. Math et A. Toullier ou encore « La charge de la preuve dans le cas de discriminations : Les femmes, les syndicats et bientôt les étrangers » par M.-T. Lanquetin.

1979 et n° 1293 du 16 octobre 1980 relatives à l'embauche de personnel étranger dans les organismes de sécurité sociale prévoyaient que certains emplois étaient soumis à une condition de nationalité (agent de direction, agents comptables, agents de contrôle et ingénieurs). En théorie, seuls 3 000 emplois étaient formellement concernés, mais, en pratique, par effet de contagion et d'assimilation des caisses à des administrations, la quasi-totalité des 180 000 emplois de la Sécurité sociale étaient concernés²⁰.

Comment faire pour lutter juridiquement contre de telles pratiques informelles ? Organiser des tests de situation pour poursuivre les responsables de caisses de sécurité sociale pour discrimination illégale ? Saisir les juridictions administratives ? Mais de quel texte ? Faire dire au Conseil d'État que les deux lettres circulaires n'impliquent pas l'exclusion des étrangers des pays tiers de l'ensemble des emplois des caisses de sécurité sociale ?

Autre illustration : la carte « famille nombreuse » de la SNCF. Aucun rapport ni étude n'avait identifié le fondement juridique de cette condition de nationalité. La consultation d'un formulaire de demande de la carte trouvé dans un guichet de la SNCF faisait apparaître une curieuse liste de pays ressemblant à... la France coloniale, plus les ressortissants communautaires²¹. Les recherches sur *Légifrance* ont permis de retrouver l'article 8 de la loi du 29 octobre 1921 relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général créant cette « carte d'identité » pour les familles nombreuses et les militaires invalides. Cette loi avait été ensuite modifiée par un acte dit « loi » du 24 décembre 1940 qui, conformément à son idéologie, développa les réductions pour les familles et les anciens combattants. Mais Vichy n'avait pas posé la condition de nationalité. Elle existait déjà ! Par la suite, la loi de 1921 fut « déclassée », conformément à l'article 37, alinéa 2 de la Constitution (décret du 3 novembre 1961) et modifiée en 1980.

Restait à découvrir comment avait été introduite la condition de nationalité. Après quelques journées dans les sous-sols poussiéreux de la bibliothèque Cujas, nous avons mis la main sur la réponse à une question parlementaire qui donne la solution de l'énigme : il s'agissait de l'article 44 de la loi budgétaire du 22 mars 1924. La carte « famille nombreuse » de la SNCF créée en 1921 a été réservée aux « seuls citoyens français et originaires des colonies ou des pays du protectorat » dans le cadre d'un plan d'économies du gouvernement Poincaré consécutif à une crise financière.

Sur la base de l'inventaire précis et à peu près exhaustif des droits et emplois fermés, le Gisti a alors décidé d'écrire une « lettre ouverte » au Premier ministre lui demandant d'abroger la cinquantaine de textes fondant la condition de nationalité lorsqu'ils relèvent du décret et de déposer au Parlement un projet de loi lorsqu'ils relèvent de la loi. L'argumentation juridique développée est la suivante : – le pouvoir réglementaire n'a pas compétence pour poser une condition de nationalité dans

20. Rapport CERC-Association, *op. cit.*, p. 100.

21. Pour se conformer à l'arrêt de la Cour : CJCE 30 sept. 1975, *Cristini c. France*, aff. 32-75.

l'accès à un droit ou un emploi lorsqu'elle n'est pas prévue par la loi. L'ensemble des textes réglementaires ne découlant pas de la loi sont donc illégaux car contraires à l'article 34 de la Constitution ; – dès lors qu'aucun motif objectif et raisonnable ne vient justifier l'exclusion des étrangers, les textes légaux énumérés sont contraires à l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques et à l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 1^{er} du premier protocole ou l'article 8.

2. La « Lettre ouverte » au Premier ministre

En avril 2001 une trentaine d'organisations sollicitées par le Gisti²² adressent au Premier ministre la lettre ouverte lui demandant de supprimer la condition de nationalité dans l'accès aux droits et emplois des secteurs privé et public, invoquant la possibilité de recours juridiques pour certains d'entre eux.

Peu après, Elisabeth Guigou, nouvelle ministre des Affaires sociales, annonce la création de groupes de travail sur ces questions. Le Gisti saisit alors la ministre d'un courrier lui demandant de prendre les mesures nécessaires afin d'ouvrir les emplois des organismes de sécurité sociale à tous les étrangers. Dans une lettre du 30 juillet 2001, la ministre reconnaît que « le maintien de la clause de nationalité française pour les personnels de sécurité sociale n'a plus de raison d'être » et abroge par une circulaire du 22 octobre 2001 les précédentes consignes ministérielles qui réservaient aux seuls nationaux les emplois impliquant une gestion directe ou effective du service public de la protection sociale²³.

À la même époque, un groupe de travail au sein du ministère des Transports (dont le domaine de compétence représente environ 400 000 emplois fermés : EDF-GDF, RATP, SNCF, Air France, France Télécom, Aéroports de Paris, etc.), aboutit à une remise en cause très ponctuelle des emplois fermés, compte tenu de la réticence des syndicats à toucher aux statuts. Néanmoins, en décembre 2002, le conseil d'administration de la RATP supprime l'article 9 du statut du personnel de 1950 posant une condition de nationalité, disposition qui avait déjà été modifiée une première fois pour permettre l'intégration des ressortissants de l'Union européenne.

En ce qui concerne la carte « famille nombreuse », le ministre des Transports, saisi par le Premier ministre de la demande d'abrogation des textes relevant de son secteur, répondit au Gisti le 2 mai 2002 qu'il « pourrait être envisagé d'aborder l'ensemble de ces questions dans le cadre d'un travail de refonte plus général du dispositif des tarifs sociaux ». Il n'en fut rien alors que la réflexion aurait pu être rapidement menée dans la mesure où rien ne justifiait objectivement et raisonnablement le maintien de cette condition de nationalité héritée de l'ère coloniale.

La voie politique étant manifestement bouchée, restait donc la voie judiciaire pour obtenir l'abrogation de la condition de nationalité.

22. LDH, Cimade, MRAP, SOS Racisme, Fasti, Sud Rail, Sud PTT, LCR, Les Verts, Association des travailleurs maghrébins en France, Syndicat de la magistrature, Emmaüs, etc.

23. Circ. DSS/4 B n° 2001-514, 22 oct. 2001 : BOMES n° 44, 29 oct.-4 nov. 2001.

Dans des conclusions sur un arrêt *Gisti* moins célèbre que d'autres, sans doute parce qu'il porte sur l'accès aux prêts agricoles²⁴, Terry Olson raille gentiment la démarche du Gisti :

« Comme on le sait, le Gisti fait depuis plusieurs années déjà un travail assez systématique d'identification des dispositifs réglementaires supposés traiter les étrangers moins favorablement que les nationaux et assimilés. Dès qu'il en tient un, si l'on peut dire, il forme devant l'autorité compétente une demande d'abrogation dans la logique de votre décision d'assemblée du 3 février 1989 Compagnie Alitalia [...]. Lorsque cette demande d'abrogation est rejetée, le Gisti saisit tout aussi systématiquement le juge de l'excès de pouvoir.

Ce scénario a été en l'espèce respecté. Le Gisti a relevé qu'en matière d'aide à l'installation en agriculture le bénéficiaire de plusieurs dispositifs figurant dans le code rural était réservé aux nationaux et assimilés. [...]»²⁵.

Au départ telle n'était d'ailleurs pas la stratégie définie par le Gisti. L'idée était, à partir de la demande d'abrogation de l'ensemble des droits et emplois fermés, d'isoler ceux relevant du domaine réglementaire et de déférer le refus implicite d'abrogation au Conseil d'État. Consultée sur ce projet de recours, Claire Waquet²⁶ a fait remarquer, compte tenu de la disparité des régimes juridiques et des objets, qu'il était plus opportun de faire une demande d'abrogation suivie d'un recours pour chacun des textes critiqués.

Dès lors la tâche devenait immense et largement au-dessus des forces du Gisti – dont l'activité contentieuse repose essentiellement sur le militantisme et le bénévolat de ses membres. Et comment, de surcroît, s'attaquer aux exclusions posées par la loi comme celle de 1924 pour la carte famille nombreuse ?

Mais, comme l'a rappelé Philippe Waquet, une des spécificités de la démarche du Gisti depuis sa création n'est-elle pas de mettre l'imagination juridique au service de la cause des étrangers²⁷ ? En l'espèce l'enjeu était de contribuer, par le droit et les

24. Cet arrêt *Gisti* est toutefois un arrêt de principe sur la question de l'abrogation en cours d'instance de dispositions ayant fait l'objet de la demande d'abrogation et leur remplacement par de nouvelles dispositions reprenant la même condition. Le Conseil d'État était en effet saisi par le Gisti de la légalité du refus implicite du... 10 janv. 2002 du Premier ministre d'abroger des dispositions du Code rural. Néanmoins, entre-temps, elles ont été abrogées et reprises pour certains d'entre elles dans d'autres dispositions du Code rural dans sa rédaction issue du décret n° 2004-1308 du 26 nov. 2004. La jurisprudence du Conseil d'État n'envisageait pas expressément ce cas (v. CE 30 déc. 2002, *Confédération nationale des Syndicats dentaires*, *Lebon T.* 609) – ce qui vaut à cet arrêt d'être publié aux tables du *Recueil Lebon*, dans l'*AJDA* et la *RFDA*.

25. Concl. T. Olson sur CE 24 janv. 2007, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés*, n° 243976, aux *Tables*.

26. Philippe Waquet a été associé dès le départ à l'activité contentieuse du Gisti (v. sa contribution et celle de L. Israël, *supra*, p. 9 et p. 15). Par la suite, le cabinet Waquet a, pendant une très longue période, et bénévolement, assuré le suivi d'un grand nombre d'affaires portées par le Gisti devant le Conseil d'État.

27. V. sa contribution à cet ouvrage, *infra*, p. 15, ainsi que son entretien avec Liora Israël, « Philippe Waquet, au cœur de la "fabrique du droit" », *Plein droit* oct. 2008, n° 78, p. 49. V. aussi notre billet : « À la redécouverte du premier arrêt "Gisti" (CE, Ass., 23 juill. 1974, *Ferrandiz Gil Ortega*) », *Combats pour les droits de l'homme*, 14 nov. 2008 [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2008/11/>].

recours contentieux, à réduire au coup par coup le périmètre réservé aux nationaux et aux Européens. Le travail de sappe des bases juridiques des droits et emplois fermés finirait bien par déstabiliser l'édifice et créer un phénomène de délégitimation.

II. UNE CONTRIBUTION À LA RÉDUCTION DU PÉRIMÈTRE DES DROITS ET EMPLOIS FERMÉS AUX ÉTRANGERS PAR L'ACTION JURIDIQUE

Comme le note Danièle Lochak, depuis l'arrêt *Ville de Paris c. Lévy* en 1989, le Conseil d'État fait prévaloir « une conception nettement plus exigeante qu'auparavant du principe d'égalité, considérant comme a priori "suspectes", au sens où la Cour suprême des États-Unis utilise ce terme, les distinctions fondées sur la nationalité, en dehors bien sûr de celles qui ont trait au séjour ou aux droits politiques²⁸ ».

Il nous semble qu'au prisme des « arrêts Gisti », dont le point culminant est l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, on peut voir apparaître une évolution sensible de l'appréhension du principe d'égalité par le Conseil d'État (A). Cette conception moins rigide, influencée par le principe de non-discrimination issu de la jurisprudence des cours suprêmes anglo-saxonnes, de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme, permet de mesurer des effets concrets sur l'ouverture de droits et emplois (B).

A. L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ AU PRISME DES ARRÊTS « GISTI »

Comme l'explique Ferdinand Mélin-Soucramanien, l'égalité se décompose en deux branches. D'une part, une égalité « indéterminée » c'est-à-dire le principe d'égalité classique, ou encore la conception formelle « à la française » de l'égalité ; celui-ci ne bénéficiait jusqu'à une période récente que d'un « faible degré de protection ». D'autre part, l'égalité « déterminée » – qui correspond au principe de non-discrimination anglo-saxon – qu'on peut appeler l'égalité « dure²⁹ ». Il consiste à prohiber toute différence de traitement fondée sur un certain nombre de critères estimés illégitimes, car arbitraires³⁰, dès lors qu'aucun motif objectif et raisonnable n'est susceptible de la justifier. Il bénéficie d'un contrôle assez poussé sur la base du principe de proportionnalité.

28. D. Lochak, « De la défense des étrangers à la défense de la légalité... », préc.

29. F. Mélin-Soucramanien, « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in E. Saulnier-Cassia et V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour d'une police administrative*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 107.

30. V. l'art. de référence D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987. 778 ainsi que « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990. 76.

Si le bilan de la jurisprudence dans l'application du principe d'égalité reste contrasté, il nous semble qu'on assiste néanmoins, ces dernières années, au regard d'un certain nombre d'arrêts rendus à la requête du Gisti, à une convergence, dans la jurisprudence du Conseil d'État, des deux types d'égalité : égalité et non-discrimination.

1. Un bilan contrasté de l'application du principe d'égalité en droit des étrangers

a. Depuis fort longtemps le juge administratif applique aux étrangers un principe d'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines. À titre d'illustration, on peut citer l'arrêt du 14 mars 1863, *Sauphar*, où le Conseil d'État considère qu'un étranger qui avait pu légalement être employé dans un emploi subalterne d'une administration publique ne devait pas voir, nonobstant sa qualité d'étranger, son droit à pension suspendu³¹.

Mais c'est dans « LE » grand arrêt Gisti du 8 décembre 1978 – celui qui justifie l'organisation de ce colloque des 30 ans – que le Conseil d'État pose les bases de sa jurisprudence actuelle en considérant qu'« 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 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, *comme les nationaux*, le droit de mener une vie familiale normale³² ».

La décision est célèbre pour la consécration du principe général de droit de mener une vie familiale normale. Mais au-delà de la consécration de ce principe, l'enjeu de cette affaire était de savoir si ce principe s'appliquait aussi bien aux étrangers qu'aux Français. La solution n'était pas « très claire » comme le soulignait le commissaire du gouvernement Philippe Dondoux dans ses remarquables conclusions : « le préambule de la constitution de 1946 [dont est issu le principe général de droit] ne concerne-t-il que les nationaux français ? ». Certains principes particulièrement nécessaires à notre temps, énumérés dans les alinéas de ce préambule, évoquent en effet les « Français » ou les « citoyens ».

Pourtant, il apparaît « certain » à Philippe Dondoux que le principe général de droit consacré pour l'occasion « s'applique aussi aux étrangers ». En effet, constate-t-il, comme le droit d'asile est reconnu à « tout homme » persécuté pour son action en faveur de la liberté et le droit à l'existence convenable à « tout être humain » se trouvant dans l'incapacité de travailler, le droit à mener une vie familiale normale bénéficie aux étrangers – « [...] le constituant ne l'ayant pas réservé aux seuls nationaux et s'étant borné de souligner – ce qui est une évidence – que c'était la “nation” qui assure à l'individu et à la famille les conditions de leur développement³³ ».

31. *Lebon* 249. V. aussi CE 12 juill. 1882 *Krau, Lebon* 689.

32. CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, CGT et CFDT, Dr. soc.* 1979. 57, concl. P. Dondoux.

33. P. Dondoux, « Le droit à une vie familiale normale. Arrêt du Conseil d'État du 8 déc. 1978 », *Dr. soc. janv.* 1979. Ces conclusions sont reproduites *supra*, p. 26.

C'est donc bien du principe d'égalité – ou plutôt de l'application égalitaire d'un principe – qu'il s'agit en 1978.

On retrouvera la même formulation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – et Bruno Genevois n'y est sans doute pas étranger – dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*. Dans cette décision qui fonde le « statut constitutionnel des étrangers », le Conseil pose aussi, et surtout, le principe d'universalisme des droits et libertés fondamentaux issues de la Constitution : les étrangers jouissent de ces droits et libertés, de manière égale aux nationaux dès lors qu'ils sont en situation régulière³⁴.

Le Conseil d'État approfondit cette jurisprudence en 1982 dans un autre arrêt *Gisti* concernant les étudiants étrangers. Il considère, d'une part, qu'en ce qui concerne les conditions d'accès à l'enseignement supérieur, seules des considérations tenant au contrôle de la connaissance de la langue française étaient de nature à justifier une différence de traitement entre les candidats français et étrangers et, d'autre part, qu'en ce qui concerne le choix de l'établissement, s'agissant des candidats étrangers résidant en France « aucune considération d'intérêt général tirée du bon fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur ne justifie que ces derniers soient soumis à cet égard à des règles différentes de celles qui s'appliquent aux étudiants français³⁵ ».

On reconnaît là la déclinaison classique du principe d'égalité par le Conseil d'État depuis l'arrêt *Denoyer et Chorques* de 1974. À l'initiative du MRAP, cette jurisprudence a abouti à un arrêt de principe en la matière : l'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1989 rendu à propos d'une allocation de congé parental d'éducation, prestation d'aide sociale facultative, allouée par décision du Conseil de Paris aux seuls parents de nationalité française, que les deux ou un seul aient cette nationalité.

Dans cette affaire, le Conseil d'État considère que « l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels [d'une] allocation [...], laquelle n'était pas une conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations ». Or, en l'espèce, la Haute juridiction estime qu'il n'existait, « au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants », aucune différence de situation tenant à la nationalité des parents et que l'objet de l'allocation, qui était « d'encourager le développement démographique de la population parisienne [...] afin de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises », ne pouvait être regardé comme une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation³⁶.

34. B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA* 1993. 871.

35. CE 26 juill. 1982, *Gisti et Sgen-CFDT*, n° 22931, au *Lebon*.

36. CE 30 juin 1989, *Ville de Paris, BAS de Paris c. Lévy*, n° 78113, *RFDA* 1990. 575, concl. D. Lévis. V. aussi M. Long, « Le principe d'égalité et les étrangers », in Conseil d'État, *Rapport public pour 1996*, La Documentation française, p. 355.

b. L'application du principe d'égalité a donné lieu, jusqu'en 2006, à une jurisprudence contrastée. En s'inspirant de la typologie développée par Danièle Lochak pour classer l'ensemble des arrêts *Gisti*, on peut *du seul point de vue de l'application du principe d'égalité de traitement aux étrangers* classer les décisions obtenues par le *Gisti* de la façon suivante.

– Il y a quelques « vraies victoires ».

On peut évoquer en premier lieu les décisions par lesquelles le Conseil d'État a estimé contraire au principe d'égalité les distinctions fondées sur la nationalité de la personne avec laquelle un étranger conclut un Pacs. Rappelons que l'article 12 de la loi du 15 novembre 1999 indique que la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue « l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens de l'article 7° de l'article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 [devenu depuis l'art. L. 313-11, 7° du CESEDA] ». Ces décisions sont d'autant plus remarquables qu'elles concernent le droit au séjour, domaine dans lequel le principe d'égalité trouve peu à s'appliquer.

Or, dans une première décision, rendue en 2002, le Conseil d'État a censuré la disposition d'une circulaire qui modulait l'exigence d'ancienneté de la communauté de vie pour pouvoir prétendre à la délivrance d'une carte de séjour — fixée respectivement à trois ans et cinq ans — selon que le Pacs avait été passé avec un Français ou avec un étranger extracommunautaire. Le Conseil d'État annule précisément ces dispositions dans la mesure où la loi n'introduit « aucune distinction entre les demandeurs de carte de séjour selon la nationalité de leur partenaire³⁷ ».

Dans une seconde décision le juge des référés du Conseil d'État a ordonné la suspension d'une circulaire du ministère des Affaires étrangères du 28 septembre 2007 qui invitait les consulats à refuser d'enregistrer les Pacs conclus entre un Français et un étranger — mais non entre deux Français — dans les pays dont la législation ou les usages sociaux répriment les relations homosexuelles ou le concubinage. Sur le fondement de l'article 5 de la convention de Vienne du 24 avril 1963, la circulaire estimait que les services consulaires étaient « incompétents » pour enregistrer un Pacs dans certains pays énumérés en annexe en référence à « l'ordre public local ». La prétendue incompétence pouvait être levée pour un couple de Français moyennant une reconnaissance de mise en garde. En revanche, elle était insurmontable pour les couples mixtes.

La Conseil d'État admet qu'il appartient bien aux services consulaires de mettre en garde les demandeurs souhaitant enregistrer un Pacs des risques qu'ils encourent du fait des lois en vigueur ou des usages sociaux de l'État de résidence – risque davantage dû, d'ailleurs, à la vie commune qu'à la procédure d'enregistrement elle-même. Mais il constate que le ministre n'a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre à un régime de transcription différent les Pacs dont les deux parte-

37. CE 29 juill. 2002, *Gisti, Femmes de la terre*, LDH, n° 231158, aux *Tables*.

naires sont ressortissants français et ceux associant une personne française et une personne étrangère³⁸.

Sur le terrain des droits et emplois fermés, on peut citer aussi, au titre des victoires, l'arrêt sur les prêts agricoles. Le Conseil d'État relève que l'objectif poursuivi par les dispositions en cause du Code rural était d'assurer « la constitution d'exploitations viables et durables et d'en faciliter la modernisation par l'octroi d'aides ». Or, si ces aides sont liées à des engagements pris par leurs bénéficiaires sur une certaine durée, « cette circonstance ne peut suffire à justifier légalement une différence de traitement entre les personnes demandant à bénéficier de ces aides reposant sur leur nationalité ayant pour effet d'exclure de la possibilité d'en bénéficier ceux d'entre eux qui n'ont ni la nationalité française, ni la nationalité d'un autre État membre de la communauté européenne ou de tout autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou qui ne peuvent invoquer les stipulations d'un accord international interdisant une restriction d'activité fondée sur la nationalité³⁹ ».

– Constitue une « demi-victoire », dont la portée est surtout symbolique, l'arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2003 sur la médaille de la famille française.

L'article 1^{er} du décret du 28 octobre 1982 réservait cette médaille aux mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français. Précisant que cette distinction est « destinée à récompenser les mérites des personnes ayant élevé de nombreux enfants de nationalité française », le Conseil d'État considère que « 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 mesure ». Le critère de nationalité de l'un des parents est donc illégal. En revanche, et assez curieusement, le Conseil d'État valide la conformité au principe d'égalité de l'exigence de la possession de la nationalité française pour tous les enfants de la famille nombreuse, eu égard à l'objet de la distinction honorifique⁴⁰. Ainsi, il suffit que l'un des enfants, par le hasard des circonstances, ne soit pas français, pour que les prestations liées à la médaille ne soient pas dues. Curieux jugement de Salomon !

Le décret n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 est venu par la suite abroger le décret de 1982 en l'intégrant dans la partie réglementaire du Code de l'action sociale et des familles. À cette occasion cette distinction honorifique a été rebaptisée « médaille de la famille » et il est désormais prévu que peuvent l'obtenir les mères ou les pères de famille « dont tous les enfants sont français » (art. D. 215-7 CASF).

38. CE, réf., 18 déc. 2007, *Gisti*, *Inter-LGBT*, *Ardhis*, *LDH*, n° 310837. Par de nouvelles instructions, le ministre des Affaires étrangères a retiré purement et simplement les précédentes instructions et indiqué que dès lors que les conditions d'enregistrement d'un Pacs sont « conformes aux dispositions du code civil », l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire « procède à l'enregistrement du pacte de solidarité » (Circ. NOR : MAEF0801234C 19 janv. 2008).

39. CE 24 janv. 2007, *Gisti*, n° 243976, aux *Tables*; *RFDA* 2008. 754, chron. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet.

40. CE 17 déc. 2003, *Gisti*, n° 248238, aux *Tables*.

– Constitue une défaite quasi-totale, la décision du Conseil d'État du 3 novembre 2003 sur les élèves-fonctionnaires de l'École normale supérieure.

La requête du Gisti visait à faire reconnaître que dans la mesure où la majeure partie des élèves-fonctionnaires de l'ENS se destinent à des concours de l'enseignement supérieur qui sont accessibles aux étrangers (postes de chercheurs, d'enseignants-chercheurs, etc.), on ne pouvait exiger la condition de nationalité pour bénéficier de ce statut. Le Conseil d'État va pourtant déduire, de manière mécanique, des dispositions des textes réglementaires sur les fonctionnaires stagiaires et du statut de la fonction publique en général que l'exigence de nationalité doit aussi s'appliquer aux stagiaires dès lors qu'ils ont vocation à occuper une fonction soumise à condition de nationalité (par exemple l'agrégation du secondaire), et ce même si l'ensemble des corps auxquels destine le stage ne sont pas soumis à une condition de nationalité. Il juge toutefois illégale l'exclusion des ressortissants de l'Espace économique européen de l'accès à la qualité de fonctionnaire stagiaire en violation des accords de Porto qui posent un principe d'égalité de traitement à leur égard⁴¹.

On peut regretter que le Conseil d'État n'ait pas saisi l'occasion de développer un raisonnement plus constructif, comparable à celui de l'arrêt *Gisti* du 31 mai 2006, qui aurait permis d'admettre les élèves étrangers de l'ENS au bénéfice de ce statut de fonctionnaire stagiaire dès lors qu'ils se destinent à un emploi de la fonction publique accessible à l'ensemble des étrangers.

– Constitue une défaite totale du Gisti, l'arrêt du 5 mai 2008, *Mme Koubi et Gisti*.

Dans cette affaire, le Gisti et le professeur Geneviève Koubi⁴² contestaient l'arrêt du ministre de l'Intérieur du 31 mars 2006 relatif aux actes de l'état civil requis pour la délivrance du passeport électronique qui posait une obligation de produire la copie intégrale de l'acte de naissance ou, à défaut, de l'acte de mariage, pour obtenir la délivrance d'un passeport. Il était estimé, entre autres, que ces exigences engendraient des discriminations fondées sur l'origine, la filiation ou l'identité sexuelle. Le Conseil d'État a rejeté ces griefs en estimant que les différents inconvénients mentionnés n'étaient pas excessifs par rapport aux objectifs de sécurité et d'identification poursuivis⁴³.

– On peut considérer comme une victoire différée – en dépit du rejet de la requête – la décision du Conseil d'État du 22 octobre 2003 *Gisti et LDH* sur la carte SNCF famille nombreuse. On se rappelle que le fondement de cette condition de nationalité coloniale était une loi budgétaire de 1924.

Compte tenu du caractère évidemment discriminatoire de cette exigence, il aurait été possible de saisir un tribunal d'instance ou un juge de proximité sur le cas

41. CE 3 nov. 2003, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés*, n° 244045, aux *Tables*.

42. C'est le professeur Koubi qui avait signalé au Gisti cet arrêté (v. son blog *Droit criTIC* <http://koubi.fr/>).

43. CE 5 mai 2008, *Koubi et Gisti*, n° 293934, 294056.

individuel d'une famille étrangère⁴⁴. Dans le cadre de ce litige, le requérant individuel lésé par le refus de la SNCF de délivrer la carte aurait pu exciper de l'inconventionnalité de la loi de 1924 fondant ce refus. Il ne s'est néanmoins jamais présenté au Gisti de famille étrangère n'appartenant pas à une ancienne colonie française et souhaitant assigner la SNCF. Il n'existait pas non plus de mesures d'application de la loi de 1924 (décret, arrêté ou circulaire) qui auraient permis de soulever une exception d'inconventionnalité.

L'idée a alors été d'utiliser la jurisprudence *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*⁴⁵. Dans cette décision, le Conseil d'État a estimé que pouvait être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir la décision du Premier ministre refusant de saisir le Conseil constitutionnel en vue de faire « délégaliser » une disposition législative postérieure à 1958 empiétant sur le domaine réglementaire. Or, l'article 37 alinéa 2 de la Constitution prévoit également qu'il est possible au Premier ministre de procéder au déclassement d'une disposition de forme législative par décret, après avis du Conseil d'État, dès lors qu'elle est antérieure à la Constitution de 1958 et qu'elle relève du domaine réservé au règlement depuis 1958.

La stratégie du Gisti et de la Ligue était bien évidemment, une fois la décision de déclassement prise, de faire reconnaître que la disposition portait atteinte au principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale dans la jouissance d'un « bien » garanti par l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 1^{er} du premier protocole de la Convention et à l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques et au principe d'égalité de traitement issu de la Constitution.

Néanmoins le Conseil d'État estime que cette carte a « pour objet d'aider les familles à élever leurs enfants au même titre que les prestations de sécurité sociale ou les allocations d'aide sociale qui leur sont destinées » : ce dispositif relève par conséquent des principes fondamentaux de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution et, dès lors, le Premier ministre n'avait pas compétence pour procéder à la modification de ce dispositif en vertu de l'article 37 alinéa 2.

Il rejette aussi, et surtout, l'argument des associations requérantes qui tendait à démontrer que dès lors qu'une disposition législative était incompatible avec un engagement international il aurait toujours été possible au Premier ministre de constater cette incompatibilité et au Conseil d'État d'annuler le refus du Premier ministre de mettre fin à cette contrariété⁴⁶.

Mais il s'agit bien malgré tout d'une victoire différée : en juin 2006, cette question va ressurgir, à l'occasion de l'annonce par le gouvernement de la « modernisation » de cette carte. Alertée par un communiqué de presse associatif initié par le

44. La SNCF étant alors un établissement public industriel et commercial, les relations avec ses usagers-clients relèvent du juge judiciaire.

45. CE, Sect., 3 déc. 1999, au GAJA ; *Lebon* 379 ; *RFDA* 2000. 59, concl. F. Lamy.

46. CE 22 oct. 2003, *Groupement [sic] d'information et de soutien des immigrés et Ligue des droits de l'homme*, n° 248237, *Lebon* 404 ; *RDSS* 2004. 155, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 2004. 347, note F. Tourette.

Gisti puis saisie par le Gisti et la LDH, la Halde va s'approprier la question et constater – dans des délais records – l'inconventionnalité au regard des articles 14 et 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH mais aussi de l'article 11 de la directive n° 2003/1098 sur les résidents de longue durée de 2003. Elle recommande la modification de la disposition législative et, une fois n'est pas coutume, en obtient rapidement l'abrogation par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance⁴⁷.

Autre victoire différée : celle qui concerne le régime des publications étrangères suite à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Ekin*.

Certes, ni devant la Cour, ni devant le Conseil d'État le débat n'a été tranché à l'aune de l'article 14 de la CEDH, bien que ce grief ait été soulevé par l'association *Ekin* devant la première et par le Gisti devant le Conseil d'État, saisi du refus implicite du Premier ministre d'abroger le décret-loi du 6 mai 1939⁴⁸. Mais – et ceci est moins connu – l'histoire ne s'arrête pas là. La consultation de *Légifrance* a permis de constater que l'abrogation du décret-loi de 1939 avait fait revivre l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 dans sa version issue de la loi de 1895. Ce texte donnait la possibilité d'interdire une publication étrangère par décret pris en conseil des ministres de manière générale et pour l'ensemble du territoire avec sanctions pénales à la clef⁴⁹. C'est pourquoi la Halde a été saisie par le Gisti le 11 octobre 2005 du caractère discriminatoire du maintien de ce régime dérogatoire.

La Halde a estimé que ce régime paraissait contraire à l'article 14 de la CEDH combiné à son article 10, à moins que le gouvernement n'apporte de justifications objectives et raisonnables suffisantes⁵⁰. Après plusieurs relances de la Halde, le Premier ministre a renvoyé la question au ministre de l'Intérieur qui, jugeant la question juridiquement délicate a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis. Par une délibération du 10 janvier 2008, la section de l'intérieur a estimé que l'abrogation du

47. Délib. Halde n° 2006-192, 18 sept 2006.

48. CEDH 17 juill. 2001, *Association Ekin*, RTDH 2002. 685, note P. de Fontbressin; *AJDA* 2002. 52, note F. Julien-Laferrière; *LPA* 22 févr. 2002, note Pech et CE 7 févr. 2003, *Gisti, Lebon* 30; *AJDA* 2003. 996, note F. Julien-Laferrière; *RFDA* 2003. 972, note A. Fitte-Duval et J. Rabiller; *RD publ.* 2003. 901, note P. Mouzet.

49. N. Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA* 2005. 1606 et R. Fraisse, « Presse écrite. Liberté de la presse », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 270.

50. Délib. n° 2006-196 du 18 sept. 2006. Dans la lettre adressée au Gisti et approuvée par le collège de la Halde, le président écrit, suivant une argumentation qui « miroite » fortement : « De telles restrictions si elles ne sont pas *a priori* incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, doivent néanmoins s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction, et efficace quant au contrôle juridictionnel des éventuels abus. [...] Il pourrait être considéré légitime que l'article 14 de la loi de 1881 sur la presse restreigne la liberté d'expression dans un but de sécurité nationale ou d'ordre public afin de répondre à un besoin social impérieux. Le fait que cette restriction ne s'applique qu'à des publications faites à l'étranger a été considéré comme discriminatoire, sauf à considérer que ces publications ne peuvent être atteintes par les règles pénales qui s'appliquent aux responsables de publications en France. »

V. sur cette question E. Dreyer, « Restaurer le contrôle des publications étrangères », *JCP* 2006. II. 1829; J.-Y. Montfort, « Pratiques administratives : le regard de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in E. Saulnier-Cassia et V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, *op. cit.*, p. 100.

décret-loi de 1939 n'avait pas remis en vigueur les dispositions de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 dans sa rédaction initiale dès lors que ces dispositions relevaient de la loi.

Le régime des publications étrangères, dont le caractère discriminatoire était manifeste, n'existe donc plus depuis octobre 2004. *Euskadi en guerre* aura été la dernière publication étrangère interdite par un ministre de l'Intérieur.

On constate donc que le bilan de l'application du principe d'égalité par le Conseil d'État dans les arrêts Gisti est contrasté. Il admet la réduction d'un certain nombre de différences de traitement mais considère certaines d'entre elles comme justifiées par des différences de situation qu'il estime appréciables ou des motifs d'intérêt général. Cette jurisprudence oscille entre principe d'inclusion et d'exclusion selon une ligne de démarcation qu'il est difficile de tracer.

On peut se demander si l'arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, qui couronne la « campagne » contentieuse du Gisti contre les droits et emplois fermés, ne traduit pas l'émergence d'une conception plus exigeante du principe d'égalité et plus intégratrice des étrangers.

2. L'émergence d'une conception du principe d'égalité plus exigeante et intégratrice

En 1999, un décret avait reconnu aux étrangers ressortissants des pays tiers le droit de vote et aux ressortissants communautaires – sans y inclure ceux de l'Espace économique européen – l'éligibilité aux élections aux chambres des métiers. À l'occasion de la refonte du régime électoral, des décrets du 27 août 2004 ont retiré la qualité d'électeur aux artisans des pays tiers tandis qu'elles ont admis à la qualité d'éligibles ceux de l'Espace économique européen⁵¹.

Saisie par le MRAP, la Halde a recommandé aux pouvoirs publics de restituer aux artisans étrangers des pays tiers le droit de vote en raison du caractère discriminatoire de cette exclusion⁵². Parallèlement, le Gisti avait contesté ces décrets devant le Conseil d'État. Or, la Haute juridiction tranche non seulement la question du droit de vote mais aussi celle de l'éligibilité en conférant au principe d'égalité de traitement une portée plus large.

Elle consacre le principe selon lequel « l'institution d'une différence de traitement entre les artisans en ce qui concerne la qualité d'électeur et l'éligibilité aux élections des membres des chambres des métiers et de l'artisanat, laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives des chambres des métiers et de l'artisanat qui auraient commandé de telles discriminations ».

En l'espèce, les prérogatives détenues par les élus des chambres des métiers

51. Décr. n° 99-433, 27 mai 1999, mod. par Décr. n° 2004-896 et 897, 27 août 2004, art. 4 et 5.

52. Délib. Halde n° 2005-17, 4 juill. 2005.

n'étaient pas négligeables. Les membres de ces chambres peuvent d'une part fixer le produit de la taxe additionnelle à la taxe professionnelle perçue à leur profit, d'autre part être désignés comme délégataire du droit de préemption urbain ou du droit de préemption institué dans les zones d'aménagement différé pour la réalisation d'équipements commerciaux ou artisanaux et, enfin, participer à la commission départementale d'équipement commercial. Pourtant, aux yeux du Conseil d'État, ces différentes prérogatives « ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement une différence de traitement entre les artisans quant à leur éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat reposant sur leur nationalité⁵³ ».

À la lecture de cette décision, il apparaît que, sous l'influence de la jurisprudence des cours de Strasbourg et de Luxembourg, le Conseil d'État réduit virtuellement la sphère des droits et emplois exclusifs du national – ce que nous avons dénommé le « privilège du national » dans notre thèse⁵⁴ – aux seuls droits et emplois supposant l'exercice d'une part *prépondérante* de prérogatives de puissance publique. En introduisant un rapport de proportionnalité entre la nature et l'ampleur des prérogatives exercées, la Haute juridiction administrative s'inspire en effet manifestement de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'application du principe d'égalité de traitement issu de l'article 39 du traité CE et des accords d'association Communauté européenne-pays tiers⁵⁵. On remarque toutefois que, dans cette affaire, alors que le Gisti avait abondamment développé le grief de l'atteinte au principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la CEDH et par les accords Communautés européennes-pays tiers, le Conseil d'État s'est placé uniquement sur le terrain du principe d'égalité de traitement issu du droit interne⁵⁶.

Certains commentateurs ont pu regretter cette « nationalisation » de la politique jurisprudentielle du Conseil « qui fait volontairement l'impasse sur l'apport des sources internationales⁵⁷ ». Pour notre part, il nous semble que la nouvelle appréhension du principe d'égalité développée par le Conseil d'État au bénéfice des étrangers est manifestement influencée par la jurisprudence des Cours européennes. On assiste donc, en d'autres termes, à une européanisation de la définition du principe d'égalité républicain.

Cette évolution remet en cause la conception rigide de l'égalité qui découlait de l'arrêt *Denoyer et Chorques*. Dans cette conception la seule justification d'une différence de traitement est l'existence d'une différence de situation appréciable – c'est-

53. CE, Ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638, *Lebon* 186, *AJDA* 2006. 1830, chron. C. Landais et F. Lenica, *RFDA* 2006. 1194, concl. D. Casas; *RFDA* 2008. 754, chron. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet.

54. *Le privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, thèse Paris X-Nanterre, sous la dir. de D. Lochak, 2003.

55. CJCE 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam Zajedno*, aff. C-171/01.

56. Le commissaire du gouvernement s'en explique en ces termes dans ses conclusions : « il nous semble préférable de censurer une méconnaissance d'un principe général de droit consacré dans l'ordre juridique interne plutôt que d'en passer par une inconventionnalité ».

57. J. Andriantsimbazovina et L. Sermet, chron. préc.

à-dire objective. Le motif d'intérêt général ne permet que de déroger à la marge à l'égalité formelle entre deux administrés appartenant à une même catégorie⁵⁸. Le Conseil d'État assouplit cette conception en acceptant, en quelque sorte, de « moduler » davantage le principe d'égalité indéterminé afin de lui faire davantage appréhender les situations réelles.

Ainsi depuis les arrêts *Villemain* et *Duvignères* de 2002, le Conseil d'État estime que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier⁵⁹ ». La différence de situation appréciable et le motif d'intérêt général sont donc tous les deux mis sur le même plan et peuvent recevoir pareille modulation.

Il faut aussi lire ces arrêts à l'aune des décisions du Conseil d'État adoptées pour prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'application du principe de non-discrimination. On sait que depuis l'arrêt *Rouquette*⁶⁰, le Conseil d'État a mis en « harmonie » – selon l'expression des auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* – sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹. Or le principe de non-discrimination n'est pas un principe général d'égalité abstrait et indépendant. Bien au contraire, il fait « partie intégrante » de chacun des droits et libertés garantis par la Convention et vise à en assurer la jouissance sans discrimination selon des motifs déterminés et ouverts.

En outre, dans la jurisprudence de la Cour, toute différence de traitement dans la jouissance des droits et libertés de la Convention n'est pas forcément discriminatoire dès lors qu'il existe une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si la mesure poursuit un « but légitime » ou s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Enfin, si les États jouissent d'une certaine « marge d'appréciation » pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement, s'agissant de certains motifs

58. Analysant l'arrêt *Denoyer et Chorques*, Bertrand Seiller explique que « l'égalité n'est absolue qu'au sein de chaque catégorie; mais entre celles-ci des variations de régime peuvent exister. [...] La modulation de traitement est jugée légale si elle répond à d'évidentes différences de situation ou si une nécessité d'intérêt général commande de prendre en compte de légères différences de situation » : B. Seiller, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, 2^e éd., Flammarion, 2005, p. 63-64.

59. CE, Sect., 28 juin 2002, M. *Villemain*, n° 220361, 228325; CE, Sect., 18 déc. 2002, Mme *Duvignères*, n° 233618 au GAJA.

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

61. CEDH 23 juill. 1968, n° 1474/62, *Affaire linguistique belge*; CEDH 16 déc. 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c. Autriche*; D. 1998. 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly; *Dr. soc.* 1999. 215, note J. Favard.

de discriminations, particulièrement celles reposant sur l'origine ethnique, raciale ou nationale, la Cour exige de « très fortes raisons » pour admettre ce type de justifications⁶².

S'agissant du critère de nationalité, le Conseil d'État adopte cette conception dans l'arrêt *Diop*. Dans cette décision, il considère que la différence de traitement entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants, ne repose sur aucune justification objective et raisonnable, « c'est-à-dire ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi⁶³ ».

On constate donc que depuis *Duvignères* et *Villemain* on assiste à un rapprochement entre égalité indéterminée et égalité déterminée permettant d'assurer une meilleure modulation de ce principe favorable à l'admission des étrangers dans certains droits et emplois.

B. LES EFFETS CONCRETS DE L'INVOCATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION ISSU DE CONVENTIONS INTERNATIONALES

Dans plusieurs autres affaires le Gisti a soulevé – souvent en vain – la violation d'une convention internationale posant un principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination.

C'est le cas dans l'affaire qui a donné lieu au second « grand arrêt » Gisti du 29 juin 1990, même si cet aspect a été largement occulté par le revirement de jurisprudence opéré sur la question de l'interprétation des traités. Le Gisti invoquait ici, notamment au bénéfice des étudiants algériens, l'article 7 de la déclaration de principes entre la France et l'Algérie relative à la coopération économique et financière du 19 mars 1962 qui garantit aux Algériens résidant en France *les mêmes droits qu'aux nationaux à l'exception des droits politiques*. En l'espèce le Conseil d'État en conclut que la circulaire en cause ne pouvait pas édicter une règle contraire aux conventions internationales applicables aux intéressés⁶⁴.

Au demeurant, dans un arrêt *CGT et Gisti* du 24 novembre 1978, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de constater que des circulaires des ministres de l'Intérieur et du Travail de novembre 1974 étaient contraires aux conventions d'établissement en faisant obligation aux ressortissants gabonais, tchadiens, et centrafricains

62. CEDH 16 déc. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, préc.

63. CE 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c. Diop*, n° 212179, *Lebon* 605; au GAJA; RFDA 2002. 573, concl. J. Courtial; AJDA 2001. 1045 chron. M. Guyomar et P. Collin; RDSS 2002. 613, note I. Daugareilh; RTDH 2003. 299, note P. Wachsmann; AJFP 2002. 29 obs. C. Moniolle et L. Combet. L'arrêt *Diop* n'est pas un arrêt Gisti. Néanmoins le Gisti avait été consulté sur cette affaire et avait recommandé d'invoquer l'art. 14 de la CEDH combiné avec l'art. 1^{er} du premier protocole au lieu de l'art. 26 du PIDCP.

64. CE, Ass., 29 juin 1990, *Gisti, Lebon* 171; au GAJA; AJDA 1990. 621, concl. R. Abraham; RD publ. 1990. 1579, note F. Sabiani; RFDA 1990. 923, note J.-F. Lachaume.

d'être en possession d'une autorisation de travail alors que ces conventions posent une clause d'égalité de traitement.

Mais c'est surtout s'agissant des droits économiques et sociaux que le Gisti a le plus souvent tenté de faire prévaloir les clauses d'égalité de traitement ou de non-discrimination issues des conventions internationales⁶⁵. À chaque fois, en effet, que le Gisti a tenté de contester la subordination de l'accès aux prestations sociales à une condition de régularité de séjour en invoquant le principe de non-discrimination proclamé par différents instruments internationaux, le Conseil d'État a écarté ces arguments. Il a notamment écarté l'allégation d'une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel, estimant qu'il existait bien une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur s'était ainsi fondé « sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi⁶⁶ ». Pourtant, s'agissant du refus du bénéfice de prestations familiales en Allemagne, la Cour européenne a jugé qu'était contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, une différence de traitement entre les étrangers titulaires d'un permis de séjour permanent et les étrangers qui sont dépourvus de tels titres⁶⁷.

Le Conseil d'État a aussi écarté, de manière réitérée, la possibilité de reconnaître que les stipulations de ces conventions (PIDESC, Charte sociale européenne, stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant garantissant la protection sociale, etc.) produisent un effet direct à l'égard des particuliers. Elles ne peuvent donc être utilement invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre des décisions de l'administration⁶⁸. Il n'a reconnu un caractère d'applicabilité directe qu'à la Convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour le bénéfice des prestations de sécurité sociale sans condition de résidence, refusant toutefois de l'interpréter, comme le lui demandait le Gisti, comme interdisant aux États de subordonner ce bénéfice à une condition de résidence régulière⁶⁹ ou pour la Convention n° 97 qui néanmoins ne trouve à s'appliquer « qu'aux immigrants installés légalement sur le territoire des États parties⁷⁰ ».

Le Conseil d'État a aussi été amené à faire application de l'article 3 de la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés qui pose un principe de non-discrimination assez large. Il reconnaît bien l'applicabilité directe de cette stipulation. Néanmoins, il estime que les demandeurs d'asile provenant de pays « considérés comme sûrs » au sens des dispositions de l'article L. 741-4 du CESEDA « se trouvent

65. La question est abordée plus longuement par A. Toullier : v. *infra*, p. 139.

66. CE 6 nov. 2000, *Gisti*, aux *Tables*. Position réitérée par CE 7 juin 2006, *Aides*, *Gisti*, *LDH*, *Médecins du Monde*, *MRAP*, au *Lebon*; *D.* 2007. 2192; *AJDA* 2006. 944, note H. Rihal.

67. CEDH 25 oct. 2005, n° 58453/00, *Niedzwiecki c. Allemagne et Okpisz c. Allemagne*.

68. CE, Sect., 23 avr. 1997, *Gisti*, n° 163043, *Lebon* 142; *RFDA* 1997. 585, concl. R. Abraham; *AJDA* 1997. 482, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

69. CE 23 avr. 1997, *Gisti*, préc. confirmé par CE 14 janv. 1998, *Gisti et FTDA*, n° 174219 s.

70. CE 7 juin 2006, *Aides*, *Gisti*, préc.

placés dans une situation différente de celle des demandeurs d'asile venant d'autres pays »⁷¹.

Il ignore aussi superbement ce grief dans le contentieux mené par l'Anafé et le Gisti contre les arrêtés ministériels ajoutant à la liste des étrangers soumis à l'exigence du visas de transit aéroportuaire (« VTA ») les ressortissants de Djibouti et de la Guinée-Bissau et les ressortissants russes « provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte ». Pour ces derniers, il s'agissait manifestement d'une discrimination indirecte en raison de l'origine nationale à l'encontre des réfugiés tchéchènes. Le Conseil d'État s'est contenté à leur endroit d'annuler la disposition, au motif que les textes ne permettaient pas d'instaurer de visas de transit aéroportuaire pour les ressortissants d'un pays *en provenance de certains aéroports*. Quelques jours plus tard, le gouvernement a modifié la réglementation pour attribuer au ministre de l'Immigration cette compétence et il a, dans la foulée, ressuscité la disposition annulée par le Conseil d'État⁷².

Dernière illustration – de loin la plus connue – de refus du Conseil d'État d'appliquer pleinement les exigences du principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale : le combat de longue haleine mené contre la « cristallisation » des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires des anciennes colonies et territoires d'outre-mer. On est ici, comme le note Danièle Lochak dans sa contribution au colloque de Toulon⁷³, dans une hypothèse où, au départ, l'absence totale d'enjeu politique ne laisse d'autre alternative que la voie du contentieux. Mais après des années de combat, ponctuées par de multiples rebondissements, l'action contentieuse ne débouche – pour le moment – que sur des demi-victoires.

C'est principalement à partir de la loi du 26 décembre 1959 que la France décide de geler les retraites des ressortissants des colonies et territoires qui ont perdu la nationalité française au moment de l'indépendance. Après la disparition de la Communauté, le législateur étend les lois de cristallisation aux Sénégalais et aux Algériens avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1975 par la loi de finances rectificative du 31 décembre 1981.

Plus de 700 tirailleurs sénégalais portent alors le combat juridique devant le Comité des droits de l'homme des Nations unies qui conclut à un constat de violation du principe d'égalité sans discrimination prévu par l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques⁷⁴. Mais aucun gouvernement n'a accepté de prendre en compte cette communication qui remettait entièrement en cause le principe même de la cristallisation des pensions. Pire, dans un avis rendu sur les conclusions contraires de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État, prenant le

71. CE 5 avr. 2006, *Gisti et autres*, n° 284706, AJDA 2006. 789; JCP A 2006. 16-18. 532; CE 13 févr. 2008, *Association Forum des réfugiés*, n° 295443, RFDA 2008. 535, note A. Vidal-Naquet.

72. CE 1^{er} avr. 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313711 et 313714 et CE 25 juill. 2008, *Anafé et Gisti*, n° 313710 et 313713.

73. « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », préc.

74. CEDH 3 avr. 1989, *Ibrahima Gueye c. France*, n° 196/1985, RUDH 1989. 62.

contre-pied du Comité des droits de l'homme et de la doctrine, affirme qu'« il résulte de la coexistence [des deux pactes], ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 précité du premier de ces pactes (PIDCP) ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte⁷⁵ ». Le Conseil d'État a confirmé par la suite cette position⁷⁶.

Il faut attendre 2001 pour que le Conseil d'État, appliquant la jurisprudence *Gaygusuz* de la Cour européenne des droits de l'homme, juge que la cristallisation viole le principe de non-discrimination dans la jouissance d'un droit patrimonial. Le gouvernement est donc alors obligé d'organiser la « dé cristallisation » de ces pensions, mais il le fait *a minima* : l'article 68 de loi de finances en 2002 substitue au critère de la nationalité celui de la parité des pouvoirs d'achat et du lieu de liquidation de la pension.

Le recours formé contre les décrets d'application échoue, le Conseil d'État refusant de considérer que le nouveau dispositif constitue une discrimination fondée sur l'origine nationale. Il juge que le nouveau dispositif, beaucoup moins coûteux pour l'État que celui qui aurait conduit à accorder les mêmes prestations à tous, ne constituait pas une discrimination fondée sur l'origine nationale, alors même que le critère de résidence n'était pas applicable aux ressortissants français résidant à l'étranger. Plus exactement, il a jugé que la différence de traitement était de portée limitée et qu'elle relevait de la marge d'appréciation que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme réserve au législateur national⁷⁷.

Dans l'intervalle, la question a émergé sur la scène politique : une première fois en 2004, lors de la commémoration du 60^e anniversaire du débarquement de Provence, puis en mai 2006 après la projection au festival de Cannes et à l'Élysée du film *Indigènes*, qui évoque expressément le sujet de la « cristallisation » dans le générique de fin. Avant même la lecture de la décision du Conseil d'État, le président de la République, Jacques Chirac, a annoncé le 14 juillet 2006 vouloir poursuivre la dé cristallisation des pensions afin « de rendre à ces combattants l'hommage qui leur est légitime ». Le conseil des ministres annonce à son tour, le 27 septembre 2006, vouloir « tendre à une égalité » en la matière.

L'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007 a prévu qu'à partir du 1^{er} janvier 2007 le montant des pensions sera aligné sur celui des pensions versées aux ressortissants français. En apparence, les intéressés ont gagné leur combat. En réalité, la victoire est des plus limitée : outre que seule les « prestations du sang », comme on les dénomme, sont concernées par la réforme, à l'exclusion des pensions civiles et militaires de retraite et d'autres prestations acces-

75. CE, avis, 15 avr. 1996, *Doukouré*, n° 176399, *RFDA* 1996. 808, concl. P. Martin.

76. CE 7 juin 2006, *Assoc. Aides, Gisti*, préc. ; CE, Sect., 18 juill. 2006, *Gisti* et avis *Ka*.

77. CE, Sect., 18 juill. 2006, *Gisti*, n° 274664, *Lebon* 186 et Sect., avis, *Ka*, n° 286122, *Lebon* 349, concl. L. Vallée ; *RFDA* 2006. 1201, concl. L. Vallée ; *AJDA* 2006. 1833, chron. C. Landais et F. Lénica ; *Dr. adm.* 2006, n° 12, comm. 189, note A. Taillefait. L'arrêt du Conseil d'État est reproduit plus loin, p. 133.

soires, la dé cristallisation n'a pas d'effet rétroactif et ne vaut que pour l'avenir. Elle n'intervient, de surcroît, que sur la demande expresse des intéressés, ce qui en rend le bénéfice illusoire pour la très grande majorité d'entre eux.

Mais ce combat n'est pas (encore) fini. Saisie dès novembre 2005 de cette question, la Halde, dans trois recommandations du 9 octobre 2006 (sur saisine du Gisti et du Catred), du 5 mars 2007 et du 31 mars 2008⁷⁸, a estimé discriminatoire la dé cristallisation partielle des pensions opérée par l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 puis par l'article 100 de la loi de finances pour 2007, en se fondant sur l'arrêt *Echouikh* de la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁹ ainsi que sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, prenant ainsi le contre-pied de la position adoptée par le Conseil d'État. Sur le fondement de l'article 65 de l'accord euro-méditerranéen Communauté européenne-Maroc du 26 février 1996, la Cour de justice a en effet estimé discriminatoire une décision de refus de reconnaissance de droit à pension militaire d'invalidité fondé sur l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959. Dans sa décision, la Cour de justice insiste sur le fait que l'interprétation qu'elle donne de l'accord d'association est « conforme aux exigences des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1^{er} du protocole additionnel, tels qu'interprétés notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996 ».

En application de cette ordonnance, dans une série de six jugements, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé des refus de revalorisation de pensions militaires de retraite postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 100 de la loi de finances pour 2007 opposés par le ministère de la Défense à d'anciens tirailleurs marocains, tout en rejetant, dans un septième jugement, une requête ayant le même objet introduite par un tirailleur sénégalais⁸⁰.

On le voit : la cause n'est donc pas encore totalement et définitivement entendue. C'est pourquoi on peut regretter que, à l'occasion du vote de la loi du 27 mai 2008 transposant des directives communautaires en matière de non-discrimination, le législateur ait supprimé « l'origine nationale » de la liste des critères de discrimination prohibés qui figurait à l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Halde. Cette disposition a en effet servi de fondement à de nombreuses recommandations de la Halde constatant le caractère discriminatoire de réglementation restreignant les droits des étrangers. Or, comme l'a constaté la Halde dans une recommandation du 15 décembre 2008, la clause de *standstill* figurant dans

78. La saisine et la délibération de la Halde du 9 octobre 2006 sont reproduites *infra*, p. 128 et 136.

79. CJCE, Ord., 13 juin 2006, aff. C-336/05; *Europe* 2006, n° 241.

80. Le collectif bordelais « dé cristallisation », soutenu par un collectif d'avocats de l'Institut du droit des étrangers, qui était à l'origine de cette affaire, a introduit, en juin 2007, une soixantaine de demandes de revalorisation de pensions militaires de retraite au service des pensions de La Rochelle : v. TA Bordeaux 8 oct. 2008, *Qessaoui*, n° 704480 et *Sylla*, n° 0701652, *AJDA* 2009. 310, concl. J.-M. Bayle. V. aussi notre billet : « Le long combat vers l'égalité des droits pour les pensions des "indigènes" », in *Combats pour les droits de l'homme*, 16 oct. 2008. La Halde a été appelée en cause dans ces affaires et a produit ses recommandations au soutien des requérants.

les directives relatives à l'égalité des chances⁸¹ empêchait le législateur d'adopter pareille régression.

Malgré les progrès enregistrés, le principe de non-discrimination est encore loin d'avoir produit tous ses effets et l'action contentieuse du Gisti n'est pas près de se tarir. Au début de l'année 2008, il a déféré au Conseil d'État un arrêté du 18 janvier 2008 fixant la liste des métiers « en tension » pour lesquels la situation de l'emploi n'est pas opposable et deux circulaires. Le grief essentiel porte sur le caractère discriminatoire des textes attaqués, qui font un sort différent aux ressortissants des États tiers et aux ressortissants des États de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires, d'une part, et qui excluent d'autre part de leur champ d'application les ressortissants tunisiens et algériens, alors que ces différences de traitement fondées sur la nationalité n'ont pas de justification objective et raisonnable. Dans un avis rendu en septembre 2008, la Halde a pour sa part estimé que cette différence de traitement était discriminatoire et qu'elle ouvrait la voie à un risque de sélection ethnique.

À l'heure où les pouvoirs publics prônent une « immigration choisie », sélectionnée sur des critères professionnels mais aussi d'origine, notamment par le biais d'accords conclus avec les pays d'origine, l'enjeu n'est pas sans importance.

81. Dans les règles dites de « Prescriptions minimales » figurant à l'art. 7 de la directive n° 2004/113/CE; à l'art. 8 *sexies* de la directive n° 76/207/CEE modifiée; à l'art. 8 de la directive n° 2000/78/CE; à l'art. 6 de la directive n° 2000/43/CE.

