Université Nice Sophia Antipolis
IDPD
Institut du Droit de la Paix et du Développement

كلية العلوم القانونية والسياسية والإجتماعية بتونس
Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis



Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne

Préparé par :

M. BEN HADID Samir

Sous la direction de :

- Mme PEREZ Sophie

- M. CHEDLY Lotfi

Le statut des étrangers dans le droit de l'Union européenne

AVANT PROPOS

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le cadre de ce travail.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DEDICACES

A la mémoire de ma mère et
Mon père

A ma chère femme pour son
Amour et son soutien

A mon cher fils Taha
A mon frère et mes sœurs

A tous ceux qui m'ont aidé de loin ou de près, je dédie ce modeste travail

REMERCIEMENTS

Ce travail n'aurait pu être mené à bien sans l'aide matérielle et les encouragements de nombreuses personnes.

Que toutes trouvent ici, l'expression de ma sincère gratitude.

Je tiens à remercier, plus particulièrement ***Mme Sophie Perez*** *pour sa disponibilité sa gentillesse, ses hautes qualités humaines ainsi que son attentive sollicitude a dirigé mes travaux.*

Ma reconnaissance est également acquise à Mr le professeur ***Lotfi Chedli*** *pour toute l'aide appropriée qu'il m'accordée dans la réalisation de ce travail et les précieux conseils et orientations dont j'ai tenté de tirer le meilleur profit.*

PREFACE

Tous les hommes de toutes les croyances, de toutes les religions, de toutes les vies,
tous les hommes de touts les Etats,
tous les hommes de toutes les nations,
tous les hommes de toutes les patries
sont devenus citoyens de la cité harmonieuse, parce qu'il ne convient pas qu'il y ait des hommes qui soient des étrangers.

Marcel, De la cité harmonieuse

Sommaire

Introduction

Partie première : Un droit d'entrée et de séjour restrictif et différencié

Titre premier : L'entrée dans l'U.E : des conditions rigoureuses

Chapitre premier : l'accumulation des conditions à remplir et les preuves à fournir

Section première : L'exigence quasi généralisée de visas

Section deuxième : Le renforcement des contrôles des étrangers aux frontières extérieures

Chapitre deuxième : Un droit de séjour différencié

Section première : Les différents motifs de séjour : une approche européenne répressive

Section deuxième : Les règles particulières : un accès facile pour certains ressortissants de pays tiers

Titre deuxième : Restriction de l'accès pour les demandeurs d'asile

Chapitre premier : Des instruments et mécanismes à des fins de verrouillage européen

Section première : un mécanisme commun de détermination du Pays responsable de l'examen des demandes d'asile

Section deuxième : Des instruments juridiques et techniques au service de la politique commune de gestion des flux migratoire

Section troisième : L'asile comme enjeu de gestion de l'immigration

Chapitre deuxième : Le mécanisme répressif instauré afin de filtrer les demandes d'asile

Section première : la rigueur des conditions relatives à l'obtention du statut de réfugié ou de protection subsidiaire :

Section deuxième : La diversification des procédures et l'enfermement des demandeurs d'asile

Conclusion de partie première

Partie deuxième : Les droits de l'étranger « résident »

Titre premier : les droits du migrant établi régulièrement sur le territoire de l'Union : un bilan mitigé

Chapitre premier : un régime ponctuellement assoupli dans le domaine des droits familiaux et sociaux

Section première : l'alignement des droits des étrangers sur ceux des citoyens européens dans le domaine social

Section deuxième : une protection relative du droit à la vie privée et familiale

Chapitre deuxième : la persistance des inégalités de traitement avec les nationaux dans le domaine politique et économique

Section première : la persistance des inégalités en matière économique

Section deuxième : une atteinte considérable au droit de l'étranger à la participation à la vie publique

Titre deuxième : Des mesures répressives pour les étrangers en situation irrégulière

Chapitre premier : Des atteintes considérables aux droits fondamentaux des étrangers en séjour irrégulier

Section première : une approche répressive de l'immigration irrégulière

Section deuxième : Le développement de nouvelles mesures répressives contre les étrangers en situation irrégulière

Chapitre deuxième : La sortie de l'étranger « indésirable »

Section première : Des garanties minimales en cas d'éloignement des étrangers en situation irrégulière : La Directive « retour »

Section deuxième : L'accélération des renvois des étrangers en situation irrégulière

Conclusion de deuxième partie

Conclusion générale

Liste des principaux sigles et abréviations

AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Art	Article
Bull. CE	Bulletin des Communautés Européennes.
CAAS	Convention d'Application des Accords de Schengen
CDE	Cahiers de Droit Européen.
CE	Communauté Européenne
CEDH	Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté Economique Européenne
CEPOL	Collège Européen de Police
CERE	Conseil européen sur les réfugiés et les exilés
CIEMI	Centre d'informations et d'études sur les migrations internationales
CJCE	Cour de Justice de la Communauté Européenne
Comm.EDH	Commission européenne des droits de l'homme
CMU	Couverture maladie universelle
Coll.	Collection
COREPER	Comité des Représentants Permanents
CRR	Commission de recours des réfugiés (fraçaise)
DG	Direction Générale
ED	Edition
EEE	Espace Economique Européen
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
GISTI	Groupement d'information et de soutient aux travailleurs immigrés
HCR	Haut commissariat aux réfugiés
Ibid	Ibidem, ici même
ICC	Instructions consulaires communes
IDEDH	Institut de droit européen et droit de l'homme
IJRL	International Journal of Refugee Law
In	Dans
Infra	Au dessous
JAI	Justices et Affaires Intérieures
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal officiel de la république française
JORT	Journal officiel de la république tunisienne
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de jurisprudence
NSIS	National Schengen Information Systèm

OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OLAF	Office Européen de Lutte Anti-Fraude
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. Cit.	« Opere citao » : dans l'ouvrage cité
PECO	Pays d'Europe centrale et orientale
PUF	Presses Universitaires de France
RAE	Revue des affaires européennes
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne
Rev.	Revue
RDUE	Revue du droit de l'Union Européenne
REDP	Revue européenne de droit public
REMI	Revue européenne des migrations internationales
RFDA	Revue française de droit administratif
RMC	Revue de Marché Commun
RMCUE	Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S I S	Système d'Information Schengen
SIS II	Système d'Information Schengen (deuxième génération)
Supra	Au dessus
T C E	Traité instituant la Communauté Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union Européenne
VIS	Visa Information Systèm
V.	Voir
Vol.	Volume

Introduction

La gestion des mouvements de population et des migrations internationales est l'un des défis les plus importants du XXIème siècle[1]. Selon les estimations des Nations Unies, notre planète compte aujourd'hui 240 millions de migrants internationaux ainsi que 740 millions de migrants internes[2]. Le nombre de personnes déplacées sous la contrainte s'élève à 44 millions.

Ces déplacements des personnes, d'un pays à l'autre, sont motivés par des considérations très différentes. Entre le touriste et le réfugié politique, se trouve plusieurs catégories de personnes, voyageurs, étudiants, travailleurs, oisifs qui traversent des pays ou s'y installent pour diverses raisons : fuite d'une région en guerre, regroupement familial, recherche de travail, études, débâcle à la suite d'une catastrophe naturelle[3], etc.

Certains d'entre eux sont ce que l'on appelle des clandestins. Ainsi on estime à 50 millions environ le nombre de personnes qui vivent et travaillent à l'étranger en situation irrégulière[4]. La problématique du droit des demandeurs d'asile et plus globalement celle des étrangers est donc plus que jamais d'actualité.

---

[1] - Chaque jour aux portes de l'Europe des étrangers en quête de meilleures conditions de vie tentent de pénétrer parfois au prix de leur vie en Europe. Cf. l'île Lampedusa (île du Sud de la Sicile à 138Km de la Tunisie et 300Km de la Libye) avec des débarquements records d'immigrants clandestins. Selon les données de l'OIM (Organisation internationale pour les migrations) mises à jour début mai 2011, 710 000 personnes ont fui la Libye depuis les débuts de l'insurrection, dont 339 000 en Tunisie, 262 000 en Egypte (chiffres arrondis). Par comparaison, le nombre des Tunisiens débarqués en Italie depuis décembre 2010 atteint à peine les 24 000 personnes en mai 2011 qui attendaient dans le centre d'accueil (d'une capacité de 190 personnes) l'autorisation pour rejoindre les pays de l'union européenne. [www/iom.int/jahia/webdav/shared/shared/…/reports/IOM-sitrep-MENA.pdf].

[2] - WIHTOL DE WENDEN (C.), *Les nouvelles migrations : lieux, homme, politique*, Ellipses, 2013, p.3.

[3] - La migration peut être la conséquence d'une fuite face à la survenance de fléaux. Par exemple, nul ne peut ignorer, aujourd'hui, que les changements climatiques (montée des eaux, sécheresse, avancée des déserts) constituent une nouvelle cause de déplacement des étrangers qui ne devrait cesser d'augmenter. Le Haute Commissariat des Réfugiés (HCR) considère, ainsi, que le nombre de réfugiés climatiques pourrait atteindre 50 millions de personnes d'ici 2020 et 150 millions d'ici 2050 en raison de l'impact sur la production alimentaire des catastrophes naturelles. D'ores et déjà, les catastrophes naturelles liées aux changements climatiques ont obligé 25 millions de personnes à fuir leurs pays. Les catastrophes naturelles similaires au tremblement de terre qui a causé la mort de plus de 240 000 personnes en Haïti début 2010 vont avoir pour effet de créer de plus en plus de mouvements de population. Or, cette situation de fait n'est pas appréhendée par le droit ; il n'existe pas de statut juridique pour les réfugiés climatiques ou écologiques (COURNIL (CH.), « Les réfugiés écologiques : quelle (s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », *RDP* 2006, p.1035) alors même qu'il devient urgent d'anticiper la répartition du « fardeau » pour reprendre l'expression malheureuse souvent utilisée au sein de l'Union à l'égard des étrangers fuyant leur pays en cas de survenance d'une guerre civile, laquelle constitue un fléau d'origine humaine malheureusement fort répandu notamment sur le continent africain.

[4] - PNUD (2009) *Lever les barrières: Mobilité et développement humains,* Rapport mondial sur le développement humain; HCR (2011), *Global Trends* 2010.

Ainsi, la maîtrise des phénomènes migratoires constitue-t-il un enjeu majeur pour les Etats accueillant des populations étrangères. Chaque Etat s'efforce en effet de contrôler les flux[5] qui peuvent s'établir à destination de son territoire. La sécurité revient constamment dans les motivations invoquées car chaque pays cherche à préserver son identité nationale et à assurer à ses citoyens les meilleures qualités d'existence compatibles avec les lois et les principes qui sont les fondements du consensus social[6]. Pour se protéger, les barrières du passé, parfois colossales comme la muraille de Chine, prennent aujourd'hui l'aspect de réglementations très complexes et contraignantes.

Néanmoins, les relations sociales, l'économie ou tout simplement la vie culturelle s'accommodent mal, au début de XXIème siècle, comme avant, de l'isolationnisme. Les Etats doivent sans cesse concilier les échanges avec les autres tout en protégeant leurs intérêts essentiels. Même en ces temps de crise économique mondiale, et peut-être plus encore qu'avant, les pays qui apparaissent encore comme des pays riches, et qui continuent à être considérés comme des terres d'abondance et d'espoir, sont des pôles d'attractions pour les populations qui vivent depuis longtemps dans la misère. Pour ces hommes et ces femmes, le voyage vers la terre promise, sans une pensée pour le retour, sont la plupart du temps volontaire malgré leur côté hasardeux. Dans un monde globalisé, ils ont sans doute encore, le devoir moral, sinon les moyens économiques, de les secourir et d'ouvrir leurs frontières.

---

[5] - la notion d'immigration prend une dimension double et nouvelle. Dans une première acceptation, l'immigration désigne le fait d'immigrer, de quitter son pays pour voyager et aller s'installer dans un autre. Il traduit un mouvement, un déplacement, individuel ou collectif d'immigrants. Lorsqu'il revêt un caractère massif, on parle alors de « migration » ou de « flux migratoire », FERRAN (N.), « La politique de maîtrise des flux migratoires et respect des droits et libertés constitutionnels » à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003- 484 DC du 20 nov. 2003, *RDP* 2004 (1), pp. 275-291.

La deuxième acception est celle qui envisage non le déplacement des immigrés, mais porte sur le comportement des acteurs de l'immigration. A savoir l'ampleur ou les effets de la présence étrangère dans le pays d'immigration.

La notion prend alors plusieurs formes : L'immigration est officielle lorsqu'elle fait l'objet d'un enregistrement par les instituts compétents. Elle est régulière lorsqu'elle est faite en conformité avec la législation en vigueur. Elle est irrégulière lorsqu'elle est faite en infraction des lois. Il s'agit de l'immigration clandestine. C'est cette forme qui est réprimée par les autorités compétentes.

Elle est réelle ou totale ou encore globale quand on tient compte de l'ensemble des personnes qui franchissent les frontières au cours d'une période, exception faite des touristes et des passagers qui ne font que transiter le territoire d'un pays. Elle est nette lorsqu'on fixe le nombre des immigrants qui restent effectivement sur le sol national. Autrement dit, c'est l'excédent des entrées sur les sorties.

[6] - Le citoyen est, étymologiquement (du latin civis, dont dérivé de civitas= société), le membre de la cité. Mais dans un sens plus précis, il est le national titulaire de droits et obligations à caractère civique. Le citoyen est celui qui doit contribuer aux charges de l'Etat par l'impôt, qui doit participer à sa défense par le service national, et qui en contre partie a droit de participer à la gestion des affaires publiques par le vote.

En principe, la définition des critères de citoyenneté ou de nationalité relève de la compétence exclusive des Etats. Les limites apportées à cette compétence sont de deux ordres : tout d'abord l'Etat doit respecter ses engagements internationaux ; ensuite, chaque Etat devrait se conformer au principe de la nationalité effective. « Ce principe, dont les contours ne sont pas entièrement fixés, a été énoncé par la CIJ dans son célèbre arrêt Nottebohm » (Voir sur cet arrêt, MAURY et De VISSCHER, « L'affaire Nottebohm », *Rev. Gén. Dr. Int. Pub*. 1956, p.257)

Ainsi, les mouvements migratoires ont façonné et façonnent l'histoire des peuples et des nations car le déplacement de l'homme se présente comme inhérent à sa nature. Ces migrations ont entraîné des bouleversements dans les politiques d'asile et d'immigration des Etats nations, particulièrement dans les pays européens[7]. L'immigration[8] vers et dans cette région du monde a pu prendre par le passé des aspects très différents.

Dans cette région comme ailleurs, les obstacles que les migrants doivent affronter au cours de son déplacement sont nombreux. Ils varient en fonction des lieux et des époques mais il est constant que la migration a un lien direct avec le mode de fonctionnement et l'organisation des sociétés. Le migrant devra, quelques soient la nature de ces règles les accepter, autrement dit, il y a toujours confrontation de l'étranger avec un droit qui n'est pas le sien mais dont le fait dépendre son désir de migration.

Cette confrontation est ancienne et remonte à l'Antiquité[9]. L'histoire de l'immigration repose sur le rapport entre le migrant et les autorités de l'Etat d'accueil et sur le pouvoir de ces derniers d'affirmer leur autorité ou leur souveraineté vis-à-vis de l'étranger qui se trouve sur son territoire.

Cette souveraineté personnelle, qui existait bien avant la création de l'Etat moderne, a conduit à développer un « droit régalien des étrangers » qui a deux conséquences successives et complémentaires. La première est d'identifier le migrant par rapport aux citoyens ou nationaux et la seconde de délimiter son statut par rapport à ces derniers.

Ainsi, dans la cité antique, l'étranger est celui dont on ignore le nom et l'origine. Il n'appartient pas par son patronyme, ni même par son ethnie, à l'état civil de la cité. Cette dernière est une organisation complexe qu'on ne peut circonscrire de manière précise. Au sein de la cité, l'étranger est désigné avant tout politiquement. Les grecs le nomment « le métèque », le

[7] - Pour un aperçu saisissant des phénomènes d'immigration et d'émigration en Europe de la préhistoire nos jours, voir notamment BAROU (J.), « Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration », Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 175 p.

[8] - L'immigration est « l'entrée, l'établissement temporaire ou définitif dans un pays de personnes non autochtones ». Cette définition fait écho à celle du dictionnaire Le Robert pour qui l'immigration est « l'entrée dans un pays d« l'entrée dans un pays d'éléments démographiques non-autochtones qui viennent s'y établir, généralement pour y trouver un emploi ». Il résulte de ces définitions que tout étranger se trouvant sur le territoire d'un Etat, touriste, homme d'affaires, travailleur frontalier, n'est pas pour autant un immigré. Ce sont les éléments de durée et d'intégration qui déterminent la spécificité de la condition d'un immigré.

Au sens strict du terme, l'immigré est toujours né à l'étranger. L'étranger né à l'étranger qui acquiert la nationalité de l'Etat d'accueil demeure immigré, mais cesse d'être étranger. Toutefois, « jusqu'à quand considère-t-on une population comme immigrée, alors qu'il s'agit normalement d'un état transitoire… ? E En effet, immigré n'est pas un statut, on est citoyen ou étranger », LIMOUSIN (A.), « L'histoire de l'immigration en France : une histoire impossible », *Revue française d'études constitutionnelles et politiques, Pouvoirs, l'immigration 47*, 1997, p.7.

[9] - Pour plus de détails, voir notamment GASPARINI (E.), « L'étranger et le droit : essai de mise en perspective historique » in DI MANNO (T.) et ELIE (M.-P.) (Sous la dir.) « L'étranger : sujet du droit et sujet de droits », Bruylant, Bruxelles, 2008, pp.17-24. Sp.17-21.

« barbare » qui, à la différence du premier, n'appartient pas au monde grec. Les romains, inspirés des coutumes grecques, emploieront plus tard les termes de « métèque » et « pérégrin », pour désigner celui qui ne possède pas la citoyenneté romaine.

Ainsi, la place conférée à l'étranger au sein de la cité grecque évolue en fonction de l'évolution philosophique et politique de la cité. Cette dernière a été, dans un premier temps fermée, puis s'est progressivement ouverte sur l'extérieur, sans pour autant conférer aux étrangers les mêmes droits qu'aux citoyens des citées grecques.

En effet, si l'étranger est appréhendé par la communauté nationale de diverses manières selon les liens culturels entretenus avec les cités extérieures, il y est toujours accueilli avec méfiance.

L'étranger ne possède, au sein de la cité, aucun droit, ni aucune protection. Ce statut traduit la méfiance qu'a développée le peuple grec, peuple sédentaire, envers « l'autre ». Le seul lieu ou l'étranger reçoit une protection est le sanctuaire[10]. Dans « les suppliantes »[11], l'auteur démontre que l'étranger trouve refuge dans le sanctuaire. Le suppliant facilite les relations entre les populations dans la cité. Dans « l'Odyssée[12] », Homère distingue trois axes d'analyse ; la reconnaissance de l'étranger, le rôle des voyages et les modalités d'incorporation à la cité.

Afin de faciliter son insertion, se développera même la fonction de « proxène »[13]. On retrouve aussi un traitement différencié selon l'activité de l'étranger dans la cité. Ainsi le voyageur et le commerçant ont deux statuts spécifiques que l'étranger peut posséder, lesquels démontrent la place d'hôte qui lui est réservée. Le proxène privé est, en général, originaire d'une autre cité et se voit confier la mission d'introduire l'étranger dans la cité. Les liens ainsi noué sont sanctionnés

---

[10] - Un sanctuaire est généralement un lieu ou édifice rendu ou devenu sacré (c'est-à-dire 'appartenant à un Dieu') pour une raison ou l'autre. Le terme désigne donc un site sacré. Il peut alors être interdit aux profanes, et accessible seulement aux personnes 'sacrées' (les prêtres) à la différence d'un temple classique construit pour être un lieu accessible en particulier aux fidèles, mais pas seulement à eux. Les sanctuaires sont donc souvent associés à l'idée de pèlerinage.

[11] - *Les Suppliantes* est une tragédie du poète Eschyle, probablement écrite dans les années 466 à463 av. J.-C.

[12] - L'*Odyssée* est une épopée grecque antique attribuée à l'aède Homère, qui l'aurait composée après l'Iliade, vers la fin du VIIIe siècle av. J.-C. Elle est considérée comme l'un des plus grands chefs-d'œuvre de la littérature et, avec l'*Iliade*, comme l'un des deux *poèmes fondateurs* de la civilisation européenne. Elle relate le retour chez lui du héros Ulysse, qui, après la guerre de Troie dans laquelle il a joué un rôle déterminant, met dix ans à revenir dans son île d'Ithaque, pour y retrouver son épouse Pénélope, qu'il délivre des prétendants, et son fils Télémaque. Au cours de son voyage sur mer, rendu périlleux par le courroux du dieu Poséidon, Ulysse rencontre de nombreux personnages mythologiques, comme la nymphe Calypso, la princesse Nausicaa, les Cyclopes, la magicienne Circé et les sirènes. L'épopée contient aussi un certain nombre d'épisodes qui complètent le récit de la guerre de Troie, par exemple la construction du cheval de Troie et la chute de la ville, qui ne sont pas évoquées dans l'Iliade. L'*Odyssée* compte douze mille cent neuf hexamètres dactyliques, répartis en vingt-quatre chants, et peut être divisée en trois grandes parties : la *Télémachie* (chants I-IV), les *Récits d'Ulysse* (chants V-XII) et la *Vengeance d'Ulysse* (chants XIII-XXIV). L'*Odyssée* a inspiré un grand nombre d'œuvres littéraires et artistiques au cours des siècles, et le terme « odyssée » est devenu par antonomase un nom commun désignant un «récit de voyage plus ou moins mouvementé et rempli d'aventures singulières ». Pour plus de détails consulter le site internet : http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Odyssée&oldid=97287193.

[13] - Un proxène est un citoyen protecteur des citoyens d'une autre cité, dans la Grèce antique.

par la religion. L'hospitalité[14] permet à l'étranger de s'identifier dans la cité comme étant sous la protection d'une personne.

L'étranger peut aussi se placer sous la protection d'un citoyen qui endosse le rôle de « guide ». Il peut lui trouver un abri et même l'aider à créer des liens afin de se faire accepter par les habitants de la cité. Ce dernier aura également, le cas échéant, un pouvoir de représentation devant les instances judiciaires. Au milieu du VI siècle av. J.C., ce rôle devient une fonction et a une finalité essentielle dans la mesure où il participe à l'intégration de l'étranger dans la cité. Se produit alors un phénomène d'acculturation[15].

Lors de son arrivée au sein de la communauté nationale, est conclu un pacte implicite entre cette dernière et l'étranger. Ce dernier doit respecter les institutions et la pérennité nationale, en contre partie lui sont reconnus des avantages qui découlent du statut d'hôte. En cas de respect de ce pacte, l'étranger peut alors prétendre à la naturalisation. Il peut s'installer de manière définitive au sein de la cité. L'hospitalité induit la reconnaissance d'avantages à l'étranger dans le but de l'assimiler à la communauté.

L'intégration effective de l'étranger au sein de la communauté nationale induit sa naturalisation. Au début du VI av. J.C. siècle, Solon[16] promulgue les premières lois relatives à la naturalisation. L'étranger ne peut être naturalisé que dans l'hypothèse où il a rompu ses attaches avec sa communauté d'origine. En effet, la naturalisation impose de prêter allégeance au souverain. En 508 av. J.C., Clisthène[17] prône une politique d'intégration afin de renforcer la démocratie.

---

[14] - D'inspiration religieuse, le principe de l'hospitalité induit de traiter l'étranger avec respect, en effet, l'hôte est un invité de Dieu que le membre de la cité doit accueillir avec respect.

[15] - L'acculturation est « *l'ensemble des phénomènes qui résultent d'un contact continu et direct entre des groupes d'individus de cultures différentes et qui entraînent des modifications dans les modèles culturels initiaux de l'un ou des deux groupes. Il faut bien distinguer l'« acculturation » de l'« assimilation » (dans cette dernière, la culture de l'un des groupes impliqués s'efface complètement au profit de celle d'un autre, et si cette assimilation est forcée, on parle parfois d'« ethnocide »). Le terme d'acculturation recouvre deux sens différents :en psychologie sociale, il désigne le processus d'apprentissage par lequel l'enfant reçoit la culture de la famille, du groupe, du milieu ou de l'ethnie auxquels il appartient) ;*
- en anthropologie culturelle, il désigne les phénomènes et processus de contacts et d'interpénétrations entre deux (ou plusieurs) groupes culturels (c'est le sens ici retenu). », http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Acculturation&oldid=96787440.

[16] - Souvent considéré comme l'inventeur de la démocratie, il fait partie des Sept Sages de la Grèce. Il naît à Athènes dans une famille eupatride. Il se rend populaire lors d'une guerre contre la cité voisine de Mégare, gagnée sur ses conseils. Il joue ensuite un rôle politique important, et promulgue une série de réformes accroissant considérablement le rôle de la classe populaire dans la politique athénienne, réformes qui portent son nom.

[17] - Clisthène d'Athènes fut un réformateur et un homme politique athénien, qui instaura les fondements de la démocratie athénienne. Après la fuite et l'exil d'Hippias en Asie Mineure, le jeu politique laissant plus de place aux grandes familles aristocratiques, Clisthène revient sur le devant de la scène. Il se pose alors en champion de l'isonomie et renverse les aristocrates. Pour plus de détails, consulter le site internet : www.larousse.fr/encyclopedie/personnage/Clisthène113877

Ainsi, la cité archaïque est ouverte et accueille l'étranger selon la tradition de l'hospitalité. L'étranger bénéficie de certains droits. Pourtant, certaines catégories d'étrangers restent exclues, tels ceux qui sont désignés comme étant des barbares, extérieurs au monde grec. L'étranger sans droits demeure, mais il n'a plus la même provenance, et il y a donc à partir de ce moment là plusieurs catégories d'étrangers.

L'évolution du statut du citoyen induit donc l'évolution du statut de l'étranger dans la Grèce antique[18] et l'évolution institutionnelle de la cité induit une modification de la place de l'étranger par rapport à celle du citoyen.

Par la suite, le terme « étranger » n'a plus donc la même signification. Les cités grecques évolueront vers une restriction du statut du citoyen et une marginalisation de la place de l'étranger dans la cité. Périclès[19], à travers les lois de 451 av. J.C., redéfinit la place du citoyen dans la cité par rapport à celle de l'étranger. Pour être citoyen, il faut être né de deux parents athéniens. Par ailleurs, les institutions de la cité évoluent. Elles reposent désormais sur le principe de la collégialité et sur un nombre restreint de citoyens. Ces derniers possèdent de nombreux droits et consacrent l'essentiel de leurs temps à des activités politiques ; alors que les lois de naturalisation sont strictes. Toutefois, en période de guerre, les conditions relatives à la naturalisation sont appréciées avec plus de souplesse pour deux raisons. D'une part, les gouvernants tentent de créer des alliances diplomatiques, d'autre part, ils essaient de reconstituer le corps des citoyens.

Par ailleurs, la fonction de proxène se développe. Ce dernier acquière un rôle double, de protecteur et d'hôte. Il se voit confier un rôle diplomatique, en recevant les ambassadeurs de la cité d'origine. Il peut également servir d'intermédiaire dans l'hypothèse ou sa patrie est en guerre contre la cité.

Le proxène bénéficie de droits et protections mais ne lui sont pas reconnus d'avantages financiers puisqu'il n'est pas citoyen. Dans les cités de petites tailles, son intégration au corps des citoyens est plus rapide. Bien que n'étant pas citoyen, lui est reconnu le droit de siéger à l'assemblée et ce en vertu de sa fonction.

---

[18] - L'évolution de la cité grecque est en partie due aux guerres médiques. Celles-ci induisent une nouvelle conception du monde mais également de la place de « l'Autre » dans la cité. Les gouvernants opèrent une distinction entre deux catégories d'étrangers, d'une part le métèque et d'autre part, une catégorie cosmopolite.

[19] - En 451 av. J.C. sur proposition de Périclès, l'Assemblée adopte un décret qui durcit les conditions d'accès à la citoyenneté par la naissance. Avant cette loi, il suffisait d'avoir un père athénien pour être citoyen de plein droit. La nouvelle loi impose une double origine athénienne en ajoutant l'obligation d'une filiation maternelle. Pour plus de détails sur ce sujet, consulter : www.cndp.fr/archive-musagora/citoyennete/.../loi-de-451.htm

A partir de 460 av. J.C., le terme de « métèque » devient officiel. Le métèque désigne le « non citoyen » libre. Son statut au sein de la communauté relève avant tout de sa participation à l'activité économique de la cité. En contre partie, il se voit reconnaitre le droit de participer aux fêtes civiques. Lors de son entrée dans la cité, ses relations avec la communauté nationale sont juridicisées.

L'hospitalité induit en effet la reconnaissance de droits. En contre partie, le métèque a des devoirs. Il doit notamment contribuer aux impôts, assumer des liturgies, accomplir son devoir militaire. L'intégration effective du métèque à la communauté nationale dépend du respect de ce contrat implicite.

Mais là encore, les statuts sont différenciés au sein des étrangers puisqu'une dichotomie existe entre le métèque issu d'une communauté proche et le métèque issu d'une communauté lointaine de la cité. Son également pris en compte les objectifs du séjour ainsi que sa durée. L'acceptation de l'étranger au sein de la communauté repose sur les règles d'hospitalité qui peuvent cependant révéler des différences en fonction de la nature du séjour.

Au début du II siècle av. J.C., la culture grecque et notamment cette conception de l'étranger prédomine le monde romain. Bien que les romains la reconnaissent, elle n'est que modérément admise et fait l'objet de critiques. Le concept de « barbare » prégnant dans le monde grec, heurte la sensibilité romaine. En effet, les grecs ont une vision duale du monde. En conséquence, celui qui n'appartient pas à la communauté nationale est un « barbare ». Selon la philosophie grecque relativement à l'identification de l'autre au sein de la société, le grec peut être un barbare dans le monde romain. Cette pensée va progressivement s'émanciper et les romains vont définir selon leurs propres critères celui qui est désigné comme « l'étranger » au sein de la communauté nationale[20].

En outre, le monde romain est dominé par l'esprit militaire et s'agrandit au fil des conquêtes. L'importance de la conception grecque de l'étranger n'est pas satisfaisante et les penseurs romains tentent de définir les principales caractéristiques de l'étranger, qui permettent de le différencier tant du citoyen que de l'esclave. Celles-ci sont au cœur de son statut.

Rome, dans le cadre d'une politique impérialiste, a su dépasser le cadre étroit de la cité. Pour autant, les Romains distinguaient eux-aussi les citoyens et les étrangers de toutes sortes, latins d'abord, puis « pérégrins » au fur et à mesure que s'épanouit la conquête romaine du bassin

[20] - La vision romaine de l'étranger présente ces propres caractéristiques qui la différencie de celle des grecs. Les romains refusent d'appliquer un principe de catégorisation. Chaque peuple possède ses propres caractéristiques lesquelles sont appelées à jouer un rôle important dans la différenciation. Certains intellectuels reprennent ces différents critères et tentent de proposer des justifications et des rationalisations.

méditerranéen. Concernant les étrangers, hormis ceux qui sont réduits en esclave, Rome a ainsi mené une politique d'intégration, plus ou moins partielle. Les Latins ont reçu assez rapidement certains attributs de la citoyenneté romaine, de même que les Italiens.

Le mouvement est accéléré en 90 av. JC, suite à la grande guerre sociale. Mais, Rome n'a pas pratiqué non plus l'assimilation forcée. Les pérégrins[21], en fait les provinciaux, habitants des régions conquises, ont vu leurs coutumes respectées. En 242 av. JC., une *lex Acilia* a crée le prêteur pérégrin, « *qui interperegrinos ius dicit* »[22], magistrature spéciale destinée à régler les rapports juridiques entre Romains et pérégrins, et qui accompagnait l'établissement d'un droit commun aux uns et aux autres qui recevra le nom de *jus gentium*. Le point d'orgue de la législation romaine sur les étrangers est resté le célèbre édit de l'empereur Caracalla[23] qui, en 212 ap. JC., a octroyé la citoyenneté romaine à tous les habitants libres de l'empire[24].

En définitive, les grecs et les romains ont une représentation duale du monde qui se répercute sur le statut de l'étranger d'où la dichotomie entre l'étranger de la communauté et l'étranger à la communauté. Le statut de l'étranger dans la cité évolue, en Grèce comme à Rome, en parallèle de l'évolution de la cité. La place conférée de l'étranger au sein de la communauté d'accueil n'est figée mais évolue en parallèle de l'évolution institutionnelle de la cité. Celle-ci renvoie à la société l'image qu'elle a d'elle-même.

Ensuite, à l'époque féodale, le renforcement de l'autorité du seigneur sur tous ceux qui vivent dans sa seigneurie conduit à considérer comme étranger celui qui n'y est pas né. Selon les lieux, on le désigne par le terme *albanus, extraneus, forneus*, c'est –à-dire aubin, extérieur ou forain[25]. C'est le mot aubain qui va à la longue s'imposer. La qualité d'aubain correspond à une situation d'infériorité sociale, proche de celle des serfs ou encore des bâtards[26]. Et comme ces derniers la

---

[21] - Le pérégrin est un homme libre au sein du monde romain mais qui ne possède pas la citoyenneté romaine, ni même le statut juridique du latin. Il bénéficie néanmoins, de la tradition de l'hospitalité en vertu de son statut d'hôte.
Dans le monde romain, l'influence des flux migratoires et la présence importante d'étrangers conduisent à développer le principe d'hospitalité. La protection offerte à l'étranger est avant tout juridique eu égard la conception romaine de la société qui sur ce point se différencie du monde grec. Est institué la fonction de préteur pérégrin.
Aux prémisses de l'institution, la fonction de préteur a été instituée en 367 en remplacement du « praefectus urbi ». Le préteur se voit attribuer la mission de rendre la justice. En 241, la fonction de préteur évolue avec l'apparition du préteur pérégrin dont la charge découle du principe d'hospitalité. Le préteur pérégrin veille aux relations qui lient l'étranger au citoyen romain.

[22] - HUMBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, Paris, 7e éd., 1999, p.299.

[23] - *Ibid*.

[24] - hormis semble-t-il aux pérégrins déditices (selon l'édit de Caracalla, il est un homme non libre généralement prisonnier de guerre). Sur l'interprétation de la réserve « sauf les déditices » formulée par la constitution Antonienne, voir HUMBERT (M.), *op.cit*., pp. 399-400.

[25] - BART (J.), « Etrangers », dans ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la dir. de), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, 2003, pp. 669-670.

[26] - *Ibid,* p.669.

principale incapacité qui les frappe est d'ordre successoral[27]. L'aubain ne peut ni hériter ni transmettre ses biens. A sa mort, c'est le seigneur du lieu qui recueille le patrimoine du défunt. C'est le fameux droit d'aubaine, source d'enrichissement non négligeable pour le seigneur.

Avec la renaissance urbaine, la notion d'étranger aborde également le cadre spatial de la ville. Même si les chartes de franchises ne qualifient pas précisément l'étranger[28], il y a ceux qui appartiennent à la commune et ceux qui sont « *aliquis aliunde* »[29], qui viennent d'ailleurs. L'*extraneus* ou le forain est ainsi « *l'individu extérieur aussi bien au territoire sur lequel s'exerce l'autorité urbaine qu'à la communauté privilégiée constituée par l'ensemble des habitants de la cité ou du bourg* »[30].

A compter du XVIII siècle avec le renforcement considérable de l'autorité royale, la manière de déterminer la notion d'étranger change de plan. Comme l'a écrit Bernard d'Alteroche, « *l'émergence du concept de souveraineté se traduit par une nouvelle vision du territoire politique sur lequel le roi prétend à l'exercice de son autorité rejaillit ainsi sur la manière dont se définit l'étranger* »[31]. Sémantiquement, c'est le terme d'aubain qui s'impose progressivement pour désigner l'étranger au royaume[32]. La naissance hors du royaume devient alors le critère permettant de déterminer la qualité d'étranger. Quant à la royauté, à partir du XIVe siècle, elle capte à son profit les prérogatives seigneuriales à l'encontre des étrangers. Le droit d'aubaine devient un droit régalien[33], et l'on assiste à la mise en place d'un véritable régime juridique de droit commun applicable à tous les étrangers.

Ensuite, dès l'apparition des premières sociétés institutionnalisées, on établit une différence entre l'autochtone et l'allochtone, entre le citoyen et l'étranger. Ce dernier est donc considéré comme une catégorie spécifique. Si le citoyen est relié par un lien de droit à la nation, tel n'est pas le cas de l'étranger. Sociologiquement et juridiquement, l'étranger représente une personne extérieure à la communauté nationale qui se voit accorder l'hospitalité. Les pouvoirs publics ont pour finalité de préserver l'ordre public.

Ainsi, l'étranger ne saurait porter atteinte à la pérennité nationale. Le statut d'hôte se caractérise par l'absence de trouble. « *Le régime juridique de l'étranger est essentiellement destiné à s'assurer que sa présence sur le territoire national ne trouble pas l'ordre public, faute*

---

[27] - *Ibid*, p.670.
[28] - D'ALTEROCHE (B.), *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume (XIe- XVe siècle)*, LGDJ, Paris, 2002.
[29] - *Ibid*., p. 38.
[30] - *Ibid*., p. 46.
[31] - *Ibid*., p.49.
[32] - BART (J.), « Etranger », *op.cit*., p.670.
[33] - *Ibid.*, p. 670.

de quoi il peut être expulsé »[34]. La législation relative à l'entrée et au séjour de l'étranger a pour objectif de déterminer les critères de désirabilité de l'étranger mais également les contours du statut de l'étranger.

L'étranger est désigné comme quelqu'un d'extérieur à la cité et par conséquent comme non citoyen, qui par opposition au citoyen, n'appartient pas à la communauté nationale. A la différence du citoyen, l'étranger ne se voit pas reconnaître la jouissance de droits et l'obligation de devoirs. « *La situation qui lui est faite révèle, souvent, à elle seule, le degré de tolérance de la société à l'égard des autres, de ceux qui ne font pas partie du groupe organisé en société politique originaire* »[35].

Cependant, le rôle primaire des gouvernants, qu'ils détiennent du pacte social, est de maintenir la cohésion nationale et d'éviter les menaces d'où la régulation des flux migratoires. L'Etat oriente l'avenir de la communauté nationale à travers la définition du statut de l'étranger. En effet, à travers celle-ci, l'Etat peut instituer une barrière plus ou moins souple entre l'étranger et le citoyen et poser, par ailleurs, des conditions plus ou moins strictes à l'inclusion dans le cercle restreint des citoyens.

L'Etat définit la notion d' « étranger » en fonction des critères historiques, démographiques, économiques mais aussi en fonction de sa vision à venir de la nation. Cette vision conditionne le statut de l'étranger sur le territoire national. L'étranger a une place spécifique au sein de la communauté d'accueil. Celle-ci résulte de la conséquence de son non attachement à la puissance publique par un lien de droit. L'étranger ne fait pas partie du cercle inclusif des nationaux-citoyen. Son statut au sein de la communauté nationale traduit cette conception. Ainsi, les gouvernants ont assimilé le danger que représente l'Etat à l'étranger. Le droit des étrangers traduit cette conception. Le statut de l'étranger ne saurait être assimilé à celui du national.

Par conséquent, la présence de l'étranger sur le territoire national est réglementé afin de conférer à la puissance publique les moyens d'exercer un contrôle sur « l'élément extérieur » et de pouvoir mettre fin à son séjour dans l'hypothèse ou il ne respecte pas les règles fondamentales de la communauté d'accueil.

La méfiance suscitée par l'étranger en raison de la part d'inconnu qu'il véhicule, induit qu'il soit écarté du groupe social afin qu'il puisse être surveillé. En effet, « *dans la plupart des cas, pour entrer et séjourner sur le territoire d'accueil, il faut y être autorisé par l'administration et les conditions d'entrée et de séjour des étrangers peuvent être restreintes par des mesures de*

[34] - LAFERRIERE (J.F.), droit des étrangers, *P.U.F.*, Paris, 2000.
[35] - MODERNE (F.), « droit des étrangers », *in libertés et droits fondamentaux*, (sous la dir.) de M.DELMAS MARTY et C. LUCAS DE LEYSSC, éd. du Seuil, 1996.

police administrative en ce sens, certains qualifient le régime des étrangers d'un régime de police »[36].

Ainsi, la plupart des mesures adoptées dans ce domaine ont pour but de prévenir une menace à l'ordre public. Ce régime d'autorisation conditionne l'accès et le séjour de l'étranger sur le territoire national. S'il souscrit à ces obligations, l'étranger bénéficie alors de la tradition de l'hospitalité comme celle qui a été développée en Grèce antique et il est soumis à des obligations en contre partie desquelles lui était reconnus des droits.

Par ailleurs, il appartient à la puissance publique de définir les conditions relatives au séjour de l'étranger et notamment de préciser les droits et libertés qui lui sont reconnus tout en assurant leur conciliation avec les exigences de l'ordre public. Ce dernier structure et encadre le statut de l'étranger hôte.

En définitive, l'étranger est un « *sujet qui peut être qualifié d'universel, en ce sens que le phénomène social étudié se retrouve dans toutes les sociétés humaines du passé et du présent…Passé ou présent, il y a toujours eu des étrangers jouissant d'un statut plus ou moins particulier, différent de celui des personnes qu'on ne considère pas comme des étrangers* »[37]. L'étranger est donc celui qui ne fait pas partie du groupe social, celui qui n'appartient pas à la communauté, à la nation. En rupture avec le droit cosmopolitique[38], condition d'une hospitalité universelle selon Emmanuel Kant, l'étranger est défini, depuis la révolution française, comme celui qui n'appartient pas à l'Etat-Nation. Ainsi, toujours déterminé par la négative, l'étranger est le non- national. Il bénéficie en conséquence d'un statut particulier, toujours inférieur à celui qui appartient au groupe, à l'Etat-Nation.

En outre, le traitement particulier réservé à l'étranger[39] fait de celui-ci un sujet de droit particulièrement intéressant à étudier, d'autant plus que cette singularité existe depuis l'antiquité où la « *théorie des cercles concentriques* »[40] séparait les Métèques[41] des Barbares[42]. Le cercle le plus éloigné subissait les discriminations les plus considérables et bénéficiait d'un statut moins favorable.

---

[36] - « Une loi de police », *plein droit*, n° 29-30, 1995, p.41.
[37] - GILISSEN (J.), L'étranger, Recueil de la société de Jean Bodin, éd. Librairie encyclopédique de Bruxelles, 1958, p.5.
[38] - KANT (E.), Projet de paix perpétuelle, Hachette, réédition, 1998 ; CHAUVIER (S.), *Du droit d'être étranger, essai sur le concept Kantien d'un droit cosmopolitique*, éd. L'Harmattan, 1996.
[39] - L'origine étymologique est *extraneus*, voir réflexions sur origine de l'étranger in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.667-672.
[40] - LAGARDE (P.), *l'étranger*, Travaux de l'association Henri Capitant, journée luxembourgeoise, tome XLVIII 1997, éd. LGDJ, Paris, 2000, p. 25 et ss.
[41] - Le Métèque est grec mais d'une autre cité.
[42] - C'est celui qui n'est pas grec. Cf. article MOURGEON (J.), « Barbares et Métèques », *AJDA*, mai 1978, p. 243-247.

Les différences de traitement entre nationaux[43] et étrangers s'expliquent en gros par trois types de considérations :

- Le principe de souveraineté étatique, qui permet à chaque Etat de réglementer comme il l'entend l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire, et qui constitue un facteur irréductible de différenciation entre la situation juridique des nationaux et celle des étrangers et qui a des répercussions sur toute une série de domaines ;
- La référence à l'Etat-nation qui, en réservant aux nationaux l'exercice de la citoyenneté, exclut par là-même les étrangers d'un ensemble de droits qu'on considère comme étant liés à la citoyenneté (les droits politiques et les droits civiques) ;
- L'idée qu'il faut protéger la collectivité nationale contre les risques que peuvent lui faire courir la présence ou l'influence étrangères, tant sur le plan de la sécurité et de l'ordre public qu'en matière économique (concurrence sur le marché du travail par exemple).

Ainsi, le droit des étrangers est-il intimement lié à l'évolution économique et politique mondiale. Le « *droit moderne des étrangers apparaît au XIXème siècle, sous le développement des communications qui permet des échanges plus nombreux, plus rapides et plus pratiques des hommes (...)* »[44]. Il a évolué en même temps que les migrations internationales. Au début, ce droit avait pour principal objectif la réglementation de la migration internationale avec ses deux aspects : l'émigration et l'immigration. Ce droit a par la suite incorporé un deuxième type de droit, celui de la protection des migrants. Le développement de ce deuxième type de droit

[43] - Le national d'un Etat est une personne présentant avec lui un lien de nationalité. En droit international, la nationalité est le lien juridique rattachant un Etat à une personne indépendamment de l'espace où celle-ci se trouve (Deux règles fondamentales gouvernent l'attribution de la nationalité par l'Etat :

La première est celle de la liberté de déterminer les règles d'attribution, souvent fixées par la législation nationale dans un code de la nationalité. Cette liberté s'applique à la nationalité d'origine, que l'on retienne le critère de la filiation par le droit du sang (jus sanguinis) ou que l'on retienne celui du droit du sol (jus soli) ou encore que l'on combine les deux. Elle concerne également la détermination des règles relatives à la nationalité par le jeu de l'acquisition par déclaration devant un juge du tribunal d'instance (mariage, adoption ou enfant recueilli) et par décret de naturalisation.

La seconde règle établit qu'exclusive, la compétence d'attribution de la nationalité par l'Etat n'est cependant pas pour autant discrétionnaire. Comme le prouve une affaire célèbre ayant opposé le Lichtenstein au Guatemala à propos de l'opposabilité des conditions d'attribution de la nationalité du premier de ces deux Etats au second, la Cour internationale de Justice (CIJ) a été amenée à préciser qu' « un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies ne devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'Etat qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats », (Nottebohm du 6avril 1955, Rec. 1955, p. 23). La Cour entend par-là que la nationalité n'est pas purement formelle mais exprime une solidarité d'existence, d'intérêts, de sentiments tendant à une réciprocité de droits et de devoirs. La Cour fait référence au principe d'effectivité.). Elle permet donc à un Etat d'exercer notamment sa compétence sur certains individus y compris lorsqu'ils se trouvent sur un territoire étranger ou à l'intérieur d'espaces internationalisés, REZEK (J.F.), « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, III, t. 198, p. 335-400.

[44] - LAFERRIERE (F.J.), *op. cit*., p. 19.

pourrait s'expliquer par le développement des mouvements migratoires et des comportements xénophobes à l'égard des étrangers.

Ainsi, à la fin du XIXème siècle, les étrangers se virent accorder soit le traitement national ou le standard minimum international. Le traitement national n'était pas une panacée, au vu du développement inégal des pays et du traitement inadéquat conféré par certains pays à leurs propres ressortissants. Le standard minimum international, développé par le Secrétaire d'Etat Root[45] en 1920 et ensuite par Borchard[46] en 1940, contient des éléments de procédure et de substance qui n'ont pas perdu de leur actualité.

Le milieu du XXème siècle a vu l'émergence du *corpus* des droits de l'homme, applicables à tout être humain –national, étranger, migrant- mettant au second plan le débat entre partisans du traitement national et du standard minimum. Malgré le nombre d'instruments relatifs aux droits de l'homme des étrangers, force est de constater que, aujourd'hui, ces derniers sont confrontés à un nombre croissant de problèmes et de difficultés, dont voici une liste non exhaustive : incapacité de certains Etats à protéger effectivement les droits des migrants ; mesures administratives rendant difficile l'accès aux tribunaux ; racisme, xénophobie et autres formes d'intolérance ; traite, en particulier de femme et d'enfants ; salaires inférieurs aux minima établis ; conditions de travail dangereuses.

Ainsi, l'étranger a un statut spécifique sur le territoire national. Il se différencie du national en ce qu'il n'est pas rattaché à la puissance publique par un lien de droit et ne peut donc jouir des prérogatives du citoyen. Au sein d'une communauté nationale, l'étranger jouit d'un statut qui

[45] - Elihu Root est né le 15 février 1845 à Clinton (New York), décédé le 07 février 1937. Avocat, il fut secrétaire à la Guerre sous le président McKinley, puis secrétaire d'Etat sous Roosevelt. Il initie plusieurs accords d'arbitrage avec les pays d'Amérique latine. Il reçoit le prix Nobel de la paix en 1912. Il a été désigné comme secrétaire d'Etat des Etats-Unis par le président Roosevelt. Il a placé le service consulaire dans la fonction publique *(Civil Service)*. Il a maintenu la politique de la porte ouverte *(Open Door Policy)* en Extrême-Orient. Pendant un voyage en Amérique latine en 1906, Root a persuadé ces gouvernements de participer à la conférence pour la Paix de la Haye. Il a travaillé avec le Japon sur l'émigration vers les États-Unis et en connexion avec la Chine et a signé l'accord Root-Takahira *(Root-Takahira Agreement)*, qui limitait les fortifications navales américaines et japonaises dans le Pacifique. Il a travaillé avec la Grande-Bretagne pour résoudre les problèmes de frontières en Alaska entre les États-Unis et le Canada, et aussi s'est occupé des problèmes de l'industrie de la pêche dans l'Atlantique Nord. Il était un fervent partisan de l'arbitrage pour résoudre les litiges internationaux. Il fut président de la Fondation Carnegie pour la Paix internationale de 1910 à 1925. Après la Première Guerre mondiale, Root soutint la Société des Nations et participa à la commission de juristes, qui créa la Cour permanente de justice internationale. En 1922, le président Warren G. Harding le nomma délégué à la conférence internationale sur la limitation des armements. Il fut le président fondateur du Conseil des relations étrangères, créé en 1921 à New York.

[46] - Edwin Borchard était un américain, juriste et professeur de droit à l'Université de Yale. Il a également servi en tant que bibliothécaire de la loi dans la loi de la Bibliothèque du Congrès. Il était un représentant de l'American Civil Liberties Union au cours de 1944. Il a étudié et pratiqué le droit à l'Université de Yale pendant 34 ans. En 1940 a publié un article relatif au « norme minimale de traitement des étrangers», *Faculté des bourses Series.* Paper 3469. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3469

repose sur le respect de l'ordre public de l'Etat mais aussi sur des droits, qui relèvent aussi des droits fondamentaux respecté par cette communauté.

De plus, le statut juridique des étrangers dépend souvent du motif de l'exil. Tout d'abord, les migrants[47] « économique » en quête de meilleures conditions de vie relevant du statut de droit commun sont soumis à des règles minimales d'accueil. Ensuite, les demandeurs d'asile, catégorie à part de ressortissants de pays tiers, disposant d'un traitement particulier selon les types de persécutions subies, bénéficient de droits plus ou moins favorables. Enfin, l'apatride[48], « *une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant en application de sa législation* »[49], bénéficie d'une protection offerte par le droit international (la Convention de New York du 28 septembre 1954[50]). Les droits et libertés de l'apatride ne seront pas étudiés spécifiquement puisque son statut relève du droit commun de l'étranger[51].

En outre, ce « statut » de l'étranger recouvre un ensemble de dispositions législatives et réglementaires relatives aux droits et libertés touchant à la personne de l'étranger. Les droits relatifs à l'entrée, au séjour et à la sortie du territoire forment essentiellement ce statut. Des droits économiques, sociaux et culturels ainsi que des droits civils et politiques relèvent également du statut de l'étranger.

Toutefois, il est à noter que les règles liées à l'entrée, au séjour et à la sortie constituent l'ensemble des droits spécifiques applicables uniquement aux étrangers, le statut propre aux étrangers. Elles en constituent le « noyau dur » et représentent le « régime de police » auquel ils sont soumis.

---

[47] - Il faut distinguer entre migrant et immigré. Le migrant est toute personne qui quitte son pays pour un autre, mais le migrant ne devient immigré que s'il quitte son pays pour se fixer de façon durable dans un autre pays. De même, l'immigré n'est pas synonyme d'étranger (Marie-Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé, LGDJ*, 2007, p. 596.). Ce dernier est l'individu qui n'a pas la nationalité du pays où il réside alors que l'immigré est l'individu qui n'est pas né dans le pays où il réside. Au sens strict, l'immigré est toujours né à l'étranger, c'est donc par un abus de langage que l'on parle d' « immigré » de la deuxième ou de la troisième génération. Les enfants nés dans le pays d'établissement de leurs parents peuvent être des étrangers mais ne sont pas des immigrés ; en revanche, l'étranger né à l'étranger qui acquiert la nationalité du pays d'établissement n'est plus un étranger mais demeure immigré.

[48] - JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Droit des étrangers*, 1ère éd. PUF, 2000, p.347-354.

[49] - L'apatride est très ancienne, elle existait dans le droit romain « *peregrini sine civitate* », et dans le droit ancien sous le terme « Epave » qui se distinguait de l'étranger de droit commun « Aubain ». Entre les deux guerres, les apatrides furent assimilés aux réfugiés ; en 1954, l'apatridie est définie internationalement par la Convention de New York. Une deuxième Convention de New York du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie complète le dispositif international. Elle fait du « droit à la nationalité » un véritable droit de l'homme.

[50] - Convention de New-York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954 par une conférence de plénipotentiaires réunie en application des dispositions de la résolution 526 A (XVII) du Conseil économique et social en date du 26 avril 1954, disponible sur le site internet : www.fil-info-france.com/actualites-monde/convention,de,new-York,28,septembre,1954.htm .

[51] - Le statut de droit commun s'applique à l'apatride s'agissant de l'entrée, du séjour et de la sortie. Il est d'ailleurs regrettable que ce statut ne soit pas aligné sur celui du demandeur d'asile, comme le réclament depuis longtemps les associations de défense des étrangers.

Ce régime qui est l' « *ensemble de règles d'infra-droit dans les années soixante-dix, a contribué à former un statut dans lequel se sont intégrées, non sans difficulté, quelques garanties. Néanmoins, ce statut repose toujours sur le principe de l'interdiction même si certaines libertés viennent désormais contrebalancer ces interdits. En effet, les droits et libertés sont, la plupart du temps, accompagnées d'une série d'exceptions applicables aux étrangers* »[52].

A ce propos, Jacques Mourgeon estimait que « *le statut de l'étranger (...) est à deux composantes, plus ou moins équilibrées selon les cas : celle positive, des avantages et celle, négative, des interdits* »[53]. Ce statut fait transparaître alors un droit particulier, un droit spécifique, un droit d'exception qui peut être aussi la justification de conditions discriminatoires.

L'ambivalence du statut de l'étranger encore aujourd'hui s'explique essentiellement par la place que l'Etat occupe dans la problématique de l'immigration et de l'asile. En effet, les règles de l'entrée, l'autorisation de séjour, ainsi que l'éloignement d'un étranger relèvent des prérogatives régaliennes. L'Etat affirme sa puissance, sa souveraineté territoriale et sa suprématie sur les étrangers. L'affirmation de la souveraineté implique que l'Etat choisisse, en toute indépendance, de développer sa politique à l'égard des étrangers présents sur son territoire. Dès lors, le droit a toujours été marqué par ce rapport de domination de l'Etat.

Néanmoins, à l'aube du XXI siècle, le phénomène migratoire ne saurait être envisagé au seul échelon national. « *Si l'immigration défie les territoires, elle défie aussi la citoyenneté : les notions de citoyenneté économique (celle de l'Etat providence), de citoyenneté de résidence, fondée sur les droits acquis par le travail, l'ancienneté du séjour ou la naissance d'enfants nationaux dans les pays d'accueil (France, Royaume Uni) s'esquissent* »[54].

Ainsi, avec la construction européenne, il n'est plus possible de raisonner en termes de souveraineté nationale. Pourtant cette dernière va avoir un impact direct sur la politique migratoire des Etats membres, sur la notion d'étranger et sur leurs statuts.

Dès les années 1950, les Etats prennent conscience de la force de l'Union. Ils se sont progressivement engagés dans une Union toujours plus étroite, remettant en cause leur prérogative de souveraineté. La création d'un espace de libre circulation, d'abord au profit des travailleurs, ensuite au profit des citoyens de l'Union, puis, au fil des évolutions de la construction européenne, la création d'un espace de liberté de sécurité et de justice et l'ébauche

[52] - COURNIL (CH.), « Le statut interne de l'étrangers et les normes supranationales », l'Harmattan, 2005, p.7.
[53] - MOURGEON (J.), « Barbares et Métèques », *op.cit.,* p. 246.
[54] - WITHOL DE WENDEN (C.), « L'immigration en Europe », La documentation française, Paris, 1999.

d'une politique commune à l'égard des ressortissants des pays tiers vont avoir un certains nombres de conséquences[55].

Ainsi, la mise en œuvre de la libre circulation des travailleurs ressortissants des Etats membres a conduit à l'adoption de règles communautaires ayant pour effet d'imposer aux Etats une adaptation des règles nationales relatives à cette nouvelle catégorie « d'étrangers »[56].

Autrement dit, les Etats membres ont accepté d'attribuer une compétence à la Communauté dans la mesure où elle concernait une catégorie spécifique et limitée de personnes, les travailleurs et les membres de leur famille, d'une part.

D'autre part, l'action des Etats membres dans le cadre de la Communauté européenne a uniquement consisté à délimiter un statut privilégié au travailleur exerçant son droit à la libre circulation dans un autre Etat membre que son Etat d'origine. En ce sens, les règles communautaires adoptées à partir de 1968 ont principalement porté sur l'acquisition de droits aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille sur le fondement du principe de l'égalité de traitement avec les nationaux dans une série de domaines[57]. Certes, les règles de franchissement des frontières ont été simplifiées pour les « travailleurs communautaires »[58] et les membres de leur famille, y compris ressortissants de pays tiers[59], qui ont bénéficié de dispositions favorables en matière de regroupement familial, mais le dispositif n'a pas eu pour objet de remettre en cause le droit des Etats membres de contrôler l'entrée sur leur territoire.

Ensuite, une coopération plus étroite entre les Etats membres de l'Union dans le domaine de la politique en matière d'immigration et d'asile a débuté vers la seconde moitié des années quatre vingt, avec l'instauration de l'Acte unique européen qui avait[60] pour objectif de préparer la voie vers l'intégration de l'UE. Parmi les points les plus importants, des mesures étaient prévues pour le contrôle commun des frontières extérieures, et des réglementations pour l'entrée et le séjour des ressortissants des pays tiers.

---

[55] - CREPEAU (F.) et CARLIER (J.-Y.), « Intégration régionale et politique migratoire. Le « modèle » européen entre coopération et communautarisation », *JDI*, 1999, p.953.

[56] - Il est d'ailleurs significatif de souligner la modification de l'approche des Etats membres vis-à-vis des travailleurs communautaires. Il est à ce titre remarquable de comparer l'intitulé de deux directives adoptées sur une base juridique identique et poursuivant le même objectif. Ainsi, la directive 64/221/CE concerne « la coordination des mesures spéciales aux étrangers alors que le règlement (CEE) n° 1612/68 du 15 octobre 1968 porte sur « la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ».

[57] - Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/2 du 19.10.1968.

[58] - Notamment par la levée de l'obligation de visa ou la simplification des preuves documentaires devant être fournies, voir les articles 2et 3 de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO L 257/13 du 19.10.1968.

[59] - Voir les articles 3et4 de la directive 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968, op.cit.

[60] - JOCE L 169**,** 29 juin 1987.

Le 19 juin 1990, l'accord multilatéral de Schengen[61] « relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières » est complété par une Convention d'application de l'Accord de Schengen (ci-après C.A.A.S.). Conçu à l'origine comme le « laboratoire » de la création du grand espace européen de libre circulation, Schengen est un accord très large portant sur le contrôle des frontières extérieures, contrepartie de la levée des barrières intérieures, et le renforcement de l'entraide judiciaire et policière. Les Etats contractants ont approuvé le contrôle unique des frontières extérieures, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers, la compétence pour examiner les demandes d'asile et l'organisation du système d'information de Schengen[62] (SIS). La C.A.A.S. a défini que les parties contractantes sont tenues d'imposer des sanctions dans le cas d'un franchissement interdit des frontières extérieures, hors des points frontaliers autorisés. De plus, la C.A.A.S. prévoit que dans le cas d'un franchissement illégal des frontières, l'Etat membre compétent pour l'examen de la demande d'asile est celui dont les frontières extérieures ont été initialement franchies par le demandeur d'asile. Aussi, en 1990 la Convention de Dublin[63] a été signée. Elle a pour objectif de déterminer quel Etat membre est compétent pour examiner une demande d'asile déposée, et quelles sont ses obligations dans l'exécution de la procédure d'octroi de l'asile. Par cet accord, les Etats membres tentaient d'atteindre une harmonisation des politiques d'asile.

Puis, afin de concrétiser la libre circulation des personnes au sein des pays membres de l'organisation régionale, qui prend alors le nom d'Union Européenne, le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992[64], prévoit la suppression complète des contrôles aux frontières dites intérieures, c'est-à-dire entre les pays signataires de ce traité. Ce dernier a placé la politique sur l'immigration et l'asile au centre du troisième pilier « Coopération en matière de justice et d'affaires intérieures ».

La coopération entre les Etats membres dite de la deuxième génération, particulièrement en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour, la lutte contre l'immigration irrégulière, le séjour irrégulier et le travail non déclaré de ressortissants des pays tiers, est placée dans le domaine de la politique sur l'immigration. Pourtant, les dispositions relatives à la coopération des Etats membres dans le troisième pilier manquent de précisions sur les objectifs à atteindre.

---

[61] - Accords entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale allemande et de la République française *relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, fait à Schengen le 14 juin 1985, *JORF* du 5août 1986.

[62] - Le système d'information de Schengen est une banque de données disposant d'un réseau international pour la recherche des personnes et des biens et qui soutient la lutte transfrontalière contre le crime organisé et la traite des êtres humains.

[63] - Convention de Dublin *relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes*, adoptée le 15 juin 1990, JO C 254 du 19.8.1997, p. 1–12.

[64] - JO C 191, du 29 juillet 1992. Ce traité est entré en vigueur le 1er novembre 1993.

De plus, contrairement à ce qui s'est passé pour le premier pilier, il était interdit dans le cadre du troisième pilier de mettre en place des formes supra nationales de droit. Cela signifie que les actes de droit du troisième pilier ne sont pas contraignant, ne sont pas en vigueur immédiatement et ne prévalent pas sur le droit national interne.

Avec la mise en vigueur du Traité d'Amsterdam le premier mai 1999[65], les questions d'asile, de franchissement des frontières, et d'immigration sont devenues des questions politiques d'une importance capitale pour l'UE, et se sont déplacées du troisième au premier pilier. De cette façon, le caractère communautaire de ces domaines a été scellé. Cela signifie plus particulièrement que ces domaines sont réglementés, désormais, du point de vue juridique d'une manière contraignante, sur la base de proposition de la Commission européenne, au niveau de l'UE. De plus, l'une des nouveautés consiste à intégrer dans le droit communautaire, par un protocole annexé, l'acquis de Schengen[66]. Les transferts de compétences susmentionnés signifient une augmentation des compétences de l'UE, et la perte des compétences de chacun des Etats membres dans ces domaines sensibles et importants. L'ensemble des politiques du domaine Justice et affaires intérieure (JAI) est désormais lié à l'objectif d'un espace de liberté de sécurité et de justice (ci-après ELSJ), posé par l'article 29 Traité sur l'Union Européenne (TUE).

Le Traité d'Amsterdam prévoit, en ce qui concerne la construction progressive d'un ELSJ et l'harmonisation des politiques des Etats qui participent aux domaines du droit d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures, un cadre de cinq années après la mise en vigueur du Traité. Il habilite expressément le Conseil à arrêter des mesures de protection des

---

[65]- Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union Européenne, les Traités instituant les Communautés Européennes et certains Actes connexes, *JO* n° C 340 du 10 Novembre 1997

[66] - *« L'acquis Schengen » constitue toutes les mesures adoptées par les Etats appartenant à l'espace Schengen (l'abolition des contrôles aux frontières communes et report de ces contrôles aux frontières extérieures, la définition commune des conditions de franchissement des frontières extérieures, la séparation dans les aérogares et les ports entre les voyageurs voyageant au sein de Schengen et ceux provenant de l'extérieur de la zone, l'harmonisation des conditions d'entrée et de visas pour les courts séjours, la mise en place d'une coordination entre administrations pour surveiller les frontières (officiers de liaison, harmonisation des instructions et de la formation données au personnel), la définition du rôle des transporteurs dans la lutte contre l'immigration clandestine, l'obligation de déclaration pour tout ressortissant de pays tiers qui circule d'un pays à un autre, la définition de règles relatives à la responsabilité des demandes d'asile (Convention de Dublin), l'instauration d'un droit de filature et de poursuite d'un pays à l'autre, le renforcement de la coopération judiciaire à travers un système d'extradition plus rapide et une meilleure transmission de l'exécution des jugements répressifs, la création du système d'information Schengen (SIS) etc.). Toutes ces mesures, ainsi que les décisions et déclarations prises par le Comité exécutif institué par la Convention d'application de 1990, les actes adoptés en vue de la mise en œuvre de la Convention par les instances auxquelles le Comité exécutif a conféré des pouvoirs de décision, l'accord signé le 14 juin 1985, la Convention d'Application de cet accord, signée le 19 juin 1990 ainsi que les protocoles et accords d'adhésion qui ont suivi, constituent « l'acquis de Schengen »*. Voir Décision du Conseil du 20 mai 1999, *déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du Traité instituant la communauté européenne et du Traité sur l'Union Européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'Acquis de Schengen*, 1999/439/CE, JOCE 10 juillet 1999, L176/17. Egalement la décision de 17 octobre 2000 portant correction de l'Acquis Schengen. Voir les commentaires sur l'acquis de Schengen : DONY (M.), (sous la dir. de), *l'Union Européenne et le monde après Amsterdam*, éd. ULB, études européennes, 1999 ; MASSON (P.), *le devenir de l'Acquis Schengen dans l'Union Européenne*, Rapport d'information, Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, n° 99, 1998-1999.

droits des ressortissants des pays tiers[67], et plus précisément à définir les conditions d'entrée et de séjour[68], ainsi que les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire[69].

Il n'y avait donc plus obstacle à la mise en œuvre d'une approche communautaire destinée à assurer l'intégration des ressortissants des pays tiers, même si la question se posait en doctrine de savoir si le traité d'Amsterdam avait donné compétence à la Communauté pour élaborer une véritable politique commune en matière d'immigration au sens institutionnel[70], son instauration pouvant, d'ailleurs, faire l'économie d'une consécration dans le Traité. Bien sûr, il s'agissait d'une compétence partagée et les Etats membres ne perdaient pas leur propre pouvoir de légiférer tant que la Communauté n'est pas intervenue, ou pour compléter une réglementation communautaire lacunaire.

Au vu des élargissements successifs, des adaptations deviennent nécessaires pour sauvegarder l'efficacité et le bon fonctionnement de l'Union, en particulier quant à la structure institutionnelle. Le Traité d'Amsterdam n'étant pas parvenu à une solution satisfaisante, cette réorganisation est achevée par le Traité de Nice, signé le 26 février 2001[71].

Cependant, les Traités d'Amsterdam et de Nice laissent certains problèmes sans solution. Ainsi, la Déclaration n° 23 du Conseil européen relative à l'avenir de l'Union[72], annexée au Traité de Nice, prévoit une délimitation plus précise des compétences entre l'UE et les Etats membres, l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le corps des traités, la simplification des traités ainsi que l'intégration des parlements nationaux dans les processus de décision. Ces questions sont traitées dès 2002 au sein de la Convention européenne sur l'avenir de l'Europe. Ainsi, signé le 13 décembre 2007, ratifié par les vingt sept Etats membres, le traité de Lisbonne[73] a entré en vigueur le 1er décembre 2009. Il constitue une étape importante de la construction européenne et le prolongement du traité établissant une constitution pour l'Europe de 2004 qui avait échoué lors de la ratification. Il reprend un certain nombre d'apport du traité

[67] - Article 61.b TCE.
[68] - Article 63 TCE point 3a).
[69] - Article 63 TCE point 4.
[70] - Sur ce débat, consulter LABAYLE (H.), Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne, in JULIEN LAFERRIERE (F.) (sous la dir. de), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant Bruxelles, 2005.
[71] - Le Traité de Nice est entré en vigueur en 2003, JO C 80 du 10 mars 2001, pp.1-87.
[72] - JOC 80 du 10 mars 2001, pp.85-86.
[73] - Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, adopté le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009, JO C306 du 17 décembre 2007. Dans la suite de ce travail, l'on se référera à la version consolidée du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO C 155 du 9 mai 2008.

constitutionnel qui consistaient en des améliorations, voire des innovations répondant aux besoins de la construction européenne.

L'un des apports les plus importants est la réunion au sein d'un titre unique, le titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), de l'ensemble des dispositions régissant l'ELSJ. Autrement dit, la consolidation de la politique commune d'immigration fut encore renforcée par le Traité de Lisbonne qui a simplifié l'identification et la répartition des compétences des institutions de l'Union et des Etats membres en matière d'immigration et d'asile[74].

L'article 67, paragraphe 1 (ex-art.61TCE et ex-art.29 TUE), établit les principes généraux concernant la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : « *L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres* ». En ce qui concerne l'immigration, le paragraphe 2 du même article précise que l'Union « *assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières qui est fondée sur la solidarité entre Etats membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers […]* ».

Cependant, il est à noter que, dans ce processus institutionnel, les Etats ont gardé, et garde toujours, une compétence relative aux mesures mises en œuvre pour protéger l'ordre public national[75]. Si ces dernières concernent des étrangers, elles échapperont à un éventuel contrôle de la Cour de justice. Cependant, les évolutions relatives au droits des étrangers tel qu'il ressort des Traités actuels ainsi que des différents textes mis en œuvre depuis le Traité d'Amsterdam, montrent à quel point le respect des garanties en matière des droits fondamentaux, contrôlé le cas échéant par la Cour de justice est aujourd'hui une composante importante de ce droit en constante évolution.

---

[74] - Les nouveautés consistent en la réunion des trois piliers dans un cadre institutionnel unitaire ainsi que le fait de la mise en place d'un tel espace est aujourd'hui entièrement disciplinée par le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Sous le libellé « L'espace de liberté, de sécurité et de justice », sont réunies : *les Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration* (Chapitre 2), *la Coopération judiciaire en matière civile* (Chapitre 3), *la Coopération judiciaire en matière pénale* (Chapitre 4) *et la Coopération policière* (Chapitre 5). La compétence de l'Union en la matière reste néanmoins une compétence partagée avec les Etats membres, comme cela est précisé par l'art. 4, par. 2, lettre j) du TFUE.

[75] - L'article 72 du TFUE garantit que le nouveau titre V « *ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintient de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

Il établit une sorte de clause de sécurité permettant aux Etats d'adopter des actes même lorsque l'Union a déjà exercé sa compétence, et par dérogation à la législation existante. Il s'agit d'une spécification de la disposition plus générale de l'article 4 paragraphe 2 TUE, selon laquelle l'Union « respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale.

De plus, ce nouveau cadre juridique et institutionnel ne semble pas permettre une solution unique aux problèmes déjà remarqués lors de l'adoption du titre IV du traité instituant la Communauté européenne (TCE). En particulier, l'objectif d'une politique commune sur tout le territoire de l'Union n'a pas encore été atteint puisque le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark continueront à bénéficier du traitement différencié qui leur avait été accordé dans le cadre du Traité d'Amsterdam[76].

En générale, les révisions successives du traité de Rome, assignant de nouveaux objectifs et attribuant de nouvelles compétences à la Communauté et ensuite à l'Union européenne, et la difficulté croissante des Etats membres à réguler seuls les flux migratoires ont fait émerger de manière persistante la problématique d'une gestion commune de la politique migratoire.

Autrement dit, malgré une résistance forte des Etats membres à accepter une dépossession de leurs prérogatives régaliennes, l'émergence d'une politique migratoire de l'Union européenne est progressivement devenue inéluctable[77]. Ainsi, progressivement, l'Union s'est dotée des bases nécessaires pour conduire une véritable politique migratoire européenne.

En outre, étant donné la progression de la proportion de ressortissants étrangers dans la population des Etats membres du fait d'un flux migratoire important vers le territoire de l'Union ces dernières années malgré des politiques nationales majoritairement restrictives, et la perspective d'une poursuite d'une telle tendance, étant donné également l'échec des politiques nationales en matière d'intégration des migrants, il semble plus que jamais nécessaire de promouvoir celle-ci sur le plan européen afin qu'elle soit assurée dans les Etats membres.

---

[76] - Voir le *Protocole (n°4) sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande, et le Protocole (n°5) sur la position du Danemark*, annexés au Traité UE et au Traité CE par le Traité d'Amsterdam.

En effet, en ce qui concerne les deux premiers Etats, aux termes de l'article 2 du Protocole n°21, *sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté de sécurité et de justice*, les dispositions du titre V TFUE, ainsi que les mesures adoptées et les accords internationaux conclus par l'Union en application de ce titre, « ne font pas partie du droit de l'Union tel qu'il s'applique au Royaume-Uni ou à l'Irlande ». Comme c'était le cas dans le système précédent, Irlande et Royaume-Uni peuvent néanmoins décider de participer à l'adoption et à l'application de mesures particulières (article3du Protocole n°21).

La discipline concernant le Danemark est légèrement plus complexe car, bien qu'étant partie des accords de Schengen, il n'avait pas participé à leur communautarisation par le Traité d'Amsterdam. Cet Etat continue donc de participer au « système Schengen » au titre du droit international, de façon comparable aux Etats tiers qui y ont accédé (Suisse, Norvège, Islande, Liechtenstein). Le Protocole n°22, sur la position du Danemark, exclut sa participation au titre V TFUE et aux actes dérivés, sauf en ce qui concerne les mesures « déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures » et celles « relatives à l'instauration d'un modèle type de visa » (article 6 du Protocole n°22).

En général, lorsqu'une mesure visant à développer l'acquis de Schengen est arrêtée par le Conseil, le Danemark peut décider de la transposer dans son droit national. Si c'est le cas, « cette mesure créera une obligation de droit international entre la Danemark et les autres Etats membres liés par cette mesure » (article 4 du Protocole n°22). Il s'agit d'une solution de compromis ; l'espoir des négociateurs étant que le Danemark y mettre un terme : cet Etat peut à tout moment renoncer à ce prévaloir du Protocole (article7), ou alors choisir une discipline analogue à celle prévue pour le Royaume-Uni et l'Irlande (article 8 et annexe).

[77] - Pour plus de détails, voir PASCOUAU (Y.), « La politique migratoire de l'Union européenne : de Schengen à Lisbonne », Collection des thèses, Paris, Fondation Varenne, LGDJ n° 34, 2010, p.5 et s.

A cet égard, les enjeux sont pluriels. L'immigration constitue aujourd'hui une préoccupation majeure des dirigeants de l'Union européenne pour des raisons démographiques et économiques. Alors que dans l'ensemble de l'Union, le solde migratoire est déjà devenu la principale composante de la croissance démographique[78] même s'il existe des disparités entre les Etats membres[79], une politique commune active favorisant l'immigration légale permettrait de soutenir la croissance en répondant aux problèmes de déclin et de vieillissement des populations, de pénurie de main-d'œuvre qui déjà perceptible aujourd'hui devrait devenir cruciale dans les décennies à venir pour certains secteurs d'activité[80], de compétitivité des entreprises européennes et de viabilité des systèmes de sécurité sociale, tout en canalisant l'immigration clandestine. La finalité économique poursuivie possède de toute évidence deux facettes dont les intérêts ne sont pas totalement convergents. Il s'agit de mettre l'immigration au service de l'économie de l'Union d'une part, et des Etats membres d'autre part.

Cependant, les difficultés économiques remettent en cause le niveau de vie élevé de certains pays et les empêchent d'aider ceux moins favorisés, sacrifiant ainsi les idéaux mais aussi, à terme, les intérêts. Dans le même temps, la facilité des échanges rend encore plus criant le fossé qui sépare les nantis des plus démunis, le nord du sud. La rivalité économique évolue alors vers une confrontation idéologique pour s'achever sur un choc de civilisations. La préoccupation des peuples devient alors plus triviale et égoïste, les uns voulant sauvegarder leur acquis et les autres seulement survivre.

Avec l'émergence d'une politique européenne d'asile et d'immigration, on aurait pu penser que les manifestations de la souveraineté des Etats au sein du statut de l'étranger disparaîtraient au profit d'une véritable volonté d'harmonisation entre les différents Etats membres. Notre étude montrera que c'est loin d'être le cas puisque les prérogatives régaliennes sont extrêmement présentes dans la façon dont les Etats membres négocient aujourd'hui les directives et règlements au plan européen. Cette politique est extrêmement marquée par les résistances des Etats membres fortement attachés à leur souveraineté.

En définitive, le statut de l'étranger doit répondre à la fois aux exigences des prérogatives régaliennes et aux obligations posées par les droits de l'homme. Ces exigences et obligations sont contradictoires, elles témoignent du caractère ambivalent du statut de l'étranger.

---

[78] - Seuls la Lituanie, la Lettonie, l'Estonie, les Pays-Bas et la Pologne ont un solde migratoire négatif.
[79] - Voir Eurostat, Statistiques en bref, population et conditions sociales, n° 41/2007.
[80] - *Tendances des migrations internationales, Pénuries de main-d'œuvre et recours à l'immigration : panorama des recherches récentes*, OCDE, 2003.

Toutefois, il est à noter que, depuis le traité de Maastricht, la citoyenneté européenne a crée une catégorie nouvelle d'étrangers privilégiés : les ressortissants ayant la nationalité d'un Etat membre. Ces ressortissants communautaires disposent d'un statut « quasi-national » plus favorable que celui des ressortissants extra-communautaires, des ressortissants de pays tiers, « les étrangers de l'extérieur ». Grâce aux différentes étapes de la construction européenne et à l'émergence d'un ordre public européen, le statut du ressortissant communautaire s'est progressivement aligné sur celui du ressortissant national. Ainsi, les droits sociaux, le droit du travail, les conditions d'entrée, de séjour et de sortie se sont éloignées de ceux de l'étranger de droit commun. Autrement dit, les stigmates qui le caractérisaient en tant qu'étranger disparaissent peu à peu. A ce titre, depuis la réforme du 26 novembre 2003[81], le législateur français dispense le ressortissant communautaire[82] de titre de séjour en France. Dès lors, le ressortissant communautaire est en rupture avec la dichotomie traditionnelle national/étranger. Son assimilation croissante aux ressortissants nationaux sur le plan juridique et sociologique ne fait plus de lui un étranger, même s'il n'est pas pour autant assimilé totalement aux nationaux.

Ainsi, notre étude portera uniquement sur le droit du ressortissant de pays tiers, c'est- à-dire celui qui n'appartient pas à l'un des vingt-huit pays de l'U.E. Les ressortissants de pays tiers sont –les nationaux des pays tiers qui ont immigré vers un Etat membre, -les personnes nées dans un Etat membre mais qui ne disposent pas de la nationalité d'un Etat membre, -les membres des familles de citoyens européens qui n'ont pas la nationalité d'un pays membre et enfin-les apatrides. La catégorie des étrangers n'est pas un ensemble homogène. Il existe en effet des « *discriminations dans la discrimination* »[83]. Ainsi, certains sont privilégiés en raison de leur position économique et sociale dans le pays d'accueil. Les marchands, les pèlerins, les diplomates de l'ère romaine ont leur équivalent aujourd'hui : les étrangers scientifiques, artistes, ingénieurs informatiques, diplomates ou encore les étrangers de pays ayant signé un accord d'association ou de coopération avec l'Union européenne. D'autres étrangers au contraire sont désavantagés, comme à Rome où les ennemis, les nomades et les vagabonds[84] bénéficiaient d'un statut inférieur.

En outre, au regard des multiples évolutions politiques et juridiques, européennes et nationales, force est de constater que le statut des étrangers s'est construit « en réaction » aux différents

[81] - Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JORF du 27 novembre 2003, p. 20136.
[82] - *Ibid*., article 14.
[83] - DE BRUYCKER (P.), « Rapport belge », *in L'étranger*, Travaux de l'association Henri Capitant, journée luxembourgeoise, tome XLVIII 1997, éd. LGDJ, Paris, 2000, p.83.
[84] - GILISSEN (J.), *L'étranger*, Recueil de la société de Jean Bodin, éd. Librairie encyclopédique de Bruxelles, 1958, p. 27 et s.

événements historiques ou économiques touchant l'Union européenne et ses Etats membres. Ainsi, le droit des étrangers est largement subordonné aux politiques des Etats. Si nous n'abordons que l'aspect juridique de l'immigration et de l'asile dans cette thèse, la dimension politique est extrêmement présente dans ce sujet étant donné que les politiques des Etats membres déterminent les grandes tendances du droit des étrangers (fermeture des frontières, généralisation de visa, lutte contre l'immigration clandestine, etc.)

Notre démarche méthodologique a reposé à la fois sur une analyse déductive et inductive. Nos réflexions ont été nourries par des démonstrations de droit positif et ce dernier nous a permis de vérifier la validité de nos hypothèses. Ainsi, la variété des nombreuses normes et les analyses doctrinales nous ont permis de structurer notre réflexion, d'élaborer et de vérifier nos suppositions. Nos démonstrations ont également été complétées par des réflexions prospectives.

Pour ce faire, un travail minutieux d'analyses critiques des différentes dispositions a permis de mesurer le degré de protection de l'étranger dans le droit de l'Union européenne. L'enchevêtrement complexe de normes de différentes natures et de systèmes juridiques distincts a conduit à effectuer une clarification juridique. Notre approche a consisté à comprendre comment chaque type de normes influencent le statut de l'étranger, comment elles sont « *réceptionnées* », selon l'autorité chargée de les appliquer (législateur, juge national, juge communautaire, administration).

La description neutre et apparemment objective du droit positif produit des effets de naturalisation et de légitimation. Si l'on se borne à rendre compte du statut des étrangers dans les termes mêmes que le fait le législateur, on prend le parti pris de la neutralité au regard de la condition des étrangers mais également au regard de l'arsenal répressif qui s'est progressivement mis en place pour tenter de juguler l'immigration irrégulière.

Or, notre préoccupation première dans le cadre de cette recherche, a été de ne jamais oublier que l'étranger est, certes un sujet juridique qui doit se conformer à un ensemble de règles, mais surtout une personne humaine…Autrement dit, nos analyses s'intéresseront aux influences des règles juridiques et orientations politiques qui vont déterminé le statut de l'étranger, mais aussi aux droits et aux libertés *effectifs* qu'elles donnent à l'étranger.

En outre, il n'est pas sans intérêt de rappeler que le franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne est au cœur peut avoir plusieurs causes, comme la cause politique, aboutissant à une demande d'asile et à la reconnaissance du statut de réfugié ou une cause

d'ordre économique fondée sur la recherche d'une situation matérielle, en principe, meilleure que celle connue dans le pays d'origine[85]…etc.

L'Union a mis en œuvre deux approches, l'une s'attachant à déterminer le droit applicable aux demandeurs d'asile et l'autre visant la mise en place d'une politique commune de l'immigration.

Si l'aspect sécuritaire[86] connaît déjà dans le cadre de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures de vastes développements, les autres aspects se heurtent à d'importantes difficultés.

Ce faisant, se pose la question de l'ordre juridique de rattachement et plus particulièrement des normes susceptibles de régir le statut de l'immigré étranger ? S'agit-il de prendre en compte les règles strictement issues du droit de l'Union, ou de fonder son régime juridique sur les lois nationales au risque de rencontrer des situations fort disparates en vertu des politiques d'immigration choisie par les Etats membres ? Étant donné que la maîtrise des flux migratoires n'est pas un problème récent. En effet, cette politique a commencé à être mise en œuvre depuis 1974 afin de réduire le nombre des migrants. Elle fut surtout « *(...) déclenchée par l'accroissement du chômage. Elle s'est trouvée [par ailleurs] relayée par la crainte de l'opinion publique, manifestée par la montée de l'extrême droite politique, devant la diversité croissante et nouvelle des origines des populations immigrées, notamment de culture musulmane* »[87], rompant par là avec la pratique courante de l'Europe d'après guerre qui faisait appel à la main-d'œuvre dite peu qualifiée et dont la finalité était « *(...) de faire face à un nouvel essor de la production au moindre coût en salaires, en prestations sociales et en investissement technologique* »[88].

Aujourd'hui, pour des raisons sécuritaires, l'U.E. des vingt huit a décidé de durcir les conditions d'accueil et de séjour des immigrés. L'objectif était de faire face aux éventuels problèmes engendrés par une immigration non contrôlée et de rassurer par ailleurs, les opinions publiques européennes qui continuent « *d'associer le phénomène migratoire à la menace pour la sécurité publique, le marché du travail et l'identité culturelle* »[89] (sentiment d'ailleurs accentué en période de crise économique).

---

[85] - Cette seconde approche devait en principe perdre de sa force, en raison des politiques étatiques de fermeture des frontières pour l'immigration économique élaborées à partir du milieu des années 1970 en raison de la montée du chômage.

[86] - Voir également BIGOT (D.) (sous la dir.), « L'Europe des polices et de la sécurité intérieure », Paris complexe, 1992.

[87] - MOREAU (G.), « Maîtriser les flux migratoires », *in « Regards croisés sur les politiques françaises d'immigration »*, Accueillir, n° 243, septembre 2007.

[88] - REA (A.) et TRIPIER (M.), Journée d'étude franco-italienne, « L'immigration ouvrière en France, du « Gastarbeiter », au « sans papiers », *in « Immigration et marchés du travail »*, Aix en Provence, 8 avril 2008.

[89] - KADHER (B.), « L'impact de l'élargissement sur les flux migratoires Sud-Méditerranéen », *in « Le partenariat Euro- Méditerranéen, le processus de Barcelone : Nouvelles perspectives »*, ISBN, 2003, p. 359.

Ainsi, la politique migratoire de l'Union est le résultat de plusieurs facteurs qui ont obligé les Etats membres à franchir le pas d'une approche commune des questions migratoires. Si l'impuissance des Etats membres à réguler seuls les flux migratoires constitue un élément déterminant, la réalisation incomplète de la libre circulation des citoyens par l'U.E explique également la nécessité d'une harmonisation de cette politique afin de répondre à l'impératif d'efficacité qui pèse sur la construction européenne. Dans cette perspective, des questions sur la nature de la politique commune d'immigration se posent, et notamment celle de la protection de l'étranger migrant.

Cette question pose plus de problèmes qu'elle n'apporte, pour l'instant, de solutions. Le plus tragique concerne l'immigration irrégulière. Chaque jour apporte son lot de drames vécus par des hommes, des femmes et des enfants qui risquent leur vie. Les bateaux qui sombrent et les camions qui disparaissent dans le désert ne se comptent plus. Ceux qui parviennent à atteindre « la terre promise » entrent dans la clandestinité, ce qui les place dans une situation d'extrême fragilité. Ceux qui parviennent à travailler le font dans des conditions abusives relevant de l'exploitation. Particulièrement vulnérables, sous payés, dans une situation précaire, ils sont, de surcroit, condamnés au silence[90]. Moins tragiques, les migrations régulières posent aussi de nombreux problèmes. Ces problèmes diffèrent selon le sens des flux migratoires.

Pourquoi ce choix centré sur les migrations et la protection des droits de l'homme ? Un début de réponse est que jamais le thème n'a été traité sous cet aspect, à savoir montrer le spectre de tous les droits des personnes impliquées dans la migration, quelle que soit la cause du mouvement et la qualification donnée à ces personnes au cours de leur pérégrination, du pays d'origine ou pays de transit vers le pays de destination. Une autre explication réside dans le souhait de briser ou d'ébranler les schémas traditionnels classant les problèmes par catégories et ajustant les solutions aux catégories ainsi identifiées : la migration est par essence dynamique et non statique, et les personnes impliquées dans la migration changent de statut, parfois plus d'une fois, au cours de leur migration, rendant problématique et semée d'embûches l'approche juridique traditionnelle visant à établir des catégories aux contours bien définis. Un troisième et dernier élément de réponse à ce choix résulte du besoin de remettre l'homme –statique ou dynamique- au centre des préoccupations. La situation du migrant est aujourd'hui préoccupante et l'on peut se demander si l'humanité a progressé ou régressé au cours des siècles.

De plus, au début de ce siècle, nous somme confrontés à une contradiction et un dilemme : d'une part, le nombre sans cesse croissant de traités, conventions et autres instruments relatifs

[90] - Il y aurait, selon le BIT, 10 à 15% de migrants en situation irrégulière à travers le monde, rapport VI, BIT, 2004, p. 37.

aux droits des personnes impliquées dans la migration ; de l'autre, des migrants considérés comme différents, exploitables et exposés à la violence.

Face à cette évolution inquiétante, il convient de remettre l'individu, surtout « l'autre », l'étranger, le migrant, au centre des préoccupations afin d'éviter que l'histoire ne se répète et que l'on retourne à certaines formes de barbarie qui ont émaillé l'histoire de l'humanité. Ce fil conducteur devrait contribuer à ce que la protection effective des droits de l'homme des étrangers ne soit pas qu'un rêve utopique mais soit une réalité.

L'ampleur des questions posées conduit à s'interroger sur l'adéquation du système actuel de solutions. Ainsi, il a été choisi d'organiser notre étude relative au statut des étrangers autour de deux axes complémentaires.

L'enjeu principal du premier axe est de démontrer que le droit de l'Union met en place un ensemble de règles relatives à l'entrée et au séjour de l'étranger sur le territoire de l'Union. Ces règles ont vocation à mettre en place un régime unique pour les étrangers dans un espace européen commun et unifié. Ce régime a pour objectif de se substituer à terme au droit des Etats membres.

Ainsi, la construction d'un statut pour les étrangers apparaît comme une condition *sine qua non* pour garantir et justifier cet espace commun. Le déplacement des frontières de chaque Etat vers les frontières extérieures de l'Europe nécessitait la construction progressive d'un régime migratoire commun ayant vocation à se substituer au droit des étrangers de chaque Etat membre.

Toutefois, pour mener à bien cette étude, il nous a semblé indispensable de séparer les problématiques relatives aux demandeurs d'asile (étranger en quête de refuge), de celles relatives à l'étranger « ordinaire » (étranger qui migre pour des raisons économiques, familiales ou pour faire des études). Si dans la pratique, la différence entre les deux types d'étrangers est parfois faussée par les détournements de procédure des migrants non persécutés, il y a une différence entre les statuts juridiques de ces deux types d'étrangers, et ce, en raison de la variété des normes applicables et des droits qui leur sont octroyés. Les normes relatives à ces deux catégories d'étrangers sont très différentes même si parfois certaines règles relatives aux étrangers ordinaires s'appliquent aux demandeurs d'asile.

En outre, la politique menée par l'Union en ce qui concerne ses frontières est une politique basée sur un contrôle renforcé des entrées et la mise en place de quotas migratoires en fonction des exigences économiques des pays d'accueil, qui sera aussi analysée en ce qu'elle détermine également le statut de l'étranger.

De la même façon, il sera particulièrement intéressant de mesurer l'impact des politiques d'externalisation de la gestion des flux migratoires menées par les Etats européens et l'Union sur les droits fondamentaux des étrangers. En effet, l'assouplissement des contrôles aux frontières internes de l'Union est à l'origine de la politique européenne de lutte contre la migration irrégulière. Il entraîne des changements au niveau de la perception des « frontières » et de la « sécurité intérieure ». L'époque où la frontière était conçue comme une ligne de partage entre deux Etats souverains disparaît au profit d'une zone de souveraineté partagée[91].

La deuxième partie de notre recherche exposera la question des droits liés au séjour des étrangers sur le territoire de l'U.E. L'étranger qui séjourne dans l'Union a en effet un statut qui n'est pas unifié car il dépend en réalité du statut de l'étranger et des raisons du séjour (travail, étude, asile). Il est évident que le statut juridique de l'étranger a fait progressivement l'objet d'une conceptualisation selon la méthode communautaire par analogie à celui des citoyens de l'Union[92].

Il s'agit donc de mesurer comment l'ordre juridique de l'Union protège le ressortissant d'un Etat tiers mais aussi comment la fragmentation des statuts et du droit applicable[93] soulève parfois des difficultés liées au respect des libertés fondamentales. Ainsi, le futur modèle européen de migration doit-il faire face à un double défi : Assurer un statut équitable et une protection efficace aux étrangers, en rapprochant ce statut de celui des ressortissants des Etats membres.

Toutefois, il est à noter que la création d'un espace de libre circulation dans l'U.E. a mis les contrôles migratoires au premier plan des préoccupations des Etats. Ce phénomène entraîne l'harmonisation des mesures contre la migration irrégulière qui est analysée comme un processus, c'est-à-dire, une transformation graduelle des politiques causant une réduction progressive des droits humains. Pour démontrer cette corrélation, il est nécessaire de présenter les caractéristiques de la politique européenne, son application par les Etats et son impact sur les droits des migrants irréguliers. Notre étude vise à montrer que cette politique s'appuie sur une logique répressive dominée par une vision commune qui considère l'U.E. sous la menace de la migration. Cela justifie son évolution dans un cadre institutionnel dérogatoire. Il est également affirmé que la lutte contre la migration irrégulière exige non seulement des mesures de contrôle de l'immigration, mais aussi une limitation du droit d'accès à l'asile et de l'exercice effectif de ce

[91] - BIGO (D.) et GUILD (E.), « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », (2003) 49-50, *Cultures & Conflits*, 22.
[92] - HUYSMANS (J.), « The European Union and the securitization of migration » (2000) 38 *JCMS 751*, p.771.
[93] - Voir Blanca Vilà Costa, « *L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du fractionnement du droit de l'Union européenne : à la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers non communautaire* ».

droit. La politique de l'Union se développe, par conséquent, tant dans le domaine de l'immigration que dans celui d'asile. Elle a également de fortes externalités et lie de plus en plus les Etats non membres.

Ainsi, cette partie explore la tension entre l'harmonisation de la lutte contre la migration irrégulière et l'obligation des pays de respecter leurs valeurs constitutionnelles et leurs engagements internationaux en termes de protection des droits humains parce que les normes européennes ayant été récemment adoptées ayant entraîné des répercussions plus au moins importantes du statut de l'étranger. Il conviendra donc de les étudier en montrant comment ces normes ont eu un impact sur le degré de protection accordé aux étrangers au niveau des trois composantes de leur statut (entrée/séjour/sortie).

Or, il apparaît que la protection des droits des migrants et des réfugiés en droit de l'UE s'inscrit donc dans un cadre normatif composite, où les textes se croisent, s'empilent et parfois entrent en conflit[94]. Cela est la conséquence de l'évolution progressive et non linéaire de la politique, et donc de la législation en la matière, des intérêts contrastants que la politique de l'Union cherche à protéger et mettre en balance et, aussi, de la multiplicité et variété des catégories existantes de migrants. Cette fragmentation et cette diversité du fait de leurs fondements juridiques[95], de la nature des actes qui la contiennent (directives, règlements, recommandations, communications, programmes d'action entre Etats membres et Etats tiers) et des matières concernées (gestion des frontières, visas, rapatriement, trafic d'êtres humains, coopération judiciaire et policière, droit d'asile, etc.) rendent les analyses complexes. Car le droit (ou plutôt les droits) des étrangers concerne de nombreux aspects juridiques et fait intervenir toutes les juridictions au stade de l'entrée sur le territoire et de l'admission au séjour (contentieux des visas, maintien en zone d'attente, interdiction judiciaire du territoire et interdiction de retour sur le territoire des Etats membres, refus d'admission sur la base du code frontières Schengen, inscription au SIS) et également du séjour des étrangers (droits sociaux, droit à un titre de séjour, accès aux emplois, etc.). Ce droit pluridisciplinaire, ainsi que le contentieux qu'il génère, permet également de garantir et encadrer l'accès des étrangers au droit d'asile, aux droits sociaux et au droit à une vie privée et familiale normale.

---

[94] - « [A] border la politique d'immigration en droit communautaire revient à mesurer l'homogénéité de l'espace territorial européen et à évaluer le degré d'harmonisation des législations de l'espace juridique. Or un constat s'impose : la fragmentation l'emporte sur leur unité » ; voir, ICARD (Ph.), « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2009, p. 222.

[95] - LABAYLE (H.), « Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne », in JULIEN-LAFERRIERE (F.), LABAYLE (H.), EDSTRTOM (O.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam,* Bruxelles, 2005, p.15 et s.

Ainsi, l'analyse des différentes normes européennes nous conduira à affirmer, la multiplicité des conditions d'entrée et des droits au séjour pour l'étranger « postulant » **(Partie I)** et aussi l'hétérogénéité des statuts de l'étranger « résident » **(Partie II)**.

Première Partie : La multiplicité des conditions d'entrée et des droits au séjour

Deuxième Partie : L'hétérogénéité des statuts de l'étranger « résident »

Première Partie

La multiplicité des conditions d'entrée et des droits au séjour

Le « droit de l'immigration » et le « droit d'asile[96] » répondent à deux situations bien distinctes. Le premier concerne les « immigrés », sujets que le droit ne reconnait pas puisqu'il se contente d'opposer les étrangers aux nationaux, mais dont le terme désigne communément les personnes souhaitant entrer et s'établir sur le territoire de l'Union européenne à des fins dites économiques ou de regroupement familial.

Le second n'existe pas mais désigne communément les régimes juridiques mis en place en Europe pour mettre en œuvre le « droit des réfugiés », principalement illustré par la Convention de Genève relative au statut du réfugié de 1951qui constitue désormais, suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, partie intégrante du droit de l'UE[97]. Celle- ci exhorte les Etats à accueillir, ou pour le moins ne pas refouler, toute personne qui a fui son pays et ne peut ou ne veut y retourner parce qu'elle craint « avec raison » d'y être persécutée « du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

Les réfugiés sont des personnes particulièrement vulnérables, porteuses du double traumatisme de l'exil : celui de ses causes (persécutions, souffrances), et celui de ses conséquences (rupture avec le pays d'origine, pénibilité du voyage, difficultés d'être accueilli ailleurs).

Privé de toute protection étatique, il est probablement juridiquement l'individu le plus faible au monde. Le droit des réfugiés reconnait cette extrême vulnérabilité et organise le relais de protection minimalement dû aux victimes.

Une première distinction relative aux sujets respectifs du droit d'asile et du droit de l'immigration est ici disponible. Cette délimitation est basique et imparfaite[98]et nous précisons d'emblée qu'en dissociant les réfugiés des immigrés, il ne s'agit aucunement de déconsidérer

[96] - Asile vient du mot grec asulon, (un refuge inviolable).

[97] - L'article 78 TFUE : « L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire (…) conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents »

[98] - La notion de risque de persécution, qui domine la définition du réfugié est elle-même sujette à question. On s'interroge aujourd'hui de plus en plus sur l'existence d'une pauvreté qui ne soit pas politique. Que la misère que subissent les hommes et les femmes soit le fait de l'incurie de leur gouvernement ou le fait de l'usure des pays développés, elle est politique. Détournement de l'aide, corruption, précarisation systématique, etc. Voir VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.) (dir), Classer les droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 11-25. Voir GALLIE (M.), « L'accord de Cotonou et les contradictions du droit international, l'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE », Thèse, Université Paris XI et Université de Montréal, 8juin 2006, notamment aux pp.391-405.

les seconds, ou de hiérarchiser les individus sur la base d'un « mérite migratoire ». Il apparait néanmoins que cette classification est la grille de lecture la plus nette dont on dispose pour distinguer les sujets du droit des réfugiés, des sujets du droit de l'immigration.

Ainsi, dans le régime européen migratoire, il nous a semblé indispensable de séparer les problématiques relatives aux demandeurs d'asile (étranger en quête de refuge), de celles relatives à l'étranger « ordinaire » (étranger qui migre pour des raisons économiques, familiales ou pour faire des études). Si dans la pratique, la différence entre les deux types d'étrangers est parfois faussée par les détournements de procédure des migrants non persécutés, il est essentiel d'établir juridiquement une différence entre ces deux types d'étrangers, et ce, en raison de la variété des normes applicables et des droits qui leur sont octroyés. Les normes relatives à ces deux catégories d'étrangers sont très différentes même si parfois certaines règles relatives aux étrangers ordinaires s'appliquent aux demandeurs d'asile.

La mise en ordre du droit de l'U.E. des étrangers est donc construite autour de ces deux catégories d'étrangers :

- Le droit de « l'étranger ordinaire », du ressortissant de pays tiers est le droit commun. Depuis l'émergence d'une politique commune d'immigration, le statut de l'étranger ordinaire, surtout en matière d'accès au territoire commun, est modifié par les directives et règlements adoptés par les Etats membres **(titre premier)**.

- Le demandeur d'asile dispose d'un statut propre même si certaines règles de droit commun lui sont applicables. En effet, le statut du demandeur d'asile est, aujourd'hui, modifié, voire remanié par la politique commune d'asile. Il sera démontré comment le droit de l'U.E. règlemente le parcours administratif du demandeur d'asile **(titre deuxième)**.

Il devrait logiquement en découler une dissociation nette de leur objet respectif, mais ce n'est pas le cas. En nourrissant des confusions vis-à-vis de leurs sujets, droit de l'immigration et droit d'asile en Europe se fondent de plus en plus juridiquement dans un processus global de gestion/prévention des flux migratoires.

Titre Premier :
Le régime commun d'accès et d'admission au séjour dans l'U.E

L'entrée et le séjour de l'étranger ont fait l'objet d'actes communs plus ou moins contraignants. D'autres sources ont aussi réglementé une partie du statut de l'étranger. Plusieurs types d'actes tels que des accords bilatéraux et multilatéraux liant les Etats membres à des pays tiers participent à une prolifération de normes européennes au sein du statut de l'étranger.

L'étranger qui vient en Europe doit d'abord être autorisé à pénétrer sur le territoire. En matière d'accès et d'entrée sur le territoire européen commun, le droit de l'UE s'est progressivement substitue au droit des Etats membres. En effet, les conditions d'octroi, les modèles de visa et les pays soumis à l'obligation de visa sont organisé par le droit de l'Union. De même, l'identité de l'étranger entrant en Europe est enregistrée et surveillée par un mécanisme informatique commun.

Dans un premier chapitre, il conviendra d'expliciter l'accumulation des conditions à remplir et les preuves à fournir par l'étranger. Ce dernier est seulement autorisé à circuler sur le territoire commun, sous certaines conditions, pendant un court séjour **(chapitre premier)**.

Dans un deuxième chapitre, on va traiter la question de l'admission au séjour pour des raisons familiales, économiques, de formation universitaire ou professionnelle, ainsi, qu'aux titres de séjour que les Etats délivrent aux résidents de longue durée **(chapitre deuxième)**.

Chapitre premier : Les conditions du franchissement de la frontière extérieur de l'U.E

La réalisation d'un espace sans contrôles aux frontières intérieures impose l'harmonisation des législations nationales relatives au franchissement des frontières extérieures. Cette règle, largement reconnue[99], a constitué un dispositif central de la coopération de Schengen[100] qui a permis une harmonisation progressive des législations et pratiques nationales. Toutefois, la coopération de Schengen ne s'est pas limitée au domaine du contrôle de la frontière extérieure mais a aussi étendu le champ de l'harmonisation au domaine de la politique des visas de court séjour[101]. En effet, le visa de court séjour constitue une condition d'accès au territoire pour certaines catégories de personnes. La coopération intergouvernementale a développé une approche commune dans ce domaine. Ainsi, la communautarisation de l'acquis de Schengen par le traité d'Amsterdam permet à l'Union de disposer d'un domaine déjà largement harmonisé en matière de franchissement des frontières.

Autrement dit, l'entrée de l'étranger est régie par de nombreuses normes de droit de l'Union. Elle est largement harmonisée entre les Etats membres. Les conditions d'accès communes deviennent le statut général, le « droit commun » auquel sont soumis tous les étrangers qui pénètrent en Europe.

Ainsi, l'autorisation et le contrôle de l'entrée ont été renforcées pour déterminer les possibilités d'admission **(section première)**. Cette règle a constitué un dispositif central de la coopération de Schengen qui a permis une harmonisation progressive des législations et pratiques nationales. Toutefois, la coopération de Schengen ne s'est pas limitée au domaine du

[99] - Cette logique ressort de manière claire de l'affaire Wijsenbeek à l'occasion de laquelle la Cour de justice a établi la corrélation entre liberté de circulation inconditionnelle à l'intérieur de l'espace commun et harmonisation des législations des Etats membres en matière de contrôle des frontières extérieures. La Cour indique « dès lors, il suffit de constater que, au moment des faits au principal, il n'existait pas de règles communes ni d'harmonisation des législations des Etats membres, notamment en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visas et d'asile. Par conséquent, même au cas où, en vertu de l'article 7A ou de l'article 8A du traité, les ressortissants des Etats membres auraient un droit inconditionnel de circuler librement sur le territoire des Etats membres, ces derniers conserveraient le droit d'effectuer des contrôles d'identité aux frontières intérieures de la Communauté, obligeant un intéressé à présenter une carte d'identité ou un passeport en cours de validité, ainsi que le prévoient les directives 68/360, 73/148, 90/364, 90/365 et 93/96, afin de pouvoir établir si la personne concernée est un ressortissant d'un Etat membre, ayant donc le droit de circuler librement sur le territoire des Etats membres, ou un ressortissant d'un pays tiers, n'ayant pas ce droit », CJCE, 21 septembre 1999, *Florus Ariel Wijsenbeek*, aff. C-378/97, Rec. I-6251, point 43.

[100] - Ainsi, de l'article 5 de la Convention d'application à l'institutionnalisation du système informatisé de Schengen en passant par l'adoption d'un manuel commun, l'harmonisation des conditions de franchissement des frontières extérieures a été largement réglementée.

[101] - Chapitre 3 de la Convention d'application de Schengen.

contrôle de la frontière extérieure mais a aussi étendu le champ de l'harmonisation au domaine de la politique des visas de court séjour[102]. En effet, le visa constitue une condition d'accès au territoire pour certaines catégories des étrangers **(section deuxième)**.

Section première : Le renforcement des contrôles des étrangers aux frontières extérieures

La politique européenne concernant le franchissement des frontières extérieures vise à mettre en place une gestion intégrée des frontières garantissant un niveau élevé et uniforme de contrôle et de surveillance, condition préalable et indispensable à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) ***[103]***.

A cet égard, la coopération Schengen a eu pour effet de consacrer la suppression progressive des visas de court séjour pour rendre effective la liberté de circulation, l' « effacement » des frontières nationales et le report des contrôles aux frontières extérieures de l'espace Schengen. En cours d'élaboration depuis plusieurs années, le Code frontières Schengen a été crée par le règlement (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006 applicable depuis le 13 octobre 2006 qui abroge les articles 2 à 8 de la Convention d'application des accords de Schengen (C.A.A.S.)[104].

Ce règlement prévoit l'absence de contrôle des personnes franchissant les frontières intérieures entre les Etats membres de l'Union et établit les règles applicables au contrôle aux frontières extérieures. Il constitue désormais la base juridique de certaines décisions refusant la délivrance d'un visa uniforme Schengen. Le Code marque une étape supplémentaire dans le processus d'harmonisation établissant ainsi un régime commun de franchissement des frontières **(paragraphe premier)**. L'harmonisation complète des conditions de franchissement des frontières extérieures impose parallèlement de procéder à plusieurs aménagements spécifiques tenant compte de l'existence d'un « espace disloqué »[105] de libre circulation et de certaines situations transitoires **(paragraphe deuxième)**.

---

[102] - Chapitre 3 de la convention d'application de Schengen.

[103] - Pour plus de détails, voir BEN HADID (S.), « l'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élargissement de l'Union Européenne », Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, mémoire en vue d'obtention du mastère en droit communautaire et relation Maghreb- Europe, année universitaire : 2005-2006.

[104] - JOUE n° L 105 du 13 avril 2006.

[105] - NERAUDAU (E.), « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006, p. 791, sp. 618.

Paragraphe premier : Des règles communes relatives au franchissement des frontières extérieures

Si le Code précise de nombreuses règles adoptées dans le cadre de Schengen, à l'instar des règles relatives aux points de passage[106], l'apport du règlement repose sur l'encadrement des conditions d'accès à l'espace commun et des contrôles exercés aux frontières **(A)**. Il établit en réalité un régime complet de règles relatives au franchissement des frontières intérieures et extérieures des Etats membres[107] indépendamment de certaines marges de manœuvre encore ouvertes aux Etats membres et portant sur la procédure applicable aux refus d'entrée **(B)**.

A- Les conditions d'accès à l'espace commun :

L'article 5§1 du Code reprend, précise et enrichit les conditions requises pour l'entrée sur le territoire établies par la convention de Schengen[108]. Les précisions concernent, d'une part, la prise en compte des développements en matière de politique des visas et, d'autre part, les conditions requises pour l'accès à l'espace commun. Ainsi, le paragraphe 3 encadre les

---

[106] - On notera par exemple que l'article 4 du règlement précise les exceptions à l'obligation de franchir les frontières extérieures aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture. Ainsi, les frontières peuvent être franchies en dehors des heures d'ouverture dans le cadre de la navigation de plaisance ou de la pêche côtière, pour les marins se rendant à terre pour séjourner dans la localité du port où leur navire fait escale ou dans les communautés limitrophes ou, enfin pour les individus ou groupes de personnes, en cas de nécessité revêtant un caractère particulier, pour autant qu'ils soient en possession des autorisations requises par le droit national et que cela ne soit pas contraire aux intérêts des Etats membres en matière d'ordre public et de sécurité intérieure.

[107] - Le développement concerne principalement les contrôles aux frontières extérieures de l'espace Schengen. Pour un aperçu des contrôles aux frontières intérieures et des changements apportés par le code communautaire, voir notamment, CHETAIL (V.), « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis de Schengen », Europe, Août-Septembre 2006, pp.4-8, sp.4-5, ou encore l'analyse parlementaire de la proposition de la Commission, COURTOIS (J.P.), Rapport sur la proposition de règlement du Conseil établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, n° 170, Sénat, 2février 2005.

[108] - L'article 5§1 du règlement (CE) n°562/2006 prévoit : « Pour un séjour n'excédant pas trois mois sur une période de six mois, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes :
a) être en possession d'un document ou des documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière ;
b) être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité ;
c) justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquérir légalement ces moyens ;
d) ne pas être signalé aux fins de non admission da le SIS ;
e) ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des Etats membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des Etats membres pour ces mêmes motifs ».

conditions d'appréciation des moyens de subsistance[109] et les moyens permettant de les justifier[110]. Si cette disposition ne va pas jusqu'à définir le niveau des moyens de subsistance, comme l'avait proposé la France[111], elle précise de manière importante un critère qui laissait antérieurement de larges de manœuvre aux Etats membres.

En plus, l'examen de la validité du visa présenté en est partie intégrante. Ce contrôle, modulable en fonction des contraintes géographiques (trajet ferroviaire) et d'impératifs de fluidité de la circulation, est en principe exercé à l'entrée et à la sortie de l'espace commun par des agents habilités en vertu de la législation nationale. Il obéit à des principes communs **(1)**. Toutefois, les Etats membres s'engagent à instaurer des sanctions à l'encontre du franchissement non autorisé ou irrégulier des frontières extérieures **(2)**.

1- Les contrôles exercés aux frontières extérieures

Les efforts des Etats et de l'Union d'augmenter leur capacité de contrôler les frontières extérieures afin de lutter contre la migration irrégulière aboutissent à un réaménagement des modalités et méthodes existantes **(a)**, d'une part, et à l'émergence de nouveaux acteurs et structures **(b)** d'autre part.

a/ Les modalités des contrôles du franchissement

La dichotomie entre les frontières intérieures et extérieures est au cœur de la politique relative aux contrôles des frontières figurant à l'article 77§1 du TFUE qui rappelle que cette politique vise, d'une part, à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures (TFUE, art.77§1 a) et d'autre part, à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures (TFUE, art. 77b).

---

[109] - L'article 5§3, alinéa 1er, du règlement prévoit : « L'appréciation des moyens de subsistance se fait en fonction de la durée et de l'objet du séjour et par référence aux prix moyens en matière d'hébergement et de nourriture dans l'Etat membre ou les Etats membres concernés, pour un logement à prix modéré, multipliés par le nombre de jours de séjour ».

[110] - L'article 5§3, alinéa 2, du règlement prévoit : « L'appréciation des moyens de subsistance suffisants peut se fonder sur la possession d'argent liquide, de chèques de voyage et de cartes de crédit par le ressortissant de pays tiers. Les déclarations de prise en charge, lorsqu'elles sont prévues par le droit national, et les lettres de garantie telles que définies par le droit national, dans le cas des ressortissants de pays tiers logés chez l'habitant, peuvent aussi constituer une preuve de moyen de subsistance suffisants. »

[111] - Une initiative française proposait d'encadrer les moyens de subsistance dans une fourchette située entre 40 et 60 euros par jour, voir, *Doc. 5572/04* du 21 janvier 2004, sp. 4.

Ici, il est nécessaire de noter que les frontières intérieures sont « *les frontières communes terrestres des parties contractantes ainsi que leurs aéroports pour les vols intérieurs et leurs ports maritimes pour les liaisons régulières de transbordeurs qui sont en provenance où à destination exclusive d'autres ports sur les territoires des parties contractantes sans faire escale dans les ports en dehors de ces territoires* »[112]. Les frontières extérieures sont définies, quant à elle, comme des frontières terrestres et maritimes, ainsi que les aéroports et ports maritimes des Etats Schengen « *pour autant qu'ils ne sont pas frontières intérieures* »[113].

L'article 7 du règlement relatif aux vérifications opérées aux frontières extérieures par les agents nationaux constitue également un développement des règles existantes. Définissant les conditions des contrôles aux frontières extérieures applicables aux citoyens européens et aux membres de leur famille[114], il détermine surtout les modalités des contrôles du franchissement des frontières extérieures par les ressortissants de pays tiers qui sont soumis à une « vérification approfondie ».

L'article 7 paragraphe 3, du règlement détaille avec précision l'examen approfondi auquel sont soumis les ressortissants de pays tiers lors de l'entrée sur l'espace commun. Cet examen comprend, entre autres, les vérifications approfondies relatives aux documents de voyage, à l'itinéraire emprunté, à l'objet du séjour, aux moyens de subsistance ou encore à la menace à l'ordre public. Il implique également une consultation obligatoire du système d'information de Schengen (SIS)[115]. Par opposition, le contrôle des documents de voyage des bénéficiaires de la

---

[112] - Convention Schengen, 19 juin 1990, art.1er désormais Code des frontières Schengen, art. 2§1.

[113] - Convention Schengen, 19 juin 1990 (Protocole n° 19 sur l'acquis Schengen annexé au Traité de Lisbonne, J.O n° C 83/2010, p. 290), art.1er, Code frontières Schengen, art.2§2.

[114] - Ces personnes sont soumises à une « vérification minimale » définie par l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 562/2006.

[115] - Le S.I.S est un vaste fichier informatique, il permet aux postes de frontières, aux autorités policières et aux agents consulaires des Etats ayant adhéré à l'espace Schengen de disposer de données sur les personnes signalées, les objets ou véhicules recherchés. Il est l'élément moteur de la Convention de Schengen puisqu'il permet par sa consultation une coopération très étroite entre les Etats membres (Le titre IV de la C.A.A.S., entièrement consacré au S.I.S., composé de 28 articles, réglemente un système informatique qui sert de support à l'intégralité de la coopération puisqu'il permet des échanges permanents d'informations et de signalements entre les agents autorisés à la consulter) ; il est souvent présenté comme « la clé de voûte » de tout le système. La finalité du S.I.S est vaste. L'article 93 C.A.A.S. stipule, en effet, que « Le système d'information Schengen a pour objet de préserver l'ordre et la sécurité publics y compris la sûreté de l'Etat et l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente Convention, sur les territoires des Etats parties contractantes à l'aide des informations transmises par ce système ». La création du S.I.S répond à la nécessité de maintenir un niveau de sécurité équivalent à celui existant avant la suppression des contrôles aux frontières intérieures et leur report aux frontières extérieures. Pour parvenir à cet objectif, l'article 92-1 C.A.A.S. permet aux autorités habilitées « grâce à une procédure d'interrogation automatisée, de disposer de signalements de personnes et d'objets, à l'occasion de contrôles de frontière et vérifications et autres contrôles de police et de douanes exercés à l'intérieur du pays conformément au droit national ainsi que, pour la seule catégorie de signalement visée à l'article 96, aux fins de la procédure de délivrance de visas, de la délivrance des titres de séjour et de l'administration des étrangers dans le cadre de l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente convention ».

libre circulation relève d'un « examen simple et rapide » et la consultation du SIS est facultative. Le contrôle approfondi doit permettre de s'assurer méthodiquement que le ressortissant de pays tiers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres remplit l'ensemble des conditions requises. A cet effet, le Code frontière Schengen détermine également des modalités d'organisation des contrôles approfondis[116].

Il détermine également, dans le paragraphe 3, les conditions d'exercice des contrôles à la sortie de l'espace commun. Ici, la vérification approfondie est en revanche allégée. Si elle comporte la vérification de la validité des documents de voyage et dans la mesure du possible la vérification que la personne ne constitue pas une menace pour l'ordre public, la vérification des visas, du respect du délai de séjour ou encore la consultation du SIS sont optionnelles. De même, la recherche d'éléments de falsification ou de contrefaçon ne répond plus d'un « examen approfondi » mais d'un simple « examen » du document. Au fond, et dans la lignée de l'acquis de Schengen, la priorité repose sur les contrôles exercés à l'entrée de l'espace de circulation.

Aussi, le Code frontière Schengen détermine les conditions d'assouplissement des contrôles commandées par des circonstances exceptionnelles. Dans ces situations, et à l'instar de la convention de Schengen[117], « les vérifications des mouvements à l'entrée ont, en principe, priorité sur les mouvements à la sortie »[118].

En revanche, le Code des frontières définit les conditions dans lesquelles les circonstances exceptionnelles sont remplies. Ces dernières peuvent être mises en œuvre « lorsque des évènements imprévisibles provoquent une intensité de trafic telle qu'elle rend excessif le délai d'attente au point de passage frontalier, alors que toutes les ressources en personnel, en moyens et en organisation ont été épuisées »[119]. En outre, le règlement précise que la mise en œuvre des contrôles assouplis est temporaire, adaptée aux circonstances qui la motivent et mise en œuvre progressivement. Sur ce terrain, le règlement encadre fortement les conditions

---

Les Etats membres alimentent le S.I.S grâce à des réseaux nationaux (N.S.I.S) connectés à un système central (C.S.I.S). De plus, cette construction informatique est complétée par un réseau nommé SIRENE, supplément d'information requis à l'entrée nationale. Pour plus de détails, voir FONTANAUD (D.), commentaire de la Convention de Schengen, Gazette du Palais, numéro spécial, 12-13 avril 1996, p.16 et s.

[116] - Voir par exemple la possibilité de réaliser les vérifications approfondies dans un lieu privé comme prévu à l'article 7, paragraphe 4, ou encore les garanties prévues par l'article 7, paragraphe 5, du règlement (CE) n°562/2006 dans le cadre des vérifications approfondies de deuxième ligne.

[117] - Article 6, paragraphe 2, point e) de la convention de Schengen.

[118] - Article 8, paragraphe 2, aliéna 1er du Code frontière Schengen.

[119] - *Ibid*., art. 8 paragraphe 1.

d'assouplissement des contrôles frontaliers. La mise en commun de la sécurité intérieure commandant de verrouiller cette procédure.

Enfin, qu'il s'agisse de l'entrée ou de la sortie, le Code frontière Schengen reprend le dispositif mis en œuvre par un règlement antérieur comportant l'obligation de composter les documents de voyage[120]. L'article 10 établit le principe du compostage systématique des documents de voyage et aménage des exceptions[121] pendant que l'article 11 détermine la charge de la preuve en l'absence de cachet d'entrée[122].

En fin de compte, le règlement procède non seulement à une rationalisation importante des règles adoptées mais surtout à une délimitation précise des conditions d'exercice des contrôles aux frontières extérieures. Ainsi, la limitation des marges de manœuvre des Etats membres concourt à une harmonisation très forte des contrôles exercés par les autorités nationales. Toutefois, la rigidité des conditions d'entrée requises et des contrôles opérés à la frontière extérieure constitue un obstacle pour certains ressortissants de pays tiers qualifiés de « bonne foi ». A ce titre, la Commission a proposé de créer un statut de « voyageur enregistré » pour lequel les conditions tenant au motif du séjour, aux moyens de subsistance et à l'absence de menace pour l'ordre public ne seraient plus vérifiées lors du franchissement de la frontière

[120] - Règlement (CE) n° 2133/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 concernant l'obligation, pour les autorités compétentes des Etats membres, de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun, JO L 369/5 du 16.12.2004.

[121] - Article 10, paragraphe 3, du Code prévoit : « il n'est pas apposé de cachet d'entrée et de sortie :
a) sur les documents de voyage des chefs d'Etat et des personnalités dont l'arrivée a été préalablement annoncée officiellement par voie diplomatique ;
b) sur les licences de pilotes ou les certificats de membre d'équipage d'un aéronef ;
c) sur les documents de voyage des marins, qui ne séjournent sur le territoire d'un Etat membre que pendant l'escale du navire dans la zone du port d'escale ;
d) sur les documents de voyage de l'équipage et des passagers d'un navire de croisière qui ne sont pas soumis à des vérifications aux frontières conformément aux points 3.2.3 de l'annexe XI ;
e) sur les documents permettant aux ressortissants d'Andorre, de Monaco et de Saint-Marin de franchir la frontière.
A la demande d'un ressortissant de pays tiers, il peut, à titre exceptionnel, être renoncé à l'opposition du cachet d'entrée ou de sortie lorsqu'elle risque d'entraîner des difficultés importantes pour celui-ci. Dans ce cas, l'entrée ou la sortie est consignée sur un feuillet séparé avec mention du nom et du numéro du passeport. Ce feuillet est remis au ressortissant du pays tiers ».

[122] - En principe l'absence de cachet d'entrée sur les documents de voyage vaut présomption que le titulaire ne remplit pas ou plus les conditions de séjour. Il appartient au ressortissant de pays tiers de renverser par tout moyen crédible (titre de transport ou justificatifs de la présence de l'intéressé en dehors du territoire des Etats membres) la présomption en démontrant qu'il a respecté les conditions relatives à son séjour. Cette disposition démontre toutefois que les Etats membres font peser sur le ressortissant de pays tiers la charge de la preuve y compris dans les cas dans lesquels l'absence du cachet d'entrée résulte d'une omission des autorités nationales. Aussi, lorsque la présomption n'a pu être renversée, les autorités compétentes peuvent procéder à l'expulsion de la personne.

extérieure[123]. Un tel système permet un allègement des contrôles des personnes voyageant régulièrement dans l'Union européenne et ne constituant pas un risque d'immigration irrégulière.

En réalité, la notion de frontières extérieures consacre une conception fonctionnelle de la frontière qui n'est pas sans évoquer l'idée d'une « frontière de civilisation »[124] qui préserverait des liens entre un groupe d'Etats « européen ». Ce sentiment est corroboré par la situation juridique des nouveaux Etats ayant adhéré à l'Union le 1er mai 2004 et en janvier 2007 et le débat sur l'éventuelle adhésion de la Turquie qui aurait pour effet de créer une frontière extérieure avec l'Irak et d'élargir l'Europe à sa partie orientale[125].

En outre, le Conseil JAI des 22 et 23 septembre 2011 a annoncé que le Code Schengen fera l'objet d'une prochaine réforme en vue de la réintroduction temporaire de contrôles aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles. Une proposition de Règlement COM (2011) 560 final ayant été déposée le 16 septembre, laquelle remplace les articles 23 à 26 de l'actuel Code Schengen par des stipulations précisant les critères et la procédure permettant la réintroduction de tels contrôles. De même, une proposition[126] déposée le 16 septembre 2011 vise à créer un mécanisme d'évaluation et de suivi destiné à suivre l'application de l'acquis de Schengen.

b/ Les nouveaux acteurs de contrôles

Plusieurs nouveaux dispositifs sont mis en place à savoir les officiers de liaison chargés de l'immigration **(b-1)** et FRONTEX **(b-2)**. Elles ont pour but de montrer la convergence entre les objectifs des Etats et les dispositifs européens et l'harmonisation des moyens de contrôle de la migration irrégulière.

b-1 : Les officiers de liaison chargés de l'immigration

La mise en place des officiers de liaison « immigration » (OLI) suite aux Accords de Schengen, illustre non seulement l'effort d'institutionnalisation, mais aussi le recours à de

[123] - Sur cette proposition voir, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières de l'Union européenne », COM (2008) 69 final du 13.02.2008, sp. 6-8.
[124] - BLUMANN (C.), Frontières et limites, Pédone, colloque SFDI, 1978, p. 29.
[125] - INSEL (I.), « Pourquoi la candidature turque n'est pas acceptée par l'Union », *Hommes & Migrations*, novembre-décembre 1998, p.70.
[126] - COM (2011), 559 final.

nouvelles méthodes au niveau européen pour un meilleur contrôle migratoire. D'abord de nature intergouvernementale, le Règlement européen relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « immigration » incorpore le dispositif en droit communautaire en 2004. Les OLI sont des représentants des Etats membres détachés auprès des autorités des pays « sources d'immigration » et chargés d'établir des contacts pour « contribuer à la prévention et à la lutte contre l'immigration irrégulière, au retour des immigrés en séjour irrégulier et à la gestion de l'immigration »[127]. Ils apportent leur aide à l'identification des clandestins et à leur renvoi dans leur pays d'origine.

Le personnel peut intervenir auprès des services de police ou d'immigration du pays en question, ainsi que des compagnies aériennes locales qui desservent le territoire de l'Union. Leur rôle inclut la formation à la détection de faux documents et le renseignement sur les mouvements migratoires. Les OLI contrôlent des embarquements conjointement avec le personnel du pays hôte. Grâce à leurs contacts avec les autorités locales, les gardes- frontière et les services d'immigration des aéroports, ils sont aussi censés faciliter l'admission des migrants irréguliers, en s'appuyant sur leurs relations professionnelles.

L'Union forme, ainsi, des réseaux de contrôle en amont et en aval sur les itinéraires majeurs de migration[128]. En 2007, plusieurs projets nationaux de coopération entre les OLI en poste dans les pays tiers sont financés par le Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 qui vise à contribuer au développement d'un système commun de gestion intégrée des frontières[129].

Toutefois, il est à noter que le détachement des agents d'immigration à l'étranger est un dispositif d'abord mis en place par certains Etats membres avant d'être utilisé par l'Union. Les Etats le privilégient comme moyen préventif assurant une plus grande implication des Etats tiers pour la réadmission. Bien avant l'entrée en vigueur du *Règlement* auquel le Royaume-Uni prend part, les autorités britanniques avaient une pratique établie d'envoi d'agents de contrôle des migrations dans les aéroports de certains pays. Par exemple, un accord, signé en février 2001 avec le gouvernement tchèque, habilite les officiers britanniques d'immigration, à

[127] - Règlement (CE) n°377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », *JO* L 064 2.3.2004.
[128] - Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et sociale européen et au Comité des régions, Application de l'approche globale sur la question des migrations aux régions bordant l'Union européenne à l'Est et au Sud-Est, COM (2007) 247 final, Bruxelles, 16.5.2007, p.17.
[129] - Décision 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L144/22 du 6.6.2007.

effectuer dans l'aéroport de Prague, des contrôles avant embarquement des passagers à destination du Royaume-Uni. Ceux-ci ciblaient les ressortissants tchèques d'origine rom qui seraient susceptibles de demander l'asile. En 2004, les actions des autorités britanniques sont jugée illégales par la Chambre des Lords, du point de vue des obligations internationales du pays, notamment du principe de non discrimination consacré à l'article 14 de la CEDH[130].

On déduit que le droit de l'Union apporte la légitimité recherchée pour les OLI dont le but est l'interception, en amont des frontières nationales, des migrants irréguliers.

De plus, la méthode de travail des OLI, bien que précisée dans un *Règlement*, est basée sur la coopération opérationnelle qui, souvent, échappe au contrôle démocratique et judiciaire des Etats et de l'U.E. Comme le montre l'arrêt *R.v Immigration Office at Prague Airport* de la Chambre des Lords[131], les contrôles en amont effectués par les OLI comportent des risques d'atteinte aux droits fondamentaux des étrangers. En effet, les contrôles sont effectués dans des lieux (souvent des aéroports) et des circonstances (avant embarquement) dans lesquelles la capacité d'intervention des acteurs de la société civile est limitée et les voies de recours administratives ou judiciaires contre les décisions des officiers, tout comme les conditions d'exercice des garanties de procédure (accès à l'information, à un interprète, etc.) sont floues.

En outre, le dispositif pose des questions de compatibilité avec la Convention de Genève de 1951 qui enjoint aux Etats parties de ne prendre aucune mesure visant à empêcher les personnes craignant une persécution, de quitter leur pays d'origine.

b-2 : FRONTEX : une agence européenne pour l'interception des migrants irréguliers

FRONTEX est une agence européenne crée en 2005 pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'U.E. Son objectif principal est de combattre la migration irrégulière et de promouvoir la solidarité et la confiance mutuelle entre les gardes-frontière des Etats membres et des pays tiers. Il vise également à faciliter

[130] - GUILD (E.), « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'homme : trois défis des cours britanniques », (2005) 58 Cultures & Conflits, en ligne :http://www.conflits.org/document 1834. html.
[131] - R.v Immigration Office at Prague Aérport and another ex parte European Roma Rights Centre and others [2004] UKHL 55.

l'application des mesures communes en assurant la coordination des dispositions d'exécution correspondantes prises au niveau national[132].

L'agence travail sur une base régionale dans le cadre d'une coopération bilatérale avec les pays voisins. Elle est aussi chargée de l'analyse de risque et informe les Etats membres de la situation des mouvements migratoires aux frontières extérieures[133].

Elle offre un cadre de coopération pour les Etats membres et leur permet de contenir les étrangers dans les régions d'origine ou de transit. Pour ces raisons, en 2007, le Conseil européen a modifié le *Règlement n°2007/2004* pour augmenter la capacité de réaction rapide de Frontex en vue de fournir des ressources humaines supplémentaires à tout Etat membre en difficulté[134]. Elle devient une composante essentielle de la dimension externe de la politique de l'Union. Ses activités sont basées sur deux méthodes préférées par les Etats : la coopération opérationnelle et le renforcement de la capacité des Etats tiers à contenir les mouvements migratoires.

Cependant, il n'est pas sans intérêt de signaler que certaines activités de Frontex ne sont pas compatibles avec les obligations des Etats membres découlant de la Convention de Genève et de la Convention européenne de droit de l'homme. L'interception des migrants irréguliers en route vers l'U.E. est préjudiciable au droit d'asile lorsque celle-ci se passe dans des conditions qui ne leur permettent pas de demander une protection internationale. Or peut d'information existe sur l'exercice de ce droit par les personnes interceptées. De même, les opérations de Frontex ont un impact dissuasif à l'égard des candidats au départ clandestin, y compris des personnes persécutées.

Un autre aspect controversé des opérations de Frontex concerne le non-refoulement. Ce principe se trouve remis en question pendant les opérations en mer de l'Agence, car les personnes appréhendées sont, souvent, retournées de force vers leur pays de départ qu'elles

---

[132] - Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 *portant création d'une agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, *JO* L 349 du 25.11. 2004, préambule, par. 4.

[133] - Depuis sa création, Frontex a mené des opérations aux frontières aériennes en assurant des échanges croisés de fonctionnaires en renfort des contrôles migratoires. De plus, des experts de la police aux frontières sont postés aux points de passage terrestres sensibles. Les opérations maritimes sont, de loin, l'activité la plus importante de Frontex à ce jour. Elles se caractérisent par le déploiement des patrouilles communes, des avions de surveillance et des moyens humains sur les voies empruntées par les migrants irréguliers. Plusieurs opérations ciblent les mouvements en provenance d'Afrique de l'Ouest à destination des îles Canaries, et de Libye vers Malte et l'Italie, ou encore, en mer Egée.

[134] - Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, *JO* L 199/30 du 31.7.2007.

avaient fui. L'article 33 de la Convention de Genève consacre cette prohibition absolue en droit international de retourner une personne vers un pays où elle sera exposée à un risque réel pour sa vie ou elle risquera la torture ou un traitement inhumain ou dégradant. Selon la jurisprudence constante de la Cour EDH, le renvoi forcé peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention interdisant la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'envoie vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition.

Les opérations extraterritoriales de Frontex impliquent la responsabilité des Etats qui y prennent part. L'engagement de protection pris par les Etats à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction s'étend à l'obligation de ne pas exposer cette personne à une situation irrémédiable de danger objectif même en dehors de sa juridiction[135].

C'est à la lumière de telles considérations qu'en juin 2008 l'Agence a conclu un accord de coopération avec le Haut Commissariat des Réfugiés des Nations-Unies (HCR)[136]. Un représentant du HCR a été affecté au siège de l'Agence à Varsovie et travaille en coopération avec l'Agence pour garantir que la gestion du contrôle des frontières se fasse conformément aux obligations internationales des Etats membres en vertu de la Convention de Genève. Un deuxième accord, prévoyant entre autres une coopération pour la formation des officiers engagés dans les opérations de contrôle, a été conclu avec l'Agence européenne des droits fondamentaux[137].

Une telle démarche est sans aucun doute appréciable. Cependant, on peut douter que cela suffise à garantir que des réfugiés ou d'autres personnes ayant droit à la protection subsidiaire ne soient pas bloquées en mer avant qu'elles puissent atteindre les côtes des Etats membres pour y présenter leur demande d'asile.

En effet, une grande partie des ressources et des activités de l'Agence est déployée dans le cadre d'opérations de surveillance des frontières maritimes et de lutte contre l'immigration

---

[135] - CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, par.89-91 ; PUECHAVY (M.), « Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », dans LAMBERT (P.) et PETTITI (CH.) (éd.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, p.75, à la page 89.

[136] - Voir les communiqués de presse des institutions : http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art39.html et http://www.unhcr.org/cgi

[137] - *Cooperation Arrangement between the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Membre States of the European Union and the European Union Agency for Fundamental Rights*, du 26 mai 2010, http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Cooperation-Agreement-FRA-Frontex_en.pdf.

clandestine en mer[138]. C'est en tenant compte de la nécessité que ces opérations se déroulent dans le respect du droit international que le 26 avril 2010 le Conseil a adopté la décision 2010/252/UE, qui vise à compléter le code des frontières Schengen dans le domaine de la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence[139]. Par cette décision, les Etats membres participant aux opérations conjointes de surveillance en mer sont engagés à respecter un certain nombre de règles de conduite. Ces règles sont définies dans la partie I de l'annexe. Au point 1.2., il est établi que nul ne soit « *débarqué dans un pays ni livré aux autorités de celui-ci en violation du principe de non-refoulement ou s'il existe un risque de refoulement ou de renvoi vers un autre pays en violation de ce principe* »[140].

2- Les mesures réprimant l'entrée irrégulière des frontières de l'U.E

L'Union impose aux Etats membres l'obligation d'instaurer des sanctions à l'encontre du franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors de points de passage frontaliers et des heures d'ouverture fixées[141]. Ces sanctions sont établies selon les règles du droit national de chaque Etat membre. Les sanctions frappent les auteurs du franchissement irrégulier des frontières. Elles sont accompagnées de dispositions prévoyant des sanctions à l'égard des passeurs d'immigrés clandestins[142].

Ce dispositif constitue une sanction nécessaire du respect de la réglementation relative au franchissement des frontières extérieures. Il est complété par des dispositions relatives à la responsabilité du transporteur. Ces dernières figurent parmi les mesures développées au niveau d'un ou de quelques Etats membres avant d'être adoptées par l'Union qui les a harmonisées et diffusées dans l'ensemble des Etats. C'est la Convention de Schengen, qui, à son article 26, fait obligation aux Etats membres de sanctionner les transporteurs qui se placeraient en infraction

---

[138] - Ce type de contrôle se fait souvent par des équipes d'intervention rapide aux frontières (RABIT) créées sur la base du Règlement (CE) 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, JO n° L199 du 31 juillet 2007, pp.30-39

[139] - *JO* n° L 111 du 4 mai 2010, pp.20-26.

[140] - L'annexe se compose de deux parties. La première établit des règles de conduite contraignantes. La deuxième définit les règles et les lignes directrices non contraignantes qui doivent faire partie du plan opérationnel élaboré pour chaque opération coordonnée par l'Agence. Il semble regrettable que les règles opérationnelles concernant la recherche, le sauvetage et le débarquement de personnes en détresse soient contenue dans cette deuxième partie.

[141] - Art. 3 parag. 2 de la C.A.A.S.

[142] - Art. 27 parag. 2 de la C.A.A.S

au regard de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers. Cette disposition prévoit la responsabilité des transporteurs pour le renvoi des migrants irréguliers et la prise en charge des frais de réacheminement[143].

La directive n° 2001/51/CE[144] complète l'article 26 de la Convention de Schengen. Elle harmonise les sanctions pécuniaires prévues par les Etats membres en cas de violation des obligations de contrôle qui incombent aux transporteurs **(a)**. Toutefois, les précisions introduites par la directive n'évacuent pas les critiques que ce dispositif suscite au regard notamment des conséquences de ce système **(b).**

a- Le champ d'application du dispositif des sanctions

La directive complète le dispositif de Schengen[145] afin « d'en accroître l'efficacité ». Ainsi, le texte étend le champ d'application de la directive au cas du transit et procède à une harmonisation des sanctions pécuniaires qui constitue « l'élément essentiel de la directive ».

De plus, contribuer à la lutte contre l'immigration irrégulière par l'imposition de sanctions aux transporteurs implique de déterminer les compagnies de transport visées par le texte. Ici, la directive conserve la définition de la C.A.A.S. qui définit le transporteur comme « toute personne physique ou morale qui assure, à titre professionnel, le transport de personnes par voie aérienne, maritime ou terrestre ». Par conséquent, les transporteurs de marchandises n'entrent pas dans le champ de la directive et sont exonérés de l'obligation de contrôle prévue par cette

[143] - Le principe, intégré au droit de l'Union par le TCE, était appliqué dans certains pays européens bien avant l'entrée en vigueur des Accords de Schengen. Il est introduit dans le droit britannique dès 1987 et en France en 1992.
[144] - Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la C.A.A.S., JO L 187/45 du 10.07.2001.
[145] - La directive procède à une filiation directe avec la Convention de Schengen puisqu'elle complète l'article 26 de la Convention. Cette option tranche par rapport à l'initiative française qui avait préféré établir un cadre juridique autonome (Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des Etats membres des ressortissants de pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis, JO L 269/8 du 20.09.2000). En conséquence, le texte communautaire impose d'avoir deux textes à disposition, convention de Schengen et directive, pour saisir le sens et l'articulation des règles, ce qui ne constitue pas une approche très pédagogique. A ce sujet, voir notamment DE BRUYCKER P. « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la C.A.A.S » in CARLIER J.-Y& DE BRUYCKER P. (sous la direction de*) « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates/ Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile »,* Bruylant, Bruxelles, 2005, 681 p., pp. 417-424, sp.418.

dernière. En revanche, leur responsabilité est engagée dès lors qu'ils se livrent à une activité d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier.[146]

Le dispositif Schengen prévoit deux obligations pesant sur les transporteurs. La première ne s'applique qu'aux transporteurs par voie aérienne et maritime et les oblige à s'assurer que le ressortissant de pays tiers est en possession des documents de voyage requis pour entrer sur le territoire commun. La seconde s'applique à l'ensemble des transporteurs aérien, maritimes ou terrestres et impose une obligation de reprise en charge et de réacheminement de l'étranger dont l'entrée sur le territoire d'une des parties contractantes est refusée.

Autrement dit, en cas de refus d'entrée sur le territoire d'un Etat membre, le transporteur est tenu de reprendre en charge l'étranger et de le renvoyer dans l'Etat tiers à partir duquel il a été transporté[147]. Cette obligation ne connait ni motivation, ni dérogation. Etant donné que l'admission des étrangers relève de la seule faculté des Etats membres. Cette responsabilité semble dépourvue de fondement. La Convention de Schengen prévoit que « *le transporteur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'étranger transporté par voie aérienne ou maritime est en possession des documents de voyages requis pour l'entrée sur le territoire des Parties contractantes* »[148].

Cependant, aucune disposition ne prescrit l'examen de l'authenticité des documents[149], la responsabilité du transporteur ne devrait donc être mise en jeu lorsque l'examen des documents de voyage présentés révèle des falsifications.

En outre, la directive étend le champ de l'obligation de réacheminement au cas du transit. De fait, les transporteurs sont également tenus de remplir leurs obligations lorsque le ressortissant de pays tiers transite par un Etat membre en vue de se rendre dans un pays tiers, ce qui a pour effet d'alourdir leur responsabilité.

---

[146] - Ce type de comportement devant désormais donner lieu à l'adoption de sanctions pénales comme le prévoient une directive et une décision- cadre adoptées sur ce point, voir infra, Partie II, titre II, chapitre I, section deuxième, paragraphe deuxième, (A).

[147] - Art. 26 parag.1a) de la C.A.A.S.

[148] - Art .26 parag .1b) de la C.A.A.S.

[149] - Un tel examen serait très difficile à effectuer, tant du fait de la variété des titres d'identité et de séjour existant, que de la qualité de certains faux. En plus, dans ce cadre l'obligation de contrôle dépasse la vérification de la simple possession des documents. Le transporteur doit « prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les personnes en provenance de pays tiers sont en possession de documents de voyage valables et de visas éventuellement requis », Art. 26 de la C.A.A.S.

La responsabilité des transporteurs est, par ailleurs, complétée par des sanctions. La Convention prévoit, en effet, que « *les Parties contractantes s'engagent […] à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime d'un Etat tiers vers leur territoire, des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis* »[150]. Le paragraphe 3 de l'article 26 C.A.A.S étend cette obligation aux transporteurs de voyageurs assurant des liaisons internationales par autocar. Ce dispositif reprend en réalité au niveau européen des pratiques déjà existantes dans les Etats membres. Cependant, en raison de la diversité des mesures et sanctions adoptées par les Etats parties[151], la Convention de Schengen formule cette obligation en termes larges.

La généralisation de sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs dans les Etats membres permet au législateur de l'Union de proposer leur harmonisation par la voie d'un montant minimal commun. La directive ne mentionne pas spécifiquement cet objectif dans son intitulé ce qui évite de cantonner le texte au seul domaine des sanctions pécuniaires et ouvre ainsi la possibilité d'imposer « d'autres mesures comportant des sanctions d'un autre type telles que l'immobilisation, la saisie et la confiscation temporaire du moyen de transport, ou la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation »[152].

Le montant maximal des sanctions pécuniaires ne peut être inférieur à 5000 euros et le montant minimal inférieur à 3000 euros. Autrement dit, les Etats membres imposent une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être inférieur à 3000 euros, sans que le plafond de cette sanction soit limité.

L'article 4 de la directive prévoit aussi une sanction « forfaitaire » de 500 000 euros pour chaque infraction. Cette sanction correspond à la nécessité de lutter contre les trafics « à grande échelle » sans que les précisions relatives à la mise en œuvre de cette disposition fassent l'objet d'un éclairage par le texte.

[150] - Art .26 parag. 2 de la C.A.A.S.
[151] - Voir en particulier CARLIER J.-Y « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination », *in Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 15-35, sp. 25-26.
[152] - Article 5 de la directive 2001/51/CE.

b- Les conséquences des charges pesant sur les transporteurs :

L'idée de sanctionner les transporteurs, en ce qu'ils constituent un « vecteur » de l'immigration irrégulière dans les Etats membres pose la question de la privatisation du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire commun. Ainsi, le transfert d'une prérogative de puissance publique à des opérateurs privés implique de s'interroger sur l'incidence d'un tel dispositif sur l'accès des demandeurs d'asile (b-1) tout autant que sur son incidence sur le développement des filières des passeurs (b-2).

b-1 : Les entraves potentielles à l'accès à la procédure d'asile

Le contrôle des documents et le refus éventuel du transport peuvent entraver l'accès à l'asile et poser un problème relatif à la compatibilité avec la Convention de Genève sur le statut des refugiés[153]. Cette Convention prévoit deux obligations essentielles pour la sauvegarde du droit d'asile : le non- refoulement[154]et la non application des sanctions pénales du fait de l'entrée ou du séjour irrégulier de réfugiés qui arrivent directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée[155].

Face à une personne dépourvue des documents requis mais souhaitant embarquer afin de demander la protection internationale dans un Etat membre, les compagnies de transport peuvent refuser l'accès à bord en raison des sanctions pécuniaires encourues ou évaluer le besoin de protection de la personne. Dans les deux cas, la solution retenue n'est pas satisfaisante. En cas de refus d'embarquer, la compagnie de transport prive la personne de la possibilité d'avoir accès à la procédure d'asile. Si la compagnie de transport décide d'évaluer le besoin de protection, elle exerce une fonction qui relève de la compétence des autorités nationales. En tout état de cause, la compagnie de transport ne peut être responsable d'une violation de la convention de Genève étant donné que cet instrument s'adresse aux Etats.

Dans ce contexte, les dispositions de la C.A.A.S relatives au renvoi des étrangers et à l'instauration de sanctions à l'égard des transporteurs sont applicables sous réserve de la

---

[153] - Convention des Nations Unies du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, *RTNU*, n° 2545, vol. 198, p.137, modifiée par le Protocole de New York du 13 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, *RTNU*, n° 879, vol.606, p. 267.

[154] - Art. 33 parag. 1 de la Convention de Genève, précitée, prévoit : « Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

[155] - Art. 31 parag. 1 de la Convention de Genève, précitée.

Convention de Genève. Cette précaution semble cependant insuffisante, eu égard aux implications possibles du renvoi.

De manière plus générale, la question se pose de savoir si ce système permet aux Etats membres d'échapper à l'obligation de non refoulement inscrite dans la convention de Genève. Une partie de la doctrine répond par la négative considérant que la notion de non-refoulement est distincte de celle d'expulsion de sorte que l'obligation de non refoulement ne circonscrit pas la responsabilité de l'Etat à son territoire. En conséquence, le fait d'inciter légalement les compagnies de transport à ne pas embarquer des ressortissants de pays tiers dépourvus de documents de voyage requis ne peut exonérer les Etats de leurs obligations internationales[156]. Le silence de la directive sur ce point a ainsi conduit plusieurs acteurs –administrations gouvernementales, transporteurs et organisations humanitaires- à conclure à la nécessité d'adopter des règles supplémentaires au regard des exceptions humanitaires[157].

Cette situation démontre la difficulté de trouver un équilibre entre accès à la protection internationale et lutte contre l'immigration irrégulière.

A cet égard, la responsabilité des capitaines de navires ne s'étend pas normalement à la détermination du statut des personnes secourues[158]. Or, ce régime élaboré et perfectionné de manière à préserver la tradition humanitaire de sauvetage est remis en cause par la pratique méditerranéenne. On ne peut qu'être alarmé par la multiplication de cas de navires qui ont refusé de secourir des bateaux chargés de migrants qui coulaient pour ne pas courir le risque d'emprisonnement. C'est que les pays méditerranéens ont adopté des législations dissuasives à l'égard des transporteurs et ont alourdi les peines contre les passeurs, cultivant ainsi l'amalgame entre le trafic des migrants et l'assistance aux migrants.

---

[156] - Sur ce point, voir en particulier CARLIER J.-Y « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination », *op.cit,*p. 31-34.

[157] - VAN DER KLAAUW J. « Irregular Migration and Asylum Seeking : Forced Marriage or Reason for Divorce ? » in BOGUSZ (B.), CHOLEWINSKI (R.), CYGAN (A.) & SZYSZCZAK (E.), « *Irregular Migration and Human Rights ; Theoretical, European and International Perspectives* », Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, 462 p., pp. 115-135, sp. 119.

[158] - Sauvetage en mer. Aspects spécifiques relatifs à la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés, Table Ronde d'experts, Lisbonne 25-26 mars 2002, Résumé des discussions, UNHCR, *Textes de référence sélectionnés, Sauvetage en mer, interception maritime et passagers clandestins*, mai 2007, http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf , pp.174-175.

Nous pouvons citer à titre d'exemple la législation italienne, en l'occurrence le texte unique sur l'immigration adopté le 25 juillet 1998[159] modifié par la loi de 2002 connue sous le nom de la loi Bossi-Fini[160], modifiée encore une fois par la loi sur la sécurité civile adoptée en 2009[161], focalisée sur le transport d'étrangers en situation irrégulière, en exposant quiconque qui encourage, dirige, organise, finance ou réalise le transport de migrants clandestins, à une peine d'emprisonnement qui peut aller jusqu'à 15 ans et une peine d'amende qui peut aller jusqu'à 25000 euros par personne[162].Cette peine d'emprisonnement sera triplée si les actes allégués ont été commis pour faciliter l'entrée de 5 personnes ou plus[163]. Cette même peine est augmentée d'un tiers à la moitié et l'amende passe à 25000 euros par personne en cas de traite d'êtres humains[164].

En effet, si l'objectif affiché est de combattre le trafic d'immigrants, l'absence de toute clause humanitaire ou de toute référence au sauvetage maritime en dépit de la multiplication des incidents du déni de sauvetage bien connue des autorités italiennes ne peut qu'amplifier le phénomène.

Dans le même cadre, en Espagne, la loi organique 4/2000 relative à l'immigration a été modifiée par la loi organique 14/2003 du 20 novembre 2003 afin d'imposer une obligation de vigilance aux transporteurs. Ainsi, les autorités espagnoles sont habilitées à demander aux sociétés et compagnies de transport, pour les routes hors espace Schengen avec d'importants flux migratoires, la liste de personnes avec mention de certains renseignements. La compagnie de transport devra prendre en charge le passager qui n'a pas été autorisé à entrer en raison de déficience dans sa documentation. En cas de manquement à cette obligation de vigilance, l'article 47 alinéa 30 de la loi prévoit le paiement de 300 euros en cas d'infractions simples, 301

[159] - Décret législatif n° 286 du 25 juillet 1998 « Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero », appelé loi Turco-Napolitano selon les noms des deux ministres pour la solidarité sociale et l'intérieur, *Gazzetta Ufficiale* n° 191 du 18 août 1998, disponible sur le site du Parlement italien : http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/98286dl.htm.

[160] - Loi n°189 du 30 juillet 2002 « Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo », Gzzetta Ufficiale, n° 199 du 26 août 2002, disponible sur le site du Parlement italien : http://www.parlamento.it/parlam/leggi/elelenum.htm.

[161] - Legge 15 luglio 2009, n° 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, Gazetta Ufficiale n° 170 del 24 luglio 2009-Supplemento ordinario n° 128, disponible sur le site : http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090941.htm.

[162] - L'article 12§1-bis du Texte unique tel que modifié par l'article 1§26 a) de la loi 94/2009.

[163] - L'article 12§3 du Texte unique tel que modifié par l'article 1§26 b) de la loi 94/2009.

[164] - L'article 12§3-ter du Texte unique tel que modifié par l'article 1§26 d) de la loi 94/2009.

à 6000 euros en cas d'infractions graves et 6001 à 60 000 euros en cas d'infractions très graves[165].

Aussi, les pays du Sud, en l'occurrence la Tunisie[166] et le Maroc[167] ont adopté des législations inspirées de la même logique de sévérité contre les passeurs. Des peines privatives de liberté ainsi que des amendes ont été prévues à l'encontre de toute personne prêtant son concours ou son assistance à une personne pénétrant de façon illégale dans le pays[168].

En plus, des peines infligées, les deux législations prévoient la confiscation des moyens de transport utilisés pour commettre l'infraction[169].

En définitive, la politique de dissuasion semble avoir porté ses fruits, les capitaines des navires, sauf pour les plus téméraires, sont découragés de venir en aide aux migrants en difficulté. Ces derniers ne sont pas non plus pris en charge par des Etats côtiers qui se renvoient mutuellement la responsabilité en matière de sauvetage.

b-2 : Le développement des filières des passeurs :

Les sanctions infligées aux transporteurs peuvent ainsi contraindre les réfugiés à recourir aux services de passeurs, qui leur fournissent de faux documents pour tromper la vigilance des transporteurs. Mais ces réfugiés risquent de commettre une infraction pénale en produisant de faux documents à leur arrivée sur le territoire[170]. Les transporteurs sont alors condamnés à une amende, tandis que les tiers qui ont facilité son entrée sur le territoire, c'est-à-dire bien souvent

---

[165] - Ley Organica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley organica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espana y su integracion social, modificada por la Ley Organica 8/2000, de 22 de diciembre ; de la Ley 7/1985, de 2de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen juridico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comun, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, *BOE* n° 279, 21 novembre 2003.

[166] - La loi n° 2004-6datée du 3février 2004 complétant la loi du 14 mars 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage*, JORT*, 6 février 2004, n°11, pp, 253-254.

[167] - Loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Publications de la Revue marocaine d'administration locale et de développement*, Collection Textes et Documents, 2004, pp.17-37.

[168] - Pour la Tunisie, l'article 40 de la loi de 2004 prévoit une peine de 5ans de réclusion et une amende de 12 000 dinars contre « quiconque aura sciemment transporté une ou plusieurs personnes dans le but de les faire entrer dans le territoire tunisien ou de les en faire sortir clandestinement par quelque moyen que ce soit ». Quant à la loi marocaine, l'article 52 alinéa 1 de la loi n° 02-03 sanctionne par une peine de 6 mois à 3ans de prison ferme et par une amende de 50 000 à 500 000dirhams toute personne prêtant son concours ou son assistance à une personne qui pénètre de façon illégale dans le pays, en effectuant leur transport, à titre gratuit ou onéreux.

[169] - L'article 48 de la loi tunisienne et l'article 53 de la loi marocaine qui prévoient outre la confiscation des moyens de transport et objets utilisés dans la perpétration des infractions, le retrait des autorisations administratives utilisées à cette fin.

[170] - La Chambre des Lords britannique a annulé de justesse la condamnation d'une Éthiopienne qui avait obtenu le statut de réfugiée, mais avait produit de faux documents à son entrée sur le territoire britannique. Elle avait été condamnée au pénal pour usage de faux documents, malgré son statut de réfugiée. *R v Asfaw* [2008] UKHL 31.

les membres de la famille du demandeur d'asile, font fréquemment l'objet de poursuites pénales pour trafic d'êtres humains[171]. Ce système pose ainsi un risque d'atteinte au droit d'asile et incitent les personnes persécutées à chercher des moyens illégaux pour entrer dans le pays de destination. Ils contribuent à l'amplification de la migration irrégulière, un phénomène que l'Union cherche à combattre.

En d'autres termes, les flux migratoires s'accomplissent de gré ou de force, que ce soit dans un cadre, certes changeant mais légal, ou dans son ombre occulte, la sphère illicite. La différence, artificielle, diffère en fonction des Etats, des époques, de la nationalité ou des compétences de l'immigré.

In fine, plus la pression migratoire s'accroît et plus les frontières se ferment. Plus elles se ferment et plus le crime organisé, intermédiaire obligé, en tire profit. Puisque le marché est juteux, l'offre criminelle se diversifie à mesure qu'elle s'accroît. Bref, elle se professionnalise.

Si les routes des migrations clandestines à destination de l'U.E sont nombreuses, deux axes principaux composés du couloir balkanique, particulièrement actif dans les années 1990, et de l'axe Sud-Nord en provenance d'Afrique s'imposent clairement.

Cet espace euro-méditerranéen se divise en deux branches, occidentale (l'Afrique du Nord est utilisée comme point d'origine et de transit) et orientale (migration à destination de Malte, de la Grèce, de l'Italie ou de Chypre et transit éventuel par le Moyen-Orient et la Turquie).

Enfin, une troisième route africaine, dite atlantique, trouve son point d'origine ou de transit en Afrique de l'Ouest. Sa destination privilégiée demeure l'Espagne (îles Canaries) et le Portugal.

L'Union s'efforce quant à lui d'organiser un contrôle efficace de ses 12 639,8 km de frontières terrestres et de ses 71 928,9 km de côtes. Le problème de l'immigration clandestine ne relève cependant pas seulement du franchissement illicite des frontières européennes. Il concerne également, dans une part conséquente, les migrants entrés légalement, sur la base de faux documents ou devenant illégaux du fait de l'expiration de leurs visas.

D'autre part, le flux de migrants, notamment en provenance d'Afrique, est mixte. Il se compose de clandestins ne justifiant pas de protection particulière et de réfugiés pouvant bénéficier de l'asile. Bien sûr, le sachant, des clandestins tentent d'en tirer profit et se

[171] - ZIEGLER (K.) « The Legal framework of Trafficking and Smuggling in Germany: victims protection emerging from witness protection? » in E. Guild & P. Minderhoud, *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member states on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006. p. 69-111.

débarrassent de leur papiers ou les revendent à des filières afin d'obtenir un droit de résidence en se faisant passer pour réfugiés.

En revanche, fermer les yeux sur ces filières permettrait de laisser des clandestins de subir des passeurs exploitant leur état de faiblesse pour en faire les victimes d'un esclavage moderne.

B- Les règles relatives aux refus d'entrée :

L'apport du Code de Schengen sur ce point est inégal. Si les règles relatives à la notification des décisions de refus d'entrée font l'objet d'un encadrement renforcé (1), l'organisation des voies de recours demeure encore largement déterminée par les droits nationaux (2).

1- L'obligation de notification d'une décision de refus d'entrée

L'article 13, paragraphe 1er, du Code frontières Schengen indique que l'entrée sur le territoire des Etats membres est refusée à la personne qui ne remplit pas les conditions requises. Il précise toutefois que cette règle est sans préjudice de l'application des dispositions relatives à la protection internationale ou à la délivrance des visas de long séjour laquelle demeure de la compétence exclusive des Etats membres. L'article 13, paragraphe 2, impose, en outre, l'obligation pour les autorités nationales compétentes de matérialiser le refus d'entrée.

Ainsi, l'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus. De ce point de vue, le Code crée une obligation de notification à la charge de l'Etat membre qui assure la sécurité juridique du ressortissant de pays tiers. A cette fin, une annexe du Code frontière Schengen contient un formulaire uniforme[172] qui doit être rempli par les autorités nationales et qui établit la liste des motifs pouvant justifier un refus d'entrée[173]. Le formulaire est remis au ressortissant de pays tiers aux fins de réception de la

[172] - Annexe V, Partie B.

[173] - Les motifs de refus d'entrée sont les suivants :
- n'est pas détenteur de documents de voyage requis ;
- est en possession d'un document de voyage faux, falsifié ou altéré ;
- n'est pas détenteur d'un visa ou d'un permis de séjour valable ;
- est en possession d'un visa ou d'un permis de séjour faux, falsifié ou altéré ;
- n'est pas détenteur du ou des document(s) attestant du but et des conditions de séjour (le formulaire devant spécifier les documents qui auraient normalement dû être produits) ;
- a déjà séjourné trois mois au cours d'une période de six mois sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ;

décision de refus d'entrée sur le territoire. Sur ce terrain, le Code frontières Schengen rationalise et consolide l'acquis existant de manière importante, qu'il s'agisse de l'obligation de notification, des motifs de refus d'entrée ou encore du formulaire type désormais applicable à l'ensemble des frontières extérieures.

La remise du formulaire à la personne intéressée vaut notification de la décision de refus d'entrée. Le formulaire indique aussi que la personne peut former un recours contre la décision.

2- Les difficultés liées au manque d'harmonisation des voies de recours

Le régime des voies de recours est organisé *à minima*. Tout d'abord, le Code frontière Schengen indique que le droit de recours doit être formé conformément au droit national. Cette disposition évacue toute harmonisation des procédures et ne garantit pas l'accès à un juge dans la mesure où le recours peut être gracieux ou contentieux selon la législation nationale. Ensuite, et surtout, l'article 13, paragraphe 3, précise que « *l'introduction de tels recours n'a pas d'effet suspensif* ». Ainsi, une décision de refus d'entrée ayant un effet immédiat, le ressortissant de pays tiers peut être reconduit vers un pays tiers dès l'introduction de son recours. A ce titre, il est regrettable que le Code n'ait pas introduit un délai minimal avant que le ressortissant de pays tiers puisse faire l'objet d'une mesure d'éloignement[174].

Ce dispositif remet d'ailleurs en cause les dispositions minimales prétendant assurer une protection aux ressortissants de pays tiers. Le Code frontières prévoit en effet que les ressortissants de pays tiers doivent recevoir des « indications » écrites en ce qui concerne les points de contact en mesure de communiquer des informations sur les représentants compétents pour agir au nom du ressortissant de pays tiers conformément au droit national. Or, le caractère immédiat de la décision de refus d'entrée, l'effet non suspensif du recours et l'absence de délai prévu entre la notification de la décision et l'éloignement de la personne rendent aléatoire la

- ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants correspondant à la période et aux modalités de séjour, au retour vers le pays d'origine ou de transit ;
- est signalé aux fin de non-admission dans le SIS/ dans le fichier national
- est considéré comme représentant un danger pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales d'un ou de plusieurs Etats membres de l'Union européenne (chaque Etat doit indiquer les références à sa réglementation nationale relatives à ces cas de refus d'entrée).

[174] - A titre d'exemple, le droit français conservait à l'article L.231-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile la possibilité pour le ressortissant de pays tiers de refuser « d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc ».

mise en œuvre de cette disposition. Par ailleurs, le règlement n'impose que les indications écrites soient rédigées dans une langue que le ressortissant comprenne.

En second lieu, le Code frontières indique que dans l'hypothèse où une décision de refus d'entrée est déclarée non fondée suite à l'introduction d'un recours, « *le ressortissant de pays tiers concerné a le droit à la rectification du cachet d'entrée annulé, ainsi que toute autre annulation ou ajout, de la part de l'Etat membre qui a refusé* ». Cette disposition annule les effets d'une décision du refus d'entrée tels que l'annexe V du Code les organisait[175]. Malgré la reconnaissance d'un droit à la rectification des cachets d'entrée, le règlement ne détermine pas les conséquences attachées au rétablissement des conditions d'entrée. A titre d'exemple, la rectification applicable à un visa annulé sur un fondement erroné vaut-elle à compter de la décision invalidant les mesures nationales d'annulation ou bien pour la période de validité du visa.

Paragraphe deuxième : L'hétérogénéité des conditions de franchissement des frontières liée à l'absence de coïncidence entre l'ELSJ et le territoire de l'U.E

Le régime juridique de franchissement des frontières ne peut s'appliquer de manière homogène sur l'ensemble des frontières de l'Union en raison de statuts dérogatoires, du caractère transitoire de la nature des frontières entre nouveaux et anciens Etats membres ou encore des relations entretenues par les Etats membres de l'Union avec leurs proches voisins. Ainsi, des aménagements du Code ont été mis en œuvre vis-à-vis des Etats membres (A) et des pays tiers (B).

A- La situation spécifique pour certains Etats membres de l'U.E

Cette situation consiste d'une part, que certains anciens Etats membres qui, bénéficiant, d'un statut dérogatoire, ne peuvent appliquer le Code qu'après la mise en œuvre d'une procédure prévue par le traité **(1)**. D'autre part, les nouveaux Etats membres passent par une

[175] - Cette annexe établit les modalités du refus d'entrée à la frontière. Elle vise à définir les actions qui incombent aux gardes- frontières. Ces derniers doivent remplir le formulaire uniforme de refus d'entrée, apposer sur le passeport un cachet d'entrée barrée d'une croix à l'encre indélébile et inscrire à l'encre indélébile les lettres correspondant au motif de refus d'entrée, procéder si nécessaire à l'annulation du visa au moyen d'un cachet et consigner tout refus d'entrée sur un registre. Dans le cas d'un ressortissant de pays tiers acheminé par un transporteur, l'autorité compétente lui ordonne de reprendre en charge le ressortissant de pays tiers auquel le droit d'entrée a été refusé conformément aux dispositions de la directive 2001/51/CE du Conseil. En outre, si le ressortissant de pays tiers présente des motifs de refus d'entrée et d'arrestation, le garde frontière prend contact avec les autorités compétentes pour décider de la conduite à tenir conformément au droit national.

période transitoire. En conséquence, les règles relatives au franchissement des frontières extérieures demeurent applicables pour les nouveaux entrants **(2)**.

1- Les anciens Etats membres bénéficiant de statuts dérogatoires

Ces situations concernent classiquement la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark qui ont obtenu un statut dérogatoire au regard des règles adoptées sur le fondement du titre IV du traité CE.

Si la Grande-Bretagne n'a pas formulé le souhait de participer à l'adoption du Code frontières Schengen, tel n'a pas été le cas de l'Irlande qui a présenté une demande en ce sens au président du Conseil en juin 2001. Dans une décision de février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, le Conseil rappelle que « l'acquis de Schengen forme, dans sa conception et par son fonctionnement, un ensemble cohérent qui doit être intégralement accepté et appliqué par tous ceux des Etats qui approuvent le principe de la suppression du contrôle des personnes à leurs frontières communes »[176]. L'application intégrale de l'acquis de Schengen par l'Irlande n'étant pas assurée, le Conseil a rejeté la demande irlandaise, comme le rappelle d'ailleurs le Code frontières Schengen en son 28ème considérant[177]. En conséquence, le Code ne s'applique ni en Grande-Bretagne, ni en Irlande et le franchissement des frontières de ces deux Etats membres s'effectue conformément à la législation nationale.

Une décision étendant l'application du Code frontières Schengen à ces deux Etats membres est toujours possible sous réserve de leur participation pleine et entière au principe de la suppression du contrôle aux frontières communes. Or, tant que la Grande-Bretagne s'oppose à cette logique, et que l'Irlande demeure liée à son voisin par les accords de voyage, une extension des dispositions du Code à ces deux Etats membres demeure difficile.

Concernant le Danemark, il n'est pas lié par le Code mais peut décider, dans un délai de 6 mois après son adoption, de le transposer dans son ordre juridique national. N'ayant pas formulé de demande en ce sens, les règles applicables au franchissement des frontières

[176] - Décision (2002/192/CE) du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JO L 64/20 du 07.03.2002.

[177] - « Le présent règlement constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen auxquelles l'Irlande ne participe pas, conformément à la décision 2002/192/CE du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines des dispositions de l'acquis de Schengen. Par conséquent, l'Irlande ne participe pas à son adoption et n'est pas liée par son application ni soumise à celui-ci ».

extérieures du Danemark demeurent celles adoptées dans le cadre de la coopération Schengen. Si cet Etat membre décide de transposer les dispositions du Code dans son ordre juridique, l'entrée en vigueur du texte nécessite l'adoption d'un accord avec l'Union.

Ces situations démontrent la complexité juridique découlant des statuts dérogatoires reconnus à certains Etats membres. Les clauses transitoires en matière de libre circulation des personnes applicables aux nouveaux Etats membres ont également nécessité l'adoption de règles spécifiques afin de faciliter le franchissement des frontières.

2- Les mesures transitoires applicables aux nouveaux Etats membres

L'article 3 de l'acte d'adhésion des nouveaux Etats membres à l'Union indique que l'intégration dans l'espace Schengen ne peut intervenir qu'à la suite d'une décision du Conseil certifiant que les nouveaux Etats membres appliquent l'intégralité de l'acquis de Schengen[178]. Cette situation a pour effet de maintenir la frontière extérieure de l'Union entre les nouveaux et les anciens Etats membres. En conséquence, les règles relatives au franchissement des frontières extérieures demeurent applicables à cette zone. Cette situation spécifique ressort du Code frontières qui refuse de donner une définition de la frontière extérieure, au risque d'exclure *de facto* les nouveaux Etats membres[179].

Or ce cadre juridique, s'il était appliqué avec rigueur, aurait pour effet de faire naître des situations complexes, en particulier en matière de politique des visas étant donné que les

[178] - Article 3, paragraphe 1et 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République Slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JO L 236/33 du 23.09.2003 : « 1. Les dispositions de l'acquis de Schengen qui ont été intégrées dans le cadre de l'Union européenne par le protocole annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne (ci-après dénommé le « protocole Schengen »), et les actes fondés sur celles-ci ou qui s'y rapportent, énumérés à l'annexe I du présent acte, ainsi que tout nouvel acte de cette nature qui serait pris avant la date d'adhésion, sont contraignants et s'appliquent dans les nouveaux Etats membres à compter de la date d'adhésion.
2. Les dispositions de l'acquis de Schengen qui ont été intégrées dans le cadre de l'Union européenne et les actes fondés sur celles-ci ou qui s'y rapportent et qui ne sont pas visés au paragraphe 1, bien qu'elles soient contraignantes pour les nouveaux Etats membres à compter de la date d'adhésion, ne s'appliquent dans un nouvel Etat membre qu'à la suite d'une décision du Conseil à cet effet, après qu'il a été vérifié, conformément aux procédures d'évaluation de Schengen applicables en la matière, que les conditions nécessaire à l'application de toutes les parties concernées de l'acquis sont remplies dans ce nouvel Etat membre, et après consultation du Parlement européen. Le Conseil statue à l'unanimité de ses membres représentant les gouvernements des Etats membres pour lesquels les dispositions du présent paragraphe ont déjà pris effet. Les membres du Conseil représentant le gouvernement de l'Irlande et celui du Royaume-Uni de Grande- Bretagne et l'Irlande du Nord participent à la prise de cette décision dans la mesure où elle a trait aux dispositions de l'acquis de Schengen et aux actes fondés sur celui-ci ou qui s'y rapportent, auxquels ces Etats membres sont parties ».

[179] - L'article 2, point 2), du Code définit les frontières extérieures de la manière suivante « les frontières terrestres des Etats membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures ».

nouveaux Etats membres seraient tenus d'appliquer l'acquis de Schengen sans être habilités à délivrer des « visas Schengen ».

En pratique, un ressortissant de pays tiers soumis à l'obligation de visa désirant se rendre dans un Etat membre en transitant par un nouvel Etat membre devrait être en possession d'un « visa Schengen » mais également d'un visa national délivré par le nouvel Etat membre par lequel il souhaite transiter. Cette situation pourrait poser de lourdes contraintes administratives pour les nouveaux Etats membres qui devraient délivrer des visas nationaux à des ressortissants de pays tiers déjà munis d'un « visa Schengen » et qui auraient par conséquent été soumis à tous les contrôles nécessaires pour pénétrer dans l'espace Schengen. Ainsi, le Conseil a donc adopté, sur proposition de la Commission[180], une décision établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures afin d'alléger la charge administrative injustifiée pesant sur les ambassades et bureaux consulaires des nouveaux Etats membres[181].

Ce régime facultatif est fondé sur la reconnaissance unilatérale par les nouveaux Etats membres de certains documents équivalents à leurs visas nationaux aux fins du transit par leur territoire. Ainsi, un nouvel Etat membre peut considérer comme équivalent à son visa national un « visa Schengen », un visa de long séjour ou un titre de séjour délivré par un Etat appliquant l'intégralité de l'acquis de Schengen.

Comme le souligne le préambule de la décision[182], les nouveaux Etats membres appliquant ce régime sont désormais tenus de s'assurer que les conditions d'entrée fixées par l'article 5 du Code sont remplies par le ressortissant de pays tiers à l'exception de celle requise par l'article 5, paragraphe 1, point b)[183]. La décision précise que ce principe de reconnaissance unilatérale ne vaut que pour un transit dont la durée ne peut être supérieure à cinq jours[184]. Le principe de reconnaissance unilatérale peut être étendu entre les nouveaux Etats membres de sorte qu'un

---

[180] - Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit sur leur territoire, COM (2005) 381 final du 22.08.2005.

[181] - Décision n° 895/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leur visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 167/1 du 20.06.2006.

[182] - Point 8 du préambule.

[183] - « être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n°539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité ».

[184] - Article 4 de la décision.

nouvel Etat membre, qui applique le principe de reconnaissance des documents délivrés par les Etats membres « Schengen », peut reconnaître les visas nationaux délivrés par un ou plusieurs autres nouveaux Etats membres comme équivalents à son visa national aux fins de transit[185].

Une décision motivée par des raisons identiques et poursuivant les mêmes objectifs établit un système de reconnaissance unilatérale pour la Bulgarie et la Roumanie vis-à-vis des autres Etats membres[186].

Le maintien de ce régime simplifié de contrôle dépend de l'ouverture de l'espace Schengen aux nouveaux Etats membres. Ainsi, la décision relative à l'application de l'acquis de Schengen à neuf nouveaux Etats membres précise que le système de reconnaissance unilatérale continue à s'appliquer pendant la période transitoire limitée nécessaire à la levée totale des contrôles aux frontières intérieures[187].

Ce principe de reconnaissance unilatérale a été étendu à certains pays tiers en raison de leur situation géographique.

B- La situation des Etats tiers, membre de l'espace Schengen:

Cette situation est de deux ordres. Le premier concerne certaines règles applicables à la Suisse et au Liechtenstein **(1)**. Le second intéresse les difficultés pouvant naître de l'émergence d'une frontière extérieures de l'Union européenne entre les nouveaux Etats membres et leurs voisins demeurés des pays tiers. Cette situation implique la mise en œuvre d'un régime de petit trafic frontalier afin de préserver les relations en zone transfrontalière **(2)**.

1- Les mesures de facilitation applicables à la Suisse et au Liechtenstein

Un régime de reconnaissance unilatérale, identique à celui exposé précédemment, est institué concernant la reconnaissance des titres de séjour délivrés par deux pays tiers situés au

185 - Article 3 de la décision.

186 - Décision n° 582/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la Bulgarie, Chypre et la Roumanie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 116/30 du 20. 06.2008.

187 - Décision 2007/801/CE du Conseil du 6 décembre 2007 sur l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen à la République tchèque, à la République d'Estonie, à la République de Lettonie, à la République de Lituanie, à la République de Hongrie, à la République de Malte, à la République de Pologne, à la République de Slovénie et à la République Slovaque, JO L 323/34 du 08.12.2007.

cœur de l'espace Schengen, la Suisse et le Liechtenstein[188]. Cette décision vise les ressortissants de pays tiers titulaires de titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein souhaitant retourner dans leur pays d'origine en transitant par un Etat membre. En application des règles communes en matière de visas, lorsque ces personnes sont soumises à une obligation de visa, elles doivent être munies d'un « visa Schengen » ou d'un visa national délivré par un nouvel Etat membre pour pouvoir retourner dans leur pays d'origine en transitant par l'Union européenne.

En pratique, cette situation fait peser un risque de surcharge administrative sur les bureaux consulaires des Etats membres situés en Suisse et au Liechtenstein alors que les ressortissants de pays tiers concernés ne présentent qu'un faible risque d'immigration clandestine.

Le régime de contrôle simplifié prévu par la décision indique que « *les Etats membres qui mettent en œuvre l'intégralité de l'acquis de Schengen reconnaissent unilatéralement les titres de séjour délivrés par ces deux pays tiers et dont la liste figure en annexe de la décision* »[189]. Ce principe de reconnaissance unilatérale n'est valable, comme l'a indiqué la Cour de justice[190], que pour un transit d'une durée maximale de cinq jours par le territoire d'un ou plusieurs Etats membres[191]. Ainsi, la condition posée par l'article 5, paragraphe 1, point b) du Code est réputée remplie.

La décision prévoit la possibilité d'étendre ce régime aux nouveaux Etats membres n'appliquant pas l'intégralité de l'acquis de Schengen[192], pour peu qu'ils aient choisi de faire application du principe de reconnaissance unilatérale entre les Etats membres institué par la décision n° 895/2006/CE précitée. Tout comme le régime précédent, le régime applicable à la Suisse et au Liechtenstein est transitoire jusqu'à la mise en œuvre de l'accord entre ces pays et

---

188 - Décision n° 896/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime de contrôle simplifié des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les Etats membres de certains titres de séjours délivrés par la Suisse et le Liechtenstein aux fins du transit par leur territoire, JO L 167/8 du 20.06.2006.

189 - Article 2 de la décision.

190 - « (…), il en résulte qu'un titre de séjour délivré par la Confédération Suisse ou par la Principauté de Liechtenstein aux ressortissants des pays tiers soumis à l'obligation de visa est un document qui doit être considéré comme équivalant à un visa de transit par le territoire des Etats membres. Dans le cadre de la procédure simplifiée introduite par la décision n° 896/2006, il n'est donc pas fait obligation aux personnes concernées par cette décision d'être en possession d'un visa de transit lorsqu'elles franchissent les frontières extérieures aux fins de transiter par le territoire des Etats membres, à condition que la durée de transit ne dépasse pas cinq jours », CJCE, 2 avril 2009, *Rafet KQIKU*, aff. C-139/08, point 31.

191 - Article 3 de la décision.

192 - Ce système est par ailleurs étendu à la Bulgarie et la Roumanie depuis juin 2008, décision n° 586/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 modifiant la décision n°896/2006/CE établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les Etats membres, aux fins de transit par leur territoire, de certains titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein, JO L 162/27 du 21.06.2008.

l'Union européenne relatif à la mise en œuvre, l'application et le développement de Schengen, c'est-à-dire à compter du 12 décembre 2008[193].

2- Le petit trafic frontalier

Les règles relatives au petit trafic frontalier qui instituent une dérogation aux dispositions du Code frontières Schengen, sont organisées par deux règlements. Le règlement n° 1931/2006 fixant les règles relatives au petit trafic frontalier[194] et le règlement n°1932/2006 instituant une exemption de visa pour les ressortissants de pays tiers bénéficiaires du régime du petit trafic frontalier[195]. La singularité de ces règles, et en particulier du règlement n°1931/2006, repose sur l'encadrement minimal du régime du petit trafic frontalier.

En effet, le règlement n° 1931/2006 pose des définitions[196], notamment celles de « petit trafic frontalier »[197] et de « frontaliers »[198], détermine les conditions de délivrance et les spécificités du permis de franchissement local ainsi que les conditions du franchissement des frontières extérieures par les titulaires du permis. Cela étant, les conditions de franchissement des frontières font l'objet d'un simple encadrement dont la mise en œuvre peut être définie par des accords bilatéraux conclus entre les Etats membres et les pays tiers. En d'autres termes, l'uniformité des règles relatives au franchissement des frontières extérieures est remise en cause en raison de la singularité historique, sociologique et culturelle des zones frontalières.

---

[193] - Décision 2008/903/CE du Conseil du 27 novembre 2008 relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Confédération suisse, JO L 327/15 du 05.12.2008.

[194] -Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des Etats membres et modifiant les dispositions de la Convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.

[195] -Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006

[196] - Le règlement pose plusieurs définitions encadrant le domaine d'application du texte. En premier lieu, la frontière extérieure est définie comme « la frontière terrestre commune entre un Etat membre et un pays tiers » de sorte que le régime du petit trafic frontalier ne s'applique pas aux frontières communes entre anciens et nouveaux Etats membres. En second lieu, le texte définit la zone frontalière comme « une zone qui ne s'étend pas à plus de trente kilomètres de la frontière ». Règlement précise que « Les communes qui doivent être considérées comme la zone frontalière sont précisées par les Etats concernés dans leurs accords bilatéraux visés à l'article 13. Toute partie d'une de ces communes située à plus de trente kilomètres mais à moins de cinquante kilomètres de la ligne frontalière est néanmoins considérée comme appartenant à la zone frontalière ».

[197] - Article 3, point 3) « petit trafic frontalier » est le franchissement régulier d'une frontière terrestre extérieure par des frontaliers, en vue d'effectuer un séjour dans une zone frontalière, par exemple pour des raisons sociales, culturelles ou pour des raisons économiques justifiées, ou pour des raisons d'ordre familiale, d'une durée ne dépassant pas la durée fixée par le présent règlement ».

[198] - Article 3, point 6) « frontalier, tout ressortissant d'un pays tiers qui réside légalement dans la zone frontalière d'un pays voisin d'un Etat membre depuis une période précisée dans les accords bilatéraux visés à l'article 13, laquelle est d'un an au moins. Dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, précisés dans ces accords bilatéraux, une période de résidence inférieure à un an peut également être considérée comme appropriée ».

Cette singularité impose d'aménager la rigueur de la règle commune au bénéfice de populations ayant une histoire commune mais séparées par l'introduction de la frontière européenne. Le régime du petit trafic frontalier vise donc à atténuer les effets de l'introduction d'une frontière entre les nouveaux Etats membres et les pays tiers demeurés extérieurs à l'Union européenne sans porter atteinte à la « solidité » de la frontière des Etats membres.

Le régime propre au petit trafic frontalier, qui déroge aux règles générales régissant le contrôle des personnes aux frontières terrestres extérieures des États membres, s'efforce, d'une manière générale, de répondre à la situation des populations établies dans les zones frontalières, qui souvent perçoivent le tracé des frontières étatiques comme une circonstance artificielle portant préjudice ou, à tout le moins, constitutive d'un obstacle pratique au développement de leur vie sociale dans ses différentes dimensions. Cette constatation vaut tout particulièrement pour les populations qui ont été affectées par des déplacements des frontières relativement fréquents au cours du siècle dernier.

Ainsi, et conformément au chapitre IV du règlement n° 1931/2006, les accords bilatéraux peuvent convenir de créer des points de passages spéciaux réservés aux frontaliers, de réserver des couloirs spéciaux aux frontaliers aux points de passages ordinaires ou encore d'autoriser à titre exceptionnel le franchissement de la frontière en dehors des points de passage autorisés et des heures prévues à cet effet. Le franchissement facilité de la frontière extérieure par les points de passage et couloirs spéciaux peut même conduire, lorsque les personnes concernées « sont connues des gardes-frontières », à un simple contrôle par sondage. Le règlement précise que ces personnes sont toutefois soumises « de temps en temps, inopinément et à intervalles réguliers, à des contrôles approfondis ». Ce régime est également applicable lorsque le passage est autorisé en dehors des points de passage autorisés.

Les effets, de ce régime demeurent toutefois incertains. Tout d'abord en raison du caractère optionnel de la conclusion de tels accords bilatéraux. Ensuite, au regard du contenu des accords bilatéraux et de leur application pratique dans la mesure où l'intensité des assouplissements dépend des liens entretenus par les Etats membres avec les pays tiers.

Ainsi, le règlement accorde d'importantes marges de manœuvre aux Etats membres concernant les justificatifs à produire pour attester de la qualité de frontalier, le délai jugé nécessaire pour entrer dans cette catégorie ou encore les raisons pouvant motiver les séjours qui peuvent, par exemple, être exercés pour des motifs sociaux, culturels ou familiaux. A cet égard, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) est invitée à interpréter les dispositions du

règlement (CE) n° 1931/2006 à l'occasion d'une affaire[199] relative à l'application de l'accord bilatéral conclu entre le gouvernement hongrois[200] et le cabinet des ministres de l'Ukraine aux fins de la réglementation du petit trafic frontalier. Elle a déclaré :

---

[199] - CJUE, 21 mars 2013, *SzSzabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Rendőrkapitányság Záhony Határrendészeti Kirendeltsége contre Oskar Shomodi*. C-254/11. Les faits d'espèces consistent que M. Shomodi, est un ressortissant ukrainien titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière, délivré conformément au règlement n° 1931/2006 et en cours de validité, s'est présenté, le 2 février 2010, au poste frontière routier de Záhony (Hongrie) en vue d'accéder à la zone frontalière du territoire hongrois définie en application dudit règlement.

La Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Rendőrkapitányság Záhony Határrendészeti Kirendeltsége (direction départementale de la police de Szabolcs-Szatmár-Bereg, commissariat de la police des frontières de Záhony) a, toutefois, refusé son entrée sur le territoire hongrois dans le cadre du petit trafic frontalier, sur le fondement de l'article 40, paragraphe 1, de la loi n° II de 2007. Elle avait, en effet, constaté, en consultant les données du système d'entrée et de sortie du territoire que le défendeur au principal avait passé, au cours de la période du 3 septembre 2009 au 2 février 2010, 105 jours sur le territoire hongrois en comptant les entrées et les sorties multiples, dépassant ainsi les 93 jours autorisés. Le consul général d'Ukraine à Nyíregyháza (Hongrie) et le défendeur au principal ont introduit un recours devant la Szabolcs-Szatmár-Bereg megyei bíróság (cour départementale de Szabolcs-Szatmár-Bereg, Hongrie) contre cette décision, faisant valoir qu'elle était entachée d'une violation de l'article 1er, paragraphe 5, de l'accord bilatéral conclu par la Hongrie. La Szabolcs-Szatmár-Bereg megyei bíróság a accueilli le recours, en considérant que l'article 1er, paragraphe 5, l'accord bilatéral conclu par la Hongrie devait être compris, à la lumière du droit de l'Union, en ce sens que le titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière dispose, d'une part, d'un nombre illimité d'entrées sur le territoire hongrois et, d'autre part, d'un droit de séjour non interrompu ne pouvant excéder trois mois au cours d'une période de six mois. Il a ainsi estimé que le titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière disposait d'un nombre illimité d'entrées et que la limite temporelle de trois mois ne concernait que le séjour non interrompu. Il a également jugé que ni le code frontières Schengen ni les dispositions de la loi n° II de 2007 n'étaient applicables dans le cadre du petit trafic frontalier.

La requérante au principal a introduit un pourvoi en cassation devant la Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága contre le jugement de la Szabolcs-Szatmár-Bereg megyei bíróság, dans le cadre duquel elle fait valoir que l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 5, de l'accord bilatéral conclu par la Hongrie retenue par cette dernière est contraire à l'article 20, paragraphe 1, de la CAAS, au considérant 3 du code frontières Schengen, ainsi qu'aux articles 2, sous a), et 5 du règlement n° 1931/2006. Elle fait valoir que le séjour non interrompu visé par cette disposition de l'accord bilatéral conclu par la Hongrie doit être compris en ce sens que le permis de franchissement local de la frontière est valable pour une durée maximale de trois mois, à raison de 31 jours chacun, soit 93 jours au total compris dans une période de six mois à compter de la première entrée.

C'est dans ces circonstances que la Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La disposition de l'article 5 du règlement [n° 1931/2006], autorisant un séjour non interrompu d'une durée maximale de trois mois, doit-elle être interprétée – compte tenu notamment de l'article 2, sous a), et de l'article 3, point 3, de ce même règlement – en ce sens que ledit règlement permet, sur le fondement des accords bilatéraux entre les États membres et les pays tiers voisins visés à l'article 13 de ce même règlement, des entrées et des sorties multiples et un séjour non interrompu d'au maximum trois mois de telle sorte que, avant l'expiration du délai de séjour de trois mois, un frontalier disposant d'un permis de franchissement local de la frontière peut interrompre le séjour non interrompu puis, après avoir de nouveau franchi la frontière, a de nouveau un droit de séjour non interrompu de trois mois?

2) Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question, le séjour non interrompu au sens de l'article 5 du règlement n° 1931/2006 peut-il être considéré comme étant interrompu lorsque l'entrée et la sortie ont lieu le même jour, ou lors de deux jours consécutifs?

3) Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question, mais d'une réponse négative à la deuxième question, quel intervalle ou quel autre critère d'appréciation est-il alors nécessaire de prendre en considération pour constater une interruption du séjour non interrompu aux fins de l'application de l'article 5 du règlement n° 1931/2006?

4) Dans l'hypothèse d'une réponse négative à la première question, la disposition autorisant un séjour non interrompu d'une durée maximale de trois mois en application de l'article 5 du règlement n° 1931/2006 peut-elle être interprétée en ce sens qu'il convient d'additionner le temps passé pendant les sorties et les entrées multiples et que, eu égard à l'article 20, paragraphe 1, de la [CAAS] – ou à toute autre règle concernant le droit de l'espace Schengen – dès lors que le total des jours ainsi décomptés atteint 93 jours, soit trois mois, il convient de considérer que le permis de franchissement local de la frontière ne confère plus de droit de séjour pour la période de six mois à compter de la date de première entrée?

« 1) *le règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des États membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, doit être interprété en ce sens que le titulaire d'un permis de franchissement local de la frontière accordé au titre du régime spécifique du petit trafic frontalier mis en place par ce règlement doit pouvoir, dans les limites prévues par ledit règlement et l'accord bilatéral pris pour son application conclu entre le pays tiers dont il est ressortissant et l'État membre voisin, d'une part, circuler librement dans la zone frontalière pendant trois mois si son séjour n'y est pas interrompu et, d'autre part, bénéficier d'un nouveau droit de séjour de trois mois après chaque interruption de son séjour*[201]. *2) L'article 5 du règlement n° 1931/2006 doit être interprété en ce sens que l'interruption du séjour mentionnée à cet article s'entend du passage, quelle que soit sa fréquence, fût-elle multiquotidienne, de la frontière entre l'État membre frontalier et le pays tiers où réside le titulaire du permis de franchissement local de la frontière, conformément aux conditions fixées par ce permis*[202] ».

En fin de compte, le régime applicable aux frontières extérieures jouxtant le Belarus et celui applicable à la frontière extérieures entre la Roumanie et la Moldavie risquent d'être profondément différents. D'ailleurs, suite à l'adhésion de la Roumanie à l'U.E, un accord roumano-moldave a été conclu afin de faciliter le franchissement de la frontière aux ressortissants frontaliers moldaves.

Le régime du franchissement des frontières de l'Union constitue un ensemble dense et complexe de règles communes. Articulé autour du Code frontières Schengen établissant une harmonisation des règles d'entrée sur l'espace commun, il détermine et encadre les conditions permettant d'y déroger compte tenu du caractère évolutif de la frontière européenne et de la sociologie des zones frontalières.

---

5) Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la quatrième question, convient-il de prendre également en compte, aux fins de cette addition, des entrées et des sorties multiples au cours d'une même journée, ou une entrée et sortie unique au cours d'une même journée, et quelle méthode de calcul convient-il de retenir à cette fin?».

[200] - Accord promulgué par la loi n° CLIII de 2007, portant promulgation de l'accord conclu entre le gouvernement hongrois et le cabinet des ministres de l'Ukraine aux fins de la réglementation du petit trafic frontalier (2007. évi CLIII. Törvény a Magyar Köztársaság Kormánya és Ukrajna Miniszteri Kabinetje között a kishatárforgalom szabályozásáról szóló Egyezmény kihirdetéséről).

[201] - CJUE, aff. C-254/11, *SzSzabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Rendőrkapitányság Záhony Határrendészeti Kirendeltsége contre Oskar Shomodi*., op.cit., conclusion de la Cour n° 1.

[202] - *Ibid*. conclusion de la Cour n° 2.

Section deuxième : Le visa[203], condition d'entrée contre l'immigration « subie »

Sans revenir sur les définitions des notions de national, de ressortissant, de citoyen et d'étranger, il convient de rappeler la distinction entre les citoyens européens et de ressortissants des pays tiers. Cette *summa divisio* emporte, en effet, des conséquences juridiques. La politique des visas applicable aux seuls ressortissants de pays tiers implique une « catégorisation » des individus reflétant, elle-même, l'existence d'une confiance ou, au contraire, d'une défiance d'un Etat –ou d'un groupe d'Etats (comme l'UE)- à l'égard d'un autre Etat qui va générer des conséquences positives ou négatives pour les ressortissants de ce dernier **(paragraphe premier)**.

En effet, l'entrer dans l'UE nécessite souvent, au préalable, que la personne soit munie d'un visa, sésame parfois inaccessible ainsi que le montre le rapport publié par la CIMADE en juillet 2010 sur les pratiques consulaires en matière de délivrance des visas[204]. La détention d'un visa est, en effet, une des conditions possible pour voyager, pour une durée limitée, à l'intérieur de l'ELSJ. Le code communautaire des visas[205] ci-après « *le Code* », fixe les procédures et conditions de délivrance des visas de transit et de séjour pour une durée maximale de 3 mois sur une période de 6 mois **(paragraphe deuxième)**. Ainsi, les Etats membres mettent en place un statut *unique*, définissant les conditions d'accès au territoire du ressortissant de pays tiers entrant en Europe, pour un court séjour. Le statut de l'étranger semble s'unifier derrière l'émergence « d'un ensemble de droits commun » relatifs à l'entrée dans l'U.E.

---

[203] - Le visa se définit comme une autorisation accordée à un étranger par un Etat accueillant, lui permettant ainsi de pénétrer sur son territoire, d'y demeurer durant le temps indiqué et de le quitter à l'expiration de ce délai. Ce titre, qui ne confère pas un droit d'entrée dans l'Etat qui l'a délivré, constitue une condition nécessaire mais non suffisante pour franchir la frontière extérieure. La naissance du visa trouve son origine dans la volonté d'identifier les étrangers souhaitant entrer sur le territoire de l'Etat-nation. En effet, ce dernier a toujours exercé un monopole dans la délivrance et le contrôle « des moyens légitimes de circulation des étrangers ».

Pour plus de précision sur les visas, consulter « les visas : la réglementation, les recours, les textes », Coll. les cahiers juridiques, GISTI (groupe d'information et de soutien des immigrés), www.gisti.org\publications\cahiers, septembre 2006.

[204] - CIMADE, Le visa refusé. Enquête sur les pratiques des consulats en France en matière de délivrance de visas, 8 juillet 2010, p.149.

[205] - Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 *établissant un Code communautaire des visas*, JO L 243 du 15 septembre 2009.

Paragraphe premier : Catégorisation entre les ressortissants de pays tiers

Il existe dans le droit de l'Union[206] deux listes communes de pays tiers dont les ressortissants sont, soit exemptés **(A)**, soit soumis à l'obligation de visa **(B)**. L'existence ou non de cette obligation peut être qualifiée d'indice de « méfiance » ou au contraire de « confiance » **(C)**, l'un et l'autre étant tributaires des relations entretenues par l'Etats dont ils ont la nationalité avec un Etat membre et, plus globalement, l'UE.

A- Les étrangers non soumis à l'obligation de visa :

Tous les ressortissants de pays tiers ne sont pas concernés par l'obligation de visa. En dehors des accords multilatéraux et bilatéraux relatifs à l'exemption de visas de certains ressortissants, il existe plusieurs catégories d'étrangers exemptés de l'obligation de visa :

- Les étrangers membres de la famille d'un citoyen de l'Union sont dispensés de l'obligation de visa lorsqu'ils sont détenteurs de la carte de séjour résident de longue durée.

- Le règlement n° 539/2001 du 15 mars 2001 précise qu'un Etat membre peut dispenser de l'obligation de visa les écoliers ressortissants d'un pays tiers figurant sur la liste des pays soumis à cette obligation qui résident toutefois dans un pays tiers exempté, lorsque ces écoliers participent à un voyage organisé dans le cadre d'un groupe scolaire accompagné d'un enseignant de l'établissement[207] ;

- L'évolution de la situation dans certains Etats peut amener l'Union européenne à faire passer ces derniers de la liste noire à la liste blanche. On peut citer l'exemple de la Roumanie et de la Bulgarie qui ont logiquement changé de statut en raison de l'enclenchement de la dynamique de l'adhésion à l'Union européenne, laquelle a été effective en janvier 2007 pour ces 26ème et 27ème Etats de l'Union ;

- L'Union a mis en place une politique de libéralisation des visas consistant à exempter certains étrangers de cette obligation. Par exemple, le règlement (CE) n°

[206] - La politique européenne des visas trouvait son fondement dans l'article 77 TFUE (ex62 du TCE) dans deux directions complémentaires : celle de l'établissement de listes de pays tiers dont les ressortissants sont soumis ou non à une obligation de visa pour pénétrer sur le territoire de l'Union et celle de la sécurisation technique des documents de voyage.

[207] - Règlement (CE) n° 539/2001, 15 mars 2001, art. 4 §2, *JOCE*, n° L81, 21 mars 2001.

1244/2009 du 30 novembre 2009[208] a modifié le règlement de mars 2001 afin d'exempter de visa les ressortissants de l'ancienne république yougoslave de Macédoine, du Monténégro et de la Serbie. Cette exemption a ensuite été appliquée en novembre 2010 aux citoyens albanais et de Bosnie-Herzégovine[209]. De même, la Commission a également proposé de dispenser de visa les ressortissants de Taiwan, cette exemption étant effective depuis l'intervention du règlement (UE) n° 1211/2010 du 15 décembre 2010[210]. Le Conseil JAI a, toutefois, approuvé lors de sa réunion des 24 et 25 février 2011, la décision relative à la création d'un comité de suivi du processus de libéralisation des visas pour les pays des Balkans occidentaux. Ce mécanisme vise à rendre possible la suspension des exemptions de visas pour les pays à l'origine de flux migratoires trop importants.

Ici, il n'est pas sans intérêt de remarquer que la frilosité des Etats constitue bien un autre motif de modification de la liste blanche. De fait, la Communication de la Commission en date du 4 mai 2011[211] évoque, sans les citer, les réticences de la France, de l'Italie et des Pays-Bas à l'encontre du phénomène d'augmentation significative des demandes de visa depuis l'exemption applicable au profit des ressortissants des Etats des Balkans occidentaux. Afin de maîtriser ce phénomène, la France et les Pays-Bas ont proposé d'introduire une clause de sauvegarde dans le règlement de mars 2011. La France a plaidé en faveur de cette contre partie à la libéralisation du régime des visas, laquelle s'est traduite par une augmentation significative des demandes d'asile formée par des ressortissants des Etats des Balkans occidentaux en Allemagne, en Belgique et en Suède.

La dernière série de dérogations est traditionnelle en droit international public en raison de l'existence de professions transnationales amenant les personnes concernées à franchir régulièrement, si ce n'est quotidiennement, des frontières. Le règlement du 15 mars 2001 modifié laisse aux Etats membres, conformément à la coutume ou au droit international public, la possibilité de ne pas soumettre certaines catégories d'étrangers, exerçant des professions

[208] - *JOUE* n° L 336, 18 décembre 2009.
[209] - Règlement (UE) n° 1091/2010 du Parlement européen et du Conseil 24 novembre 2010. On relèvera que ce règlement s'est appliqué dès le lendemain de sa publication, c'est-à-dire le 25 novembre 2010 alors que la pratique traditionnelle prévoit un délai de vingt jours, voire un mois.
[210] - *JOUE* n° L 339, 22 décembre 2010.
[211] - Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions sur la migration, COM (2011) 248 final, Bruxelles, le 4.5.2011.

spécifiques[212], à l'exigence de visa de court séjour. Le Code renvoie à cette norme comportant la liste des étrangers non concernés par l'obligation de visa. Dans le cadre du VIS mis en place par le règlement CE n° 767/2008 du 9 juillet 2008[213], les Etats membres auront la possibilité d'exempter ces personnes de donner leurs identifiants biométriques. Dans ce cas de figure, la mention « sans objet » sera inscrite dans le VIS afin de prévenir les agents de surveillance des frontières que les empreintes digitales n'ont pas été prises.

Selon le Code Schengen, les étrangers non soumis à l'obligation de visa peuvent circuler librement sur les territoires des parties contractantes pendant une durée maximale de trois mois au cours d'une période de six mois à compter de la date de première entrée. La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a donné une interprétation large de la notion de séjour touristique de maximum trois mois autorisé pour les ressortissants de pays tiers non soumis à l'obligation de visa : la notion de « première entrée » vise non seulement la toute première entrée, mais aussi chaque première entrée après une période de six mois, ce qui permettrait « en cumulant deux séjours successifs non consécutifs de séjourner dans l'espace Schengen pendant une durée de près de six mois »[214].

B- Les étrangers soumis à l'obligation de visa

La mise en place d'une politique commune des visas de court séjour nécessitait l'établissement d'une liste commune des Etats dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lorsqu'ils souhaitent franchir une frontière extérieure de l'Union. Cette liste noire établit, sans le dire, une présomption simple d' « indésirabilité » des étrangers concernés.

La politique commune des visas reflète, sur ce point, la qualité des relations internationales entre l'U.E. et certains Etats tiers. Pour déterminer le contenu des listes, plusieurs critères sont pris en compte comme par exemple les risques liés à la sécurité, l'existence ou non d'accords de

[212] - La liste des étrangers dispensés de visa dans le règlement du 15 mars 2001 contient :
- Les titulaires de passeports diplomatiques, de service et autres passeports officiels.
- L'équipage civil des avions (Convention de Chicago, 7décembre 1944, annexes 1 à 9).
- L'équipage civil des navires à condition que les étrangers concernés soient munis des pièces d'identité des gens de mer émises conformément à la Convention n°108 de l'Organisation internationale du travail (OIT) (Convention de Londres, 9 avril 1965 visant à faciliter le trafic maritime international).
- L'équipage et accompagnateurs de vol d'assistance ou de sauvetage et autres personnes assurant les secours en cas de catastrophes et d'accidents.
- L'équipage civil de navires opérant sur les voies fluviales internationales.
- Les titulaires de laissez-passer délivrés par des organisations intergouvernementales à leurs fonctionnaires (Conseil de l'Europe, Organisation du traité Atlantique Nord (OTAN)…).

[213] - *JOUE* n° L 218, 13 août 2008, p.260.

[214] - C.J.U.E., 3 octobre 2006, C-241/05, *Bot*, point 42.

réadmission ou encore les relations internationales entre les Etats membres et les pays tiers ; l'ensemble de ces critères permettant d'évaluer le risque d'immigration clandestine.

Il est donc intéressant de voir comment est élaborée la liste des pays soumis à l'obligation de visa. Le cinquième considérant du règlement n°539/2001 met l'accent sur trois critères principaux de détermination de ces listes : ordre public et sécurité, relations extérieures de l'Union avec les pays tiers et immigration clandestine.

Ainsi, parmi les mesures annoncées par le Conseil européen de Séville des 21 et 22.06.2002 consacré à la lutte contre l'immigration clandestine figure le réexamen du règlement n°539/2001. Cela montre que la considération du risque d'immigration clandestine joue un rôle déterminant dans l'élaboration de la liste des pays soumis à l'obligation de visa. Néanmoins, il est difficile d'évaluer le poids exact des considérations en matière d'immigration clandestine puisque, qu'il s'agisse de transferts à la liste positive ou à la liste négative, comme pour la Colombie et l'Equateur, les motifs n'ont pas été clairement exposés.

A cet égard, le Conseil[215] a retenu les critères de base utilisés dans le cadre de l'accord de Schengen pour déterminer les pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, à savoir :

- Les risques d'immigration clandestine ;
- Les menaces pour la sécurité intérieure d'un ou plusieurs Etats ;
- La réciprocité ;
- L'adoption de mesures compensatoires ;
- L'application automatique de certains principes ;
- L'opportunité politique ;
- Des motifs liés à la politique nationale ou internationale ;
- La cohérence régionale.

[215] - Conseil de Séville, Conclusions de la présidence du conseil européen de Séville 21 et 22 juin 2002, *Cultures & Conflits* [En ligne], 45 | printemps 2002, mis en ligne le 22 mars 2006, http://conflits.revues.org/791

L'objectif est de déterminer un régime unique d'entrée sur le territoire commun et *« l'établissement d'une liste des pays tiers soumis à l'obligation de visa était donc un préalable, rempli en déterminant une liste "blanche" exemptant d'obligation de visa certains Etats, et une liste "noire" fixant au contraire cette obligation »*[216].

Par ailleurs, dés 2001, la réglementation en la matière a été arrêtée[217] puis modifiée en fonction des besoins[218]. Ces listes sont examinées chaque année[219], sans préjudice des mécanismes de révision ordinaires prévus par le règlement, pour tenir compte de l'évolution des flux migratoires dans le contexte international. Pour ces raisons, le considérant 26 du Code des visas précise, que des accords bilatéraux entre l'Union et des pays tiers visant à faciliter le traitement des demandes de visa peuvent déroger au règlement instituant le Code. Un certain nombre d'accords facilitant la délivrance de visa (VFA : Visa facilitation Agreement) ont été conclus ces dernières années illustrant la coexistence du droit international relationnel et du droit de l'Union dans la politique européenne des visas. Ces accords dérogent au régime général du Code en appliquant des règles de droit international classique accordant des conditions favorables pour les ressortissants des Etats tiers concernés par ces accords.

Le premier accord a été conclu en 2004, signé en 2006 et appliqué depuis 2007 entre l'Union et la Russie[220] en application duquel une exonération des frais de traitement des demandes de visa est prévu ainsi qu'un engagement à prendre une décision de délivrer ou non le visa dans un délai de dix jours calendrier suivant la réception de la demande de visa et des documents requis. Depuis 2010, il existe 8 accords bilatéraux applicables aux seuls demandeurs de visas détenteurs de passeports biométriques. Tous ces accords de facilitation ont été accompagnés d'accords de réadmission qui en constituent la contre partie sécuritaire.

---

[216]- LABAYLE (H), « le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'U.E », *cahiers de droit européen*, 2004, n°5-6, p.623-624.

[217] - Règlement 539/2001 du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, *J.O.*, L81, du 21 mars 2001, p.1.

[218] - Règlement 453/2003 du 6 mars 2003 modifiant le règlement 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, *J.O.*, L69, du 13 mars 2003, p.10.

[219] - Point 25 du plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'U.E du 28 février 2002.

[220] - Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union Européenne et de la Fédération de Russie, *JO n° L 129* du 17/05/2007 p. 0025 – 0037.

Dans le cadre de la politique de voisinage, deux accords ont ainsi été signés le 18 janvier 2011entre l'Union européenne et la Géorgie et sont entrés en vigueur le 1er mars 2011. Le premier porte sur la facilitation de la délivrance des visas et le second sur la réadmission des personnes en séjour irrégulier. En pratique, l'Union s'engage à donner une réponse aux demandes de visa dans des délais brefs, le coût du visa descendant à 35 euros au lieu de 60 pour les ressortissants des huit Etats concernés dont la Russie et l'Ukraine. La contre partie sécuritaire tient à la conclusion concomitante, avec chaque Etat, d'un accord de réadmission de ses ressortissants qui entreraient dans l'Espace Schengen de façon irrégulière.

En définitive, sont inscrits dans cette liste les Etats qui remplissent les critères négatifs suivants qui sont appréciés au cas par cas : immigration clandestine importante, ordre public fragile, sécurité relative, relations extérieures de l'Union avec les pays tiers en tenant compte des implications de la cohérence régionale et de la réciprocité.

La question de l'attribution du visa et donc de l'élaboration des listes de pays soumis ou non à visa a des conséquences importantes en termes d'immigration. Cela signifie que la Commission joue un rôle central malgré que les Etats soient considérés comme les principaux acteurs en matière d'immigration du fait qu'ils soient responsables des visas de long séjour.

Le poids des considérations liées à l'immigration fait que la "liste noire" risque d'être une agrégation des 'peurs migratoires' des Etats membres. Il semble en effet que la communautarisation ait conduit à une liste des pays soumis à visa des plus extensives.

Ceci nous ramène à une des conséquences fondamentales de la politique des visas à savoir : accroître la visibilité de l'U.E. en tant qu'acteur dans les relations internationales. Sur ce point la séparation du monde en deux listes a une portée symbolique importante. Cela revient à identifier ceux que l'on reconnaît comme étant "des nôtres" et les autres. Comme on l'a vu la sélection se fait moins en référence au régime politique qu'à la situation économique du pays.

En outre, les autorités consulaires sont responsables de la délivrance des visas et ont donc un rôle clé dans la mise en œuvre de la politique des visas. Mais les consulats ont aussi à gérer les relations diplomatiques avec les gouvernements. L'octroi ou le refus de visa est un signal diplomatique. Par exemple, un octroi large à des opposants qui cherchent refuge hors de leur Etat est un signe politique. Bien sûr la part d'appréciation des agents consulaires est limitée, notamment par le Code des visas mise en place par l'U.E. Néanmoins, le visa est encore

largement dans les mains des consulats et il se peut que les attributions individuelles varient en fonction des politiques des Etats.

C- L'émergence d'une définition commune de l'étranger indésirable

L'exigence d'un visa est une présomption « d'indésirabilité » de l'étranger concerné en raison de sa nationalité. Autrement dit, l'exigence de visa a pour effet de créer une distinction entre les étrangers « indésirables » et ceux qui peuvent entrer et séjourner sur le territoire de l'Union. Cet ensemble d'étrangers « indésirables » répond à une définition harmonisée dans tous les Etats membres. La principale conséquence de cette harmonisation est que ces étrangers ne peuvent théoriquement plus pénétrer dans un des pays de l'Union : le visa leur est refusé.

Ainsi, l'article 1er de la C.A.A.S définit le ressortissant de pays tiers admissible par la négative : c'est celui « qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre et qui n'est pas signalé ».

Il s'agit de s'interroger sur la nature de cet étranger « *virtuel* »[221] signalé aux fins de non-admission. L'article 96§2 de la C.A.A.S précise les cas d'étrangers signalés aux fins de non-admission. Cet article définit une catégorie harmonisée dans tous les pays associés à l'acquis Schengen, d'étrangers non autorisés à pénétrer sur le territoire commun. L'étranger signalé se voit priver de l'accès au territoire commun en raison de la *reconnaissance mutuelle* des motifs du signalement.

Il est :

- Celui qui menace l'ordre public, la sécurité ou la sûreté nationale d'un Etat membre.
- Celui qui a été condamné pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an.
- Celui pour lequel il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves, (visés à l'article 71).
- Celui qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement non rapportée ni suspendue comportant ou assortie d'une interdiction d'entrée, ou le cas échéant de séjour, fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers[222].

[221] - PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, éd. LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 209, 2000, p. 142.
[222] - L'article 96§3.

Cette définition de l'étranger indésirable est basée sur une énumération née d'une « *liste vaste et indicative des cas, permettant ou plutôt obligeant à inscrire un étranger au SIS* »[223]. Ce dernier qui est remplacé par le système d'information Schengen de deuxième génération le (SIS II)[224] contiendra exclusivement les catégories de données qui sont fournies par les Etats membres et qui sont nécessaires aux signalements introduits aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour.

Le système contient les renseignements suivants concernant les personnes signalées : les nom(s), prénom(s), nom(s) à la naissance, pseudonymes, signes physiques particuliers, le lieu et la date de naissance, le sexe, les photographies, les empreintes digitales, la ou les nationalités, l'indication que la personne concernée est armée, violente ou en fuite, le motif du signalement, l'autorité signalant, une référence à la décision qui est à l'origine du signalement, et le(s) lien(s) vers d'autres signalements introduits dans le SIS II.

---

[223] - PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *op.cit*., p. 147.

[224] - Le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) a remplacé le SIS I et propose des fonctionnalités améliorées. Le règlement SIS II (Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381 du 28/12/2006) détermine les aspects techniques du SIS II, son mode de fonctionnement, les modalités de signalement de ressortissants de pays tiers aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour, le traitement des données relatives aux signalements, ainsi que les conditions d'accès aux données et leur protection.

Le règlement (CE) n° 1104/2008 du Conseil relatif à la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 299 du 8/11/2008 et la décision 2008/839/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 299 du 8/11/2008, énoncent les responsabilités de la Commission et des Etats membres qui participent au système SIS 1+ de la phase préparatoire à la mise en service du nouveau système (y compris le développement, le test et le transfert de données ultérieurs du système SIS 1+ vers le système SIS II). Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité, où les politiques de l'Union et la coopération politique et judiciaire coexistaient, reposait sur plusieurs piliers. Dans ce contexte, deux instruments de migration étaient prévus : un règlement (droit communautaire, ancien 1er pilier) et une décision (droit de l'Union, ancien 3è pilier).

Les systèmes SIS 1+ et SIS II se composent d'un système central, C.SIS et Central SIS II respectivement, de systèmes nationaux, N. SIS et N.SIS II respectivement, et d'une infrastructure de communication reliant le système central et les systèmes nationaux. Les instruments de migration définissent les tâches qui leur incombent, notamment :

- Le développement (y compris au moyen d'un scénario technique alternatif si nécessaire) et la maintenance du SIS II ;
- Un test complet du SIS II ;
- Un test entre les bureaux SIRENE pour l'échange d'informations complémentaires ;
- Le développement et le test du convertisseur qui permettra la communication entre le système central du SIS1+ et du SIS II ;
- La création et le test d'une architecture provisoire de migration ;
- La migration proprement dite du SIS 1+ vers le SIS II, à savoir le transfert des opérations d'un système à l'autre.

Il comprend aussi la conduite à tenir si une instance nationale compétente identifie un signalement dans le système SIS II qui concerne un ressortissant de pays tiers pour lequel elle a effectué une vérification. Si un Etat membre ne peut pas prendre les mesures requises après avoir identifié un signalement dans le système SIS II, il en informe directement l'Etat membre signalant.

Les données relatives aux étrangers faisant l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour sont introduites sur la base d'un signalement national résultant d'une décision prise par les juridictions et les autorités administratives compétentes, sur la base d'une évaluation individuelle.

Le problème que soulève cette définition des motifs du signalement est celui de l'absence de définition harmonisée de l'ordre public, de la sécurité ou de la sûreté nationale, ainsi que des différentes mesures d'éloignement des Etats parties. Certes une même pratique formelle du signalement est instituée, basée sur des motifs communs, mais l'interprétation de ces motifs diffère d'un Etat à un autre et entraîne parfois des divergences dans la définition de l'étranger indésirable. Ainsi, « *l'harmonisation des consultations masque l'extrême disparité des logiques nationales d'inscription des signalements au sein du SIS* »[225].

Paragraphe deuxième : les formalités et les garanties juridictionnelles en matière de visa

Pour pouvoir pénétrer régulièrement dans l'espace commun, l'étranger doit remplir une série de conditions administratives **(A).** Toutefois, on remarque une absence des garanties juridictionnelles en cas de refus des visas **(B)**.

A- Les procédures de demande et de délivrance des visas :

Dans l'Union, la délivrance d'un visa de court séjour permet à son détenteur d'exercer une liberté de circulation à l'intérieur de l'espace de Schengen s'il s'agit d'un visa uniforme ou sur le territoire d'un ou plusieurs Etats membres si le visa de court séjour est à validité territoriale limité (VTL). Il convient de rappeler, à cet égard, que si le visa est une condition d'entrée sur le territoire, il ne constitue pas un titre conférant un droit d'entrée. En effet, l'obligation de produire un visa vise surtout à éviter que des étrangers présentant un « *risque migratoire ne*

[225] - BIGO (D.) et GUILD (E.), « Désaccord aux frontières et politique des visas : les relations entre Schengen et l'Union », *Cultures et Conflits*, n° 49/50, 2003.

pénètrent sur le territoire »[226]. Le visa constitue, sous ce rapport, une « *condition de la mobilité légiti*me »[227] des étrangers concernés.

Le Code[228] définit le rôle des différents intervenants dans le traitement des demandes de visa[229], qu'il s'agisse d'autorités administratives ou d'opérateurs privés, et couvre également les justificatifs à présenter à l'appui des demandes de visa **(1)**, et le relevé des identifiants biométriques et son incidence sur la comparution personnelle **(2)**.

Toutefois, les attentats du 11 septembre 2001, du 11 mars 2004 et de juillet 2005 ont eu pour effet d'accélérer l'intégration des données biométriques dans les visas et la mise en place, au niveau européen, d'un Système d'information sur les visas (VIS). L'introduction d'éléments biométriques dans le VIS a été présentée comme un moyen permettant ainsi de mieux prévenir les usurpations d'identité pratiquée, notamment, par les terroristes **(3)**.

1. Les justificatifs à présenter à l'appui des demandes de visa :

Les justificatifs sont un élément important de la procédure visa : ils permettent au consulat d'apprécier le risque migratoire présenté par le demandeur et c'est sur la base des justificatifs

[226] - Les visas en France, Les cahiers juridiques du GISTI, 2003, p. 5.

[227] - DUEZ (D.), « L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique », Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, *coll. Etudes européennes*, 2008, p.123.

[228] - Les multiples textes adoptés en matière de visas depuis l'entrée en vigueur de TFUE ont été codifiés en 2010 avec l'adoption du code des visas, qui a entré en application le 5 avril 2010. Le Règlement établissant le Code des visas marque la consécration du droit de l'Union dans le domaine des visas. Il abroge l'ensemble des actes adoptés antérieurement dans un cadre et selon des procédures intergouvernementales et intègre dans un instrument unique toutes les dispositions qui fixent les procédures relatives aux visas (visas uniformes, c'est-à-dire visas valables pour l'ensemble du territoire Schengen, visas à validité territoriale limitée et visas de transit aéroportuaire) à l'exception des visas de long séjour qui sont des visas nationaux.

[229] - Il existe plusieurs catégories de visas selon la vocation et la durée du séjour projeté par l'étranger. Toutefois, le Code a simplifié la nomenclature en supprimant le visa de transit (visa de type B) ainsi que le visa D + C lequel avait valeur concomitante de vis de court séjour pendant les trois premiers mois. Désormais, il n'existe plus que trois catégories de visas harmonisés au niveau européen et une catégorie de visas nationaux. En l'état actuel du droit, seuls les visas de type D échappent, pour l'heure, au droit de l'Union.

Les différentes catégories de visas sont :

- **Visa de court séjour** (de type C) : visa Schengen de droit commun pour les séjours de 90 jours maximum.
- **Visa de transit aéroportuaire** (VTA) : ce type de visa est désormais saisi par le droit de l'Union depuis l'application du code. Auparavant, le VTA s'inscrivait dans une logique intergouvernementale. Le VTA peut être délivré pour une, deux ou plusieurs entrées. L'annexe IX du code contient la liste des pays tiers concernés par l'exigence de VTA.
- **Visa de transit** : l'appellation visa de transit de type B a disparu mais le visa de transit est prévu dans le Code, le transit devenant, en réalité, un motif de séjour parmi d'autres du visa de type C. Il permet à l'étranger de se rendre d'un pays tiers à l'espace Schengen vers un autre pays tiers en traversant le territoire français ou celui d'un autre Etat Schengen. Depuis le Code, la durée du transit n'est plus limitée à 5jours, le visa étant valable pour un ou plusieurs transits.
- **Visa de long séjour** (de type D) : visa relevant exclusivement de la compétence nationale qui permet à l'étranger de s'installer dans un Etat membre. On notera qu'un règlement applicable depuis le 5 avril 2010 permet aux bénéficiaires de VLS de circuler librement sur le territoire dans l'attente de la délivrance d'un titre de séjour, Règlement n°265/2010 du 25 mars 2010, JOUE, 31 mars 2010.

présentés que le consulat décide des caractéristiques du visa délivré (durée de séjour autorisé, durée de validité, nombre d'entrées) en fonction du ou des séjours envisagés.

A l'intérieur du Chapitre II (« *La demande* »), l'article 10 du *Code* expose les règles générales applicables à l'introduction d'une demande en mentionnant au point f) que le demandeur doit produire les justificatifs conformément à l'article 14 et à l'annexe II.

L'article 14[230] énumère ensuite les catégories de documents justificatifs à présenter à l'appui d'une demande, en distinguant le cas du visa uniforme (paragraphe 1) et le cas du visa de transit aéroportuaire (paragraphe2). Pour le visa uniforme, les quatre catégories de documents exigés portent sur l'objet du voyage, l'hébergement, les moyens de subsistance et la volonté de l'intéressé de quitter l'espace Schengen à l'expiration du visa. Pour le visa de transit aéroportuaire, le demandeur devra fournir des documents relatifs à la poursuite de son voyage après le transit et des informations sur sa volonté de ne pas entrer sur le territoire Schengen.

---

[230] - L'article 14 dispose : « 1. Lorsqu'il introduit une demande de visa uniforme, le demandeur présente les documents suivants:
a) des documents indiquant l'objet du voyage;
b) des documents relatifs à l'hébergement, ou apportant la preuve de moyens suffisants pour couvrir les frais d'hébergement;
c) des documents indiquant que le demandeur dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans son pays d'origine ou de résidence ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou encore qu'il est en mesure d'acquérir légalement ces moyens, conformément à l'article 5, paragraphe 1, point c), et à l'article 5, paragraphe 3, du code frontières Schengen;
d) des informations permettant d'apprécier sa volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé.
2. Lorsqu'il introduit une demande de visa de transit aéroportuaire, le demandeur présente: a) des documents relatifs à la poursuite du voyage vers la destination finale après le transit aéroportuaire envisagé; b) des informations permettant d'apprécier sa volonté de ne pas entrer sur le territoire des États membres.
3. Une liste non exhaustive des documents justificatifs que le consulat peut demander au demandeur afin de vérifier qu'il satisfait aux conditions énumérées aux paragraphes 1 et 2 figure à l'annexe II.
4. Les États membres peuvent exiger que les demandeurs présentent une preuve de prise en charge et/ou une attestation d'accueil, en remplissant un formulaire établi par chaque État membre. Ce formulaire indique notamment: a) s'il constitue une preuve de prise en charge et/ou une attestation d'accueil; b) si l'hôte est une personne physique, une société ou une organisation; c) l'identité de l'hôte et ses coordonnées; d) le nom du ou des demandeur(s) invité(s); e) l'adresse d'hébergement; f) la durée et l'objet du séjour;
g) les éventuels liens de parenté avec l'hôte.
Outre la ou les langue(s) officielle(s) de l'État membre, le formulaire est rédigé dans au moins une autre langue officielle des institutions de l'Union européenne. Le formulaire fournit au signataire les informations prévues à l'article 37, paragraphe 1, du règlement VIS. Un modèle du formulaire est notifié à la Commission.
5. La nécessité de compléter et d'harmoniser la liste de documents justificatifs au niveau de chaque ressort territorial afin de tenir compte des circonstances locales est évaluée dans le cadre de la coopération locale au titre de Schengen.
6. Les consulats peuvent renoncer à imposer une ou plusieurs des obligations prévues au paragraphe 1 au demandeur qui leur est connu pour son intégrité et sa fiabilité, en particulier parce qu'il a fait un usage légal de visas délivrés précédemment, s'il n'existe aucun doute sur le fait qu'il satisfera aux conditions fixées à l'article 5, paragraphe 1, du code frontières Schengen au moment du franchissement des frontières extérieures des États membres. ».

Le paragraphe 3 renvoie à l'annexe II qui comporte la liste non exhaustive des documents que les consulats peuvent exiger des demandeurs.

L'annexe II est censée concrétiser les principes fixés à l'article 14 mais elle ne répond qu'imparfaitement à cet objectif, tant du point de vue de sa structure que de son contenu. En effet, l'annexe II comporte trois sections : la section A qui énumère des documents de natures à justifier l'objet du voyage en distinguant une grande variété de situations (voyages professionnels, d'études, à caractère touristique ou privé, dans le cadre de manifestations politiques, culturelles etc. dans le cadre de délégations officielles, pour des raisons médicales), la section B qui comporte une liste de cinq documents permettant d'apprécier la volonté du demandeur de quitter le territoire des Etats membres et la section C relative aux documents justifiant la situation familiale du demandeur.

Au regard de l'article 14, trois lacunes affectent l'annexe II : elle ne comporte aucune référence aux documents justificatifs relatifs aux moyens de subsistance[231] et elle ne caractérise pas les justificatifs à fournir à l'appui d'une demande de visa de transit aéroportuaire. Enfin, l'annexe II mentionne les justificatifs d'hébergement seulement lorsqu'il s'agit d'un voyage à caractère touristique ou privé, ce qui apparaît être en contradiction avec l'article 14 en vertu duquel la présentation de justificatifs d'hébergement est d'application générale, à l'exception du cas dans lequel le demandeur justifie de moyens suffisants pour couvrir les frais d'hébergement.

Il faut noter que le paragraphe 5 de l'article 14 prévoit que dans chaque ressort territorial, dans le cadre de la coopération Schengen, les consulats doivent apprécier la nécessité de compléter et d'harmoniser les justificatifs découlant de l'article 14 et de l'annexe II.

Les preuves de prises en charge et/ou attestations d'accueil sont traitées séparément au paragraphe 4 de l'article 14, qui dispose que les Etats membres restent libre d'exiger ces documents qu'ils établissent eux-mêmes.

En outre, le demandeur doit payer un montant de 60 euros comme « droits de visa »[232], toutefois, *le Code* innove en instaurant un montant intermédiaire de 35 euros pour les enfants entre 6 et 12 ans. Pour les exemptions de droits de visa, *le Code* reprend les catégories de

[231] - Seuls les moyens financiers nécessaires pour payer un traitement médical sont mentionnés au point A.6 de l'annexe II.

[232] - Le Code a remplacé le terme employé par les instructions consulaires communes (« frais administratifs de traitement de la demande de visa ») par « droits de visa » à l'article 16.

personnes qui figuraient dans les Instructions consulaires communes de Schengen (ICC)[233] (enfant de moins de 6ans, écoliers et étudiants participant à des voyages d'études, chercheurs au sens de la recommandation 2005/761/CE) mais y ajoute une nouvelle catégorie des représentants d'associations à but non lucratif âgés au maximum de 25 ans et participant à diverses manifestations d'organisations à but non lucratif.

Le Code maintien la possibilité d'accorder des exemptions ou réductions de droits dans des cas individuels, lorsque la décision sert à promouvoir divers intérêts énumérés au paragraphe 6.

Globalement, *le Code* étend le champ des exemptions et réductions de droits de visa dont les demandeurs de visa peuvent bénéficier. Cet avantage est cependant contrebalancé par le recours croissant à des prestataires de service à la charge des demandeurs de visa, en plus des droits de visa.

En outre, en ce qui concerne le régime de la soumission au visa de transit aéroportuaire (VTA), *le Code* ne modifie pas l'architecture générale résultant de l'action commune de 1996[234] relative au VTA et de l'annexe 3 des ICC qui instaurait une liste commune de 12 pays tiers dont les ressortissants sont soumis et d'autre part des listes nationales de pays tiers, d'importante variable, dont les ressortissants sont soumis à VTA par un ou plusieurs Etats membres.

Cette différenciation est justifiée, dans le considérant 5, par la nécessité de « *lutter contre l'immigration clandestine* » qui peut être pris en compte par les Etats. Là encore, les critères d'appréciation de l'afflux massif de migrants clandestin relèvent de l'appréciation individuelle de l'Etat membre.

---

[233] - les Instructions consulaires communes (ICC) ont été l'instrument de base relatif aux procédures de visas (Dernière édition publiée au JO C 326 du 22 décembre 2005 ; dernière édition actualisée diffusée sous la forme du document du Conseil 10660/09 du 30 juillet 2009, non publié au JO), mais il faut aussi mentionner des décisions qui avaient été arrêtées par le Comité exécutif de Schengen sans être intégrées aux ICC, qui portaient sur la prolongation des visas, sur leur annulation et leur abrogation, sur l'échange de statistiques. En dehors du cadre Schengen, il faut mentionner aussi une action commune du 4 mars 1996 relative au régime du transit aéroportuaire et une recommandation du Conseil sur la coopération consulaire.

[234] - L'action commune du 4 mars 1996 précise également quels sont les ressortissants soumis au visa de transit aéroportuaire en rappelant que ce dernier ne peut être délivré que sur présentation d'un billet d'avion et, le cas échéant, du visa pour le pays de destination. Elle mentionne par ailleurs qu'il appartient à chaque Etat membre de déterminer les ressortissants des pays tiers ne figurant pas sur la liste des nationalités assujetties au visa de transit aéroportuaire et autorise chaque Etat membre à prévoir des dérogations.

2. Le relevé des identifiants biométriques des demandeurs de visa

Un bref rappel du contexte historique est nécessaire avant de commenter les dispositions du *Code* concernant la biométrie.

Alors que la proposition de système d'information sur les visas (VIS) présentée en 2004 était encore en cours de négociation, il était apparu indispensable et prioritaire de créer la base juridique nécessaire aux Etats membres pour relever les éléments d'identification biométriques des demandeurs de visa et d'établir un cadre juridique permettant des formes de coopération des consulats de nature à favoriser la mise en œuvre du VIS. Pour ces raisons de calendrier, la Commission a présenté le 31 mai 2006[235] une proposition de modification des ICC limitée à la biométrie et à la coopération entre les consulats. Une proposition globale de Code des visas, devaient en effet, être présentée ultérieurement et intègre ces dispositions.

La première proposition a abouti au règlement (CE) n° 390/2009 du 23 avril 2009 modifiant les ICC[236], dont les dispositions ont été intégrées dans le Code au moment de sa finalisation.

L'article 13 du *Code* prévoit que les Etats membres recueillent les identifiants biométriques du demandeur (photographie et dix empreintes digitales) et que tout demandeur présentant une première demande doit se présenter en personne à cet effet. Autrement dit, le demandeur de visa doit se déplacer personnellement au consulat, l'instruction générale des visas prévoyant une « comparution personnelle » ainsi que la fourniture, notamment, de photographies.

Cependant, il n'est pas sans intérêt de noter que lorsque le demandeur de confession musulmane refuse de se dévoiler afin d'être identifié, le Conseil d'Etat Français juge légale la décision des autorités consulaires refusant d'admettre l'accès au consulat d'un étrangers refusant de quitter son voile[237]. En effet, le port du voile ou du foulard peut logiquement faire l'objet de restrictions notamment dans l'intérêt public[238]. Or le visa constitue un instrument au

[235] - COM (2006) 269 final.
[236] - JO L 131 du 23 avril 2009.
[237] - CE, 7décembre 2005, M.E, JCP A 2006, n°1062, conclusion de Silva ; JCP G 2006, obs. Aubin.
[238] - Cette exigence dispose, désormais, d'une base légale, la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, lequel est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public, une amende étant alors infligée qui peut s'accompagner de l'obligation d'accomplir « un stage de citoyenneté » (Code pénale, art.131-16, 8e).

service de la politique migratoire qui suppose une identification personnelle du demandeur qui ne peut former sa demande par écrit.

En outre, des dérogations à la collecte des empreintes sont prévues pour les enfants de moins de douze ans, pour les personnes qui ne sont pas physiquement en mesure de donner leurs empreintes et pour les hauts responsables politiques.

La collecte des empreintes digitales s'applique pour une toute première demande. Pour une nouvelle demande qui intervient moins de cinquante-neuf mois après la première demande, le demandeur n'est pas tenu de se présenter en personne : les empreintes recueillies lors de la première demande ultérieures article 13 paragraphe 3). Quant à la photo, qui doit être jointe à chaque demande, elle n'impose pas que le demandeur se présente personnellement (article 13 paragraphe 4). Il n'est pas nécessairement tenu de se présenter au consulat car cette tâche peut être confiée à des prestataires de services (article 43 paragraphe 6) ou à des consuls honoraires (article 42 paragraphe 1). Toutefois, l'article 10 paragraphe 1 dispose que les demandeurs se présentent en personne pour introduire leur demande.

Indépendamment des exigences de la biométrie, *le Code* n'exclut pas que la présence du demandeur soit nécessaire pour l'examen de sa demande. L'article 21 paragraphe 8 dispose en effet que « *les consulats peuvent, lorsque cela se justifie, inviter le demandeur à un entretien* ».

De plus, la recevabilité de la demande est soumise à quatre conditions selon l'article 19 : la demande doit avoir été introduite au plus tôt trois mois avant le voyage, les trois justificatifs visés aux points a) à c) de l'article 10 paragraphe 3 doivent être joints à la demande, les identifiants biométriques du demandeur doivent être recueillis et les droits de visa doivent avoir été perçus. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, le consulat restitue le demande au demandeur, détruit les données biométriques relevées, rembourse les droits de visa et « *n'examine pas la demande* » (article 19 paragraphe 3).

Si l'introduction d'une distinction entre l'irrecevabilité et le refus au fond doit être approuvée dans son principe, le mécanisme de l'article 19 suscite quelques remarques.

En premier lieu, en ce qui concerne les conditions de la recevabilité, on constate que les documents à fournir obligatoirement sont seulement ceux visés à l'article 10 paragraphe 3 point

a) à c)[239]. Cela signifie que l'absence de l'un ou l'autre des justificatifs visés au point f)[240] ne saurait entraîner l'irrecevabilité de la demande et peut uniquement, le cas échéant, conduire à une décision de refus.

En second lieu, on note que la constatation de l'irrecevabilité n'est pas soumise à un délai précis (le consulat doit seulement agir « sans retard ») et se manifeste uniquement de façon indirecte, par les opérations matérielles prévues par le paragraphe 3 auxquelles le consulat procède. *Le Code* ne se réfère pas à une décision formelle, concrétisée par la remise d'un document au demandeur, qui lui préciserait le motif pour lequel sa demande à été considérée comme irrecevable et l'informerait que ses données biométriques ont été détruites.

Il est à constater donc que l'étranger doit remplir un ensemble de conditions formelles et généralisées dans tous les pays membres pour pouvoir être autorisé à entrer régulièrement en Europe pour une courte durée. En effet, *« cet ensemble de dispositions à remplir témoigne d'un désir d'opérer « un tri » à distance des ressortissants tiers, en délimitant les identités et en discriminant des indésirables. L'harmonisation des conditions de délivrance des visas dans les pays membres de l'Union Européenne met en relief le réel objectif des Etats membres : celui de lutter contre l'immigration clandestine. »*[241].

Ces conditions communes d'octroi du visa montrent la complexité et le nombre de justificatifs à fournir pour entrer en Europe. Derrière la difficulté et le nombre à joindre, se cache une barrière administrative, une politique commune de gestion des flux migratoires, de rationalisation[242] des entrées des étrangers en Europe. Cette rationalisation s'exprime par la multiplication des instruments administratifs et bureaucratiques nécessaires pour l'octroi du visa commun.

[239] - Le formulaire de demande complété et signé ; un document de voyage valide ; une photographie.
[240] - Il s'agit des documents conformément à l'article 14 et à l'annexe II qui concernent l'objet du séjour, l'hébergement etc.
[241] - COURNIL (CH.), « Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales », l'Harmattan, 2005, p 63.
[242] - BIGO (D.), « Sécurité et immigration : vers une gouverne mentalité par l'inquiétude ? », *in sécurité et immigration*, (Sous la direction de BIGO D.), Cultures et Conflits, éd. L'Harmattan, 1998, p.7-11.

3- Le fichage des demandeurs de visa par le Système d'information sur les visas (VIS)

Le fichier relatif aux demandeurs de visa[243] a plusieurs finalités, dont la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure des Etats membres (a). En la matière, les instruments relatifs à ce fichier permettent à de nombreuses autorités d'accéder au fichier ce qui pose des problèmes en matière de protection des droits fondamentaux (b).

a) Un fichier aux finalités multiples :

Le fichier VIS est un développement de l'acquis de Schengen[244]. Son économie générale est similaire à celle du SIS avec un système central d'information sur les visas (C-VIS), une interface dans chaque Etat membre (NI-VIS) et une infrastructure de communication entre le premier et les secondes. Un système national dans chaque Etat membre (N-VIS). Applicable aux visas Schengen (de type A, B et C) et aux visas nationaux (type D, D+C), le VIS contient des informations relatives au type de visa et aux données nominatives permettant l'identification du demandeur, l'autorité compétente pour délivrer le visa ainsi qu'une photographie digitalisée. Les données biométriques seront ajoutées. Enfin, les éléments tels que les documents de voyage et les polices d'assurance seront scannées pour être intégrées dans le VIS localisé au même endroit que le SIS II.

Le règlement sur le fonctionnement du VIS a été adopté le 9 juillet 2008[245]. Il modifie les ICC afin d'introduire les éléments d'identification biométrique dans les demandes de visa. En pratique, l'introduction du relevé des identifiants biométrique oblige le demandeur à se présenter personnellement au moins lors du dépôt de sa première demande de visa. Une décision du Conseil complète le règlement en précisant les conditions dans lesquelles les autorités désignées des Etats membres et Europol peuvent avoir accès en consultation au VIS afin de prévenir et détecter, notamment, les infractions terroristes[246].

Ce système vise à faciliter « *l'échange de données entre les Etats membres sur les demandes de visas (...) dans le but de simplifier les procédures de demande de visa, de prévenir le « visa shopping* », de faciliter la lutte contre la fraude et de faciliter les contrôles aux points de passage

[243] - Crée par la Décision 2004/512/CE du Conseil, du 8 juin 2004, *portant création du système d'information sur les visas (VIS)*, JOUE n° L 213 du 15 juin 2004, p.5.
[244] - Voir le point 8 du Préambule de la Décision 2004/512/CE.
[245] - Règlement n° 767/2008, JOUE, n° L 218, 13 août 2008.
[246] - Décision n° 2008/633/JAI du Conseil, 23 juin 2008, JOUE n° L 218, 13 août 2008.

aux frontières extérieures et sur le territoire des Etats membres ». Il a également pour finalité d'aider « à l'identification de toute personne qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour applicables sur le territoire des Etats membres ». Ce fichier devrait permettre aussi de faciliter le traitement des demandes d'asile et de « contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des Etats membres »[247]. Les données à caractère personnel enregistrées dans le VIS[248] ne doivent pas être conservées plus de cinq à compter de leur insertion dans le système informatique. Il est prévu que les données enregistrées sont accessibles aux autorités de chaque Etat membre, y compris dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile.

Il est significatif que la question de la disponibilité des données aux fins de la prévention, de la détection et de l'investigation des infractions terroristes et autres infractions pénales graves est abordée dès l'article 3 du Règlement VIS, ce qui ne manque pas de lui donner une tonalité sécuritaire.

En outre, de nombreuses autorités peuvent accéder au fichier VIS. Cette base de données peut évidemment être utilisée par les autorités en charge de l'examen des demandes de visa qui sont autorisées à accéder à diverses données, y compris les empreintes digitales (article 15). Les autorités centrales chargées des visas peuvent demander au VIS de transmettre une demande de consultation à un ou plusieurs Etats membres qui répond par l'intermédiaire du VIS. Dans ce cas, les données personnelles transmises ne peuvent être utilisées qu'à des fins de consultation (article 16). Les autorités centrales chargées des visas peuvent également accéder au VIS pour établir des statistiques, auquel cas l'identification des demandeurs individuels n'est pas permise (article 17).

Les autorités chargées des contrôles au point de passage des frontières extérieures de l'Union peuvent quant à elles vérifier l'identité du titulaire du visa ou l'authenticité du visa en utilisant le numéro de vignette du visa, en combinaison avec la vérification des empreintes digitales du titulaire du visa (article 18). En d'autres termes, lorsqu'il arrive à un poste de la frontière extérieure de l'Union, le titulaire d'un visa peut voir ses empreintes digitales relevées

[247] - Point 5 du Préambule et l'article 2 du Règlement n° 767/2008.

[248] - Il s'agit selon l'article 5 du Règlement VIS des données alphanumériques sur le demandeur et sur les visas demandés, délivrés, refusés, annulés, retirés ou prorogés, ses photographies, ses empreintes digitales et les liens avec d'autres demandes comme celles de son conjoint ou de ses enfants. La longue liste des données alphanumériques figure, selon les cas, aux paragraphes 1 à 4 de l'article 9 et aux articles 10 à 14. Etant un instrument Schengen, le Règlement VIS ne s'applique pas au Royaume-Uni et à l'Irlande. Il s'applique à tous les autres Etats membres de l'Union ainsi qu'à l'Islande, la Norvège et la Suisse.

afin de vérifier son identité ou l'authenticité du visa en cas de doute, sans que l'on sache ce qu'est un doute. Les autorités nationales chargées de contrôler la régularité de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire, comme la police en France, peuvent effectuer les mêmes recherches dans le VIS avec relevé des empreintes digitales (article 19). De même, les autorités compétentes en matière d'asile sont autorisées à effectuer des recherches à l'aide des empreintes digitales afin de déterminer l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile (article 21) ou dans le but d'examiner celle-ci (article 22).

b) Un fichier aux garanties incertaines :

La décision 2008/633/JAI permet également aux autorités répressives désignées par chaque Etat membre de consulter certaines données du VIS « dans la limite de leurs pouvoirs » et à certaines conditions (article 5§1)[249]. Or, il ne ressort pas explicitement de la liste des conditions que la personne doit être soupçonnée d'avoir commis une infraction. La consultation du VIS est limitée dans un premier temps à l'une des données énumérées à l'article 5§2, dont les nom et prénom, la nationalité actuelle et celle à la naissance, le but du voyage, les empreintes digitales et les coordonnées de la personne adressant l'invitation et/ou susceptible de prendre en charge les frais de substance du demandeur durant le séjour[250].

En cas de consultation fructueuse, la consultation peut alors étendue à l'ensemble des données énumérées au paragraphe 2 de l'article 5 ainsi qu'à toutes les autres données extraites du formulaire de demande de visa, comme l'identité des parents du demandeur ou encore le nom et l'adresse de son employeur, aux photographies et aux données saisies concernant tout visa délivré, refusé, annulé, retiré ou prorogé (article 5§ 3). Europol est également autorisé à consulter le VIS « dans les limites de sa mission » et à certaines conditions[251].

Si l'on peut considérer que la soumission du traitement des données à caractère personnel à la Directive et au droit national dans chaque Etat membre offre certaines garanties, celles-ci deviennent incertaines lorsqu'il s'agit de la communication de données prévue par l'article 31

[249] - En vertu de cette disposition, « a) l'accès en consultation doit être nécessaire à la prévention, à la détection d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ou aux enquêtes en la matière ;b) un cas spécifique doit rendre l'accès en consultation nécessaire ; s'il existe des motifs raisonnables de considérer que la consultation des données du VIS contribuera de manière significative à la prévention ou à la détection des infractions en question, ou aux enquêtes à la matière ».

[250] - ainsi que le type et numéro du document de voyage ; les dates d'arrivée et de départ prévues ; la destination principale et la durée du séjour prévue ; la première frontière d'entrée prévue ou l'itinéraire de transit et le type de visa ; la résidence et le numéro de la vignette visa

[251] - Article 7§1 de la Décision 2008/633/JAI.

du Règlement VIS « si cela s'avère nécessaire, dans des cas individuels, aux fins de prouver l'identité de ressortissants de pays tiers, y compris aux fins du retour ». Certes, les données qui peuvent être communiquées ne comprennent pas les empreintes digitales ni les photographies[252] et sont soumises à plusieurs conditions[253] dont l'acceptation par le pays tiers de n'utiliser les données que dans le but pour lequel elles ont été transmises. Mais on peut se demander ce que vaut cette acceptation une fois les données communiquées.

L'article 8§4 de la Décision 2008/633/JAI semble présenter encore moins de garanties. Il prévoit en effet qu'il peut être fait exception à l'interdiction de principe de transférer des données à caractère personnel obtenues du VIS à des pays tiers ou à des organisations internationales en cas « d'urgence exceptionnelle ». Ces données peuvent être transférées ou mises à disposition d'un Etat tiers « exclusivement aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves » dans les mêmes conditions que celles auxquelles sont soumises les autorités désignées des Etats membres, énumérées à l'article 5§1 précité. A cela s'ajoute l'obligation d'obtenir l'accord de l'Etat membre qui a introduit les données dans le VIS et la nécessité de respecter le droit national de l'Etat membre qui transfère les données ou les met à disposition. Mais ces garanties apparaissent incertaines, surtout au regard du caractère vague de la notion d' « urgence exceptionnelle ».

Ainsi, le risque ici, est de voir tomber entre les mains d'Etats tiers, voire d'entreprises privées, des données collectées par les prestataires extérieurs privés. Surtout, la tendance actuelle est de sous-traiter une partie de l'instruction de la demande de visa – qui ne se limite pas toujours à la fixation d'un rendez-vous – à des sociétés privées, relevant souvent du droit local comme le relève le Rapport d'observation de la CIMADE, Visa refusé, de juillet 2010. Dans un tel contexte d'externalisation croissante et de plus en plus poussée, les atteintes à la protection des données à caractère personnel augmentent.

Cependant, la compatibilité du dispositif VIS avec le droit européen des droits de l'homme a été admise par la Cour EDH en février 2010[254]. Selon la Cour, les stipulations de l'art. 6§1 de la Conv. EDH sont inapplicables aux décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement

[252] - Il ne peut s'agir que de l'identité du demandeur (nom, prénom, sexe, date, lieu et pays de naissance) ; de sa nationalité actuelle et de sa nationalité à la naissance ; du type et du document de voyage avec l'indication de l'autorité l'ayant délivré, la date de délivrance et celle d'expiration ; sa résidence et, pour les mineurs, les nom et prénom(s) du père et de la mère.

[253] -Enumérées au paragraphe 2 de l'article 31.

[254] - CEDH, 2février 2010, Dalea c/France, n° 964/07 (en l'espèce, un ressortissant roumain s'était heurté à un refus de visa car il faisait l'objet d'un signalement par la France aux fins de non-admission dans le SIS).

des étrangers. De même, la violation de l'article 8 n'a pas été retenue au motif que l'inscription au fichier Schengen et le refus de visa qui en résulte ne constituent pas une ingérence inconventionnelle dans la vie privée de l'étranger demandeur de visa.

Quelles que soient les garanties, il est très difficile d'imaginer le degré effectif de protection des données d'un fichier appelé à devenir « la plus importante base de données biométriques au monde qui devrait stocker les données d'environ 100 millions d'individus… »[255].

B- Les garanties juridictionnelles en matière de refus des visas : Des avancées relatives

L'accès au territoire des Etats membres apparait lourdement conditionné sans qu'aucune règle juridique ne contrebalance véritablement le pouvoir des administrations. Ceux-ci sont donc en mesure d'imposer des conditions uniformisées au candidat au séjour en Europe dont la méconnaissance justifie un refus d'entrée[256].

Autrement dit, la délivrance de visa est toujours appréciée discrétionnairement par les autorités consulaires des Etats. Les motifs de refus qui incombe aux Etats sont la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité intérieure. Ces menaces peuvent se déduire d'une condamnation pénale, de l'irrégularité d'un séjour dans un Etat membre, dans le passé, et de doutes sur l'authenticité du passeport, de manœuvres frauduleuses lors d'une précédente demande de visa ou encore d'un mensonge sur l'âge des enfants du candidat au séjour. Le refus de visa peut être également fondé sur le fait que l'étranger est sous le coup d'une mesure d'éloignement.

En plus, depuis 1990, un refus de visa peut être opposé à l'étranger dont le nom est mentionné dans le système d'information Schengen. L'article 96 C.A.A.S. autorise, en effet, le signalement de l'étranger qui constitue une « menace pour l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales », notamment s'il a été condamné à une peine de prison supérieure à un an ou s' « il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves [ou] des

[255] - Rapport d'observation de la CIMADE, *Visa refusé. Enquête sur les pratiques des consulats de France en matière de délivrance des visas*, juillet 2010, p.32.

[256] - la demande de visa doit être considérée comme rejetée dans deux cas de figures :
- Lorsque le service consulaire a répondu négativement à la demande, par une lettre adressée ou remise au demandeur. On parle alors de refus exprès.
- Lorsque le consulat n'a pas répondu à la demande et qu'un délai de deux mois s'est écoulé depuis qu'elle a été déposée. Il s'agit alors d'une décision implicite de rejet.

indices réels qu'il envisage de commettre de tels faits sur le territoire d'une partie contractante ».

Ces motifs vagues, ont laissé un grand champ de manœuvre aux autorités consulaires. Et la jurisprudence européenne reconnait aux administrations et juridictions des Etats membres un assez large pouvoir d'appréciation.

A cet égard, une jurisprudence française constante constatait qu' « *en l'absence de toute disposition conventionnelle, législative ou réglementaire déterminant les cas où le visa peut être refusé à un étranger désirant se rendre en France, et eu égard à la nature d'une telle décision, les autorités françaises à l'étranger disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et peuvent se fonder non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général* »[257].

Les Etats sont souverains donc pour justifier le refus motivé par une atteinte à leur ordre public ou leur sécurité intérieure. Toutefois, si elle n'est pas toujours tenue de motiver son refus de visa, l'autorité consulaire doit être en mesure de démontrer l'existence de la menace à l'ordre public et ne peut pas se borner à invoquer des éléments imprécis.

A cet égard, le droit de l'Union en cours de construction dans le domaine des visas tend progressivement à encadrer des situations que la coopération de Schengen avait laissées à la discrétion des Etats membres.

La Commission, tenant compte du fait que le Code des frontières Schengen prévoyait une motivation des refus d'entrée sur le territoire Schengen ainsi qu'un droit de recours contre ces refus, avait proposé en 2006 un régime analogue. Un formulaire type de notification de refus, inspiré de l'annexe V partie B du Code des frontières était proposé à cet effet.

Le Code des visas confirme l'approche proposée par la Commission. L'obligation de motivation concerne les refus de visa (article 32 paragraphe 2) mais aussi les décisions d'annulation et d'abrogation de visa (article 34 paragraphe 6). Pour ces trois types de décision, la motivation doit se faire au moyen du formulaire type figurant en annexe VI dans lequel

[257] - CE, 28 février 1986, Ngako Jeuga, req. n°41550.

l'autorité doit cocher le ou les motifs de refus, dont la formulation reflète les conditions d'entrée du Code des frontières[258].

Le droit de recours vaut pour les refus de visa (article 32 paragraphe 6) de même que pour les annulations et abrogations de visas (article 34 paragraphe 7) et il s'exerce contre l'Etat qui a pris la décision et conformément à sa législation nationale (article 32 paragraphe 3 et 34 paragraphe 7). En bas du formulaire de refus de l'annexe VI, l'autorité qui prend la décision de refus doit informer l'intéressé de la possibilité de former un recours et des modalités de ce recours.

Les garanties procédurales représentées par l'obligation de motivation et le droit de recours s'appliquent également aux décisions prises aux frontières extérieures, comme cela est précisé à l'article 35 paragraphe7.

Si l'instauration de la motivation obligatoire des refus de visa et le droit de recours constituent une avancée notable du point de vue des demandeurs de visa, cette appréciation positive doit cependant être nuancée.

Tout d'abord, le nouveau mécanisme comporte des lacunes. On constate ainsi que les garanties procédurales ne s'appliquent pas aux refus de prolongation des visas, bien qu'il s'agisse de décisions faisant grief. En outre, rien n'est prévu quant à une traduction du formulaire de refus. On note également que le formulaire ne comporte pas de rubriques appropriées pour un refus de visa de transit aéroportuaire.

Ensuite, on peut nourrir certains doutes quant aux effets réels du formulaire de refus pour les demandeurs de visa. Il s'agit d'une motivation minimale et le caractère très succinct des motifs de refus tels qu'ils figurent sur le formulaire type ne permettra guère au demandeur de fournir des arguments adéquats à l'appui de la procédure de recours, laquelle sera de toute façon difficile et coûteuse à mettre en œuvre à partir de l'étranger. Ainsi, très peu de demandeurs contestent aujourd'hui les décisions de refus des consulats. En 2009, en France par exemple, 0,5% des décisions de refus ont fait l'objet d'un recours devant une juridiction administrative.

[258] - Les dispositions du droit communautaire en matière de libre circulation des personnes telles qu'interprétées par la Cour de justice imposent aux Etats membres des exigences de motivation strictes quand ils restreignent la liberté de circulation de citoyens de l'Union et de membres de leur famille.
Le formulaire type de refus de visa ne répond pas à ces exigences de motivation et ne saurait donc être utilisé pour un refus de visa opposé à un membre de la famille de citoyen de l'Union

La procédure de recours est particulièrement complexe et nécessite de saisir des instances françaises depuis l'étranger[259].

Ainsi, les Etats membres sont d'autant plus souverains dans leurs analyses qu'aucune directive ou aucun règlement ne vient harmoniser les conditions de refus des visas. Les marges d'appréciation sont totalement différentes d'un Etat à l'autre, de même que l'ordre public et la sécurité intérieure se définissent différemment d'un pays à un autre.

Cette absence d'harmonisation poussée en matière de refus de visa constitue une véritable faille du système commun. Certains pays « *peuvent profiter de ce large champ de main d'œuvre pour refuser sciemment des visas et ainsi se décharger de leur obligation en délivrant moins de visas que certains autres Etats* »[260].

L'analyse successive des conditions de délivrance du visa et de leurs conséquences montre *« que les Etats sont partagés entre la nécessité de gérer ces questions en commun et la volonté de préserver les souverainetés nationales dans un domaine aussi sensible que celui des visas de court séjour* »[261].

Bref, les Etats membres restent libres d'attribuer ou non un visa, même si le demandeur présente tous les documents exigés. L'attribution du visa relève donc du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. A ce fait, il est à remarquer que le visa constitue « *une notion difficilement saisissable comme le sexe des anges. Dogme du droit international autant que du droit interne, l'exclusivité de la souveraineté de l'Etat domine la question* »[262].

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de signaler l'importance d'un recours pour demander l'annulation d'un refus de visa, voire une indemnité pour le préjudice qui est résulté d'un refus illégal, devant une juridiction nationale de l'Etat concerné. D'autant que le seul fait d'intenter un recours permet parfois d'obtenir le visa initialement refusé, le cas où l'autorité consulaire ne pouvait pas justifier son refus devant le juge. Ceci explique que la jurisprudence en matière d'illégalité de refus de visa s'est enrichie au cours des dernières années par une forte augmentation du nombre de requêtes auprès des juges administratifs nationaux contre des refus de visa.

---

[259] - Migrations, état des lieux 2012, *La Cimade*, Janvier 2012.
[260] - COURNIL (CH.), *op. cit*., p.68.
[261] - SCHMITTER (C.), *Droit et politique de l'immigration et de l'asile de l'Union Européenne*, ULB Cour d'été, 2-13 juillet 2001, Summer school Book, p.41.
[262] - LABAYLE (H.), *RFDA,* 1993, n° 3, p. 513.

On remarque, ainsi, que l'adoption du Code des visas a mis fin à l'amalgame disparate et à maints égards incohérent de l'acquis Schengen antérieur. Le regroupement dans un règlement de l'ensemble des procédures et conditions de délivrance des visas et l'harmonisation renforcée sur divers aspects contribuent à une sécurité juridique accrue, bénéfique aux autorités des Etats membres ainsi qu'aux demandeurs de visa. Cependant, il faut signaler que des habitudes intergouvernementales de Schengen s'étaient maintenues, qui combinaient le pragmatisme, la culture de l'ambiguïté et une conception parfois peu orthodoxe du droit de l'Union. Il appartiendra désormais aux Etats membres et à la Commission de tirer toutes les conséquences du fait que les dispositions relatives aux procédures de visas figurent dans un règlement.

En général, l'accès de l'étranger est régi désormais par des règles communes, mais force est de constater que cet accès est « monopolisé » par cette politique des visas. Les autorités consulaires détiennent « *le droit exclusif d'autoriser et de réguler le déplacement de l'étranger tiers* »[263]. Derrière ce monopole de l'entrée de l'étranger sur le territoire commun, il y avait un besoin des Etats *d'identifier sans ambiguïté ceux qui leur appartiennent et ceux qui ne leur appartiennent pas*[264].

[263] - TORPEY (J.), « Aller et venir : le monopole étatique des moyens légitimes de circulation », *in sécurité et immigration, Cultures et Conflits*, éd. L'harmattan, 1998, p. 63-100.
[264] - *Ibid*., p. 65.

Deuxième chapitre : La catégorisation des étrangers selon les motifs de séjour

Les étrangers peuvent être amenés à former une demande de visa en vue d'un long séjour sur le territoire d'un Etat membre afin d'y poursuivre des études supérieures ou d'y exercer une activité professionnelle pour prendre deux exemples. Toutefois, s'il existe réellement un lien entre le visa et le séjour, les deux procédures sont autonomes. Le fait qu'un étranger « *remplisse les conditions pour obtenir un titre de séjour est sans influence sur la légalité de la décision qui se borne à refuser la délivrance d'un visa d'entrée et de long séjour* »[265].

Ainsi, une proposition de règlement de mars 2011 a suggéré de modifier le Code Schengen afin de clarifier la notion de titre de séjour en précisant, afin d'éviter tout malentendu, qu'un visa, quelle que soit sa durée, ne peut être considéré comme un titre de séjour au sens de l'article 2 point 15 b) du Code Schengen[266]. A cet égard, la mise en application du Code des visas s'est accompagnée par une mesure d'accompagnement garantissant également la libre circulation pendant trois mois des étrangers entrés sous couvert d'un visa de long séjour[267] dans l'attente de la délivrance d'un titre de séjour.

Les motifs d'admission au séjour (plus trois mois) vers les pays membres sont variées : admission pour raison familiale (regroupement familial), pour raison économique (bien que cette dernière soit très restrictive), pour poursuivre des études, une formation, pour faire du volontariat ou effectuer des recherches scientifiques. Enfin, les Etats membres ont reconnu la

[265] - CE, 26 mai 2004, Abdelli, n° 252508.
[266] - COM (2011) 118 final, 13 mars 2011.
[267] - Le visa de long séjour (VLS) est un visa d'immigration délivré selon des procédures nationales. Il existe une distinction claire entre les visas de courte durée qui sont pleinement communautarisés et les visas de long séjour que l'on qualifie de visa d'établissement (de type D) qui restent des visas nationaux. Toutefois, le Règlement n° 1091/2001 du Conseil en date du 28 mai 2001 relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, avait modifié l'article 18 de la Convention de Schengen afin de préciser qu'un « *visa de long séjour peut avoir, pendant une durée de trois mois à compter de sa date initiale de validité, valeur concomitante de visa uniforme de court séjour si sa délivrance a été faite dans le respect des conditions et critères communes qui ont été arrêtés conformément ou en vertu des dispositions pertinentes du chapitre 3, section 1 de la convention d'application de l'Accord de Schengen et si son titulaire satisfait aux conditions d'entrée visées à l'art. 5§1 points a), c), d), et e) de ladite convention* ». Le règlement de mai 2001 instaurait donc une nouvelle catégorie de VLS qui permettait aux étrangers ayant sollicité un titre de séjour d'exercer pendant trois mois leur libre circulation dans l'attente d'un titre de séjour permettant de s'établir dans un Etat de l'Union. Ce visa D+C était toutefois peu connu des services consulaires des Etats membres. En outre, certains Etats délivraient, dans la situation de l'étranger en attente d'un titre de séjour, un document provisoire rendant superflu le visa D+C. Pour ces raisons, ce type de visa a été abrogé par le règlement de juillet 2009 instituant le Code des visas.

possibilité d'admettre au séjour les victimes de l'aide à l'immigration clandestine et de la traite des êtres humains.

Autrement dit, l'entrée et le séjour des étrangers n'obéissent pas à un régime monolithique mais à un régime pluraliste résultant de leur catégorisation, la teneur des droits consentis variant suivant les groupes. Outre la différenciation en fonction de la situation familiale du candidat à la migration, l'entrée et le séjour des nouveaux migrants dépendent également de ce qu'ils viennent faire sur le sol européen : de fait, selon leur qualification, le pont-levis de l'Union se baissera ou restera levé **(section première)**.

Une fois régulièrement admis au séjour pour l'un de ces motifs évoqués ci-dessus, l'étranger peut devenir (sous certaines conditions) résident de longue durée. Cette catégorie de ressortissants de pays tiers bénéficierait de garanties importantes sur le plan du séjour et de l'exercice de ses droits **(section deuxième)**.

Section première : Les différents motifs d'admission au séjour

Depuis la politique de fermeture des frontières de la plupart des pays membres, la réunion de la famille est avec le droit d'asile, l'une des seules causes légales qui permettre de pénétrer dans l'U.E. C'est pourquoi une directive enclenche une phase d'harmonisation des procédures pour obtenir une convergence du droit du regroupement familial et en conséquence maîtriser au mieux les déplacements de cette migration familiale importante **(paragraphe premier)**.

En même temps, les Etats membres cherchent à harmoniser les conditions d'admission au séjour des travailleurs migrants. Or, comme le rappelle M. Moulier Boutang, c'est une « *nécessité de transférer au niveau européen, la politique d'immigration, seul niveau politique et institutionnel capable de proposer un nouveau paradigme du système migratoire définissant un statut clair du droit d'entrée et d'installation et appréhendant d'emblée les immigrés comme des citoyens et non comme de simples travailleurs* »[268]**(paragraphe deuxième)**.

La directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formation professionnelle ou de volontariat et la directive sur les ressortissants

[268] - MOULIER-BOUTANG (Y.), l'avenir des migrations vers l'Europe : changer de système migratoire et de paradigme », in les nouvelles migrations, un enjeu européen, (Sous la direction de BRIBOSIA E., et REA A.), éd. Complexe, 2002, Bruxelles, Introduction, p. 15et p. 75-92.

de pays tiers scientifiques constituent des instruments d'harmonisations en la matière **(paragraphe troisième)**.

Enfin, le cas particulier de la protection sur place des victimes de la traite des êtres humains fera l'objet de notre (**quatrième paragraphe)** puisqu'une directive institue un titre de séjour de courte durée pour les victimes.

Paragraphe premier : Les mesures liées à l'immigration familiale

L'immigration familiale constitue l'un des principaux flux d'entrée des étrangers sur le territoire de l'Union ; selon certains, il s'agirait même de la principale source d'entrée sur le territoire des pays occidentaux[269]. Ainsi, les politiques migratoires traduisent une tension entre deux logiques, une logique économique et de cohésion sociale qui focalise sur le pays d'accueil et une logique liée aux droits fondamentaux qui fait prévaloir la personne. Ainsi, la réglementation du regroupement familial[270] est un facteur important de la politique migratoire.

Cependant, les Etats membres ne souhaitent manifestement pas abandonner toute compétence sur la question de l'étendue du regroupement qui doit être accordé aux immigrés et aux conditions à remplir pour pouvoir en bénéficier. L'adoption de la directive 2003/86 du 22 septembre 2003[271] a été par conséquent complexe.

Autrement dit, cette directive a déçu car le compromis des Etats membres s'est traduit par une conception stricte de la cellule familiale **(A)** et des conditions d'exercice strictes **(B)**. Pour cette raison, les choix opérés n'ont cessé d'alimenter la critique, en doctrine[272] ou devant le juge européen. Estimant que la directive ne respectait pas les droits fondamentaux et particulièrement

[269] - DECHAUX (R.), « Le droit au regroupement familial », *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, Bruylant, 2008, p.2008, p.209.

[270] - Le regroupement familial est défini comme : « *La réunion à une personne résidant dans un pays dont elle n'est pas le ressortissant, des membres de sa famille les plus proches dans un autre pays dans des conditions d'entrée et de séjour plus favorables que pour les autres étrangers* ». Il suppose normalement une immigration individuelle suivie d'une immigration familiale. Il en résulte que la réunification de la famille peut générer une migration des membres de la famille qui peut être quantitativement importante ; pour un seul regroupant, il peut y avoir un, deux ou plusieurs membres de la famille qui le rejoignent. MEZIOU (K.), *Migrations et relations familiales*, Académie de droit international de La Haye, p.54.

[271] - Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE*, L 251, 3octobre 2003, p. 12.

[272] - Notamment, URBANO DE SOUSA (C.), « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », in LAFERRIERE (F.-J.), LABAYLE (H.) et EDSTROM (O.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 127-139.

le droit au respect de la vie familiale, le Parlement européen n'a pas hésité à former un recours en annulation[273].

A- Une conception stricte de la cellule familiale :

Le regroupement familial est de toute évidence un rouage essentiel dans l'intégration des étrangers déjà présents sur le territoire de l'Union européenne, tout en constituant depuis vingt-cinq ans une des principales causes d'immigration. Ainsi, l'Union est intervenue pour régler la matière par la directive 2003/86 du 22 septembre 2003. Celle- ci prévoit que les ressortissants de pays tiers titulaires d'un titre de séjour d'au moins un an dans un des Etats membres, et qui ont une possibilité réelle de rester durablement, peuvent demander le regroupement familial. Seuls le conjoint du regroupant et les enfants mineurs du couple se voient reconnaitre par la directive un droit au regroupement, qui est en revanche laissé à l'appréciation discrétionnaire des Etats pour les ascendants, les enfants majeurs et le partenaire non marié.

Ainsi, selon l'article 3 de la directive, le regroupant[274] doit être « *titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent* ». Sont expressément exclus du champ d'application de cette directive, les étrangers en attente du statut de réfugié, les bénéficiaires d'une protection temporaire et tout bénéficiaire d'une forme subsidiaire de protection[275].

L'étranger qui remplit ces conditions peut alors demander le regroupement familial, qui va être limité à une liste restreinte de bénéficiaires à savoir le conjoint du regroupant ainsi que des enfants mineurs du couple et de chacun des deux conjoints séparément s'ils en ont la garde et la charge, y compris les enfants adoptés[276].

Si cette dernière précision représente une avancée, la cellule familiale est néanmoins ramenée à sa dimension la plus élémentaire. De surcroît, la directive pose deux réserves facultatives mais importantes, en indiquant d'une part, que l'enfant âgé de plus de 12 ans qui arrive indépendamment du reste de sa famille peut être soumis au respect d'un « *critère*

[273] - CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/Conseil de l'Union européenne*, C-540/03, *Rec*. p. I, *AJDA*, 2006, p.2285.
[274] - L'article 2 c) donne la définition suivante du « regroupant » : « *un ressortissant de pays tiers qui réside légalement dans un Etat membre et qui demande le regroupement familial, ou dont les membres de la famille demandent à le rejoindre* ».
[275] - En revanche, les réfugiés font partie des titulaires de ce droit.
[276] - Article 4 paragraphe 1 de la directive 2003/86.

d'intégration prévu par la législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive »[277] et d'autre part, que les Etats peuvent exiger que les mineurs admis au titre du regroupement familial doivent avoir moins de 15 ans lors du dépôt de la demande[278].

La première réserve est pour le moins paradoxale dans la mesure où elle autorise la vérification d'un critère d'intégration pour l'acceptation sur le territoire national d'un mineur qui vise justement à s'intégrer dans la société au sein de laquelle vit déjà sa famille[279]. Au demeurant, le Parlement européen fondait pour partie son recours en annulation sur l'incompatibilité de ces restrictions avec le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH[280] et le principe de non discrimination. La Cour de justice n'a pas fait droit à ces arguments au motif que, si la directive accorde aux Etats membres une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit au regroupement familial, elle ne les autorise pas pour autant à adopter des dispositions contraires aux droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union[281].

Outre que ces dispositions doivent être interprétées et appliquées à la lumière des articles 5§5 et 17 de la directive, imposant que l'intérêt supérieur de l'enfant, la solidité de ses liens familiaux avec les personnes présentes dans l'Etat d'accueil et ses attaches dans son pays d'origine soient dûment pris en considération (point 71 et 90), les âges retenus se justifient, selon le juge, en tant qu'ils « *correspondent à un stade de la vie d'un mineur où celui-ci a déjà vécu pendant une durée relativement longue dans un pays tiers sans les membres de sa famille, de telle sorte qu'une intégration dans un autre environnement est susceptible d'engendrer davantage de difficultés* »[282].

Autrement dit, pour faciliter l'intégration, conformément à l'objectif général de la directive, un « *niveau minimal de capacité d'intégration* » peut être requis. Là où le Parlement européen décelait une contradiction, la Cour observe donc une dualité dont le fait où « *contrairement à ce que soutient le parlement, le législateur communautaire n'a pas confondu le critère d'intégration visé à l'article 4§1 dernier alinéa de la directive et l'objectif*

[277] - Art. 4§1 dernier alinéa.
[278] -Art. 4 §6.
[279] -En ce sens également, voir « le rapport sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003 », p.53 (document disponible sur le site internet de la Commission européenne :http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm).
[280] - Point 40 à 90 de l'arrêt Parlement c/Conseil, *op.cit*.
[281] - Points 71 et 90 de l'arrêt.
[282] - Points 74 et 80 de l'arrêt.

d'intégration des mineurs […] il s'agit en effet de deux éléments différents »[283]. Elle prend toutefois soins de préciser que, s'il s'applique conformément à la législation nationale existant à la date de mise en œuvre de la directive, ce critère d'intégration ne saurait être utilisé dans un sens contraire aux principes du droit de l'Union. Reste à voir quel usage les Etats ont fait de ces dispositions.

A cet égard, on notera qu'en France, la loi fixe l'âge maximal des enfants susceptibles de bénéficier d'un regroupement à 18 ans. Par contre, le Danemark l'a effectivement abaissé de 18 à 15 ans, dans la loi 2004/427 modifiant la loi sur les étrangers et la loi sur l'intégration[284].

S'agissant des liens conjugaux, la directive apporte deux précisions, tendant respectivement à empêcher qu'un ressortissant de pays tiers polygame puisse se faire rejoindre par plus d'un conjoint (art. 4§4) et prévenir les mariages forcés, en même temps qu'à favoriser une intégration (art. 4§5). En ce sens, les Etats sont en droit d'exiger que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut excéder 21 ans, avant que le regroupement puisse avoir lieu.

En outre, et au-delà du noyau constitué parents et des enfants, l'article 4 dresse une liste des autres membres de la famille auxquels les Etats sont libres d'octroyer, par voie législative ou réglementaire, un droit au regroupement familial au titre de la directive.

Ce cercle de « bénéficiaires potentiels » se subdivise en fait en deux catégories, la première incluant les parents du regroupant et ses enfants majeurs célibataires lorsqu'ils sont dans l'incapacité objective de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé (art. 4§2), la seconde visant les partenaires non mariés, que cette relation soit attestée par un partenariat enregistré ou non, ainsi que les enfants du couple (art. 4§3).

La distinction existant entre le conjoint et le partenaire non marié appelle quelques remarques.

A première vue, elle semble tout d'abord en décalage par rapport à l'interprétation extensive de la notion de « vie familiale », dans la jurisprudence européenne des droits de

[283] - Point 67 de l'arrêt.
[284] - Rapport de synthèse, 2004, réseau d'experts indépendant en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne, pages 49 et 51 (document disponible sur le site internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm).

l'homme[285]. En suivant un raisonnement analogue à celui de la Cour de justice dans son arrêt du 27 juin 2006, on admettra néanmoins que la faculté de choix laissée aux Etats membres ne les autorise pas à refuser automatiquement le bénéfice du regroupement familial au partenaire non marié, au mépris des droits fondamentaux. Autrement dit, l'absence d'obligation au niveau législatif ou réglementaire ne les dispense pas de se livrer à une appréciation individuelle, dans le respect du droit garanti par l'article 8 de la CEDH.

En définitive, cette directive ne réalise pas une harmonisation réelle du droit au regroupement familial. Elle n'impose qu'un socle minimum d'obligation aux Etats, qui peuvent ensuite adapter leur droit national, dans un sens plus au moins favorable aux étrangers. Ainsi, les Etats membres peuvent-ils aussi bien moduler la liste des bénéficiaires du regroupement qu'exiger des conditions préalables à remplir pour pouvoir demander à bénéficier du regroupement.

B- Des conditions strictes d'accès au droit au regroupement familial

La directive multiplie les limites ou les conditions à remplir par le demandeur ou les membres de sa famille. Si le refus peut être motivé par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique[286], elle permet également aux Etats d'exiger la réunion de conditions matérielles d'existence, d'intégration ou de durée de présence sur le territoire.

En ce qui concerne les conditions matérielles, l'Etat peut ainsi exiger que le demandeur dispose :

- d'un logement considéré comme normal « pour une famille de taille comparable dans la même région ». La référence à la situation régionale du logement peut rendre en pratique plus difficile le regroupement dans les lieux où le prix des logements est très onéreux et où il existe une pénurie de logements sociaux.

- d'une assurance maladie pour lui-même et sa famille.

[285] - La vie familiale protégée au titre de l'article 8 CEDH ne se limite pas au couple marié, mais s'étend également aux relations hors mariage dès lors que cette relation est effective, Cour EDH, 27 octobre 1994, Kroon e.a. c/Pays-Bas, aff. 297-C.
[286] - Article 6§1.

- de ressources « stables, régulières et suffisantes » pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille sans recourir au système d'aide sociale[287].

En outre, l'Etat membre peut également exiger que le regroupant, tout comme les membres de la famille, remplissent les conditions d'intégration telles que prévues dans les droits nationaux[288]. Cette exigence ne peut pas être imposée à un réfugié, ni exigée des membres de sa famille, préalablement à leur arrivée[289].

Enfin, l'Etat membre peut subordonner la demande de regroupement à une certaine durée de présence légale sur le territoire, laquelle ne peut en principe être supérieure à deux ans[290]. Cette durée peut toutefois être portée à trois ans, si la législation nationale de l'Etat contenait une disposition l'autorisant à tenir compte de ses capacités d'accueil en matière de regroupement familial, et ce avant la date d'adoption de la directive[291]. Cette disposition peut conduire à une séparation familiale de longue durée, particulièrement préjudiciable aux enfants qui seraient ainsi durablement privés de la présence de leurs parents[292].

Ces conditions ne seront pas aisées à remplir pour un demandeur qui a un travail peu qualifié et peu rémunéré. Elles peuvent pousser le regroupant qui ne remplirait pas les conditions à faire venir sa famille clandestinement[293].

Ainsi, cette brève description des lignes directrices de la directive illustre que diverses dispositions, de même que la très large marge d'appréciation laissée aux Etats membres dans la transposition de celles-ci ou les nombreuses possibilités de dérogation qui leur sont offertes,

---

[287] - En France, depuis la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile les ressources du demandeur devront atteindre un montant « qui tient compte de la taille de la famille » et qui doit être « au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième » (Article 3 de la loi – JO 21 novembre 2007, p. 18993).

[288] - Le droit français a renforcé ce contrôle de l'intégration, qui n'est qu'une possibilité dans la directive. Depuis la loi du 21 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, une évaluation du degré de connaissance de la langue française et des valeurs de la République est désormais imposée avant l'entrée en France des bénéficiaires du regroupement familial, âgés de plus de 16 ans et de moins de 65 ans. Si cette évaluation en démontre le besoin, une formation de deux mois au plus devra être suivie dans le pays d'origine. Par ailleurs, les bénéficiaires du regroupement doivent conclure avec l'Etat un « contrat d'accueil et d'intégration pour la famille », ce qui les oblige à suivre une formation sur les droits et les devoirs des parents en France, ainsi qu'à respecter l'obligation scolaire.

[289] - Article 7§2 de la directive.

[290] - La France a opté pour un délai de 18 mois, depuis la loi du 24 juillet 2006 qui a transposé la directive (contre 12 mois auparavant).

[291] -Article 8 de la directive.

[292] - Voir Constança Urbano de Sousa, qui juge cette durée disproportionnée. « Le regroupement familial au regard des standards internationaux », dans LAFERRIERE (F.-J.) et LABAYLE (H.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique 5 ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, 2005, p.134.

[293] - *Le Monde* 30 décembre 2006, p.9.

peuvent se révéler de nature, par l'usage qui en est concrètement fait par les Etats membres[294], à poser problème au regard des exigences du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 C.E.D.H., disposition par ailleurs visée de manière expresse dans le considérant (2) de la directive. Il n'est donc pas étonnant que la C.J.U.E a été amenée, à l'une ou l'autre reprise, à tempérer, voir même à neutraliser la portée de certaines dérogations prévues par la directive, en se fondant précisément sur le droit à la vie familiale consacré par l'article 8 CEDH.

Ainsi, saisie d'un recours en annulation introduit par le Parlement européen et dans lequel le Parlement visait de manière expresse trois des dispositions de la directive à savoir la condition d'intégration pour les enfants de plus de 12 ans arrivant indépendamment du reste de leur famille, l'obligation d'introduire des demande de regroupement familial avant que les enfants aient atteint l'âge de 15 ans, et l'imposition d'une période d'attente de 2 ou de 3 années de séjour du regroupant sur le territoire de l'Etat membre avant que ce dernier puisse être rejoint. La Cour de justice a, pour chacune des dispositions dont l'annulation avait été demandée, chaque fois considérée que ces dispositions ne vont pas à l'encontre du droit fondamental au respect de la vie familiale, de l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant ou du principe de non-discrimination en raison de l'âge et ne peuvent pas non plus être interprétées comme autorisant, explicitement ou implicitement, les Etats membres à agir ainsi[295].

Toutefois, après s'être expressément référé à la jurisprudence de la Cour E.D.H relative à l'article 8 CEDH[296], la Cour prend soin de souligner que, dans l'appréciation de ces trois dispositions, tant l'article 5 parag. 3 de la directive (obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant) que l'article 17 de la directive (obligation de prendre dûment en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'Etat membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine) doivent systématiquement être pris en compte[297].

De ce fait, la légitimation par la Cour de ces trois dispositions de la directive est elle-même contrebalancée par l'obligation simultanément imposée aux Etats membres de prendre en

[294] - Voir à ce sujet, le premier rapport sur l'application de la directive, établi par la Commission européenne, COM (2008) 610 final.
[295] - C.J.U.E., 27 juin 2006, *C-540/03, Parlement c/Conseil, op. cit*., points 76, 90 et 103.
[296] - *Ibid*., point 54.
[297] - *Ibid.*, points 63, 64, 87, 100 et 101.

considération, dans chaque cas, l'ensemble des éléments éventuellement spécifiques aux demandes de regroupement familial qui leur sont soumises, sans pouvoir prendre uniquement et automatiquement leur décision sur la base de l'une de ces trois dispositions (parag. 66, 88, 99 et 100).

Cette jurisprudence de la Cour permet même d'aller plus loin que la jurisprudence de la Cour E.D.H fondée sur l'article 8 CEDH, en ce qu'elle impose aux Etats membres l'obligation positive de prendre ces éléments en compte dès le stade de l'examen d'une demande de regroupement familial, et non pas seulement, sous la forme d'une obligation négative[298], en cas d'éloignement du territoire du regroupant ou des membres de sa famille[299]. Les Etats membres doivent en effet traiter chaque demande de regroupement familial individuellement et éventuellement y faire droit en raison d'un aspect spécifique du cas d'espèce, alors même que les dérogations autorisées par la directive pourraient trouver à s'appliquer[300].

En complément à cette observation, on peut également relever le fait que la Commission européenne a récemment mis l'accent sur ce que la restriction aux enfants de plus de 12 ans n'a été utilisée que par un Etat membre, alors qu'aucun Etat membre n'a eu recours à la restriction relative aux enfants de 15 ans, avec cette conséquence que la Commission pose la question de savoir s'il est bien judicieux de conserver de telles clauses de statut quo auxquelles les Etats membres n'ont pas recours[301]. Elle a par ailleurs formulé la même observation au sujet de la période d'attente de trois ans qui n'a été mise en œuvre que par un seul Etat membre[302].

En outre, dans un autre arrêt important, la Cour de justice a également été amenée à interpréter l'article 7 parag. 1, c), de la directive 2003/86 qui permet à l'Etat de vérifier que le regroupant dispose « *de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir eu système d'aide sociale de l'Etat concerné. Les Etats membres évaluent ces ressources par rapport à leur nature et leur régularité et peuvent tenir compte du niveau des rémunérations et des pensions minimales, ainsi*

[298] - Au sujet de la notion d'obligations « négatives » et « positives », voir aussi le point 52 de l'arrêt (« Ce droit de vivre avec ses parents proches entraîne pour les Etats membres des obligations qui peuvent être négatives, lorsque l'un d'eux est tenu de ne pas expulser une personne, ou positives, lorsqu'il est tenu de laisser une personne entrer et résider sur son territoire »).
[299] - C.J.U.E., 27 juin 2006, *C-540/03, Parlement c/Conseil, op. cit*., points 7 et 143.
[300] - Voir également, LABAYLE (H.), « Le droit des étrangers au regroupement familial, Regards croisés du droit interne et du droit européen », *R.F.D.A*., 2007, pp. 101-133.
[301] - Livre vert de la Commission européenne relatif au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne, COM (2011) 735 final, point I. 1.2., p.3.
[302] - *Ibid.*, point I. 2.2., p. 5.

que du nombre de membres que comporte la famille »[303]. La Cour considère que, si les Etats membres peuvent indiquer une certaine somme comme montant de référence, ils ne peuvent cependant pas imposer un montant de revenu minimal au dessous duquel tout regroupement familial serait systématiquement refusé. Pour la Cour, « *l'ampleur des besoins peut en effet être très variable selon les individus* »[304] et il convient, en conséquence, de procéder à un examen *in concreto* de l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce.

La Cour précise également que la notion d' « *aide sociale* » qui figure dans l'article 7 de la directive vise « *une aide octroyée par les autorités publiques…à laquelle a recours un individu…qui ne dispose pas de ressources stables, régulières et suffisantes pour faire face à ses besoins ainsi qu'à ceux de sa famille* »[305] et non une aide spéciale complémentaire, même si elle est accordée par une autorité publique ; en conséquence, il se peut qu'une personne dispose de « ressources stables, régulières et suffisantes lui permettant de subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille » tout en bénéficiant, comme dans le cas d'espèce, d'une assistance spéciale supplémentaire.

Il n'y a par ailleurs pas lieu de modifier cette condition de revenus « selon que les liens familiaux sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée sur le territoire de l'Etat membre d'accueil.

Enfin, la Cour rappelle de manière très claire que l'autorisation de regroupement familial étant la règle générale, la faculté d'y fixer des limites telle que prévue à l'article 7 de la directive doit être interprétée de manière stricte[306] ; si l'autorisation prévue par l'article 7 de la directive de définir les ressources exigées dans le chef du regroupant doit donc être interprétée en ce sens que les Etats membres peuvent indiquer une certaine somme comme montant de référence, cela ne peut cependant pas aller jusqu'à leur permettre d'imposer un montant de revenu minimal au-dessous duquel tout regroupement familial serait automatiquement refusé, et ce indépendamment d'un examen concret de la situation de chaque demandeur[307].

Les deux arrêts qui viennent d'être commentés montrent que la Cour de justice impose de manière systématique, sous la forme d'une obligation positive au sens où cela a été rappelé ci-

[303] - C.J.U.E., 4 mars 210, C-578/08, *Chakroun* (dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un refus d'une demande de regroupement familial aux pays –Bas au motif que le montant (1.322 euros) des allocations de chômage perçues par le ressortissant du pays tiers sollicitant le regroupement familial n'atteint pas un revenu mensuel suffisant tel que fixé dans la législation nationale (1.441 euros)).
[304] - *Ibid*., point 48.
[305] - *Ibid*., point 46.
[306] - *Ibid*., points 43 et 44.
[307] - *Ibid.*, point 48.

dessus, une « individualisation » de l'examen de chaque demande de regroupement familial, laquelle exigence devient en réalité plus une véritable exigence de fond que de procédure. Comme cela a également été observé, « *en outre, l'arrêt Chakroun ouvre des perspectives intéressantes pour ce qui concerne le contrôle juridictionnel, tant par les juridictions de droit interne que par la Cour de justice, des conditions de plus en plus restrictives que les Etats membres entendent imposer au regroupement familial entre ressortissants de pays tiers, en ouvrant en effet la porte à un contrôle de proportionnalité des conditions que les Etats membres peuvent ainsi exiger sur la base de la directive 2003/86/CE* »[308].

Cette observation garde aujourd'hui toute sa pertinence dès lors que, comme l'a observé la Commission européenne récemment, quelques Etats membres ont instauré ces dernières années des « règles restrictives » en matière de regroupement familial dans le chef de ressortissants de pays tiers et « ont même appelé à modifier la directive afin de pouvoir poser des conditions supplémentaires au regroupement familial »[309].

Ce contraste entre la situation faite à la famille- qui est protégée- et le droit au regroupement familial- qui ne l'est qu'imparfaitement- s'explique bien entendu par le fait que l'immigration est un sujet traditionnellement considéré comme une compétence souveraine des Etats.

De manière générale, le droit au regroupement familial qui est, en soi, un moyen d'intégration incontournable, se recentre derrière la logique de l'immigration choisie : au terme de la directive, le regroupement se présente, d'une part, comme un mécanisme circonscrit, au point que l'on a pu se demander si l'action de l'Union en la matière tendait à garantir un droit ou à en restreindre l'exercice et d'autre part dépendant d'une transposition qui –en pratique- est « à la carte », chaque Etat pouvant adopter le régime qui lui convient et même profiter de la transposition pour durcir sa législation[310].

---

[308] - DE BRUYCKER (Ph.), « Chronique de jurisprudence consacrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Jurisprudence de la Cour de justice au sujet des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration (2006-2009), *C.D.E.*, 2010, n° 18, p. 149.

[309] - COM (2011) 735 final, *op.cit*., point I., p. 1.

[310] - C'est d'ailleurs le cas de la loi française n° 2006-911 du 24 juillet 2006 (JO 25 juillet 2006 p. 11059) en ce qui concerne l'allongement de la durée de séjour préalable à la demande de regroupement qui passe de 1 an à 18 mois. En effet, la mention, dans la proposition de la Commission, selon laquelle la directive ne peut avoir pour effet d'introduire dans le droit national des dispositions moins favorables que celles en vigueur préalablement a disparu de la version finale. De plus, certains articles autorisent explicitement un abaissement de la protection, à l'occasion de la transposition (voir l'article 4 qui autorise un Etat à ne pas accepter automatiquement un enfant de plus de 12 ans en tenant compte d'un critère d'intégration, prévu dans sa législation telle qu'elle existe « à la date de mise en œuvre de la présente directive » et non pas à la date de l'adoption de cette directive.)

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de rappeler que la question du regroupement familial a été initialement abordée sous un angle économique. Il est en effet assez rapidement apparu que la libre circulation des opérateurs économiques risquait de rester assez largement théorique, si on ne leur permettait pas de se déplacer avec les membres de leurs familles. Il s'agissait donc davantage de protéger la mobilité du travailleur que de promouvoir le regroupement familial[311]. Ce dernier contribue incontestablement à l'intégration de l'étranger dans son pays d'accueil. Mais il constitue également la première source d'immigration légale dans les pays de l'Union, ce qui peut expliquer la réticence des Etats à l'égard d'un encadrement de leurs compétences dans ce domaine.

Ainsi, les Etats membres ne souhaitent manifestement pas abandonner toute compétence sur la question de l'étendue du regroupement qui doit être accordé aux étrangers et aux conditions à remplir pour pouvoir en bénéficier. L'adoption du texte a été par conséquent complexe.

Paragraphe deuxième : Une approche sectorielle selon les catégories de migrants en matière de migration économique :

A partir du premier choc pétrolier[312], les Etats membres développent des politiques restrictives en matière d'immigration de travail[313]. Ce mouvement s'ancre durablement dans les politiques nationales au point d'être consacré dans le cadre de la coopération de Maastricht[314].

---

311 - A cet égard, il est révélateur que la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'UE et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres n'aborde pas la question de regroupement familial dans l'hypothèse d'un citoyen européen, qui n'a pas exercé son droit à la libre circulation et qui souhaiterait être rejoint par des membres de sa famille qui ont la nationalité d'un Etat tiers. Il semble que la Commission ait considéré que l'absence de circulation renvoyait cette question dans la catégorie des situations purement internes, privant ainsi la Commission d'une base juridique nécessaire à une proposition. Voir Philippe de Bruycker, « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme, présentation générale de la directive 2004/38 », in *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'union européenne*, sous la direction de CARLIER (J.-Y.) et GUILD (E.), Bruylant, Coll. du centre des droits de l'homme de l'université catholique de Louvain, 2006, p. 26.

312 - « L'année 1973 où l'on enregistre le premier choc pétrolier marque la fin de la domination du modèle de production fordiste qui avait assuré la prospérité des pays industriels d'Europe occidentale depuis la fin de la seconde guerre mondiale. En outre logique, cette date marque aussi la fin du recrutement d'un certain type de main-d'œuvre adaptée aux exigences du système. Elle n'annonce pas pour autant la fin de l'immigration mais plutôt sa transformation. L'immigration de main- d'œuvre dans les pays d'Europe occidentale diminue fortement sans pour autant s'arrêter », BAROU (J.), « Europe, terre d'immigration. Flux migratoires et intégration », Presses Universitaires de Grenoble, 2001, 175 p., sp. 46.

313 - Voir notamment DE BRUYCKER (P.), « Vers une politique européenne d'immigration économique ? », *in BRIBOSIA (E.) et REA (A.) (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen »*, Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182, sp. 161.

314 - « Les Etats membres refusent l'entrée sur leur territoire des ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi », in Résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, JO C 274/3 du 19.9.1996.Voir également, Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JO C 274/7 du 19.09.1996 ;

Ainsi, l'immigration économique reste marginale. En effet, la Commission européenne estime que les migrations à des fins d'emploi concernent moins de 15% des personnes admises dans les Etats membres[315]. La source majoritaire d'immigration en Europe reste le regroupement familial. Ainsi, près de 50% des étrangers arrivant en France, par exemple, y viennent pour des raisons familiales.

La communautarisation des politiques migratoires par le traité d'Amsterdam n'a pas modifié cette orientation. Bien au contraire, les Etats membres ont manifesté de plusieurs manières leur refus d'harmoniser[316] les règles nationales en matière d'immigration de travail. Tout d'abord, ces questions « n'ont été qu'effleurées »[317] à Tampere. Ensuite, certains Etats membres ont contesté la compétence de l'Union pour légiférer dans ce domaine[318]. Enfin, les propositions de la Commission, qu'il s'agisse de la directive[319] ou de la méthode de travail[320], n'ont jamais été discutées au Conseil.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les politiques d'immigration et d'asile, COM (94) 23 final du 23.02.1994, sp. 22, point 77.

315 - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 4 juin 2004, *intitulée « Etude des liens entre immigration légale et immigration clandestine »*, COM (2004) 412 final.

316 - « Rumors have it that Chancellor Schroder promises the Prime-Ministers of Bavaria and Nordheim-Westphalia that, considering the high unemployment in reunited Germany, there would be no new EC law on the admission of third-country nationals for employment », GROENENDIJK (K.), « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE (F.), LABAYLE (H.) et EDSTROM (O.) « *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam* », BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 338 p., pp. 141-174, sp. 146.

317 - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Une politique communautaire en matière d'immigration », COM (2000) 757 final du 22.11.2000, sp.7.

318 - Cette approche trouve une justification dans la rédaction du traité d'Amsterdam. En effet, si l'article 63, paragraphe 3, point a) du traité CE reprend l'essentiel des dispositions de l'article K. 1, la mention relative à l'accès à l'emploi a disparu. Cette rédaction permet ainsi à certains Etats membres de contester la compétence communautaire en la matière. « Faisant observer que le titre IV du traité instituant la Communauté européenne, et, en particulier son article 63 paragraphe 3 point a), ne prévoit pas de compétence de la Communauté dans le domaine de l'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail des Etats membres, les délégations SUPPRIME ont estimé qu'il convenait d'examiner attentivement la question de la base juridique de cette directive. Ces délégations ont fait valoir que même si dans le cadre de l'examen d'autres instruments communautaires, l'article 63 paragraphe 3 sous a) avait été considéré comme une base suffisante pour accorder l'accès au marché du travail, cette disposition fait simplement référence à l'établissement des conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et ne couvre pas cette question spécifique. Ces délégations ont indiqué que dans le contexte de cette directive, qui vise à régler en détail l'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail, la question de savoir si une telle question peut être réglée par un instrument communautaire prend une importance fondamentale », Résultats des travaux du groupe « Migration et éloignement » du 21mars 2002, Doc.7557/02 du 10 juin 2002.

319 - Proposition de la Commission de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante COM (2001) 386 final du 11.07.2001. Pour une analyse de la proposition de directive, voir notamment GUILD E.& STAPLES H. « Labour Migration in the European Union » in DE BRUYCKER P. (sous la direction de) « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », Bruylant, Bruxelles, 2003, 466 p., pp. 1-95, sp.171-247 ; DE BRUYCKER P. « Vers une politique européenne d'immigration économique ? » in BRIBOSIA E. et REA A. (sous la direction de) « Les nouvelles migrations. Un enjeu européen », Editions Complexes, Bruxelles, 2002, 285 p., 157-182 ; GROENENDIJK (K.), « Access of Third-Country Nationals to Employment under the New EC Migration law » in JULIEN-LAFFERIERE F., LABAYLE H. et EDSTROM O. « La politique européenne

À la suite de ces difficultés rencontrées à l'occasion de l'adoption d'une disposition générale couvrant tout le domaine de l'immigration de main-d'œuvre dans l'UE, la nouvelle approche consiste actuellement à adopter une législation sectorielle, par catégorie de migrants, afin d'élaborer une politique européenne en matière de migration légale **(A)**, malgré l'adoption de la directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre[321] **(B)**.

A- Des mesures pour attirer les migrants qualifiés : la carte bleue européenne

Dès 2005, lors des consultations qui ont suivi la présentation du *livre vert*, les Etats membres de l'Union ont exprimé leur intérêt pour une législation axée principalement sur les « employés hautement qualifiés ». Le 23 octobre 2007, la Commission a ainsi, présenté deux propositions, la première, dite de la carte bleue européenne[322] voulant être le « signal clair selon lequel les migrants hautement qualifiés sont les bienvenus dans l'Union »[323]. L'octroi de la carte bleue[324] dépendra avant tout de l'existence d'un contrat ou d'une offre ferme d'une durée minimale d'un an dans un Etat membre. Le traitement d'une demande de permis devra alors s'effectuer en 30 jours. Une fois obtenue, la carte bleue reconnaîtra au travailleur titulaire et à sa famille un éventail de droits et des conditions plus favorables pour le regroupement familial que celle prévues dans la directive correspondante. Après deux ans de travail, la carte pourra être renouvelée à condition qu'un contrat existe. Elle donnera alors accès au marché du

d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Bruylant, Bruxelles, 2005, 338 p., pp.141-174.

[320] - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, COM (2001) 387 final du 11.07.2001.

[321] - JO L 343 du 23.12.2011.

[322] - Proposition de Directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié du 23 octobre 2007, COM (2007) 637 final.

[323] - José Manuel Barroso, discours du 23 octobre 2007.

[324] - Conditions définies à l'article 5 de la proposition.

travail des autres Etats membres. Toutefois, trois mois de chômage consécutifs annulent la validité de la carte bleue[325].

Selon le premier critère, les personnes qui pourraient bénéficier de cette carte semblent appartenir à une catégorie relativement flexible ce qui permet de prendre en considération les demandes émanant d'un éventail assez large de travailleurs. Les migrants hautement qualifiés ne se limitent pas, par exemple, aux seuls titulaires d'un diplôme universitaire ; la proposition prenant aussi en compte les formations supérieures ou une expérience professionnelle d'au moins trois ans. Il est à noter toutefois que l'évaluation des formations supérieures suppose une forme de reconnaissance des diplômes obtenus dans les pays tiers[326].

Le second critère d'admission semble être celui qui opérera la sélection la plus stricte. Le salaire proposé dans l'Etat membre doit, en effet, être au moins trois fois supérieur au salaire mensuel minimum national. L'application de ce critère salarial rendra certains pays plus accessibles que d'autres étant donné les différences de salaires minimums en Union européenne et pénalisera donc les pays dans lesquels les écarts de salaire sont moins importants. Sont aussi requises une assurance médicale (pour toute la famille) et la traditionnelle condition que l'individu ne présente pas de menace pour la sécurité nationale. L'Etat membre peut, en outre, imposer des limites au nombre de personnes qu'il souhaite accueillir sur son territoire par ce biais. La proposition explicite ainsi son dessin qui est de s'adapter aux fluctuations du marché du travail national.

Les discussions au sein du Conseil ont donné lieu à d'importantes modifications de la proposition initiale[327]. Le contenu du texte prévoit maintenant que le second critère d'admission repose sur un salaire proposé d'au minimum une fois et demie le salaire annuel moyen national, ce qui aura pour effet de considérablement réduire les professions potentiellement concernées par cette mesure. Un consensus a ainsi été trouvé et la directive adoptée le 25 mai 2009[328].

---

[325] - Cette disposition est contraire à l'article 9§4 de la Convention européenne de 1977 relative au statut juridique du travailleur migrant qui impose une limite de cinq mois.

[326] - Ce qui est d'autant plus étonnant que, quarante ans après son introduction, le système de reconnaissance mutuelle des diplômes européens n'est toujours pas complètement au point. La directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles apporte néanmoins des perspectives plus positives quant à la mise en place progressive d'un système de reconnaissance universel.

[327] - Cf. document du Conseil 17426/08 MIGR 130 SOC 800 du 18.03.2009.

[328] - Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *JO* L 155 du 18.6.2009. La directive s'applique

Ce texte a pour but de renforcer les capacités de l'Union européenne à attirer les ressortissants de pays tiers aux d'emplois hautement qualifiés. Il s'agit non seulement de renforcer la compétitivité dans le cadre de la stratégie de Lisbonne, mais aussi de limiter la fuite des cerveaux. Il consiste à :

- Faciliter l'admission de ces ressortissants en harmonisant les conditions d'entrée et de séjour dans l'Union ;
- Simplifier les procédures d'admission ;
- Améliorer le statut juridique de ceux déjà présents sur le territoire des Etats membres.

Toutefois, les Etats membres sont libres de décider si la demande de carte bleue européenne doit être formulée par le ressortissant d'un pays tiers ou par son employeur. Si le candidat remplit les conditions[329] et que les autorités nationales décident son admission, il reçoit alors une carte bleue européenne, dont la période de validité standard est comprise entre un et quatre ans. La réponse est notifiée dans un délai de 90 jours après présentation de la demande.

En générale, même si cette directive a été reçue avec satisfaction par les employeurs, il importe de ne pas considérer uniquement leur opinion sur ce sujet et de garder à l'esprit le message qu'elle adresse, à savoir qu'en Europe, les migrants qualifiés sont les mieux accueillis. Par ailleurs, le fait que le traitement soit plus favorable pour cette catégorie de personnes risque d'institutionnaliser une discrimination fondée sur le niveau d'études et le montant du salaire.

---

aux ressortissants hautement qualifiés de pays tiers qui souhaitent être admis sur le territoire d'un État membre pour une période de plus de trois mois pour un emploi. Elle s'applique également aux membres de leur famille.

[329]- Pour être admis, le candidat doit présenter:
- un contrat de travail ou une offre d'emploi ferme avec un salaire au moins égal à une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'État membre concerné (les États membres peuvent diminuer le seuil de rémunération à 1,2 fois le salaire annuel brut moyen pour certaines professions marquées par une pénurie de main d'œuvre qui nécessite de faire appel à des travailleurs de pays tiers);
- un document de voyage valide et d'un titre de séjour en bonne et due forme ou d'un visa national de longue durée;
- la preuve d'une souscription à une assurance-maladie;
- le cas échéant, les documents justifiant qu'il satisfait aux conditions nécessaires pour accéder à une profession réglementée, et pour les professions non réglementées, les documents établissant les qualifications professionnelles élevées pertinentes.

En outre, le demandeur ne doit pas être considéré comme une menace pour l'ordre public aux yeux de l'État membre. Il peut également être invité à fournir son adresse dans cet État membre.
Il revient aux États de déterminer le nombre de ressortissants de pays tiers pouvant être admis.

Enfin, la dépendance du migrant vis-à-vis son employeur et l'obtention progressive de droits en fonction de la durée de son séjour compromettent le principe de l'égalité de traitement applicable à cette catégorie de main d'œuvre et mettent en exergue sa vulnérabilité sur un marché du travail changeant. Hormis son caractère discriminatoire, cette politique ne fera qu'accroître davantage les écarts de développement entre les pays, aggravant la situation économique des pays en développement, laquelle favorise précisément l'immigration tant redoutée.

B- Procédure unique de délivrance d'un permis de séjour et de travail pour les travailleurs de pays tiers

L'organisation des flux migratoires par l'Union est justifiée par un certain nombre de considérations, reposant sur des données économiques globales et sur les besoins des Etats membres. Autrement dit, « *il s'agit avant tout de satisfaire aux besoins du marché du travail de l'Union…* »[330]. C'est ce qui a motivé également les discussions sur la directive relative à un permis unique et à des droits en faveur des travailleurs migrants[331].

Cette directive vise à uniformiser et accélérer les procédures européennes permettant l'accès au marché du travail par les ressortissants de pays tiers. Elle a pour objectif de simplifier la situation en mettant en place un permis de séjour et de travail combiné et uniforme avec une procédure d'obtention unique[332]. Cependant, la durée du permis et ses conditions d'obtention, de renouvellement et d'annulation resteraient du ressort des autorités nationales. De même, chaque Etat membre décidera du quota national de permis à accorder.

Ce permis confère notamment le droit à la mobilité à l'intérieur et hors de l'Union européenne ainsi que le droit d'exercer les activités pour lesquelles le permis a été délivré. Les ressortissants de pays tiers devraient théoriquement pouvoir bénéficier des mêmes droits que les

---

[330] - PEREZ (S.), La multiplication des catégories de migrants et de refugiés », *in l'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés* (sous la direction d'Anne-Sophie Millet-Devalle), Colloque Nice, 17-18 juin 2010, éditions A.PEDONE, Paris, 2010, p.159.

[331] - Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, *JO* L 343 du 23.12.2011..

[332] - Proposition de la Commission pour une directive du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un pays membre, du 23 octobre 2007, COM (2007) final 638.

citoyens de l'Union dans certains domaines liés à l'emploi tels que les conditions de travail, la possibilité de participer à une organisation syndicale ou professionnelle, ou la sécurité sociale et les soins de santé[333]. Toutefois, la directive autorise la limitation de ces droits par l'Etat membre sur la base d'une condition liée à l'existence d'un véritable emploi. Les Etats pourront ainsi interpréter ces mesures de façon plus restrictive en ne donnant pas pleinement effet à l'égalité de traitement énoncée[334].

En ce qui concerne les bénéficiaires, la directive envisage le statut des ressortissants de pays tiers désirant être admis sur le territoire d'Etat membre pour y résider et y travailler et de ceux qui y résident déjà et ont obtenu le droit d'y travailler mais qui n'entrent pas encore dans la catégorie de résidents de longue durée. Les ressortissants de pays tiers non visés par cette directive-cadre sont : les détachés dans le cadre d'une prestation de service, les transférés au sein de leur entreprise, les travailleurs saisonniers, les demandeurs d'asile, les résidents de longue durée et ceux dont l'expulsion a été suspendue. Le champ d'application de cette directive semble ainsi limité, ce qui est d'autant plus surprenant que la directive vise à instaurer une procédure et un permis uniques.

Vu que le permis de travail et le permis de résidence seront indissociablement liés, le ressortissant d'un pays tiers dont le contrat de travail serait momentanément interrompu pourrait, du même coup, basculer dans l'irrégularité. De plus, les Etats pourront, lors de la transposition de cette directive, restreindre l'application de droits théoriquement garantis sur la base de l'égalité de traitement et en soumettre l'accès à certaines conditions. Le fait de garantir un droit aussi fondamental que la liberté d'association, uniquement si le travailleur migrant est employé, renforce à nouveau la perception du migrant en tant qu'élément exclusivement économique.

En outre, il faut garder à l'esprit que dans la même logique que la politique commune des visas, « *la politique européenne de l'immigration économique a une finalité de rationalisation des flux migratoires et une logique instrumentale* »[335]. Il s'agit avant tout d'organiser l'immigration légale et de favoriser l'intégration des travailleurs migrants au sein de l'Union mais en tenant compte des priorités, des besoins et des capacités d'accueil déterminés par chaque Etat.

[333] - Article 12 de la directive 2011/98/UE.
[334] - Chapitre III, article12§2 de la directive 2011/98/UE.
[335] - Terme tiré de l'analyse très pertinente de BRIBOSIA (E.) et REA (A.), (sous la direction de), « introduction », *in Les nouvelles migrations, un enjeu européen*, éd. Complexe, 2002, Bruxelles, p.10.

Paragraphe troisième : Admission facilitée des étudiants et des chercheurs

Deux directions se dégagent clairement dans la politique commune : un axe facilitant l'entrée et l'admission au séjour d'élèves, d'étudiants, de volontaires ou d'étrangers suivant une formation professionnelle **(A)** ; et un autre traitant le cas particulier des chercheurs scientifiques **(B).**

A- Une admission plus ou moins facilité pour les étudiants:

L'immigration à des fins d'étude est traditionnellement considérée avec faveur dans les Etats membres. Car elle présente cette particularité d'être temporaire par principe et indépendante de la situation du marché national de l'emploi dans l'Etat d'accueil. Au niveau européen, ces caractéristiques ont conduit à la définition de conditions d'admission se voulant relativement libérales.

Ainsi, le travail d'harmonisation relatif aux ressortissants de pays tiers qui poursuivent des études ou des formations a débuté avec des textes non-contraignants[336] ; c'est le cas de la résolution de 1994 concernant l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'études[337].

Le nouveau cadre institutionnel mis en place par le traité d'Amsterdam a accéléré les objectifs d'harmonisation. En 1999, les conclusions de Tampere ont rappelé que le statut juridique du ressortissant de pays tiers devait se rapprocher de celui des ressortissants des pays membres, notamment sur la question du droit d'étudier. Ensuite, le 7 juillet 2002, la Commission a proposé un projet de directive relative « *aux conditions d'entrée et de séjour des*

[336] - Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 relative à l'admission de ressortissant de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'études, JO n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 10-12., Décision du Conseil du 30 novembre 1994 relative à une action commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3§2 point b) du traité sur l'UE en ce qui concerne les facilités de déplacement des écoliers ressortissants de pays tiers résidant dans un Etat membre, JO n° L 237 du 19 décembre 1994, p. 1-3. Projet de Convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers de 1997.

[337] - L'étudiant était défini comme : *celui qui admis par un établissement supérieur, public ou agrée, ou par un établissement comparable situé dans un Etat membre pour entreprendre des études, un mémoire, une thèse, ou achever des études supérieures ou post- universitaires dans le cadre d'un perfectionnement professionnel.*

ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formations professionnelles ou de volontariat »[338]. Ce projet de directive a été adopté le 13 décembre 2004[339].

L'objectif de la directive est de réaliser un échange international d'étudiants et d'universitaires, d'élèves et de volontaires, ainsi que de normaliser des partenariats avec les pays tiers, grâce à un enrichissement réciproque et une meilleure compréhension des cultures.

La directive souhaite alors «*favoriser la mobilité des ressortissants de pays tiers à destination de la communauté à des fins d'études* »[340]. Elle rassemble les conditions d'accès au territoire des étudiants, des élèves, des stagiaires non rémunérés et des volontaires. Ils doivent tous remplir des conditions d'admission pour être acceptés sur le territoire commun : ressources suffisantes, et selon les cas, admission dans un établissement d'enseignement, participation à un programme d'échange, signature d'une convention de formation professionnelle ou participation à un programme de volontariat. Ils sont tenus également de posséder un document de voyage en cours de validité[341], une autorisation parentale pour les mineurs, une assurance maladie. Enfin, ils ne doivent pas nuire à l'ordre public du pays membre accueillant[342] ; ils bénéficient alors d'un titre de séjour[343] valable un an, renouvelable uniquement pour les étudiants.

La directive prévoit des dispositions spécifiques pour chaque catégorie d'étrangers, notamment pour les étrangers étudiants[344]. En effet, elle propose notamment d'autoriser les étudiants déjà admis dans un pays membre à se déplacer dans les autres Etats membres. De plus, elle autorise les étudiants à financer leur séjour grâce à des ressources mensuelles[345]sous réserve d'une autorisation de l'administration de l'Etat membre accueillant.

---

[338] - Proposition de directive *relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'études, de formations professionnelles ou de volontariat du 7 juillet 2002*, JO n° C 045 E, du 25 février 2003, p.18-41.

[339]- Directive 2004/114 du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'étude, d'échanges d'élèves, de stage non rémunérés et de volontariat, *JOUE*, n° L 375, 23 décembre 2004, p.12. Entrée en vigueur le 12 janvier 2005. L'Irlande, le Royaume-Uni et le Danemark ne sont pas soumis à son application et ne sont pas liés par ses dispositions.

[340] - *Ibid*., considérant 6.

[341] - *Ibid*., article 6.

[342] - *Ibid*., article 6d).

[343] - Titre de séjour étudiant (article 12), titre de séjour échanges d'élèves (article 13), titre de séjour stagiaire non rémunéré (article 14), titre de séjour volontaire (article 15).

[344] - Article 7 de la directive.

[345] - Article 17 : les Etats choisissent le nombre maximum d'heures de travail des étudiants, la directive pose le seuil minimum de dix heures par semaine mais prévoit la faculté laissée aux Etats de limiter l'accès à des activités économiques pendant la première année de séjour.

Pour finir, il n'est pas sans intérêt de noter que la dite directive est un élément clé de la stratégie consistant à « *promouvoir l'Europe dans son ensemble, en tant que centre mondial d'excellence pour les études et la formation professionnelle* »[346]. Cependant, elle n'est qu'une harmonisation minimale des conditions d'admission. Le texte a abouti après plus de deux ans de négociations. Certains Etats n'étaient pas prêts à faciliter l'accès de plus de ressortissants de pays tiers, même s'il s'agit d'étudiants ou d'élèves et qu'ils ont théoriquement vocation à rentrer dans leur pays d'origine une fois qu'ils ont terminé leurs études ou leur formation. A moins que les Etats membres misent sur l'installation de ces étudiants qualifiés pour combler les déficits de main d'œuvre en Europe.

B- La procédure ouverte aux chercheurs :

La politique européenne relative à l'admission des chercheurs de pays tiers débute avec le Conseil européen de Lisbonne. Dans ses conclusions, le Conseil a « *invité le Conseil et la Commission, le cas échéant en liaison avec les Etats membres, à prendre des mesures pour éliminer, d'ici à 2002, les obstacles à la mobilité des chercheurs en Europe et pour attirer et retenir en Europe des chercheurs de haut niveau* » [347]. L'action choisie par la Commission est l'admission facilitée des chercheurs de pays tiers sur le territoire européen.

Ainsi, avec la directive 2005/71, le législateur de l'U.E. est allé plus loin encore, en faisant reposer l'admission des chercheurs sur la signature préalable d'une convention dite d'accueil[348]. A partir de là, il suffit au demandeur de produire, outre la convention, un document de voyage valide, éventuellement une attestation de prise en charge financière délivrée par l'organisme et, naturellement, de ne pas être considéré comme une menace à l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique, pour obtenir des autorités nationales compétentes en matière d'immigration un titre de séjour[349].

[346] - Point 6 de la directive 2004/114.
[347] - Rapport sur la Communication de la Commission, *Vers un espace européen de la recherche*, (A5-0131). Résolution du Parlement européen du 18 mai 2000 sur la communication de la Commission « Vers un espace européen de la recherche » (A5-0131/2000), p.40.
[348] - Autrement dit, un acte juridique de nature contractuelle par lequel le chercheur s'engage à mener à bien un projet de recherche accepté par l'organisme et celui-ci, à accueillir le chercheur (Dir. 2005/71, art, 6§1). C'est également la convention d'accueil qui précise la relation juridique et les conditions de travail du chercheur.
[349] - Art. 7 de la directive 2005/71.

La spécificité de la procédure instaurée tient, en effet, au rôle central[350] qu'y assument les organismes de recherche. Elle leur incombe non seulement d'évaluer l'intérêt scientifique et la crédibilité du projet de recherche présenté par un étranger, mais aussi, de vérifier que l'intéressé dispose à la fois de ressources mensuelles suffisantes et d'une assurance maladie complète[351].

L'intérêt en est d'autant plus sensible que pour favoriser la migration scientifique, la directive emploie des concepts extensifs. Les organismes habilités à utiliser la procédure spécifique sont largement définis, sur la seule base de leurs travaux de recherche, sans que leur nature publique ou privée soit déterminante. Il peut s'agir indifféremment d'un établissement universitaire, d'une fondation, d'un laboratoire ou d'une entreprise…Parallèlement, la procédure ne se limite pas aux ressortissants de pays tiers qui auraient la qualité de chercheurs dans leur Etat d'origine. Il suffit qu'ils soient « *titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur approprié, donnant accès aux programmes de doctorat* »[352].

En fait, « *l'accent a plutôt été mis sur l'objet de l'admission, à savoir l'accomplissement d'un projet de recherche, ce qui devrait permettre à l'Union d'accueillir temporairement des professionnels ou des experts de haut niveau […]ou de jeunes diplômés* »[353].

Ainsi, la directive 2005/71 offre aux chercheurs étrangers une voie d'admission plus rapide et plus simple, indépendante de leur statut juridique vis –à-vis de l'organisme d'accueil et n'exigeant plus la délivrance d'un permis de travail. Elle participe directement de la stratégie de Lisbonne, visant à faire de la Communauté « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde* ». Dès lors, l'étranger admis à des fins de recherche au titre de la directive, se voit autorisé à mener une partie de ses travaux scientifiques dans un autre Etat membre.

---

[350] - Les prérogatives dont les organismes de recherche sont investis justifient alors que des mesures aient été prévues pour s'assurer de leur fiabilité et les responsabiliser. Outre qu'ils doivent être préalablement agrées par les autorités nationales, des obligations particulières peuvent leur être imposées- telles qu'un engagement écrit d'assumer le remboursement des frais liés au séjour et au retour du chercheur qui serait demeuré illégalement sur le territoire, ou la transmission, dans un délai de deux mois après la date d'expiration de la convention d'accueil, d'une confirmation que les travaux ont été effectués (Directive 2005/71, art. 5§3 et 5§4). Enfin, les autorités nationales ont la faculté de retirer ou de refuser de renouveler l'agrément d'un organisme de recherche qui ne répondrait plus aux exigences requises ou qui aurait signé une convention d'accueil de manière négligente ou frauduleuse (directive 2005/71 ; art. 5§6).

[351] - Art. 6§2 de la Directive 2005/71.

[352] - Art. 2 de la directive 2005/71.

[353] - Exposé des motifs de la proposition de directive relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, COM (2004) 178 final, point 1.4.

Pour les séjours n'excédant pas trois mois, ce droit s'exerce sur la seule base de la convention d'accueil conclue dans le premier Etat membre, sous réserve que l'intéressé dispose de ressources suffisantes dans le second Etat membre et qu'il n'y soit pas considéré comme une menace pour l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique. En revanche, pour les longs séjours, la conclusion d'une nouvelle convention d'accueil, portant spécifiquement sur les travaux entrepris dans l'autre Etat membre, peut être requise. En tout état de cause, les conditions tenant à l'acceptation par un organisme de recherche, aux ressources et à la couverture sociale du chercheur, à la possession d'un document de voyage valide et à l'absence de menace pour l'ordre public doivent être remplies à l'égard de l'Etat membre concerné.

Face à l'insuffisance du réservoir européen, une plus grande ouverture à l'égard des ressortissants de pays tiers s'impose pour atteindre le nombre de 700.000 chercheurs, impliqué par un investissement dans la recherche fixé à hauteur de 3% du PIB par le Conseil européen de Barcelone de mars 2002[354].

Paragraphe quatrième : Admission au séjour pour les victimes de la traite des êtres humains

La protection des victimes de réseaux de passeurs ou de la traite des êtres humains est relativement récente. En effet, le 11 février 2002, la Commission a proposé une proposition de directive[355] relative « *au titre de séjour de courte durée délivré aux victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes* ». L'objectif principal de la proposition est de parvenir à un régime minimum de protection entre les Etats membres.

Le 29 avril 2004, le Conseil a adopté cette proposition de directive[356]qui renforce le cadre légal de la lutte contre l'immigration clandestine. La directive a pour objectif de « *définir les conditions d'octroi de titre de séjour de durée limitée, en fonction de la longueur de la*

[354] - Point 4 de la conclusion de la Conseil.
[355] - Proposition de directive relative au titre de séjour de courte durée délivré aux victimes de l'aide à l'immigration clandestine ou de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités compétentes, Bruxelles, le 11.02.2002, COM (2002) final, JOUE C 126 du 28 mai 2002, p. 393 ; voir aussi COURNIL (CH.), « Traite des êtres humains, une directive au service de la maitrise des flux », Hommes et Migrations, n°1241, janvier 2003, p.90-98.
[356] - Directive 2004/81 /CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour de courte durée délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JOUE, L 261 du 6 aout 2004, p.19-23.

procédure nationale applicable, aux ressortissants de pays tiers qui coopèrent à la lutte contre la traite des êtres humains ou contre l'aide à l'immigration clandestine »[357].

Le but de cette directive est de protéger temporairement une victime qui décide de coopérer, avec les services policiers d'un Etat membre, en témoignant ou dénonçant ses agresseurs. La logique d'accueil proposée est minimale puisque la protection ne découle que de la volonté de coopérer de la victime.

Il n'y a donc aucun désir de protection internationale, ni aucune obligation d'asile dans cette directive. Les victimes se voient accorder un délai de réflexion [358](délai déterminé conformément au droit national) avant de coopérer avec les autorités compétentes. Ce délai leur permet de prendre leur décision avec un minimum de recul et de mesurer les tenants et les aboutissants d'une telle démarche. Pendant ce délai, « *les Etats membres garantissent aux ressortissants de pays tiers concernés qui ne disposent pas de ressources suffisantes des conditions de vie susceptibles d'assurer leur subsistance ainsi que l'accès aux soins médicaux d'urgence. Ils subviennent aux besoins particuliers des personnes les plus vulnérables, y compris, le cas échéant et si le droit national le prévoit, en leur fournissant une assistance psychologique* »[359]. Pendant ce laps de temps, la victime bénéficie d'une assistance juridique et linguistique[360]ainsi que d'une protection contre l'éloignement[361].

Une fois ce délai écoulé, pour délivrer ou non le titre de séjour de courte durée, les autorités chargées de l'enquête ou des poursuites doivent, selon l'article 8§1de la dite directive, apprécier plusieurs éléments à savoir : l'utilité de la présence de la victime ; l'existence d'une volonté claire de coopération manifestée par la victime ; la rupture de tout lien avec les auteurs présumés des faits susceptibles d'être incriminés. Autrement dit, la délivrance de titre de séjour dépend de l'appréciation souveraine de l'utilité et de la pertinence du témoignage de la victime. On mesure combien la protection est dépendante de la coopération policière mais, aussi des suites répressives de l'affaire dénoncée par la victime.

[357] - Article 1er de la directive. Les objectifs de la proposition de directive étaient beaucoup plus ambitieux, en effet, l'article 1er de la directive instaurait un titre de séjour de courte durée.
[358] - Art. 6 de la directive.
[359] - Art. 7 de la directive.
[360] - Art. 7§3 et 4 de la directive.
[361] - Art. 6§2 de la directive.

A partir de là, un titre de séjour d'une durée minimale de 6 mois[362]est délivré à la victime. Ce titre est renouvelable sous réserve des raisons liées à l'ordre public et à la protection de la sécurité intérieure.

La courte durée du titre délivré soulève la question de la précarité du statut proposé par cette directive. De même, la durée minimale de six mois semble être inappropriée à la nature de la protection dont a besoin la victime de réseaux mafieux. Souvent très puissant, ces réseaux n'hésitent pas à rechercher les victimes de retour dans leur pays d'origine. On peut alors s'interroger sur les réelles ambitions de cette directive notamment en termes de protection mais aussi sur l'efficacité de la démarche incitative de la victime, sachant qu'au bout du compte, elle ne reçoit pas automatiquement un titre de séjour durable et, même si un titre de séjour lui est attribué, il n'est que de courte durée en raison de sa connexion avec l'action répressive. Dans le cas où le renouvellement du titre de séjour ne serait pas accordé, le droit commun des étrangers s'applique[363].

Ainsi, et de manière significative, le champ d'application de cette directive est considérablement réduit. Si elle s'applique aux personnes qui sont ou ont été victimes de la traite des êtres humains, les Etats membres peuvent décider d'élargir le dispositif aux personnes qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration irrégulière[364].

En pratique, cette option *a minima* restreint considérablement le potentiel du texte dans la mesure où les victimes de la traite témoignent d'un intérêt réduit à collaborer avec les autorités nationales en raison de craintes évidentes de représailles.

Ensuite et au-delà des dispositions indiquant que les « Etats membres peuvent » ou stipulant que les conditions de mise en œuvre du texte « sont déterminées conformément au droit national », la directive présente des dispositions anormalement liminaires, comme cela est par exemple le cas des dispositions relatives aux conditions de non-renouvellement ou de retrait des titres de séjour.

[362] - Art. 8§2 de la directive.
[363] - Art. 13 de la directive.
[364] - Art. 3 de la directive.

Enfin, l'appréciation des autorités nationales pour engager et poursuivre la procédure de délivrance du titre de séjour est largement préservée[365].

En définitive, la directive n° 2004/81/CE démontre que les Etats membres refusent d'être contraints à délivrer des titres de séjour. La lutte contre l'immigration irrégulière suppose une action répressive et non protectrice.

Section deuxième : La reconnaissance d'un statut au profit des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée

Il s'agit ici pour le droit de l'Union, non plus de déterminer directement les conditions d'admission des étrangers sur le territoire commun, mais de prendre acte des différentes législations nationales relatives à l'admission des étrangers et de conférer certains droits aux ressortissants de pays tiers qui séjournent légalement sur le territoire de l'Union, qu'ils aient été admis sur la base du droit international, du droit de l'Union ou du droit national. L'objectif était l'instauration d'un traitement équitable des étrangers résidant légalement sur le territoire des Etats membres ainsi que la mise en place d'une politique d'intégration énergique ; l'objectif étant de garantir à ces étrangers des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union.

Paragraphe premier : Un titre de séjour de longue durée pour les résidents de longue durée

Depuis, le traité d'Amsterdam, le séjour des étrangers résidents de longue durée est une « matière partiellement communautarisée ». L'article79 TFUE (ex-art. 63 point 3 a TCE) permet au Conseil d'adopter des mesures relatives aux conditions de séjour et aux procédures de délivrance des titres de séjour de longue durée.

C'est dans ce cadre là qu'une proposition de directive relative au statut des ressortissants tiers résidents de longue durée a été réalisée en mars 2001[366]. Il a fallu attendre trois ans pour que les Etats membres entérinent ce premier acte[367]. La directive formalise pour la première

[365] - Pour une analyse du texte, voir notamment PEERS (S.)& ROGERS (N.) (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-Bosten, 2006, 1025 p., sp. 845-852.
[366] - Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, COM/2001/127, final du 13/03/2001, bull. 3-2001/1.48.
[367] - Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOUE*, L 16/44 du 23 janvier 2004.

fois, une harmonisation des droits des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. Des conditions de délivrance **(A)** et un statut sont prévus par cette directive **(B)**.

A- Les conditions de délivrance du statut de résident longue durée :

Le critère principal retenu par la directive est la résidence stable et régulière sur le territoire de l'Etat membre. En effet, les « *Etats membres accordent le statut de résident de longue durée aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause* »[368].

La directive prévoit une série de disposition pour le calcul de la résidence. Ce calcul varie selon les périodes d'absence sur le territoire de l'Etat membre. Par exemple, elle prévoit une dérogation pour la comptabilisation des années de résidence, pour les ressortissants tiers qui ont étudié ou ont suivi une formation professionnelle, mais qui peuvent prétendre au moment de la demande au permis de longue durée. Dans ce cas, seule la moitié des périodes de résidence effectuées entrent en compte pour le calcul de la durée de résidence.

Toutefois, elle prévoit que les périodes passées hors de l'Etat membre ne sont pas toutes considérées comme des interruptions du séjour. Par exemple, les absences inférieures à six mois consécutifs ne dépassant pas un total de dix mois[369], les motifs exceptionnels à caractères temporaires, n'interrompent pas la durée de résidence de l'étranger.

En outre, pour acquérir le statut de résident de longue durée, l'étranger doit disposer des «*ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat membre concerné* »[370] et d'une « *assurance maladie pour les risques normalement couvert pour les propres ressortissants* »[371]. Ces deux éléments sont des critères de « *stabilité économique* »[372].

[368] - Art. 4§1 de la directive 2003/109/CE.
[369] - Art. 4§3.
[370] - Art. 5§1a).
[371] - Art. 5§1 b).
[372] - BONNEAU (N.), « *Le travail illégal des ressortissants de pays tiers dans l'Union européenne* », thèse de droit, Université des sciences sociales de Toulouse 1, 2001, p. 643.

Aussi, la directive instaure un critère facultatif, laissé à la discrétion des Etats membres : « le critère de l'intégration »[373], *s'il existe dans la législation nationale*[374]. Ce critère est très difficile à prouver et à évaluer ; il risque d'être interprété différemment d'une Etat membre à l'autre. Il laisse l'étranger dans un statut précaire et rend son intégration plus difficile encore. En plus l'article 6 de la directive prévoit de refuser le permis de séjour lorsque l'étranger constitue une menace pour l'ordre public et la sécurité publique.

Une fois les conditions de délivrance satisfaites, la directive prévoit de délivrer un permis de séjour de résident longue durée ayant une validité d'au moins cinq ans, à son échéance il est renouvelable de plein droit, au besoin sur demande[375]. Le statut de résident est un statut permanent sous réserve des « traditionnelles » hypothèses de retrait[376].

B- Le statut du résident de longue durée :

De ces conditions de délivrance découle un statut délivré avec transparence et rapidité. « *Il s'agit d'une compétence liée des autorités compétentes, (qui) ont un délai de six mois*[377]*pour examiner la demande sur la base des pièces justificatives exigées, ceci dans un souci de sauvegarder la sécurité juridique du ressortissant de pays tiers* »[378]. Si l'objectif poursuivi était de mettre en œuvre l'idée évoquée par le Conseil de Tampere et de reconnaitre aux intéressés des droits comparables à ceux des citoyens européens, il n'est que très partiellement atteint. En effet, si le statut est permanent, le migrant bénéficie d'un permis de séjour d'une durée minimale de cinq ans seulement- et non dix ans comme initialement prévu dans la proposition de la Commission- mais il est renouvelable, il est vrai, de plein droit.

Ce statut octroie des droits équivalents à ceux des nationaux. Une clause de non-discrimination est insérée dans l'article 11§1. L'octroi de ces droits indispensables permet de qualifier ce statut de mesure « intégratrice ». En ce sens, la directive indique sa volonté « de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident de longue durée s'est établi, le résident de longue durée devrait jouir de l'égalité de traitement

[373] - Un ensemble d'éléments peut recouvrir ce concept très vaste : - connaissance suffisante de la langue de l'Etat d'accueil- scolarisation, -participation à la vie associative ou- conclusion d'un contrat d'accueil et d'intégration etc.
[374] - Art. 5§2.
[375] - Art. 8§2.
[376] - Cf. article 9 de la directive : ordre public, fraude, mesure d'éloignement, gravité d'une infraction etc.
[377] - Article 7§2.
[378] - BONNEAU (N.), *op.cit*, p. 644.

avec les citoyens de l'Etat membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux »[379].

L'article 11 énumère huit domaines dans lesquels l'égalité de traitement doit être garantie : l'emploi ; l'éducation et la formation ; la reconnaissance de diplôme ; la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale ; les avantages fiscaux ; l'accès aux biens ; la liberté d'association et la libre circulation dans l'Etat membre. Toutefois, ces droits ne sont pas absolus puisque la directive prévoit des clauses dérogatoires, qui ne paraissent pas conformes aux exigences de la Cour EDH. En effet, l'article 11§4 de la directive permet aux Etats membres de limiter l'égalité de traitement aux seules prestations essentielles, en matière de prestations sociales et d'aide sociale. Qu'entend la directive par prestations essentielles ? Cette limitation semble contraire à la jurisprudence[380] de la Cour EDH qui sanctionne les décisions des Etats visant à refuser des prestations sociales à des étrangers[381] (même des prestations non-contributives).

En outre, une grande marge de manœuvre est laissée aux Etats membres qui peuvent réduire de manière non négligeable la comparabilité des droits des étrangers par rapport aux nationaux, au moyen d'une limitation de l'égalité de traitement et du droit de résider sur tout le territoire de l'Union.

Aussi, force est de constater que les droits politiques sont les grands absents de cette directive. Ils restent des droits exclusivement réservés aux citoyens de l'Union[382]. La directive aurait pu être plus courageuse dans ce domaine. Cette situation s'explique surtout par la forte résistance des pays qui ne veulent pas de ce vote.

La directive insiste sur l'enjeu de l'harmonisation des statuts, qui permet d'obtenir le consentement mutuel des Etats, afin de garantir et d'utiliser pleinement la libre circulation des résidents de longue durée. Cependant, la directive impose, dans l'article 14§2, des conditions que le ressortissant de pays tiers de longue durée doit remplir pour exercer ce droit de séjour :

- Exercer une activité économique en tant que travailleur salarié ou indépendant,

- Suivre une formation professionnelle ou des études.

[379] - Préambule (12).
[380] - CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. /Autriche*, req. n° 17371/90.
[381]- Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I, Section première, Paragraphe premier.
[382] - Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I, Section troisième, Paragraphe deuxième.

Ces conditions sont regrettables. Elles montrent qu'il n'existe pas de véritable reconnaissance mutuelle entre les Etats membres. L'étranger résident doit toujours remplir des conditions pour séjourner librement. De plus, la directive pose une limite[383] au statut de longue durée lorsque les législations nationales reconnaissent des statuts plus favorables (statut permanent ou d'une validité illimitée) : le statut favorable national n'a d'effet que dans le pays qui l'attribue et non dans l'ensemble des pays de l'Union. Par conséquent, ce statut national plus favorable ne donne pas accès au droit au séjour dans les autres Etats membres : « *seul le type de statut prévu dans la présente (...) directive fait l'objet de l'obligation de reconnaissance de la part de tous les Etats membres* »[384]. On peut regretter, avec Yves Gautier, de voir « *adopter des textes qui sont trop en retrait par rapport à ce que la logique même de l'espace de liberté, dans sa dimension libre circulation des personnes, devrait pouvoir induire, mais peut-il en être autrement compte tenu du processus décisionnel ?* »[385].

En guise de cette remarque, notons qu'un Règlement du 13 juin 2002 a uniformisé le modèle type de permis de séjour[386]. Il remplace l'action commune 97/11/JAI[387]. Cet acte standardise l'aspect formel du titre de séjour. D'ailleurs, on constate que l'harmonisation formelle des titres de séjour est plus rapide que celle des conditions de délivrance. L'esprit de cet acte témoigne d'une accélération de l'harmonisation des normes destinées à lutter contre l'immigration irrégulière. En effet, ce règlement a pour objectif d'instaurer un modèle uniforme de titre de séjour : non pas pour la sécurité juridique du ressortissant d'Etat tiers, mais bien pour éviter les abus de falsification et les contrefaçons des divers titres des Etats membres.

Paragraphe deuxième : L'extension aux réfugiés du statut de résident de longue durée : la directive du 11 mai 2011

La perspective d'obtenir le statut de résident de longue durée dans un État membre après un certain temps est un élément important de l'intégration pleine et entière des bénéficiaires d'une protection internationale dans l'État membre où ils résident. Ainsi, une directive en date

383 - Article 13.
384 - BONNEAU (N.), *op. cit*, p. 647.
385 - GAUTIER (Y.), « Droit au séjour des étrangers », *Europe*, mars, 2004, p. 18.
386 - Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002, *établissant un modèle uniforme de permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers,* JOCE, L 157/1 du 15 juin 2002.
387 - JOCE L7 du 10 janvier 1997.

du 11mai 2011[388] a modifié la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre aux étrangers bénéficiant d'une protection internationale le statut réservé aux ressortissants de pays tiers séjournant légalement sur le territoire de l'Union depuis plus de cinq ans. Une telle extension répond à l'objectif d'une meilleure cohésion économique et sociale qui est un objectif fondamental de l'Union.

La situation des réfugiés étant alignée sur celle de cette catégorie d'étrangers, les premiers bénéficieront du droit de circuler librement dans l'Union et d'un permis de séjour identique à celui des résidents de longue durée. Ils se verront également appliquer le principe d'égalité de traitement avec les citoyens européens résidant dans le même Etat membre qu'eux dans les conditions prévues par la directive de novembre 2003. Autrement dit, il est prévu de faire profiter ces ressortissants de la libre circulation instaurée par les accords de Schengen. Il est possible pour eux, de postuler un emploi dans un autre Etat membre, ou de s'installer dans un Etat membre différent de celui qui leur a délivré leur permis de séjour.

Lorsqu'un État membre délivre un permis de séjour de résident de longue durée – UE à un ressortissant d'un pays tiers auquel il a accordé la protection internationale, il inscrit la remarque suivante sous la rubrique "Remarques" du permis de séjour de résident de longue durée – UE de l'intéressé: "[nom de l'État membre] a accordé la protection internationale le [date]".

Lorsqu'un deuxième État membre délivre un permis de séjour de résident de longue durée – UE à un ressortissant d'un pays tiers qui dispose déjà d'un permis de séjour de résident de longue durée – UE délivré par un autre État membre, qui contient la remarque visée au paragraphe 4, le deuxième État membre inscrit la même remarque sur le permis de séjour de résident de longue durée – UE[389].

De même, lorsqu'un État membre entend éloigner, pour un motif prévu par la directive 2003/109/CE, un bénéficiaire d'une protection internationale ayant acquis le statut de résident de longue durée dans ledit État membre, cette personne devrait bénéficier de la protection contre le refoulement garantie en vertu de la directive 2004/83/CE et de l'article 33 de la convention de Genève. Autrement dit, l'Etat membre d'accueil ne peut pas prendre une décision d'éloignement à l'encontre d'un bénéficiaire d'une protection internationale qui a acquis un droit de séjour permanent sauf pour des motifs graves d'ordre public ou de sécurité

[388] - Directive 2011/51/UE du 11mai 2011, *JOUE* n° L 132 du 19 mai 2011.
[389] - *Ibid*., art. premier, 4) point 4 et 5.

publique. Ici, on remarque le même traitement avec le citoyen de l'Union qui ne peut pas bénéficier de la protection renforcée contre l'éloignement prévue par la directive relative au droit des citoyens de l'Union de séjourner et de circuler librement sur le territoire des Etats membres[390] dans la mesure où il n'était pas réellement intégré dans la société de l'Etat membre d'accueil ou lorsque son comportement infractionnel met en danger la sécurité publique[391].

À cette fin, lorsque la personne bénéficie d'une protection internationale dans un État membre différent de celui dans lequel elle réside alors en tant que résident de longue durée, il est nécessaire de prévoir que cette personne ne peut être éloignée que vers l'État membre lui ayant accordé la protection internationale et que cet État membre est tenu de la réadmettre, à moins que le refoulement ne soit autorisé en vertu de la directive 2004/83/CE. Les mêmes garanties devraient s'appliquer à un bénéficiaire d'une protection internationale qui réside dans un deuxième État membre mais qui n'y a pas encore obtenu le statut de résident de longue durée.

Toutefois, les États membres n'accordent pas le statut de résident de longue durée sur la base de la protection internationale en cas de révocation ou de fin de la protection internationale ou de refus de la renouveler, en vertu de l'article 14, paragraphe 3, et de l'article 19, paragraphe 3, de la directive 2004/83/CE.

[390] - Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 *relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres*, JO, 2004, L, 229,p. 35

[391] - Pour plus de détails, voir les conclusions de l'avocat général dans *l'affaire C-348/09, P.I./Oberburgermeisterin der Stadt Remscheid,* CJUE, Communiqué de presse n° 20/12, Luxembourg, le 6 mars 2012.

CONCLUSION DU TITRE I

Ce premier titre a permis de démontrer les différents enchevêtrements et imbrications de normes européennes relatives à l'entrée et le séjour des étrangers dans l'UE. Ce dernier établit une liste noire de pays dont les ressortissants sont tenus de se doter d'un visa pour entrer et voyager dans l'espace Schengen. Révisée à intervalles réguliers, la liste commune attribue à l'UE, le pouvoir de catégoriser les personnes désirant entrer sur son territoire[392]. Un modèle commun de visa est instauré et les critères de délivrance sont harmonisés.

En outre, le contrôle des frontières physiques n'est qu'un aspect du contrôle de l'immigration. Tout d'abord, étant donné l'intensité des flux migratoires, la seule vérification faite à la frontière est celle de la validité des documents. Il ne s'agit pas de faire un second « tri » au passage à la frontière. Les conditions de délivrance de ces documents font donc partie intégrante du contrôle des flux migratoires. D'autre part, le contrôle aux frontières est très inégal suivant qu'il s'agisse de frontière terrestre, aérienne ou maritime. On peut opposer aux contrôles importants dans les ports et surtout les aéroports, le côté aléatoire des contrôles terrestres qui remet en cause l'image de l'Europe forteresse. En effet, les contrôles terrestres n'existent que dans les points de passage autorisés, il est donc possible pour certains groupes de personnes de passer s'ils le désirent.

Ainsi, de nouveaux standards de sécurité, y compris des données biométriques, sont inclus dans les documents des ressortissants de pays tiers. Le système d'information Visas permet l'échange de données entre les Etats membres, dans le but, entre autre, de faciliter le retour des étrangers en séjour irrégulier. Une harmonisation des procédures avec le système d'information Schengen II est, à cet égard, envisagée.

Autrement dit, un système de visa unique à tous les Etats membres, a notamment été mis en place pour les séjours de courte durée. Ce premier mouvement d'harmonisation a eu pour ambition de réaliser une unification des pratiques des visas dans tous les Etats de l'Union, et de permettre une gestion commune des flux migratoires entrant dans l'espace européen. On s'est interrogé sur la pertinence et l'objectif d'un tel mécanisme commun qui renvoie sans aucun

[392] - GUILD (E.), « Protection, threat and movement of persons : examining the relation-ship of terrorism and migration in EU law after 11 september 2001 », dans François CREPEAU et al. (éd.), *Forced migration and global processes : a view from forced migration studies*, Oxford, Lexington Books, 2006, p.295, à la page 308.

doute à une rationalisation des flux migratoires à l'échelon européen. Cette rationalisation s'exprime par la multiplication des instruments administratifs et bureautiques nécessaires pour l'octroi du visa commun.

Ainsi le visa reste un outil pertinent « d'instrumentalisation » qui permet de contrôler les déplacements des étrangers au sein du territoire commun et de comptabiliser les entrées globales dans l'UE. En ce sens, Didier Bigo et Elizabeth Guild[393] estiment avec raison que la politique commune des visas a pour ambition de bloquer ou dissuader les individus de partir de chez eux, comme une sorte de « *politique de prévention* » ou de « *police à distance* », parce que *« le maître-mot aujourd'hui en Europe consiste dans la maîtrise des flux migratoires*[394] *: l'idéal auquel aspirent les politiques européennes consiste dans le taux d'immigration zéro*[395]*. Les frontières sont bel et bien fermées devant les étrangers aspirant à l'immigration*[396] »[397].

Par ailleurs, les analyses de François Julien-Laferrière, Catherine Schmitter et Jean- Yves Carlier soulignent à juste titre que la politique des visas « *affecte très directement le statut de l'individu. Elle conditionne non seulement la possibilité pour les personnes pour se rendre à l'étranger pour des courts séjours, à des fins d'affaires, de visite ou de tourisme, mais aussi la possibilité pour les nationaux de recevoir des étrangers* »[398].

---

[393] - BIGO (D.) et GUILD (E.), « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police à distance », *Cultures et Conflits*, n°49/50, 2003.

[394] - JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Acoords européens, raison des Etats et maîtrise des flux migratoires », in Hommes et Migrations n° 1198/mai-juin 1996.

[395] - Si cet objectif est souvent inavoué, les parties d'extrême droite en Europe n'hésitent pas à afficher clairement cet objectif. CF. par exemple, J-M Le Pen, dans son programme en tant que candidat à l'élection présidentielle en France de 2007, qui appelle à une « politique d'inversion des flux migratoires…,d'arrêt de toute nouvelle immigration…, d'assimilation de ceux qui respectent nos lois nos coutumes, acceptent les devoirs qui découlent des droits accordés et considèrent la France comme leur partie, à l'exception de toute autre », propos cités in Ch.Chombeau, « Pour le FN, l'immigration reste la cause principale des problèmes de la France », *in le Monde*, 24 février 2007, p.10.

[396] - Même si l'étranger est dans une situation régulière, on constate partout l'éveil des méfiances à l'égard des étrangers et des discriminations. Cf. sur ce point, M. Ben Letaief, « L'étranger et le droit administratif », *in L'étranger dans tous ses états*, Faculté de Droit et de sciences politiques de Tunis, Laboratoire de droit des relations internationales, des Marchés et des négociations (Driman) 3,4 et5 février 2005, publié par le Driman 2005, p.149 et s.

[397] - CHEDLY (L.), « Migrations clandestine, vers l'Europe et droits de l'homme », *in Droits de l'homme et gouvernance de la sécurité* (sous la dir.), l'Harmattan, 2007, p. 215.

[398] - JULIEN-LAFERRIERE (F.), SCHMITTER (C.) et CARLIER (J-Y), « Vers quelle politique communautaire des visas de court séjour ? » in l'émergence d'une politique européenne d'immigration, (Sous la direction de DE BRUYCKER), Collection de la Faculté de droit, ULB, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.129 et s.

Les intérêts contradictoires (sécurité publique, lutte contre l'immigration clandestine, liberté de circulation, etc.) ne sont pas favorables à la « *la protection de l'individu* »[399].

Les visas posent un risque d'atteinte au droit d'asile et incitent les personnes persécutées à chercher des moyens illégaux pour entrer dans le pays de destination. Ils contribuent à l'amplification de la migration irrégulière, un phénomène que l'Union et les Etats membres cherchent à combattre.

En outre, il est à noter qu'il existe une « géométrie variable » dans le droit applicable aux Etats faisant partie de l'ELSJ[400], la différenciation permettant de concilier l'élargissement géographique avec l'approfondissement normatif. L'élargissement progressif de l'espace Schengen – qui comprend 24 Etats depuis le 21 décembre 2007[401]- a pour effet de repousser vers l'Est et le sud les frontières extérieures de l'Union et de créer une Europe à plusieurs vitesses caractérisée à la fois par le dépassement et le renforcement de la notion de frontières. L'approfondissement résulte, quant à lui, de la politique commune de visas qui a été renforcée avec l'instauration, notamment, d'un système d'information sur les visas (VIS) par le Règlement du 9 juillet 2008. L'intégration différenciée complique le champ d'application géographique et normatif du droit européen relatif à la politique migratoire[402]. La CJUE veille

---

399 - *Ibid*., p.147 et s.

400 - Cette notion a pour effet de créer une « *Europe à droits variables* » (expression du professeur Jean-Claude Gautron) dont l'architecture est caractérisée par une complexité juridique redoutable qui suppose de prendre en compte, lors du développement de l'acquis de Schengen dans le domaine des visas, la position de plusieurs Etats membres.

Le Danemark ne participe pas à l'adoption par le Conseil des mesures à adopter sur le fondement du chapitre 2 TFUE, à l'exception des *« mesures déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres et les mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa* ». S'il applique donc une partie de la politique commune des visas, le Danemark se contente, pour le reste, de maintenir les engagements souscrits dans le cadre du Traité de Maastricht et décide, dans un délai de six mois suivant l'adoption de la décision prise par le Conseil pour développer l'acquis de Schengen, d'appliquer sur son territoire des normes européennes qui ne créeront qu'une obligation de droit international à son encontre. Autrement dit, le protocole d'exemption du Danemark instaure un « compte à rebours » normatif qui a pour effet de « décommunautariser » les normes qui lui sont appliquées.

En outre, absents du système Schengen, l'Irlande et le Royaume-Uni ont invoqué leur particularité insulaire pour participer, à la carte, à l'adoption des mesures relevant du chapitre 2 TFUE en général et de la politique des visas de court séjour en particulier ; ils disposent toutefois d'une option de participation (opt-in) au cas par cas, la Cour veillant toutefois à assurer une certaine cohérence en matière de développement de l'acquis de Schengen (Cf. CJCE, 18 décembre 2007, Royaume-Uni et Irlande du Nord c/Conseil de l'Union, aff. C-677/05 et C-137/05, Europe 2008, comm. n° 36.) qui l'amène à éviter le « *dévoiement de l'utilisation des coopérations renforcées afin de faire prévaloir la cohérence du droit de l'Union* ». Ces Etats n'ont pas demandé à participer à la politique des visas de court séjour ; en revanche, l'Irlande a demandé à participer à l'acquis de Schengen lié au développement du SIS de 2ème génération (Décision n° 2002/192/CE du 28 février 2002).

Enfin, deux Etats non membres de l'Union Européenne, l'Islande et la Norvège ont été associés « *à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen* », (Décision n° 1999/439/CE du Conseil du 17 mai 1999, JOCE L 176, 10 juillet 1999, p. 35.).

401 - Depuis cette date, neuf des dix Etats ayant adhéré à l'UE en 2004 ont rejoint l'espace Schengen.

402 - La politique commune des visas opérée par le Traité d'Amsterdam n'a pu se faire qu'au prix d'une intégration différenciée qui peut être définie comme la possibilité offerte à certains Etats membres plus actifs –ou moins

toutefois à la cohérence de l'ELSJ ainsi que l'illustrent deux arrêts rendus en décembre 2007 dans lesquels elle a jugé que la politique du « pick and choice » présentait des limites[403]. Pour la Cour, le Royaume-Uni n'était pas suffisamment impliqué dans la coopération Schengen pour pouvoir participer au développement de l'acquis de Schengen relatif à l'adoption de deux règlements concernant d'une part, la création de l'agence FRONTEX relative à la gestion des frontières extérieures et d'autre part, l'insertion de données biométriques dans les passeports délivrés aux citoyens européens.

De façon plus générale, il est utile de s'interroger sur l'efficacité[404] de ce système commun des visas. Autrement dit, le visa est-il réellement un moyen efficace de lutte contre l'immigration irrégulière, ainsi que de contrôle des personnes pour la sécurité publique. C'est peu probable puisque « *devant la difficulté d'obtention du visa, le voyageur se fera migrants clandestin à la merci des passeurs peu scrupuleux…* »[405].

En fait, le « contrôle à distance » effectué par les autorités consulaires relève aussi d'une politique de sécurisation[406]dont découle tout le processus d'européanisation de la politique migratoire. Derrière la politique des visas se cache une politique sécuritaire, en réaction à l'insécurité née de la libre circulation intérieure. Cette politique se trouve complétée et renforcée par la gestion commune de l'identité de l'étranger, grâce au dispositif du Système d'Information Schengen.

---

réticents- d'instaurer entre eux une coopération plus étroite leur permettant d'avancer ensemble vers la réalisation d'un objectif commun en attendant que les autres Etats les rejoignent.

[403] - CJCE, 18 décembre 2007, Royaume-Uni et Irlande du Nord c/Conseil, aff. C-77/05 et C-137/05, Europe 2008, comm. 36.

[404] - *Ibid*., p. 165 et s.; sur l'efficacité des visas comme contrôle des migration et comme contrôle préventif pour déceler le voyageur susceptible de devenir migrant.

[405] - CREPEAU (F.) et CARLIER (J-Y), « Intégration régionale et politique migratoire, le modèle européen entre coopération et communautarisation », *JDI*, 4, 1999, p.997.

[406] - BIGO (D.), *op. cit*., p.9.

Titre deuxième :
Le régime d'accès des demandeurs d'asile à l'U.E.

Le domaine du droit d'asile est vaste et complexe. A travers les années, le souci de trouver un équilibre entre la protection des réfugiés et la souveraineté des Etats a été constant et a motivé l'adoption de plusieurs instruments juridiques, concepts et initiatives des gouvernements.

En outre, la libre circulation des individus doit coexister avec le principe du respect des souverainetés étatiques. En effet, lorsque le demandeur d'asile quitte son pays d'origine, il perd la protection de son Etat, il doit alors chercher, la protection d'une autre souveraineté étatique[407]. Or si l'article 13§2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme[408]ou l'article 12§1 du Pacte international des droits civils et politiques[409] stipulent que chacun a le droit de quitter librement son pays, en revanche aucun instrument international n'oblige un Etat à accepter un demandeur d'asile[410].

[407] - BEAUD (O.), « Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'Etat », *LPA*, n°123, 13 octobre 1993, p.16-21.

[408] - Art. 13§2 « *Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays* », L'art. 14 « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* ».

[409] - L'art. 12§1 du Pacte international relatifs aux droits civiques et politiques prévoit : « *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence*, 2. *Quiconque est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ».

[410] - Le demandeur d'asile est celui qui demande l'accès au territoire ; « l'asile » constitue le lieu de protection que l'Etat lui offre. L'asile est donc la protection qu'accorde un Etat sur son territoire à un individu ayant fui son pays en raison des risques qu'il encourt pour sa vie ou sa liberté. Cette protection existait déjà dans les temps très anciens : chez les Grecs ou les Romains ; Voir ALLAND (D.), et TEITGEN-COLLY (C.), Traité sur le droit d'asile, éd.PUF, 2002, p.17-54.

Cette protection s'est transformée au cours des siècles : ainsi l'asile religieux est devenu asile politique avec l'apparition de l'institution étatique aux XVe et XVIe siècle. C'est à partir de la Révolution française que le concept d' « asile » prend sa signification moderne : droit qui protège l'exilé des menaces de son pays d'origine et substitue un Etat accueillant et protecteur à l'Etat d'origine, défaillant. Pour plus de détails, voir GAZZANIGA J-L., « Le droit d'asile religieux : évolution historique », *in droit d'asile, devoir d'accueil*, VIIIe colloque de la fondation Jean-Rodhain, Paris, Desclée de Brouwer, 1995, p 77-85. Voir aussi SEGUR (P.), La crise du droit d'asile, éd. PUF, 1998, p. 13-85

Le droit d'entrée sur le territoire est un monopole réservé à chaque autorité étatique. Ainsi, Jean-Yves Carlier estime que le demandeur d'asile est enfermé dans la logique des souverainetés nationales.

La Convention de Genève, quant à elle, ne prône pas de droit absolu à entrer dans un pays, mais un droit à ne pas être refoulé vers un danger, et rien de plus[411]. Ceci laisse évidemment une libre appréciation par les autorités saisies de ce que peut être un danger.

L'Europe, depuis longtemps, pratique l'examen individuel des demandes d'asile, ce qui amène ainsi le demandeur à devoir convaincre de sa situation de danger, ce qui n'est pas toujours évident quand on sait que les menaces sont rarement faites de façon ouverte. Malgré cet aspect commun d'examen individuel, on déplore cependant un manque d'uniformité en Europe dans le traitement des demandes d'asile.

Les Etats membres disposent, à l'origine, d'une pleine souveraineté en matière d'asile, dans les limites de leur adhésion individuelle à la Convention de Genève et aux instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux. Or, l'augmentation des flux de migrants, associée aux efforts de réalisation d'un espace de libre circulation, font apparaitre le besoin d'une coordination des politiques migratoires.

Ainsi, l'U.E est engagée depuis plusieurs années dans la construction d'un Système européen commun d'asile (ci-après SECA ; cf. art.78 TFUE)[412]. Elle harmonise le droit et les pratiques nationales en matière de protection internationale, dans la perspective de leur unification. Elle soutienne et coordonne l'action des Etats membres, à qui –il faut le souligner- les responsabilités de protection restent attribuées en voie exclusive (accueil des demandeurs, examen de leurs demandes, refus ou octroi des statuts de protection).

---

411 - L'art. 33 de la Convention prévoit : « 1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».

412 - Pour un exposé systématique et actualisé du droit européen de l'asile, voir, HAILBRONNER (K.), EU Immigration and Asylum Law : A Commentary, 2010 ; pour un bilan critique, voir, DE BRUYCKER (P.), La mise en place d'un Système européen commun d'asile, étude pour le Parlement européen, PE 425.622, 2010, disponible sur le site internet www.euro-parl.europa.eu/studies .

Les droits entourant le dépôt et la recevabilité de la demande d'asile ont été tardivement régis par les normes de l'Union. En effet, depuis les années quatre-vingt-dix, face à l'effondrement des pays de l'Est et aux migrations de nombreux ressortissants de pays en crise, les Etats membres de l'U.E. ont entrepris une gestion collective de la délicate question du droit d'asile[413]. Dans un premier temps, les Etats membres ont émis des actes peu contraignants ; mais depuis quelques années ils élaborent un véritable système commun pour traiter les demandes d'asile.

Ainsi la communautarisation du droit d'asile instaure un statut commun pour le demandeur d'asile. Celui-ci pose des règles communes afin que l'exilé voit sa demande traité de manière identique dans tous les pays membres, et surtout, que les Etats, par un mécanisme de rationalisation des demandes d'asile, se répartissent la « charge du fardeau ».

Ce statut commun de l'asile a d'abord concerné l'ensemble des droits procéduraux qui réglementent la phase du dépôt (**chapitre premier)** et celle de la recevabilité de la demande d'asile **(chapitre deuxième)**. Il convient de dégager la logique de ces standards procéduraux communs encore en construction et d'en dégager leur philosophie dissuasive pour en évaluer l'impact sur la protection des droits fondamentaux des étrangers.

Chapitre premier : Des règles et procédures communes afin de gérer les demandes d'asile

Afin de mettre fin aux « demandes multiples » au sein de l'espace commun, la Convention de Dublin[414] a déterminé les Etats responsables du traitement des demandes.

La principale nouveauté de ce texte est qu'il prive le demandeur d'asile du choix du pays où il souhaite déposer sa demande. Ce choix est désormais organisé et imposé par l'Union.

L'esprit même du dépôt de la demande et son traitement s'en trouvent ainsi totalement modifiés. Ceci a entrainé de nombreuses critiques contestant un changement de philosophie et de procédure. Mais bien que nombreuses et pertinentes, elles n'en ont pas pour autant empêché

[413] - DIAS URBANO DE SOUSA (C.) et DE BRUYCKER (P.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, ULB, Bruylant, Bruxelles, 2003.
[414] - La Convention d'application Schengen a été remplacée par la Convention de Dublin.

la laborieuse adoption d'un règlement en 2003[415]. L'objectif de celui-ci était de communautariser la Convention de Dublin et de dynamiser la détermination des demandes d'asile. Ce règlement ne modifie en rien les principes même de la Convention de Dublin. En revanche, son ambition est de rendre plus efficace le système de détermination, qui n'avait pas donné jusqu'alors de résultat à la hauteur des espérances des Etats membres.

Le système de détermination a été doublé et renforcé par des moyens techniques comme l'informatisation des données nominatives des demandeurs d'asile : l'identification de tous les demandeurs d'asile est rendue possible par un système commun de fichage informatique EURODAC. Le parcours du demandeur d'asile est alors observé et contrôlé.

Le « système » commun de détermination du pays responsable de l'examen des demandes d'asile **(section première)** et les différents instruments techniques instaurés pour rendre efficace la gestion des demandes d'asile **(section deuxième)** seront successivement analysés.

Section première : un mécanisme commun de détermination du Pays responsable de l'examen des demandes d'asile

Deux problèmes ont conduit les Etats membres de l'U.E à élaborer un mécanisme de détermination de l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile déposée auprès de l'un d'eux : d'une part, le phénomène dit improprement des « réfugiés en orbite », que constituaient les demandeurs d'asile ballottés d'un pays à un autre parce qu'aucun Etat ne voulait leur demande, notamment sous prétexte qu'ils étaient passés, entre leur pays d'origine et celui à qui ils demandaient l'asile, par un « pays tiers d'accueil » auquel ils auraient pu présenter leur demande ; d'autre part, le nombre croissant des « demandes multiples » présentées par un étranger dans plusieurs Etats membres, soit sous une même identité, soit sous des identités différentes, pensant ainsi augmenter les chances d'obtenir l'asile.

C'est la Convention d'application de l'accord de Schengen qui a, la première, institué un tel système. Ses stipulations sur ce point ont été remplacées, à compter du 1er décembre 1997, par

[415] - Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers*, JOUE L 50 du 25 février 2003, L50/1. Pour une analyse du règlement et de son application : BRANDEL (U.), « Distribution of asylum seekers in Europe ? Dublin II regulation determining the responsibilitéfor examining an asylum application », L'émergence d'une politique européenne d'asile, ULB, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.33-69.

la Convention de Dublin, laquelle a cédé la place, à son tour, au règlement communautaire du 18 février 2003, dit « Dublin II », qui constitue un élément clé de la mise en place du Système d'Asile Européen Commun, en ce qu'il établit, selon un ordre très hiérarchisé, les critères et les mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un des Etats membres partie au règlement – ou dans un Etat tiers partie au règlement en vertu d'un accord d'association-, par un ressortissant d'un pays tiers.

Ce système vise, d'une part, à ce qu'il puisse être assuré qu'une demande de protection internationale sera au moins examinée par un des Etats membres, mais aussi, d'autre part, à ce qu'elle ne le soit, en règle qu'une fois.

Compte tenu de la mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice caractérisé, notamment, par la suppression de principe du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen, l'objectif poursuivi est donc double : éviter tant la pratique des demandes multiples que celle du « *forum shopping* ».

Ainsi, depuis 1997, avec l'instauration du mécanisme de Dublin, le demandeur ne peut déposer qu'une seule demande d'asile[416] dans un seul Etat membre. La détermination de la responsabilité du traitement de la demande d'asile s'effectue grâce à des critères bien déterminés **(paragraphe premier)**. Toutefois, il existe des exceptions qui assouplissent l'application parfois trop « rigide » de ces critères **(paragraphe deuxième)**.

Paragraphe première : les critères de détermination

Les articles 5 à 14 du Règlement Dublin énoncent plusieurs critères objectifs et hiérarchisés. Ils prévoient tout d'abord un critère familial permettant de regrouper la famille du demandeur. Ce critère respectueux des droits de l'homme est en réalité très restrictif. Il

[416] - La demande d'asile a toujours été définie très strictement par les divers instruments juridiques des Etats membres. La Convention d'application des accords de Schengen comme la Convention de Dublin la définissaient comme « *demande présentée par écrit, oralement ou autrement, par un étranger à la frontière extérieure ou sur le territoire d'une toute partie contractante en vue d'obtenir sa reconnaissance en qualité de réfugié conformément à la Convention de Genève du 28 juillet 1951* ». Autrement dit, la demande d'asile était celle qui sollicitait exclusivement la protection « conventionnelle » de la qualité de réfugié issue de la Convention de Genève. Il convient de relever que cette définition était très réductrice étant donné qu'elle ne tenait pas compte des autres demandes de protections existantes dans certains pays membres tels que les statuts B (statut humanitaire offert dans certains pays membres à des demandeurs d'asile qui ne pouvaient bénéficier de la protection conventionnelle) ou l'asile territorial

conviendra d'en apprécier la portée et les récentes modifications entérinées par le Règlement **(A)**.

Il faudra s'intéresser ensuite au « *critère d'autorisation* »[417] qui engage la responsabilité de l'Etat accueillant pour une demande d'asile d'un ressortissant de pays tiers entré régulièrement sur le territoire **(B)**. Ce critère reflète en fait, l'importance des contrôles aux frontières extérieures. Dans sa proposition de règlement, la Commission avait considéré que « *chaque Etat membre est responsable vis-à-vis de tous les autres de son action en matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et doit en assumer les conséquences dans un esprit de solidarité et de loyale coopération* »[418].

Cette approche a été maintenue, malgré les difficultés de preuve qu'elle implique ainsi qu'une répartition peu équilibrée des demandeurs d'asile entre les Etats membres. Il s'agira enfin de déterminer le critère de « *l'entrée irrégulière* »[419], qui engage la responsabilité d'un pays défaillant dans la surveillance de ses frontières **(C)**.

A- Le critère du regroupement de la famille :

Le premier critère, qui a la priorité sur les suivants, est fondé sur le regroupement familial. Il attribue la responsabilité de l'examen de la demande d'asile à l'Etat qui a admis à résider en tant que réfugié un membre de la famille du demandeur d'asile (art.7). Il faut donc que l'Etat dans lequel réside le membre de la famille ait reconnu la qualité de réfugié de ce dernier au sens de l'article 1 *lit*. A de la Convention de Genève.

Une telle condition réduit l'application pratique du Règlement, car elle exclut les situations dans lesquelles les membres de la famille du demandeur d'asile résident dans un Etat membre sous une autre forme de protection, telle que le statut de protection temporaire ou subsidiaire, ou du fait d'un simple permis de séjour.

En outre, tout comme le prévoyait la Convention de Dublin, le Règlement comprend dans la notion de membre de la famille le conjoint du demandeur d'asile, ses enfants mineurs et

[417] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), L'Europe et le droit d'asile et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale, éd. L'Harmattan, Logiques juridiques, 2001, p.212.
[418] - Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM/2001/447 final, JOC 304 du 30 octobre 2001, pp.192-201.
[419] -BOUTEILLET-PAQUET (D.), L'Europe et le droit d'asile, *op.cit*, p. 212.

célibataires[420], ainsi que ses parents ou son tuteur si le demandeur d'asile est lui-même mineur et non marié.

Il s'agit donc d'une conception éminemment stricte de la famille, envisagée uniquement comme comprenant les parents et les enfants mineurs sans tenir compte des relations qui peuvent exister collatéraux- mineur(e) et frère ou sœur majeur ; neveu et oncle, nièce et tante, etc.-, voire entre grands-parents et petits enfants, ce qui est d'autant plus inadapté à la situation des demandeurs d'asile qu'ils ne sont pas toujours en mesure de quitter leur pays d'origine dans des conditions qui leur permettent de constituer une « famille » au sens du règlement Dublin II.

A cet égard, il est à noter que la conception de la famille qui se dégage de la jurisprudence de la Cour EDH garantit beaucoup plus le « droit au respect de la vie familiale », proclamé à l'article 8 de la CEDH : pour la Cour EDH, la famille est constituée de toutes les personnes qui ont un lien de parenté et une relation effective : frères et sœurs[421], oncles et tantes[422], grands-parents[423], dés lors qu'existe entre eux un lien réel, affectif ou économique.

Enfin, si le demandeur d'asile est un mineur non accompagné, l'Etat responsable est celui dans lequel un membre de sa famille se trouve légalement[424]. Lorsque le demandeur d'asile est accompagné de son enfant, ou lorsqu'il en est le tuteur, l'art.4§3 garantit que leurs situations relèvent de la responsabilité du même Etat membre, même si le mineur n'est pas individuellement demandeur d'asile ; le même traitement est appliqué aux enfants nés après l'arrivée du demandeur d'asile sur le territoire des Etats membres.

Aussi, afin d'assurer que les membres d'une même famille ne soient pas séparés par une application trop stricte des critères du règlement Dublin, une clause dérogatoire permet de désigner un Etat responsable de l'examen des demandes d'asile de l'ensemble des membres de la famille, à la condition que toutes les demandes aient été déposées dans un même Etat membre

[420] - Ils doivent être à la charge du demandeur d'asile. Le règlement ne fait pas de distinction entre les enfants nés du mariage, nés hors mariage ou adoptés, conformément au droit national.
[421] - CEDH, *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II.
[422] - CEDH, *Boyle c. Royaume-Uni*, 8 février 1994, *Recueil des arrêts et décisions*, 1994.
[423] - CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n°31.
[424] - Art. 6 de la dite règlement. Ce rapprochement doit être dans l'intérêt du mineur, conformément à l'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 novembre 1989). En l'absence d'un membre de la famille, l'Etat membre responsable est celui dans lequel le mineur dépose sa demande d'asile.

simultanément, ou à des dates suffisamment rapprochées pour que les procédures puissent être conduites conjointement (art.14)[425].

Cette disposition permet d'apporter une réponse au douloureux problème[426] de la migration des mineurs isolés ou non- accompagnés[427]. Cet article témoigne donc d'une récente prise en compte de l'arrivée de plus en plus fréquente de mineurs isolés demandant l'asile en Europe. Il permet ainsi de mettre fin à des situations d'attente, lors de la détermination de la responsabilité de l'Etat, particulièrement intolérables pour ce type de population. Parce que, séparés de leur famille et de leur culture d'origine, ces enfants doivent recevoir une attention particulière à leur arrivée, d'autant que leurs conditions de migration peuvent avoir été très difficiles (violence, torture, famine, long transport, clandestinité, etc.). L'arrivée des mineurs isolés étrangers s'amplifie encore et si quelques Etats membres ont su anticiper et prendre en charge un certain nombre d'entre eux, d'autres pays connaissent des difficultés à les protéger.

En effet, l'accueil de ces mineurs étrangers est variable d'un pays européen à l'autre[428]. Certains ont prévu des législations particulières plus ou moins protectrices (Belgique, France), d'autres les assimilent à des étrangers majeurs en droit commun (Grèce). L'harmonisation européenne des droits est nécessaire dans les Etats membres et ce, d'autant plus que ces mineurs isolés se déplacent et voyagent d'un pays européen à un autre à la recherche de meilleures conditions d'accueil et d'assistance. Le cas de Calais[429] en témoigne puisqu'un nombre important de mineurs isolés étrangers, parfois en situation de grande détresse, arrivent dans la région de Calais dans l'espoir de traverser la Manche.

---

[425] - Cet Etat est celui que les critères désignent comme responsable de la prise en charge du plus grand nombre d'entre eux ou, à défaut, de la prise en charge du plus âgé d'entre eux.

[426] - Pour plus de détails sur ce sujet, voir JULINET (S.), « L'accueil aux frontières, mineurs isolés en danger », *Revue Plein Droit*, n°52, mars 2002, p. 11-14 ; DERHY (N.), « Les mineurs isolés en Europe : le cas de la France », *in Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, (sous la dir.de LAMBERT (P.) et PETTITI C.), collection Droit et Justice, n° 46, Bruylant, Bruxelles, 2003, p.38-51.

[427] - Plusieurs termes sont utilisés pour évoquer leur situation : mineurs isolés, séparés, non accompagnés, définitivement ou temporairement, contraints ou non, etc. Selon l'organisation Internationale des Migrations (OIM), les mineurs étrangers non accompagnés sont définis « comme des ressortissants de pays tiers ou apatrides âgés de moins de 18 ans étant arrivés sur le territoire d'un Etat membre sans être accompagnés d'un adulte responsable d'eux (légalement ou de fait) ; et aussi longtemps qu'ils ne seront pas placés sous la responsabilité d'une telle personne ; ou ayant été abandonnés après être entrés sur le territoire des Etats membres », http://avrr.belgium.iom.int/fr/autres-projets/mineurs-etrangers-non-accompagnes.html .

[428] - Pour plus de détails, voir, L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans 8 pays de l'UE, Etude comparative et perspectives d'harmonisation, Espagne- France- Grande-Bretagne – Grèce- Hongrie- Italie- Roumanie- Suède, Synthèse, octobre 2010, http://www.france-terre-asile.org/images/stories/children-studies/synthese-finale-fr.pdf .

[429] - GALINDO VELEZ (F.), « Calais, un problème européen et international », in Mineurs isolés étrangers Des enfants en quête de protection, 1ère assisse européenne du 17 décembre 2009 à Lille, FTDA, Le Département du Pas-de Calais et le Conseil Général du département Nord, p.36 et s.

Ici, il est à noter que le droit de l'Union a abordé de manière « *transversale la question des mineurs isolés étrangers. De façon incidente, dans certaines directives relatives à l'éloignement, à l'enfermement, à la protection subsidiaire ou temporaire, à la traite des êtres humains, au régime de l'asile, certains droits des mineurs isolés ont été fixés au coup par coup, au fil de l'eau de l'harmonisation de l'asile et de l'immigration. Certaines garanties élémentaires sont présentes tandis que d'autres font cruellement défaut ou sont laissées à la libre appréciation des Etats…* »[430].

En somme, en droit de l'Union européenne, la protection des mineurs est encore très partielle et l'idée de dispositions et d'un texte européen spécifique pour ces mineurs étrangers fait difficilement son chemin. Depuis 2009, on constate une accélération de discussions européennes allant dans le sens d'un renforcement des droits des mineurs isolés. Ainsi, par exemple, dans le Programme de Stockholm de 2009, l'UE s'est engagée à proposer des mesures politiques et juridiques de protection commune pour les mineurs étrangers non accompagnés. Le Plan d'action adopté en mai 2010 confirme cette volonté d'harmonisation des législations des Etats membres.

B- Le critère de responsabilité de l'Etat qui a autorisé l'entrée :

Ce critère (article 9 du règlement, ancien article 5 de la Convention de Dublin) oblige les Etats membres à se répartir les demandes d'asile en examinant lequel d'entre eux a autorisé l'entrée régulière du demandeur d'asile : la participation de l'Etat dans l'entrée du demandeur fait de lui le responsable. Autrement dit, « *le degré de responsabilité des Etats membres est lié à leur degré d'implication dans l'autorisation d'entrée sur le territoire de l'une des parties contractantes* »[431].

Plusieurs indices établissent la responsabilité de l'Etat. Ainsi, un titre de séjour ou un visa en cours de validité entraînent assez facilement la responsabilité de l'Etat qui les a émis. Si le demandeur d'asile dispose de plusieurs documents, c'est celui qui a la plus longue échéance[432]ou la plus lointaine[433]émission, qui entraine la responsabilité de l'Etat. Lorsque le titre de séjour de moins de deux ans ou le visa de moins de six mois est périmé, l'Etat

[430] - COURNIL (Ch.), « Les mineurs isolés étrangers en Europe : une réglementation commune en construction », *in L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés* (sous la dir.), Colloque, Nice 17-18 juin 2010, éditions A. Pedone, p.231.
[431] - BOUTEILLET- PAQUET (D.), *op. cit*., p.211.
[432] - Art. 9§3a) du Règlement.
[433] - Art. 9§3b) et c) du Règlement.

responsable sera celui qui a émis les titres et ce aussi longtemps que le demandeur n'aura pas quitté le territoire des Etats membres[434]. En revanche pour ce qui est des titres de séjour, la recherche est plus délicate car les Etats ne disposent pas tous d'une base de données informatiques commune, la pertinence de la preuve dépend alors des différences d'organisation des Etats membres.

Cependant, le retrait d'une demande d'asile au sens de l'article 2, sous c) dudit règlement, par le demandeur, qui intervient avant que l'Etat membre responsable de l'examen de cette demande ait accepté de prendre en charge le demandeur, a pour effet que ce règlement n'a plus vocation à s'appliquer. Dans un tel cas, il appartient à l'Etat membre sur le territoire duquel la demande a été introduite de prendre les décisions s'imposant au regard de ce retrait et, en particulier, de clôturer l'examen de la demande avec consignation de l'information y afférente dans le dossier du demandeur[435].

C- Critère de l'entrée irrégulière ou de la responsabilité de « l'Etat défaillant » :

Le dernier critère est relatif à l'entrée irrégulière du demandeur d'asile sur le territoire européen. Il n'est pas question ici de délivrance de visa ou de titre de séjour mais de contrôle des frontières ; chaque Etat doit être capable d'empêcher l'entrée irrégulière de demandeurs d'asile sur son territoire.

L'Etat défaillant est responsable lorsqu'il est établi sur la base de preuves ou d'indices que « *le demandeur d'asile a franchi irrégulièrement par voie terrestre, maritime, ou aérienne, la frontière d'un Etat membre dans lequel il est rentré en venant d'un Etat tiers* » [436]. La « défaillance » de cet Etat ainsi que sa responsabilité sont limitées dans le temps, puisque douze mois après le franchissement irrégulier de la frontière sa responsabilité cesse ; c'est l'Etat dans lequel a été déposée la demande d'asile qui devient alors responsable.

De même, le fait de séjourner pendant au moins cinq mois dans un Etat membre avant de déposer la demande (alors que l'entrée du demandeur était irrégulière, ou non établie), entraîne la responsabilité de l'Etat dans lequel cette demande est effectuée. Le règlement a réduit d'un

[434] - Art. 9§4 alinéa 1 du Règlement.
[435] - CJUE, 3 mai 2012, *Migrationverket c. Nurije Kastrati, Valdrina Kastrati, Valdrin Kastrati*, C-620/10.
[436] - Art. 10 du Règlement.

mois le délai, qui était de six auparavant[437], activant ainsi la responsabilité des Etats dans leur défaut de surveillance de leur territoire. Cette mesure incite les Etats membres à durcir leur contrôle aux frontières ainsi qu'à l'intérieur de leur territoire.

A cet égard, il est à noter que ce critère est le plus fréquemment utilisé, pour des raisons faciles à comprendre. En effet, les demandeurs d'asile sont souvent dépourvus des documents exigés pour une entrée régulière - généralement, au minimum un passeport revêtu d'un visa-, si bien qu'ils entrent sur le territoire de l'Union européenne sans se soumettre aux contrôles de la police aux frontières, ce qui a pour conséquence que leur point d'entrée ne peut être connu avec certitude et que, finalement, c'est l'Etat dans lequel ils ont pénétré irrégulièrement et à qui ils ont présenté leur demande d'asile qui est, le plus souvent, responsable de l'examen de cette demande, dés lors que la recherche d'un Etat responsable sur la base des autres sera restée vaine.

Ce critère soulève des difficultés d'application en raison de la difficulté d'apporter la preuve de l'entrée irrégulière. En effet, « *le rôle fondamental dans la capacité d'un Etat membre à établir la responsabilité d'un autre Etat revient dans la plupart des cas au demandeur d'asile lui-même. Le demandeur d'asile peut fort bien, par son mutisme et/ou la suppression des éléments de preuve, priver l'Etat membre auquel il s'adresse de tout moyen d'agir dans le cadre de la Convention de Dublin* »[438].

Face aux difficultés rencontrées, le Comité exécutif a dressé des listes d'indices et de preuves pouvant aider les Etats membres à déterminer leurs responsabilités[439].

Malgré cela, il est facile de contourner l'application de Dublin. En effet, il existe de nombreux cas dans lesquels la responsabilité de l'Etat n'est jamais déterminée. Ainsi, en l'absence de toute preuve concernant l'entrée sur le territoire, la responsabilité de l'Etat dans lequel l'étranger a déposé sa demande d'asile est engagée. Selon l'article 13 du règlement *« lorsque l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile ne peut être désigné sur la base des autres critères énumérés dans le présent règlement, le premier Etat membre*

[437] - Ancien art. 6 alinéa 2 de la Convention de Dublin.
[438] - Document de travail des services de la Commission, *Evaluation de la Convention de Dublin*, Bruxelles, 13 juin 2001, SEC(2001) 756.
[439] - Décision n°1/97 du 9 septembre 1997 du comité institué par l'article 18 de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 *relative à certaines dispositions pour mettre en œuvre la convention*, JOCE, L 281, 14 octobre 1997, p.1 ; Décision n°1/98 du 30 juin 1998 du comité institué par l'article 18 de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 *relative à certaines dispositions pour mettre en œuvre la convention*, JOCE, L 196 14 juillet 1998, p.49.

auprès duquel la demande d'asile a été présentée est responsable de l'examen ». L'utilisation de ce critère montre l'échec du mécanisme de la Convention de Dublin.

Les modifications amenées par le règlement et par son règlement d'application[440]ont précisé les listes de preuves et d'indices qui permettent d'aider les Etats membres dans leurs difficultés. L'absence fréquente de documents d'identité des demandeurs d'asile oblige les Etats à se servir d'un véritable faisceau d'indice pour retracer leur itinéraire. La liste A du règlement d'application de Dublin, propose une série d'exemples de preuves tels que le cachet d'entrée, le signalement positif à EURODAC, les titres de transport, etc. La liste B pose une série d'indices telles que les billets de train, les notes d'hôtel, les cartes de rendez- vous chez un médecin, ou encore les déclarations circonstanciées du demandeur d'asile. Toutefois, ces indices ne changent pas la logique de preuve et il est probable que les Etats rencontreront encore des difficultés pour déterminer leurs responsabilités.

Ainsi, le dispositif « Dublin » adopte une approche utilitaire centrée sur l'Etat. Il néglige les besoins de protection des demandeurs d'asile. Parmi les critères hiérarchisés retenus pour la détermination du pays responsable, peu de poids est accordé au choix du demandeur.

Ces critères ne font pas l'objet d'une application uniforme. Les pays ne s'entendent pas toujours sur les circonstances dans lesquelles certaines dispositions doivent s'appliquer[441]. Le HCR estime que la mise en œuvre effective du dispositif est sérieusement entravée par les interprétations divergentes que les Etats font de la Convention de Genève. Un demandeur peut, ainsi, être transféré vers un pays où ses chances d'obtenir l'asile seront bien moindres ou les conditions d'instruction de sa demande non satisfaisantes[442]. De plus, une personne dont la requête a été rejetée par un Etat qui suit une interprétation restrictive de la Convention, ne peut plus solliciter l'asile dans un autre membre qui aurait peut-être accédé à sa demande.

La complexité du mécanisme de détermination d'un Etat responsable s'avère donc, dans la plupart des cas, inutile et, en fin de compte, c'est la légitimité de toute la construction du

[440] - Règlement (CE) n°1560/2003 du Conseil du 2 septembre 2003 portant modalité d'application du règlement (CE) 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50 du 25 février 2003, L 50/1.

[441] - Commission européenne, *Rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin*, COM (2007) 299 final, Bruxelles, 6.6.2007, p.6.

[442] - Conseil d'Etat, Juge des référés, 25 novembre 2003, *Nikoghosyan*, AJDA 2004, p. 1198 ; Tribunal administratif de Lyon, 26 mai 2004, D., no 0403670 décisions citées par Forum Réfugiés, *Le règlement Dublin : principe et pratiques de la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'Union européenne*, Les notes techniques, N°1, Villeurbane, octobre 2005.

règlement qui est ainsi remise en cause parce que le Règlement Dublin II pousse les demandeurs d'asile à contourner le système. Etant donné que le franchissement des frontières d'un Etat doit être prouvé pour établir sa responsabilité, les demandeurs d'asile peuvent détruire les éléments de preuve du franchissement des frontières d'un Etat qui ne représente pas pour eux un pays de destination accueillant. C'est ce qui a été mis en exergue par l'affaire du *Cap Anamur*[443]. Cette condamnation à la clandestinité devient irréversible pour éviter les effets pervers d'un système « fondé sur une fiction : l'équivalence des niveaux de protection dans les Etats membres »[444].

Tant qu'il existe des différences entre les Etats de destination en matière de protection et tant que seul l'Etat ayant permis l'entrée illégale est responsable pour l'examen des demandes d'asile, les demandeurs seraient astreint à mentir sur leur provenance, à détruire leurs documents d'identité et à choisir l'Etat offrant le niveau le plus élevé de protection. C'est ainsi que, paradoxalement, le système de Dublin II favorise *l'asylum shopping*[445] alors qu'il a été conçu et maintenu pour l'éviter. La perversité du système, encourageant la clandestinité, fait le bonheur des passeurs et encourage le trafic de l'immigration clandestine.

Pour éviter les effets pervers de ce système, et surtout devant le constat de la capacité limitée de certains pays à accueillir tous les demandeurs d'asile et les conditions de rétention

---

[443] - *Le Cap Anamur*, un navire battant pavillon allemand de l'homonyme organisation humanitaire, a sauvé le 20 juin 2004 trente-sept migrants naufragés dans les eaux internationales du Canal de Sicile. Arrivés à 17 milles marins du Port d'Empédocle, en Sicile, les autorités italiennes refusent d'autoriser l'entrée du navire dans les eaux territoriales italiennes. Ce n'est que trois semaines après que l'accès au port italien a été autorisé. Quant au débarquement, il a eu lieu le jour suivant, entraînant l'arrestation du capitaine et de l'équipage pour aide à l'immigration clandestine conformément à l'article 11 de la loi Bossi-Fini et la conduite des clandestins dans des centres d'accueil. Pendant les 21 jours, durée du périple du navire *Cap Anamur*, trois pays européens se sont renvoyé la responsabilité de la détermination du statut des passagers. L'Allemagne, Etat du pavillon, l'Italie, pays de débarquement, et Malte, pays dans le port duquel le navire s'est amarré pour des réparations avant d'arriver au large des côtes italiennes. En fait, les autorités maltaises n'ont pas été informées de la présence à bord de migrants, le capitaine voulant éviter que les migrants sans aucun document d'identité ne soient arrêtés par la police maltaise. Selon le ministre italien de l'intérieur et son homologue allemand, ce serait Malte, premier port de débarquement, qui serait responsable de l'examen des demandes d'entrée sur le territoire et des demandes d'asile. Dans cette affaire, aucune preuve n'existe réellement de l'entrée irrégulière des 37 clandestins sur le territoire maltais, rien n'étant reporté dans le journal du capitaine dans lequel manquaient les pages correspondant à l'amarrage dans le port de la Valette. On a alors supposé que les demandeurs d'asile ont sciemment détruit toutes les preuves, y compris leurs documents d'identité, provenant pas d'un pays de guerre et ne fuyant pas une situation de persécution, TREVISANUT (S.) « *Le Cap Anamur* : profils de droit international et de droit de la mer », *ADMer*, 2004, pp. 54-55.

[444] - *Ibid*., p.55.

[445] - Selon Barbou des Places (S.), « au sens strict et neutre, *l'asylum shopping* est le processus par lequel un demandeur d'asile compare plusieurs pays de possible destination et sélectionne sur la base de plusieurs critères celui dans lequel il va finalement demander l'asile. Mais, les institutions de l'Union emploient ce terme dans un autre sens, décrivant le dépôt de demandes d'asile multiples simultanément dans le but de contourner les systèmes nationaux d'asile », BARBOU DES PLACES (S.) « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *EUI Working Paper Law*, n° 2004/6, http://www.iue.it/PUB/law04-6.pdf , p.23.

déplorables, le Parlement européen a demandé à la Commission une révision du Règlement Dublin II « *qui remette en cause son principe même, à savoir que l'Etat membre responsable du traitement d'une demande d'asile est le premier pays d'accès,.., et qui instaure un mécanisme équitable de répartition des responsabilités entre les Etats membres* »[446]. Or, à l'heure actuelle, l'Union ne semble pas encore évoluer dans ce sens.

Paragraphe deuxième : Les clauses dérogatoires

Le système de Dublin avait prévu des cas exceptionnels de non-application des critères de détermination. Deux clauses « *d'opting-out* » sont organisées par la Convention de Dublin et le Règlement. La première concerne les dérogations possibles pour raisons humanitaires (A). La seconde laisse une certaine latitude aux Etats pour traiter des demandes d'asile alors qu'ils ne sont pas, au départ, responsables selon les critères de Dublin : c'est la clause du traitement national (B).

A- La clause humanitaire :

Cette clause dite « humanitaire », qui autorise « tout Etat membre peut, même s'il n'est pas responsable en application des critères définis par le […] règlement », à examiner une demande d'asile afin de rapprocher des membres d'une même famille, ainsi que d'autres parents à charge pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels, à la condition que les personnes concernées y consentent »[447]. Cette clause écartait la possibilité d'une « *application mécanique* »[448] des critères.

Toutefois, cette clause était utilisable exclusivement pour des raisons humanitaires. Elle était laissée à la discrétion des Etats et le demandeur ne pouvait en aucun cas l'invoquer puisqu'il n'appartenait qu'aux Etats membres de la mettre en œuvre. Selon la décision du Comité Dublin, le rapprochement de la famille devait être mis en œuvre uniquement pour des raisons humanitaires, l'examen des liens familiaux devait être effectué au cas par cas et aucune obligation n'était imposée aux Etats membres. C'est discrétionnairement que les Etats

[446] -Point 15 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des camps de réfugiés à Malte, 24 avril 2006, http://www.libertysecurity.org/article893.html.
[447] - Art. 15 du règlement.
[448] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), *op.cit*., p. 216.

décidaient de se servir de cette clause dérogatoire. Ce critère a donc été très peu utilisé par les Etats membres et sa mise en œuvre diffère[449] d'un Etat à l'autre.

De plus, on remarque que malgré la prise en compte des membres de la famille dans la clause humanitaire, il est regrettable que le règlement n'ait pas étendu le critère de l'unité familiale (aux ascendants, aux enfants majeurs, aux collatéraux, etc.) et qu'il ait maintenu cette clause dérogatoire exceptionnelle et discrétionnaire.

D'autres raisons humanitaires permettent d'assouplir l'utilisation trop mécanique des critères de détermination. La décision du Comité et surtout le règlement les ont précisés. Ainsi, lorsque le demandeur d'asile se trouve dans une situation de dépendance, suite à une grossesse, un enfant nouveau né, une maladie grave, un handicap sérieux ou par vieillesse, l'Etat peut décider de le rapprocher d'un membre de sa famille ou d'une autre personne[450].

B- La clause du traitement national

La clause du traitement national ou « réserve de souveraineté » ou encore « clause dérogatoire »[451] permet à un Etat d'examiner lui-même la demande d'asile « pour des raisons tenant au droit national » et ce, quelle que soit l'application des critères de responsabilité posés par la Convention de Dublin. Cet Etat devient alors l'Etat membre responsable et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité. Cet Etat doit alors informer de sa décision l'Etat membre antérieurement responsable, celui qui conduit une procédure de détermination de l'Etat membre responsable ou celui qui a été requis aux fins de prise en charge ou de reprise en charge, afin que ce dernier n'ait plus à assumer de responsabilité, mette fin à la procédure engagée ou ne donne pas suite à la réquisition aux fins de prise en charge.

Ainsi, l'introduction de cette clause permettait un peu de souplesse dans le mécanisme mais surtout elle « *visait à éviter la censure des juridictions suprêmes des Etats membres en raison de la valeur constitutionnelle de l'asile dans certains Etats membres* »[452]. En effet, en France, par exemple, le préambule du 27 octobre 1946 pose une « obligation positive

[449] - CREACH (X.), « La protection de la famille dans la Convention d'Application de l'Accord de Schengen et la Convention de Dublin », avril, 1997, HCR, Paris.
[450] - Art. 15§2 du règlement.
[451] - Art. 3 alinéa 4 de la Convention de Dublin et l'article 3§3 du règlement.
[452] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), *op. cit*., p.217.

d'accueil » en matière d'asile lorsque « tout homme est persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ».

Section deuxième : Des instruments juridiques et techniques au service d'une politique d'asile européenne commune

Deux « outils » ont été mis en place pour déterminer les demandes d'asile. Ainsi, lorsque l'Etat responsable a été déterminé en vertu des critères du Règlement susmentionnés, une procédure de prise en charge est instaurée pour réadmettre le demandeur dans le pays membre concerné. Cette réadmission « infra- européenne » est organisée en commun grâce aux critères posés dans le système Dublin qui régulent et rendent plus efficace la gestion des demandes d'asile **(paragraphe premier)**.

Le système EURODAC participe à la détermination de l'Etat compétent pour le traitement de la demande d'asile. Le pays responsable de la demande peut être découvert plus rapidement grâce au système de comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile d'EURODAC. Ce dernier détecte les demandes multiples et par voie de conséquence participe à la détermination des demandes **(paragraphe deuxième)**.

Toutefois, malgré les efforts d'alignement, d'harmonisation, le bilan reste très mitigé. La pratique actuelle des Etats membres, s'agissant de la mise en œuvre du droit d'asile, démontre qu'il existe de grandes divergences dans les suites données aux demandes de protection internationale[453]. Face à ces disparités, la Commission a établi un plan d'action le 17 juin 2008[454], conduisant à réaliser la seconde phase du régime d'asile européen commun, telle que définie dans le programme de La Haye[455]. La Commission a ainsi formulé plusieurs propositions en ce sens[456], dont certaines visent en particulier à accroître la cohérence des régimes de protection au sein de l'U.E. Ces propositions laissent entrevoir une évolution

[453] - Commission européenne, Règlement créant le Bureau européen d'appui en matière d'asile. Résumé à l'intention des citoyens, 2009, [http://ec.europa.eu/home-affairs/summary/docs/easo_2009_fr.pdf].
[454] - Communication de la Commission « Plan d'action en matière d'asile – Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », COM/2008/0360 final, 17 juin 2008.
[455] - Le programme de La Haye adopté par le Conseil européen du 4 novembre 2004 avait fixé comme objectifs de la seconde phase la mise au point d'une procédure commune d'asile et d'un statut uniforme pour les personnes bénéficiant de l'asile ou d'une protection subsidiaire, le renforcement de la coopération pratique entre les services d'asile nationaux, et de la dimension extérieure de l'asile.
[456] - Les propositions ont été adoptées en décembre 2008 (« premier paquet »), puis février et octobre 2009 (« second paquet »). Elles portent sur la révision des directives « accueil », « qualification », « procédure », du Règlement « Eurodac » et du « Règlement de Dublin », ainsi que sur la création d'un programme européen commun de réinstallation et d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile.

importante dans la recherche d'une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union. Si la refonte de la législation européenne sur l'asile est toujours en cours, une nouvelle agence européenne a été mise récemment en place pour renforcer la coopération pratique en matière d'asile entre les Etats membres **(paragraphe troisième)**.

Paragraphe premier : Les procédures de prise et reprise en charge des demandeurs d'asile

Les modalités de transfert des demandeurs d'asile d'un Etat membre à l'autre sont très strictement définies par le Règlement. Deux types de réadmission sont possibles : D'abord, la prise en charge du demandeur par l'Etat membre responsable selon le critère de détermination du règlement **(A)**. Ensuite, la possibilité d'une « reprise » en charge d'un demandeur d'asile qui séjourne dans un autre Etat que celui dans lequel est examinée sa demande d'asile et qui n'est, de ce fait, pas responsable de la demande **(B)**.

A- La prise en charge des demandeurs d'asile présents sur le territoire dans lequel ils ont déposé leur demande :

La procédure de « prise en charge » du demandeur d'asile comprend la demande de transfert effectué par l'Etat qui n'est pas responsable, selon les critères du Règlement (Dublin II), la réponse de l'Etat concerné, ainsi que la réadmission proprement dite du demandeur d'asile.

Lorsque l'Etat dans lequel la demande d'asile a été faite n'est pas responsable de cette demande selon les critères de détermination, il dispose de trois mois maximum[457] pour demander à l'Etat responsable de prendre en charge le demandeur ; passé ce délai il devient responsable à son tour. Ce bref délai est dissuasif, il oblige les Etats à agir au plus vite pour ne pas se voir déclarer responsables[458].

[457] - Art.17§1 du Règlement.

[458] - Le délai initialement prévu dans la Convention de Dublin était de six mois mais il a été critiqué car il laissait les demandeurs d'asile dans des situations précaires, en attente de leur sort. A cet égard, le Règlement Dublin vise précisément à « *permettre une détermination rapide de l'Etat membre responsable afin de garantir un accès effectif aux procédures de détermination de la qualité de réfugié et ne pas compromettre l'objectif de célérité dans le traitement des demandes d'asile* » (§4 du préambule).

Toutefois, il existe une possibilité de demande de prise en charge en urgence (délai d'au moins une semaine) dans les hypothèses de refus d'entrée ou de séjour, d'arrestation pour séjour irrégulier, de mise à exécution d'une mesure d'éloignement, ou de placement en rétention[459]. Le demandeur d'asile se voit donc notifier une décision motivée signifiant que sa demande est irrecevable dans l'Etat où elle a été présentée et indiquant dans quel Etat membre elle doit être introduite. Cette décision est susceptible de recours.

Par ailleurs, l'Etat membre requis est tenu de procéder aux contrôles nécessaires et de répondre à la demande qui lui est adressée le plus rapidement possible, dans un délai maximum de deux mois[460] (sauf en cas d'urgence où le délai est ramené à un mois). Le défaut de réponse de l'Etat requis vaut acceptation de la demande d'asile.

En outre, il est à noter que le transfert du demandeur d'asile peut s'effectuer de trois manières différentes : à l'initiative du demandeur (une date maximale lui est imposée pour rejoindre le pays responsable), sous forme d'un départ contrôlé (de l'embarquement à l'arrivée dans l'Etat responsable) ou sous escorte. L'Etat concerné doit donc évaluer les intentions du demandeur (partira t-il de son gré ou pas ?) afin de déterminer si le transfert sera volontaire ou non. A partir de la notification expresse ou implicite de l'acceptation de l'Etat membre responsable, le délai maximum imparti au demandeur d'asile pour quitter le territoire est d'un mois. Ce délai écoulé, s'il ne s'est pas présenté spontanément il peut se voir transféré d'office.

La plupart du temps, le transfert d'office est préféré par le premier Etat membre. Certains transferts d'office ont soulevé des critiques car il semble que les Etats agissent dans la précipitation sans respecter les droits de l'homme. Ainsi, des analyses d'Amnesty international relèvent qu' « *en France, comme dans presque tous les autres Etats membres, des cas ont été rapportés de transferts effectués immédiatement après que l'intéressé ait été informé de la réponse favorable de l'Etat responsable, sans que lui soit laissé le temps de récupérer ses bagages ou d'exercer un recours contre cette décision* »[461].

Le Règlement organise également une série de modalités pratiques relatives à la prise en charge du demandeur (notification des décisions, délais, vérifications nécessaires…). Pour les mettre en œuvre, les Etats membres coopèrent entre eux (disponibilités sur les vols, laissez-

[459] - Art.17§2 du Règlement.
[460] - Art. 18 du Règlement.
[461] - A propos de l'étude de Conseil des réfugiés danois, in Rapport d'Amnesty international sur l'asile dans l'Union Européenne commentaire et articles, juin 2003, SF03R32, p.36.

passer, documents de voyage, etc.) afin d'exécuter le plus rapidement possible la réadmission du demandeur d'asile.

Ainsi, en permettant l'identification d'un « Etat responsable » pour chaque demande, le Règlement vise à assurer à chaque demandeur l'accès à une procédure d'asile, et en même temps à prévenir l'examen de sa demande par plusieurs Etats membres. Le corollaire de ce concept, parfois appelé de la « chance unique » est que tout autre Etat membre est en droit de « transférer » le demandeur vers l'Etat responsable pour que ce dernier examine sa demande ou, s'il l'a déjà rejetée, se charge de la suite de la procédure.

De prime abord, il n'était pas évident que les flux induits par le système de Dublin interrogent le respect des droits fondamentaux tels que garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. La pratique a, toutefois, vite démontré que tel était le cas.

Dans un contexte de persistante disparité des pratiques d'asile des Etats membres[462], voire de dysfonctionnement des systèmes de protection de certains Etats[463], les transferts Dublin sont devenus la source d'un contentieux abondant portant, en particulier, sur leur compatibilité avec le principe de non-refoulement déduit des articles 2 et 3 CEDH.

Saisie à plusieurs reprises de la question, la Cour E.D.H. avait rendu jusqu'à 2010 deux décisions d'admissibilité – T.I./Royaume-Uni et K.R.S./Royaume-Uni[464] et elle avait indiqué un nombre substantiel de mesures provisoires sur le fondement de l'art. 39 de son Règlement[465]. Le 21 janvier 2011 elle a enfin rendu, en formation de Grande Chambre, un arrêt de principe dans l'affaire M.S.S. contre Belgique et Grèce[466].

---

[462] - « Le pourcentage des décisions positives dans les Etats membres en 2009 varie en première instance de 65% en Pologne à 58% au Danemark jusqu'à moins de 1% en Grèce. Les taux de reconnaissance d'une protection diffèrent d'un Etat membre à l'autre pour une même nationalité : si le taux de protections accordées en 2008 pour les demandeurs irakiens était au sein de l'Union d'environ 46% en première instance, ce taux s'élevait en Italie et aux Pays-Bas respectivement à 88% et 67%, alors qu'il était de 0,2% en Grèce et d'environ 30% en Suède et au Royaume-Uni » (FORUM REFUGIES, Pour un régime d'asile commun, protecteur et pleinement respectueux de la Convention de Genève, janvier 2011, page 8, www.forumrefugies.org).

[463] - Cf. par exemple, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Observations on Greece as a country of asylum, décembre 2009.

[464] - Cour EDH, 7 mars 2000, T.I/Royaume-Uni, req. n° 43844/98 ; Cour EDH, 2 décembre 2008, K.R.S./Royaume-Uni, req. n° 32733/08.

[465] - Cf. HCR, information note on national practice in the application of article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece, 16 juin 2010, § 45 et 46.Il apparaît que le contentieux Dublin a significativement contribué à l'engorgement de la Cour EDH dénoncé dans la déclaration du Président de la Cour EDH concernant les demandes de mesures provisoires, du 11 février 2011.

[466] - Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, req. n° 30696/09.

Les faits de l'affaire peuvent être résumés comme suit. Monsieur M.S.S., ressortissant afghan, est entré sur le territoire de l'UE par la Grèce. Il arrive en Belgique où il introduit une demande d'asile le 10 février 2009. Sur la base des critères du Règlement Dublin, la Belgique demande à la Grèce de prendre en charge cette demande d'asile. Sans réponse de la Grèce, mais dans le respect des délais dudit Règlement, la Belgique notifie au requérant une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire belge vers la Grèce, désignée comme responsable de sa demande d'asile (12 mai 2009). Le requérant introduit un recours selon la procédure de l' « extrême urgence » à l'encontre de la décision de transfert auprès du Conseil du Contentieux des étrangers, qui va rejeter sa requête. Il sollicite également, auprès de la Cour EDH, l'indication de mesures provisoires à l'encontre de la Belgique, invoquant un risque de violation de l'article 3 de la CEDH en Grèce (conditions d'accueil) mais également des risques de renvoi vers son pays d'origine (où il indique craindre des persécutions et des mauvais traitements). Dans un premier temps, la Cour n'accorde pas de mesure provisoire se basant sur la confiance qu'elle place dans le respect par la Grèce de ses obligations issues de la CEDH et de la législation de l'UE en matière d'asile, mais sollicite d'être informée de la situation du requérant dès son arrivée. Le transfert du requérant vers la Grèce est exécuté par la Belgique le 15 juin 2009. Monsieur M.S.S est placé en détentions dès son arrivée, puis une carte de demandeur d'asile lui est délivrée. Il informe son avocat en Belgique de ses conditions de détention et de l'absence de logement ou ressources sur le sol grec. Dans un second temps, la Cour EDH, qui n'a pas de réponse à sa dernière demande, prend des mesures provisoires à l'encontre de l'Etat grec, en application de l'article 39 de son Règlement (2 juillet 2009)[467]. Le parcours du demandeur d'asile à son retour en Grèce donne raison aux doutes de la Cour. Elle demande de ne pas expulser le requérant dans l'attente de l'issue de la procédure devant la Cour.

In fine, la Cour condamne la Grèce pour les violations de l'article 3 de la CEDH (conditions de détention et d'existence) et des articles combinés 13 et 3 de la CEDH (défaillance de la procédure d'asile, pas d'examen sérieux des risques et pas de recours effectifs). Elle condamne également la Belgique pour avoir transféré le requérant vers la Grèce, l'exposant ainsi à un risque de violation de l'article 3 CEDH, et pour ne pas lui avoir assuré un recours effectif contre la décision de transfert (article 13, combiné aux articles 2 et 3).

[467] - Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *op.cit*., note11§ 40.

Au-delà des particularités de l'espèce, l'arrêt M.S.S. réaffirme la primauté des droits de l'homme dans le contexte de la mise en œuvre du système de Dublin, rappelle les Etats membres à leurs responsabilités en la matière et condamne une application toute axée sur l'efficacité des renvois. Il remet en question des pratiques établies et répandues en matière d'évaluation de la sécurité de l'Etat responsable. Il comporte en outre des enseignements significatifs sur les garanties à fournir au cours de la procédure Dublin au demandeur de protection, ainsi que dans le cadre du recours contre le transfert. Il met enfin en exergue les limites du système Dublin et du SECA, en son état actuel d'avancement, incitant les Etats à faire évoluer le droit d'asile de l'UE.

Dans le contexte ainsi, décrit, il était donc intéressant de voir quelle position allait adopter la CJUE, également saisie de questions préjudicielles au sujet de la clause de souveraineté reprise dans le Règlement Dublin II[468]. Elle a, en effet, posé les principes suivants dans son arrêt « N.S. contre Secretary of State for the Home Department & M.E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform »[469]. La C.J.U.E affirme que la décision d'un Etat membre, fondée sur l'article 3 parag. 2 du règlement Dublin II d'examiner ou non une demande d'asile par rapport à laquelle il n'est pas responsable au regard des critères énoncés par le règlement, met en œuvre le droit de l'Union au sens des articles 6 TUE et 51 de la Charte des droits fondamentaux (ci-après CDF), (point 69). Dans ce contexte, obligation est faite aux Etats membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme au droit de l'Union, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte de droit dérivé qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union (point 77) ; le système européen d'asile commun a été conçu sur le principe que les Etats membres peuvent s'accorder une confiance mutuelle quant au respect des droits fondamentaux (point 78).

Ainsi, il doit être présumé que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque Etat membre est conforme aux exigences de la CDF, à la convention de Genève ainsi qu'à la CEDH (point 80) s'il y a toutefois lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques[470] de la procédure d'asile et/ou des conditions d'accueil des demandeurs d'asile

[468] - Règlement Dublin II, article 3, parag. 2.
[469] - C.J.U.E., grande chambre, *aff. Jointes C- 411/10, N.S et C- 493/10 M.E.e.a.,* 21 décembre 2011.
[470] - Par « défaillances systématiques », il y a lieu d'entendre que des difficultés majeures de fonctionnement du système dans un Etat membre peuvent donc impliquer l'existence d'un risque sérieux que les demandeurs d'asile soient traités d'une manière incompatible avec leurs droits fondamentaux, en cas de transfert vers cet Etat membre (point 81).

dans l'Etat membre responsable[471], ayant pour effet de constituer des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur d'asile courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 CDF[472], un transfert vers cet Etat membre serait incompatible avec cet article 4 (point 86, 94 et 106) et ne peut donc pas être autorisé par les autres Etats membres, y compris leurs juridictions nationales (point 94).

Ayant établi ces différents principes, la C.J.U.E a, toute en renvoyant à l'arrêt M.S.S, expressément conclu qu'il existait en Grèce, à l'époque du transfert de M.S.S et autres, une « défaillance systémique » de la procédure d'asile et des conditions d'accueil (points 88 et 90).

En outre, les arrêts M.S.S., d'une part, et N.S/M.E. e. a., d'autre part, constituent à notre estime une parfaite illustration de la complémentarité[473] qui peut exister entre la Cour EDH et la CJUE, complémentarité qui devrait encore logiquement se renforcer à l'avenir.

B- La procédure de la « reprise en charge » :

La procédure de « reprise en charge » est une technique de réadmission mise en place pour lutter contre l'absence du demandeur d'asile sur le territoire de l'Etat chargé d'examiner la requête.

Il peut en effet, arriver qu'un demandeur d'asile dépose sa requête dans un premier Etat (dit « Etat de premier asile ») avant de se rendre dans un autre Etat membre. L'Etat de premier asile peut être tenu de reprendre en charge ce demandeur dans trois situations. Tout d'abord, lorsque le requérant se trouve irrégulièrement dans un autre Etat membre, alors que sa demande est en cours d'examen dans l'Etat de premier asile. Ensuite, lorsque la demande a été retirée en cours d'examen et formulée dans un autre Etat membre. Enfin, lorsque l'Etat de premier asile a rejeté la demande et que le requérant se trouve irrégulièrement dans un autre Etat membre.

---

[471] - L'avocat général (Mme V. Trstenjak) avait, dans les grandes lignes, tenu le même raisonnement que celui suivi par la Cour, si ce n'est que cette dernière met plus en évidence la notion de « défaillance systémique ». L'avocat général avait, pour sa part, plutôt mis l'accent sur ce qu'un risque, même sérieux, de violation de dispositions isolées du droit dérivé dans l'Etat membre normalement compétent, mais qui ne comporte pas en même temps une violation des droits que la CDF garantit au demandeur d'asile qui doit être transféré, n'est pas suffisant pour obliger l'Etat membre à exercer son droit d'évocation (points 126 et 127).

[472] - A savoir le pendant de l'article 3 CEDH, sur lequel la Cour E.D.H. a fondé son raisonnement dans l'arrêt M.S.S.

[473] - Comme cela a été observé par AUBERT (M.), BROUSSY (E.) et DONNAT (F.), « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *A.J.D.A.*, 2012, pp. 306 et s.

Dans ces trois hypothèses particulières, l'Etat membre requis (celui dans lequel se trouve le demandeur sans en avoir l'autorisation) doit donner sa réponse d'acceptation du transfert dans un délai d'un mois, délai ramené à deux semaines maximum lorsque la demande est basée sur des données obtenues à partir du système EURODAC[474]. Force est de constater que le système de comparaison des données accélère le délai de détermination et donc celui de reprise en charge des demandeurs d'asile.

Toutefois, il est à signaler que ces règles ne s'appliquent pas si un Etat délivre un titre de séjour au demandeur d'asile ; cet Etat devient alors titulaire des obligations de l'Etat responsable.

Autrement dit, à partir de l'acceptation de la responsabilité, l'Etat membre dans lequel a été introduite la demande d'asile informe le demandeur de l'obligation de son transfert. Il doit lui indiquer, le cas échéant, les délais et les possibilités de recours, et surtout l'informer de la date et du lieu où il devra se présenter à son arrivée dans le deuxième Etat membre. Le transfert proprement dit doit être organisé « *dès qu'il est matériellement possible et, au plus tard, dans un délai de six mois à compter de l'acceptation de la demande de prise en charge ou de la décision sur le recours ou la décision en cas d'effet suspensif* »[475], dans ce dernier cas la responsabilité revient à l'Etat dans lequel la demande d'asile a été introduite.

La CJUE s'est penchée sur cette question, dans l'affaire Petrosian e.a,[476] et a eu l'occasion à ce titre d'interpréter le règlement (CE) n° 343/2003. En fait, la famille Petrosian, d'origine arménienne, avait introduit une demande d'asile en France, puis en Suède. Les autorités nationales suédoises ont voulu renvoyer la famille en France, décision qui toutefois a été attaquée à plusieurs reprises par les Petrosian, de sorte que le délai de six mois prévu à l'article 20, paragraphe 1, sous d) dudit règlement avait expiré. Ce délai, qui « court à compter de la décision sur le recours ou la révision », est censé permettre à l'Etat membre auprès duquel la demande d'asile a été introduite de procéder au transfert, tandis que son expiration a pour conséquence de rendre responsable ce même Etat. La question centrale de l'arrêt portait sur l'évènement susceptible de faire courir le délai de six mois.

[474] - Art. 20 du Règlement.
[475] - Art. 19§3, le délai de six mois peut passer à un an si le demandeur est emprisonné ou dix-huit mois si le demandeur a pris la fuite. Cf. art.19§4
[476] - CJCE, *aff. Petrosian e.a*, C-19/08, 29 janvier 2009.

Dans sa réponse, la Cour a distingué, deux hypothèses, selon que les législations nationales prévoient, ou non, un recours suspensif. Ainsi, elle a décidé que, lorsqu'aucun recours susceptible d'effet suspensif n'est prévu, le délai d'exécution du transfert court à compter de la décision, explicite ou présumée, par laquelle l'Etat membre requis de consentir au transfert accepte de reprendre en charge l'intéressé. Par contre, si la législation de l'Etat membre requérant le transfert prévoit l'effet suspensif d'un recours, le délai d'exécution du transfert court, non pas déjà à compter de la décision juridictionnelle provisoire suspendant la mise en œuvre de la procédure de transfert, mais seulement à compter de la décision juridictionnelle qui statue sur le bien-fondé de la procédure et qui n'est plus susceptible de faire obstacle à cette mise en œuvre.

Qu'il s'agisse « d'une prise » ou « d'une reprise » en charge, les demandeurs doivent être réadmis. Les deux types de transfert entre Etats membres répondent à la même logique que les accords de réadmission conclus avec les pays tiers.

La coopération entre Etat est très importante dans ce type de procédure, pour faciliter les pratiques administratives, convenir de laissez- passer communs, rédiger des formulaires uniformes[477], s'accorder sur les documents types de transfert. Ces renvois entre Etats européens démontrent avec éclat, une fois de plus, que la liberté de circulation du demandeur d'asile est limitée par le principe d'unicité des demandes posé par le Règlement.

Par ailleurs, cette procédure de prise et de reprise en charge a soulevé des interrogations quant au respect des droits de l'homme et du principe de non- éloignement.

Dans une affaire de 2000[478], la Cour EDH a eu l'opportunité de s'exprimer sur les transferts des demandeurs d'asile entre Etats parties, et sur les risques de refoulement vers des pays tiers. Elle a estimé que « *l'éloignement indirecte (...) vers un pays intermédiaire, qui est également un Etat contractant, n'affecte pas la responsabilité du Royaume-Uni de s'assurer que le requérant ne sera pas, suite à la décision de l'expulser, exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la convention* ».

En outre, plus récemment, les transferts effectués vers la Grèce ont fait l'objet de plusieurs recours devant les tribunaux britanniques, dont un a été tranché en décembre 2008 par la Cour

[477] - Cf. Annexe I du Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003.
[478] - CEDH 7 mars 2000, *T.I. c /Royaume Uni*, req. n°43844/98.

EDH[479]. Avant cette décision, les normes et pratiques d'accès à l'asile en Grèce avaient été critiquées par des organisations internationales et des associations de défense de réfugiés. Dans un rapport publié le 15 avril 2008, le HCR condamnait la qualité de la procédure de détermination du statut de réfugié, ainsi que les mauvaises conditions de réception et la détention des demandeurs d'asile. Estimant qu'un réel risque de refoulement existe pour des individus envoyés vers la Grèce, le HCR recommandait aux Etats européens de surseoir aux transferts vers ce pays.

Ainsi, les obligations de prise et de reprise en charge cessent si le demandeur d'asile quitte le territoire des Etats membres pendant une durée d'au moins trois mois sans être titulaire d'un titre de séjour en cours de validité délivré par l'Etat membre responsable et si à la suite du retrait ou du rejet de la demande d'asile, l'Etat membre responsable a pris et mis en œuvre les dispositions nécessaires pour que le requérant se rende dans son pays d'origine ou dans un autre pays où il peut légalement se rendre.

Paragraphe deuxième : La technique du système EURODAC[480] au service de la gestion des demandes d'asile

Un règlement du Conseil du 11 décembre 2000 a créé le système EURODAC[481], un « fichier de comparaison d'empreintes digitales permettant un fonctionnement plus efficace de la Convention de Dublin en détectant les demandes d'asiles multiples sans avoir recours aux preuves matérielles de détermination de l'Etat responsable». A cet égard, dans ses préconisations du 3 décembre 2008, la Commission a souhaité une évolution des règles de transmission des empreintes digitales du fichier EURODAC en vue d'identifier plus facilement l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile en vertu du règlement Dublin.

---

[479] - Cour EDH, aff. K.R.S.c.Royaume-Uni, décision de recevabilité du 2 décembre 2008, requête n°32733/08, en ligne : http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=K.R.S.&sessioned=18751441&skin=hudoc-en.

[480] - EURODAC est la contraction des mots « européen » et « dactyloscopie ».

[481] - Règlement n°2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000, J.O.C.E. n° L 316, 15 déc. p.1 ; Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du Règlement (CE) n°2725/2000 concernant la création du système EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, J.O.C.E. n° L 062 du 05.03. 2002, pp.1-5 ; Communication de la Commission relative à la mise en œuvre du règlement (CE) n°2725/2000 « EURODAC», J.O.C.E. C 5 du 10 janvier 2003.

Ainsi, le règlement EURODAC constitue l'un des premiers actes de la politique commune de l'asile, il pose les bases d'un fichage massif des demandeurs et participe à la détermination de la demande d'asile **(A)** mais on peut s'interroger sur ce mécanisme qui identifie les étrangers en situation irrégulière **(B)**.

A- Le fichage massif des demandeurs d'asile :

Depuis le 15 janvier 2003, avec l'entrée en vigueur du règlement « EURODAC » tous les demandeurs d'asile ont leurs empreintes digitales relevées lorsqu'ils présentent une demande d'asile dans les Etats européens[482].

Ce règlement crée une base de données centrale informatisée regroupant des données relatives aux demandeurs d'asile, en particulier leurs empreintes digitales. Une unité centrale, créée au sein de la Commission, est chargée de gérer cette base de données pour le compte des Etats membres (art.3). Ces derniers sont tenus de relever les empreintes digitales de chaque demandeur d'asile et de chaque étranger appréhendé à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure et n'ayant pas été refoulé, à la condition qu'ils soient âgés de 14 ans au moins.

En ce qui concerne les demandeurs d'asile, ces données dactyloscopiques sont transférées à l'unité centrale, qui les compare avec celles déjà transmises par d'autres Etats membres et enregistrées dans la base de données centrale[483]. Le résultat de la comparaison est transmis sans délai à l'Etat membre d'origine, qui procède à l'identification définitive en coopération avec les Etats membres concernés[484]. Ainsi, si les résultats de la comparaison sont positifs, l'Etat membre pourra transférer le demandeur d'asile vers l'Etat où il a présenté sa première demande ou par lequel il est entré dans l'U.E.

En plus des empreintes digitales, des données relatives aux demandeurs d'asile[485] sont également enregistrées dans la base de données centrale ; elles y sont conservées pendant dix

[482] - A l'exception du Danemark, la Norvège et l'Islande.
[483] - Art. 4§3 du Règlement.
[484] - Art. 4§5 et 6.
[485] - En vertu de l'article 6 du règlement, ces données portent uniquement sur l'Etat membre d'origine du demandeur d'asile, son sexe, le lieu et la date de la demande d'asile, le numéro de référence attribué par l'Etat membre d'origine, la date à la quelle les empreintes ont été relevées, transmises à l'unité centrale et introduites dans la base de données centrale, ainsi que les renseignements sur le(s) destinataire(s) des données transmise et la date de la (des) transmission(s).

ans à compter de la date du relevé des empreintes, puis sont automatiquement effacées[486]. Quant aux étrangers appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure, leurs empreintes digitales ainsi que d'autres données les concernant[487]sont également enregistrées dans la base de données centrale, mais ne sont comparées qu'avec les données relatives à des demandeurs d'asile transmises ultérieurement à l'unité centrale[488]. Elles servent ainsi à prouver l'entrée illégale d'un demandeur d'asile. Ces données sont automatiquement effacées à l'échéance d'un délai de deux ans à compter de la date du relevé des empreintes digitales[489] ; ce délai peut être raccourci si l'étranger se voit délivrer un titre de séjour, quitte le territoire des Etats membres ou acquiert la citoyenneté d'un Etat membre[490].

Enfin, les Etats membres peuvent également relever les empreintes digitales des étrangers se trouvant illégalement sur leur territoire et les transmettre à l'unité centrale, afin de vérifier s'ils n'ont pas présenté une demande d'asile dans un autre Etat membre. Ces empreintes ne sont pas enregistrées, car elles ne servent qu'à une comparaison immédiate avec les données dactyloscopiques concernant des demandeurs d'asile transmises par d'autres Etats membres et déjà enregistrées dans la base de données centrale.

L'objectif affiché d'EURODAC est d'identifier tous les demandeurs d'asile afin de détecter les « demandes d'asile multiples ». Ainsi, ce mécanisme est un maillon indispensable au régime commun du demandeur d'asile. Les demandes multiples sont détectées grâce aux comparaisons des « récoltes » d'empreintes de chaque Etat membre.

Le système EURODAC est le premier système d'identification d'empreintes digitales, automatisé et commun au sein de l'Union. L'utilisation de données biométriques à partir d'empreintes digitales a été choisie car il semble qu'elle soit la plus fiable « *pour contrer les récidives dans les tentatives d'entrée sur le territoire Schengen* »[491]. Son fonctionnement s'est révélé performant et très précis[492].

---

[486] - Art.6 du règlement.
[487] - En vertu de l'art.8§2 du règlement, ces données portent uniquement sur l'Etat membre d'origine de l'étranger, son sexe, le lieu et la date où il a été appréhendé, le numéro de référence attribué par l'Etat membre d'origine, la date à laquelle les empreintes ont été relevées et transmises à l'unité centrale.
[488] - Art. 9§1 du règlement.
[489] - Art. 10§1 du règlement.
[490] - Art. 10§2 du règlement.
[491] - Rapport n°1 du Sénat français, COURTOIS (J-P), 2003/2004, p.64.
[492] - Le système peut traiter 500 000 comparaisons par secondes, avec une précision dépassant les 99,9%. www.steria.be/press/pop_release_05_fr.htm.

Cependant, ces quelques précisions censées faire office de garanties ne doivent pas induire en erreur. La protection des données personnelles des personnes inscrites dans EURODAC est loin d'être garantie.

Autrement dit, les critiques les plus vives à l'encontre du Règlement Dublin se rapportent à la violation des droits fondamentaux des demandeurs d'asile[493]. Plusieurs organismes constatent que, malgré le caractère obligatoire du Règlement, des divergences importantes subsistent entre les pratiques des Etats membres ; l'application du Règlement est ainsi susceptible de porter atteinte aux instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette problématique mérite un développement, car le Règlement Dublin, tout comme la politique d'asile européenne dans son ensemble, est intrinsèquement lié aux droits fondamentaux.

B- Le contrôle détourné des flux migratoires :

Le Règlement a étendu ce système aux étrangers se trouvant irrégulièrement à la frontière d'un Etat membre[494] ou ayant été appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure[495].

Ainsi, le relevé des empreintes ne concerne pas seulement celles des demandeurs d'asile. Cette possibilité a été très discutée et a causé des divergences entre la Commission et le Parlement européen[496]. En effet, la prise en compte des étrangers irréguliers dans ce système de comparaison des empreintes suscite des inquiétudes quant à l'utilisation réelle des données d'EURODAC. Cet amalgame permet d'envisager que ce système serve aussi à la lutte contre l'immigration irrégulière. En théorie, selon le Règlement EURODAC, les données des étrangers irréguliers ne devraient pas être enregistrées mais seulement comparées avec celles relatives aux demandeurs d'asile déjà enregistrés dans l'unité centrale. On peut quand même émettre des doutes sur les possibles croisements d'informations avec d'autres fichiers nationaux notamment avec les fichiers policiers.

A ce titre, le Conseil d'Etat en France a estimé que l'inscription par les autorités allemandes d'un ressortissant d'Etat tiers au fichier du Système d'Information Schengen, au

[493] - Voir notamment HCR, The Dublin II Regulation, A UNHCR Discussion Paper, avril 2006, et Conseil Européen sur les Réfugiés et les Exilés/European Legal Network on Asylum, Report on the application of the Dublin II Regulation in Europe, mars 2006.
[494] - Art. 11 du Règlement.
[495] - Art.8 du Règlement.
[496] - Deux avis du Parlement européen, des 7 juillet et 21 septembre 2000.

seul motif qu'il avait continué à séjourner sur le territoire à la suite du rejet de sa demande d'asile, était irrégulière[497]. Une telle solution aurait pu se retrouver dans le corps législatif afin de renforcer la sécurité juridique et ne pas compromettre l'application uniforme du droit de l'Union. La Cour de justice a pourtant eu l'occasion de préciser qu'en cas de divergence entre les dispositions de la C.A.A.S et les dispositions européenne plus protectrices, les secondes l'emportent sur les premières[498].

Surtout, le règlement ne traite pas de la situation administrative du demandeur d'asile durant la procédure de prise en charge, lorsque l'Etat auprès duquel il a introduit sa demande estime n'être pas responsable de l'examen. Il peut en résulter une grande précarité : dans de nombreux cas, les personnes concernées n'ont ni titre de séjour, ni allocation ou hébergement social. L'exemple français est à cet égard significatif.

Ainsi, Sylvia Preuss- Laussinotte rappelle que « *l'objectif officiel de ce projet était à l'origine de pouvoir accélérer l'examen des demandes d'asile grâce à l'identification des demandeurs d'asile par leurs empreintes digitales. Mais il est vite apparu que la finalité principale d'EURODAC était de repérer les tentatives d'obtention frauduleuse du statut de réfugié* »[499]. (…) « *il est clair que dés l'origine, l'objectif n'a pas été lié à l'asile, mais à la lutte contre l'immigration clandestine* »[500].

Le Règlement EURODAC affirme le respect des instruments juridiques essentiels relatifs à la protection des données. Cependant, même si la procédure de ce système est peu complexe, son utilisation soulève des interrogations juridiques[501] et trois points importants peuvent notamment être critiqués. Le premier concerne la conservation des empreintes des demandeurs d'asile qui ont obtenu la qualité de réfugiés : elles sont verrouillées cinq ans[502] après le début de l'activité d'EURODAC. Le deuxième touche à la saisine des empreintes des mineurs de plus de 14 ans qui n'est pas conforme à l'esprit de la Convention internationale des droits de l'enfant (même si le règlement y fait référence). Le dernier point a trait à la méthode de collecte des données biométriques. En effet, parallèlement à l'enthousiasme unanime des Etats face au

[497] - CE 11 juillet 2001M. et Mme Iqbal, req. n° 206644 ; voir également M. Gautier, « le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen », DA, mai 2005, n° 5, étude n° 8.
[498] - CJCE 31 janvier 2006 *Commission c/Espagne*, aff. C-503/03. Toutefois, en l'absence de précisions contenues dans le « règlement Dublin » il n'est pas certain qu'elle fasse prévaloir dans tous les cas une solution identique.
[499] - PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, éd. LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 209, 2000, p.58.
[500] - *Ibid*., p.56.
[501] - *Ibid*., pp. 56-58.
[502] - Art. 12 du Règlement.

système EURODAC, des études récentes d'experts[503]font apparaitre que la méthode d'identification que ce système apporte n'est pas aussi fiable qu'on le pensait.

Ainsi, Philippe Wolf estime, que non seulement il est faut de penser que la biométrie apporte une sécurité supérieure aux autres procédés, mais qu'au contraire, elle peut s'avérer bien plus dangereux… Tout dépend de l'utilisation qu'en est faite.

Notons enfin que le fichage informatique des demandeurs d'asile est en train de se diversifier et de se généraliser[504] puisque, depuis le 1er septembre 2003, le système EURODAC est renforcé par le système Dublinet[505]. Ce nouveau réseau « sûr » permet aux autorités nationales de se transmettre les données des demandeurs d'asile par communications électroniques. Ce réseau constitue une accélération des échanges d'information entre les Etats et apparait, selon ces mêmes Etats, comme une infrastructure fiable d'authentification et de protection des données relatives aux demandeurs d'asile.

Toutefois, dans son deuxième rapport d'inspection[506], daté du 24 juin 2009, le Groupe de coordination du contrôle d'EURODAC a mis en évidence plusieurs problèmes qui rendent les garanties de protection des données personnelles incertaines.

Il a montré que les informations fournies aux demandeurs d'asile sur leurs droits et l'utilisation de leurs données sont souvent incomplètes, notamment pour ce qui est des conséquences de la prise des empreintes digitales et le droit d'accès et de rectification des données. Par ailleurs, les informations fournies diffèrent d'un Etat membre à un autre et, en général, les migrants sans papiers sont moins bien informés que les demandeurs d'asile, ce qui représente une différence de traitement injustifiée.

Il a également rappelé que les méthodes utilisées pour la détermination de l'âge des demandeurs d'asile posent problème. En effet, non seulement elles ne sont pas établies par un texte clair et accessible, mais les autorités ne semblent pas prendre en compte la marge d'erreur importante de ces méthodes.

---

503 - Cf. notamment : WOLF (P.), « de l'authentification biométrique », *in Infosécu* (CNRS), n° 46, octobre 2003. http://www.cnrs.fr/Infosecu/num 46.pdf.

504 - Voir sur la question des fichiers informatiques et des étrangers, la thèse de PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, éd. LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 209, 2000.

505 - Pour plus de détails sur ce sujet, consulter : www.europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1271_fr.pdf

506 - http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Eurodac/09-06-24_Eurodac_report2_EN.pdf

Ces constats sont d'autant plus inquiétants qu'EURODAC concerne un nombre non négligeable de personnes. Ainsi, selon les chiffres de la Commission européenne publiés dans son Rapport annuel 2008 sur les activités EURODAC, 219 557 séries d'empreintes digitales de demandeurs d'asile ont été prises et plus de 130 000 étrangers sans papiers ont été fichés soit qu'ils aient été appréhendés lors d'un franchissement irrégulier des frontières (61 945) soit qu'ils l'aient été alors qu'ils se trouvaient déjà irrégulièrement sur le territoire d'un Etat membre de l'Union (75 919)[507]. Satisfaite de la gestion du régime d'asile commun, la Commission elle-même souligne néanmoins que « le respect du principe selon lequel « aucune donnée ne peut être conservée sous une forme permettant l'identification de la personne concernée pendant plus longtemps que ne l'exigent les finalités de la collecte » ne peut être correctement contrôlé ». Enfin, elle relève que l'imprécision relative à la désignation des autorités nationales ayant accès à EURODAC est gênante[508].

Les constats négatifs établis par le Groupe de coordination d'EURODAC n'ont pas empêché la Commission européenne de demander le 10 septembre 2009, dans une proposition modifiée d'amendement du règlement EURODAC[509], l'extension de l'accès à EURODAC par les services répressifs, aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves. Cette tentation d'ajouter à EURODAC une finalité répressive est échouée. Elle est considérée comme illégitime et contraire à la Convention européenne des droits de l'homme par le contrôleur européen de la protection des données dans un avis du 7 octobre 2009[510].

En suivant cette démarche, le 30 mai 2012, la Commission a adopté une nouvelle fois, une proposition relative à une refonte du règlement EURODAC qui prévoit également l'accès aux données EURODAC par les autorités répressives des Etats membres et EUROPOL[511] à des fins

---

[507] - Voir « La base de données biométriques de l'UE continue de garantir une gestion efficace du régime d'asile européen commun », communiqué de presse IP/09/1357 du 25 septembre 2009, disponible sur http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1357&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en .

[508] - Voir la proposition de nouveau règlement EURODAC, COM (2008) 825 final du 3 décembre 2008 : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0825:FIN:EN:PDF.

[509] - COM (2009) 0342.

[510] - Voir Avis du Contrôleur européen des données sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du Règlement (CE) et la proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des Etats membres et Europol à des fins répressives, JOUE n° C 92, 10 avril 2010, p.1

[511] - L'office européen de police est crée par l'Acte du Conseil du 26 juillet 1995 *portant établissement de la Convention sur la base de l'article K3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention EUROPOL)*, J.O.C.E., n° C 316 du 27 novembre 1995. Pour plus de détails sur ce sujet, voir GARCIA-JOURDAN (S.), *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.502 et s.

répressives[512]. Le 5 septembre 2012, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD)[513] a adopté son avis sur cette proposition[514]. Il considère que cette modification constitue une intrusion grave dans les droits d'un groupe de personnes vulnérables en quête de protection, et demande si un tel accès est vraiment nécessaire.

Par exemple, si une empreinte digitale est relevée sur le lieu d'un délit, les demandeurs d'asile pourront potentiellement être identifiés grâce aux données EURODAC, tandis que d'autres personnes y échapperont parce que ce type de données n'est pas disponible pour tous les autres groupes de la société.

Le CEPD souligne qu'un certain nombre d'instruments juridiques déjà existants permettent à un Etat membre de consulter les empreintes digitales et d'autres données détenues par les autorités répressives d'un autre Etat membre. La Commission n'a pas apporté la preuve que ces instruments sont insuffisants, ni démontré toute autre raison de fond pour laquelle l'accès aux données des demandeurs d'asile est nécessaire.

M. Peter Hustinx (CEPD) déclare : « *Ce n'est pas parce que des données ont déjà été recueillies qu'elles doivent pouvoir être utilisées à d'autres fins pouvant entraîner des conséquences négatives majeures sur la vie des individus. Empiéter sur la vie privée des individus et risquer de les stigmatiser requièrent une solide justification et la Commission n'a tout simplement pas fourni de raison suffisante pour laquelle les demandeurs d'asile devraient subir un tel traitement* ».

Le CEPD demande instamment à la Commission de fournir des preuves solides et des statistiques fiables quant à la nécessité de consulter les données EURODAC. Dès lors que le besoin est démontré, le CEPD est d'avis que tout accès soit soumis à des garanties strictes et adéquates. Il recommande notamment :

---

[512] - COM (2012) 254 final.

[513] - Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) est une autorité de contrôle indépendante dont l'objectif est de protéger les données à caractère personnel et la vie privée et de promouvoir les bonnes pratiques dans les institutions et organes de l'U.E. A cet effet, il remplit les tâches suivantes :
- contrôler les traitements de données à caractère personnel effectués par l'administration de l'U.E ;
- donner des conseils sur les politiques et les textes législatifs qui touchent à la vie privée ;
- coopérer avec les autorités de même nature a fin de garantir une protection des données qui soit cohérente.

[514] - L'avis est disponible sur le site Internet du CEPD. Pour plus d'informations: press@edps.europa.eu

- Que l'accès aux données EURODAC par les autorités répressives soit soumis à des critères spécifiques et clairement définis comme par exemple une suspicion raisonnable que l'auteur d'une infraction terroriste ou pénale grave a demandé l'asile ;

- Qu'il soit clairement prévu que le transfert de données vers des pays tiers est interdit ;

- Qu'une demande d'accès à des fins répressives soit vérifiée par une autorité indépendante ou, de préférence, soumis à une autorisation judiciaire préalable ;

- Que la nécessité d'un accès direct par EUROPOL aux données EURODAC soit décrite de manière très claire et que l'accès soit soumis aux mêmes garanties strictes que celles s'appliquant aux autorités nationales compétentes.

La question de l'identification et authentification des individus prend, ainsi, une place très importante dans la politique européenne de l'asile.

Paragraphe troisième : La création du Bureau européen d'appui en matière d'asile

Sur la base d'une proposition de Règlement de la Commission du 18 février 2009[515], le législateur de l'Union a adopté le 19 mai 2010, selon la procédure législative ordinaire, le règlement n° 439/2010 « portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile »[516].

La création de ce Bureau (BEAA-EASO selon le sigle anglais pour « *European Asylum Support Office* ») a été décidée lors du Conseil européen d'avril 2008, puis inscrite dans le Pacte européen pour l'immigration et l'asile, dans lequel le Conseil européen a convenu « de mettre en place en 2009 un bureau d'appui européen qui aura pour mission de faciliter les

[515] - La Commission explique l'importance majeure du renforcement de la coopération pratique entre les Etats membres en matière d'asile : « les divergences importantes dans le processus décisionnel des 27Etats membres (…) résultent également d'autres facteurs, non législatifs, parmi lesquels figurent notamment les traditions et pratiques divergentes dans les différents Etats membres, ainsi, en particulier, que les différences dans l'information relative aux pays d'origine des demandeurs de protection internationale », proposition de règlement instituant le Bureau européen d'appui en matière d'asile, COM (2009) 66 final, pp.2-3. La création d'une structure au sein de l'Union appuyant les Etats membres dans leurs efforts pour rapprocher leurs pratiques nationales dans le domaine de l'asile est apparue comme une étape décisive de la réalisation d'un système cohérent d'asile au niveau de l'Union.

[516] - Pour une présentation plus approfondie, voir COMTE (F.), « Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel de l'Union : le Bureau d'appui en matière d'asile européen », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2/2010, pp.287-320.

échanges d'informations, d'analyses et d'expériences entre Etats membres et de développer des coopérations concrètes entre les administrations chargées de l'examen des demandes d'asile.

Organe de coopération administrative, le bureau d'appui, n'a pas de compétence décisionnelle ni de compétence de contrôle, les Etats membres étant très peu enclins à voir leur pouvoir décisionnel en matière d'asile limité. L'article 2§6 du règlement n° 439/2010 précise ainsi que « le Bureau d'appui ne dispose d'aucune compétence en ce qui concerne la prise de décisions par les autorités des Etats membres compétentes en matière d'asile concernant les demandes individuelles de protection internationale ».

Aux fins de rendre les pratiques des Etats membres en matière d'asile plus cohérentes, le Bureau se voit attribuer trois tâches. La première est d'offrir un appui à la coopération pratique entre les Etats membres en matière d'asile, de trois manières : le Bureau mutualise les activités relatives aux informations sur les pays d'origine (article 4 du règlement), il apporte un soutien à la répartition au sein des Etats membres des personnes bénéficiant d'une protection, en concertation avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (article 5) ; il coordonne les opérations de réinstallation.

La seconde tâche confiée au BEAA est de contribuer à la mise en œuvre du régime d'asile européen commun en centralisant les informations concernant les avancées de la mise en œuvre du régime d'asile européen commun[517]. A cet égard, le Bureau est tenu de produire un rapport annuel sur l'état de l'asile dans l'Union.

En fait de mise en œuvre du système d'asile européen commun, on note aussi que le BEAA organise et développe des formations de haut niveau destinées aux membres de l'ensemble des administrations et juridictions nationales, ainsi qu'aux services nationaux compétents en matière d'asile dans les Etats membres (article 6). Ces formations « mettent en évidence les principes-clés et les bonnes pratiques qui permettront de renforcer la convergence des méthodes et décisions administratives et des pratiques juridiques, dans le plein respect de l'indépendance des juridictions nationales ».

La troisième tâche attribuée au Bureau est d'apporter son soutien aux Etats membres soumis à des pressions particulières (article 8 à 10 du règlement).

[517] - Aux termes de l'art.3§3 du règlement, le Bureau « fournit une assistance scientifique et technique en ce qui concerne les politiques et la législation de l'Union dans tous les domaines ayant une incidence directe ou indirecte sur l'asile » et il « constitue une source indépendante d'informations sur toutes les questions relevant de ces domaines ».

La mise sur pied de ce Bureau d'appui constitue donc sur le papier une réalisation majeure aux fins d'assurer la cohérence du régime d'asile commun. Toutefois, l'importance de l'étape ne peut aujourd'hui être mesurée pleinement car le succès du Bureau dépendra assurément de l'orientation qui sera donnée à sa pratique, des priorités fixées, de son fonctionnement[518], de la personnalité de son directeur, etc.

Chapitre deuxième : Un système complexe et à géométrie variable de recevabilité et d'accueil des demandes d'asile

La directive « procédure », qui avait fait l'objet d'un accord politique dès le 29 avril 2004, n'a été formellement adoptée que le 1er décembre 2005[519] après de laborieuses tractations portant sur la liste des pays d'origine sûrs. Soumis pour avis au Parlement européen qui avait fait des nombreuses propositions d'amendements, elle a finalement été adoptée sans prise en compte de ces amendements au motif que, l'accord étant intervenu avant la communautarisation des questions d'asile, la procédure de co-décision, n'était pas applicable. Le 8 mars 2006, le Parlement européen a formé un recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes en soulevant des moyens de forme et de fond à l'appui de sa requête[520].

Les normes arrêtées valent aussi pour l'octroi de la protection subsidiaire, puisqu'elles concernent toute demande d'asile présentée sur le territoire des Etats membres et que toute demande de protection internationale est présumée être une demande d'asile en vertu de la Convention de Genève[521].

---

[518] - Il est à noter à cet égard que l'art.53 du règlement précise que « l'Etat membre du siège assure les meilleurs conditions possibles pour le bon fonctionnement du Bureau d'appui… ».

[519] - Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, *JOUE* L 326 du 13 décembre 2005, pp.13-34.

[520] - Requête en annulation déposée par le Parlement européen du 8 mars 2006, Affaire C-133/06 (Parlement européen contre Conseil de l'Union européen), *JOUE*, n° C 108/12 du 6 mai 2006.

[521] - Voir les articles 2 b et 3§1 de la directive 2005/85. L'art. 3§3 de ce texte précise en outre que si les Etats membres utilisent ou instaurent une procédure dans le cadre de laquelle les demandes d'asile sont examinées en tant que demandes fondées sur la Convention de Genève et en tant que demandes des autres types de protection internationale accordée dans les circonstances précisées à l'article 15 de la directive 2004/83 [relatif à la protection subsidiaire], ils appliquent la directive 2005/85 pendant toute leur procédure.

L'objectif est de contribuer à limiter les mouvements secondaires des demandeurs d'asile au sein de l'Union dans les cas où ces déplacements seraient dus aux différences existant entre les cadres juridiques des Etats membres[522]. Malgré la volonté affirmée de rapprocher les règles nationales, la directive présente le défaut de multiplier les clauses ouvrant aux Etats de simples options, voire des dérogations, quand elles ne les autorisent pas à maintenir une législation existante.

En outre, bien qu'elle constitue une première étape sur la voie d'une « *procédure d'asile équitable et efficace* »[523], elle met en place un système complexe et à géométrie variable **(Section première)**.

Parallèlement à l'ensemble de ces règles qui ont pour conséquence un affaiblissement des garanties des demandeurs d'asile dont les demandes sont traitées sur le territoire de l'Union, les Etats membres cherchent les moyens de s'affranchir de la responsabilité qui leur incombe en vertu de la Convention de Genève de garantir aux demandeurs d'asile un accès à leurs procédures, en « externalisant » l'examen de certaines demandes hors de leur territoire national **(Section deuxième).**

Section première : La diversification des procédures

Les conditions de recevabilité des demandes d'asile ont été harmonisées. Les notions « demande manifestement infondée », « pays d'origine sûr », « pays tiers d'accueil » ou encore « premier pays d'asile » ont influencé le statut du demandeur d'asile. Ces conceptions communes établissent les hypothèses d'irrecevabilité des demandes d'asile ou des cas de traitement accéléré. Les étrangers ont alors leur demande d'asile étudiée en urgence ou écarté vers un pays sûr **(paragraphe premier).**

Par ailleurs, à côté de l'harmonisation des cas de non-recevabilité des demandes, les Etats membres tentent de se mettre d'accord sur les garanties qui entourent le dépôt et l'examen de la demande d'asile : les possibilités de recours, l'assistance juridique, la traduction des procédures, etc. **(paragraphe deuxième)**.

[522] - Considérant n°6 de la directive 2005/85.
[523] - Directive 2005/85, considérant n° 3.

Paragraphe premier : L'interférence des concepts « d'Etats sûrs » sur les conditions d'examen

La directive 2005/85 met en exergue trois concepts différents d'Etats sûrs, qui interfèrent à des degrés variables sur les conditions d'examen des demandes d'asile. Pour comprendre les nombreuses critiques émises à ce propos, il convient d'examiner leurs critères de définition respectifs **(A)**, avant d'analyser leur portée exacte **(B)**.

A- La définition des concepts d'Etats sûrs

La directive précise plusieurs concepts qui définissent les demandes d'asile en fonction de la procédure à la quelle elles correspondent. Ainsi, sont codifiés les concepts controversés de « pays d'origine sûr »[524] **(1)**, de « pays tiers sûr »[525] **(2)** et « premier pays d'asile » **(3)**.

1- La notion de « pays d'origine sûr » :

Le pays « d'origine sûr » est défini comme un pays qui n'est pas « *potentiellement producteur de réfugiés* »[526]. Au plan européen, cette notion est pour la première fois formalisée dans les conclusions du 30 novembre 1992 concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution.

Pour identifier ces pays, la résolution précisait que les Etats membres devaient examiner les taux de reconnaissance de réfugiés et le respect des droits de l'homme (c'est-à-dire les engagements internationaux en matière des droits de l'homme ou les garanties offertes dans le droit national). Les institutions démocratiques, ainsi que la stabilité du pays, pouvaient être également étudiées pour conclure à l'absence de persécution dans le pays. De même, des organisations internationales, ou non gouvernementales, pouvaient aider les Etats dans leur évaluation des risques de persécutions.

Cette notion de « pays d'origine sûr » a été légitimement critiquée par la doctrine[527], elle s'appuie en effet, sur le caractère a priori *démocratique* des Etats, caractère que l'histoire a

[524] - L'annexe II de la directive définit la méthode pour qualifier un pays de « pays d'origine sûr ». Il convient notamment de tenir compte des lois nationales de protection contre la persécution et les mauvais traitements et de leur mise en œuvre, de la manière dont sont respectées les normes fondamentales relatives aux droits de l'homme telles que contenues par les principales conventions internationales, ou encore de l'existence d'un système de sanctions efficaces contre les violations de ces droits.

[525] - Au sens de l'article 27, il s'agit d'un pays tiers dans lequel les autorités compétentes ont acquis la certitude que le demandeur sera traité conformément à un certain nombre de principes définis à l'alinéa 1. L'alinéa 2 précise que l'application de la notion de pays tiers sur est subordonnée aux règles fixées dans le droit national.

[526] - BOUTEILLET-PAUET (D.), *op.cit*., p.227.

[527] - *Ibid.*, p.231 et s.

souvent mis à mal. La prudence voudrait que l'on ne retienne qu'une présomption simple, renversable si le demandeur arrive à prouver qu'il existe une persécution personnelle dans son pays d'origine. Dés lors, cette notion doit être maniée avec prudence.

La longueur des négociations pour adopter la directive 2005/85 montre combien il est difficile pour les Etas de se mettre d'accord sur les pays dans lesquels il n'existe plus de risque réel de persécution. Les Etats membres n'ont toutefois pas pu se mettre d'accord sur une liste commune de pays d'origine sûr. L'annexe II explique que le pays d'origine est sûr : « *lorsque sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution telle que définie à l'article 9 de la directive 2004/83/CE du Conseil, ni à la torture ni à des peines et traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison de violence indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne* ». Des éléments sont fournis par la directive pour parvenir à évaluer le caractère « sûr » du pays d'origine.

De plus, la logique de cette directive est de prévoir une procédure prioritaire pour les demandes émanant de « pays d'origine sûrs ».

2- La notion de « pays tiers sûr » :

La notion de « pays où il n'existe pas de risque sérieux de persécution » issue des Conclusions de 1992, a été différemment interprétée par certains Etats membres[528] : soit comme le pays d'origine du demandeur d'asile (pays d'origine sûr), soit comme le pays par lequel il a transité avant d'arriver sur le territoire de l'Etat membre (pays tiers sûr). La notion de pays tiers sûr est plus étendue et donc plus controversée. En effet, en utilisant le concept de « pays tiers sûr », ces Etats membres ont « *pour objectif de faire réadmettre des personnes en quête de protection internationale dans un pays de « transit »* »[529].

La directive tente d'harmoniser cette notion au sein des Etats membres en posant une définition commune. L'article 27 de la directive indique que les Etats membres doivent avoir acquis « *la certitude* » que le pays est « un pays tiers sûr ». Ainsi, les Etats doivent vérifier que, dans ce pays, les demandeurs n'ont à craindre ni pour leur vie, pour leur liberté, en raison de leur

[528] - Pour plus de détails, voir études de la notion et des pratiques des Etats membres : Danish refugee council, *safe of country, policy European countries*, 1997.
[529] - Réseau UE d'experts indépendants en matière des droits fondamentaux, Observation thématique n°2, Les droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne en matière de justice et d'asile et d'immigration, janvier 2004, p. 31.

race, de leur religion, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leur opinion politique. De même, le « pays tiers sûr » doit respecter le principe de non- refoulement et l'interdiction d'édicter des mesures d'éloignement pouvant entraîner des risques de tortures et de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Enfin, ce pays doit permettre au demandeur de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié.

L'article 27 précise ensuite des règles minimales que les Etats doivent s'imposer pour appliquer la notion de pays tiers d'asile et éviter ainsi les applications discrétionnaires de cette notion difficile à manipuler. Il doit exister un « *lien de connexion* » entre le demandeur d'asile et le pays tiers sûr, la situation du pays nécessite un examen « *au cas par cas* » pour chaque demandeur d'asile[530].

3- La notion de « premier pays d'asile » :

Au sens de l'art.26, il s'agit d'un pays dans lequel le demandeur d'asile s'est vu reconnaitre la qualité de réfugié et peut encore se prévaloir de cette protection, ou dans lequel il jouit à un autre titre d'une protection suffisante, y compris du bénéfice du principe de non -refoulement. Le demandeur doit en outre pouvoir être réadmis dans ce pays.

En effet, les concepts de « premier pays d'asile », « pays tiers d'accueil », ou « premier pays d'accueil » sont des exemples utilisés par les Etats membres, pour faire réadmettre les demandeurs d'asile.

La notion de « premier pays d'asile » a été formalisée par les travaux du HCR qui estimait dans ses conclusions, que ce pays est celui dans lequel le demandeur a effectivement trouvé une protection[531]. Celle-ci n'est pas obligatoirement celle de la Convention de Genève, mais quelle qu'elle soit, elle doit être effective[532]. Le demandeur d'asile doit être protégé des mesures d'éloignement et être autorisé à séjourner dans ce pays.

B- La portée des concepts d'Etats sûrs :

Les autorités compétentes des Etats membres sont autorisées, aux termes de l'article 36§1, à n'effectuer aucun examen ou aucun examen complet de la demande d'asile et de la sécurité personnelle du demandeur, s'il est établi que celui-ci cherche à entrer, ou est entré, illégalement

[530] - Art. 27§2 a) b) c).
[531] - Conclusion EXCOM n° 58 (XL) concernant le problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur avait été accordée, 1989.
[532] - Pour plus de détail, voir les analyses de BOUTEILLET-PAQUET (D.), *op.cit*., p.273-282.

sur le territoire national « *depuis* » un pays tiers européen sûr – hypothèse intégrant apparemment le simple transit[533]. C'est dire que sur le fondement de ce concept, les Etats membres pourront éventuellement refuser tout accès à la procédure d'asile ; aussi bien les principes de base et les garanties fondamentales n'auront même pas lieu de s'appliquer ; seul le droit à un recours effectif devra être assuré[534]. Il faudrait alors que le « pays tiers européen sûr » refuse de réadmettre l'intéressé pour que les Etats membres doivent lui donner la possibilité d'engager une procédure conforme au chapitre II de la directive (article 36§6). Dans ces conditions, l'utilisation du concept de pays tiers super sûrs pourrait s'apparenter à un moyen de « retour accéléré », s'inscrivant plutôt dans une logique de lutte contre l'immigration clandestine.

La portée du concept de « pays tiers sûrs » est plus ambivalente.

Il peut d'abord permettre de considérer la demande comme étant « *manifestement irrecevable* » et agît alors comme un motif de rejet dès les premiers stades de la procédure, qu'elle soit normale ou accélérée[535]. Par exception, une demande manifestement irrecevable ne nécessite en effet aucun examen au fond : les autorités nationales ne sont pas tenues d'évaluer si la personne concernée peut prétendre au statut de réfugié, conformément à la directive 2004/83. Sous réserve des dispositions prévues par le droit national de l'Etat membre, il sera donc difficile à l'intéressé de montrer que l'application du concept de pays tiers sûrs n'est pas fondée dans son cas particulier, autrement qu'au stade du recours[536]. Cette première éventualité se rapproche ainsi des effets du concept de pays tiers super sûrs, du moins lorsque celui-ci autorise un examen limité.

En revanche, la portée du concept de « pays tiers sûrs » s'identifie à celle du « pays d'origine sûr », quand il conduit à tenir la demande pour « infondée » (art.23§4, point c). Les conséquences procédurales ne sont pas exactement les mêmes.

Dans la directive, une « demande infondée » justifie le recours à une procédure accélérée, mais ne dispense pas d'un examen au fond. En effet, en référence à l'article 31§1 de la directive,

---

[533] - HAILBRONNER (K.), « The directive on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status », in JULIEN-LAFERRIERE (F.), LABAYLE (H.), EDSTROM (O.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 282.

[534] - Art. 39§1, point a, iii.

[535] - Sachant que le concept se voit privé d'effet si le pays tiers concerné ne permet pas au demandeur d'entrer sur son territoire (article 27§4 ; considérant 25).

[536] - Art. 39§1, point a, i).

le concept de pays d'origine sûr permet de rejeter une demande si et seulement si le demandeur n'a fait valoir aucune raison sérieuse et personnelle de craindre pour sa vie ou sa liberté[537].

Les mêmes observations devraient valoir pour l'application de la notion de « pays tiers sûrs » au titre de l'article 23§4. Il appartient néanmoins aux Etats membres de déterminer « *les règles, conformes au droit international, qui autorisent un examen individuel en vue de déterminer si le pays tiers concerné est sûr pour un demandeur particulier* »[538]. Or sous couvert d'une telle faculté, la prise en considération du risque personnel de subir des tortures et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, pourrait être repoussée au stade des procédures de recours.

En tout état de cause, l'introduction d'une présomption, qu'il appartient à chaque demandeur de renverser, rend plus difficile l'accès à l'asile. Et la notion de pays d'origine sûrs soulève encore un problème particulier, tenant évidemment à l'exigence de non discrimination quant à l'origine des réfugiés[539]. C'est ainsi que la notion de pays « sûrs » d'origine, contraire à la clause de non discrimination prévue à l'article 3 de la Convention de Genève et qui a déjà fait la preuve de son caractère éminemment aléatoire[540], fait son apparition au niveau européen, assortie de l'établissement d'une liste commune sur laquelle les Etats ont eu tant de mal à se mettre d'accord que la directive a finalement été adoptée sans que la liste soit annexée. Cette difficulté est révélatrice de la prévalence de considérations politiques et diplomatiques sur le choix des pays à y inscrire, bien plus que de la prise en compte objective de la situation au regard des exigences d'un Etat démocratique et du respect des droits fondamentaux.

Ainsi, et en vertu de l'article 7 de la directive, le demandeur d'asile n'est pas autorisé à rester sur le territoire de l'Etat membre au-delà de la fin des procédures en premier ressort. L'application d'un éventuel effet suspensif aux recours dépend de la volonté des Etats[541]. Ces derniers peuvent donc renvoyer les demandeurs d'asile déboutés avant que le résultat du recours

---

[537] - L'instauration d'une liste commune minimale de pays d'origine sûrs ne devrait pas altérer ces principes, puisque « *les Etats membres considèrent, conformément au paragraphe 1, que la demande d'asile est infondée, lorsque le pays tiers [y] est désigné comme sûr* ». Comme le martelait le Parlement européen, « *l'inscription d'un pays sûr cette liste ne signifierait pas automatiquement que les demandeurs d'asile provenant de ce pays se verraient refuser l'asile mais plutôt que conformément à la Convention de Genève, chaque demande fait l'objet d'une évaluation particulière* », Résolution du Parlement européen, 21 juin 2007, P6-TA PROV (2007)286, point L.

[538] - Art.27§2 point c.

[539] - Art. 3 de la Convention de Genève.

[540] - En 1992, l'Algérie était considérée comme pays sûr par les autorités suisses jusqu'à l'interruption du processus électoral ; de même la Yougoslavie figurait-elle sur la liste des pays sûrs en Belgique à la veille du déclenchement des hostilités.

[541] - Art. 39 al.3 *lit*.a. Selon cette disposition, les Etats membres prévoient des règles « *découlant de leurs obligations internationales* ».

qu'ils ont introduit ne soit connu, ce qui est susceptible en pratique de priver le recours de son caractère effectif.

En outre, plusieurs dispositions de la directive permettent aux Etats de déroger aux règles de base, ou laissent les Etats libres de régler de nombreux points. A cette nature discrétionnaire s'ajoute un contenu complexe et parsemé de notions juridiques indéterminées, ce qui fait de la directive un instrument peu satisfaisant, s'apparentant davantage à une simple compilation des différentes législations nationales qu'à la progression substantielle prévue lors du Conseil européen de Tampere.

De plus, l'application de la notion de « pays sûr » permet le filtrage et le placement en procédure prioritaire des demandeurs d'asile en fonction de leurs pays d'origine. La demande d'asile « manifestement infondée » devient un critère de rejet fréquemment utilisé et débouchant sur une procédure caractérisée par la faiblesse des garanties procédurales. Le recours à ces concepts permet l'accélération du traitement des requêtes d'asile et la détention des demandeurs dans le but de maximiser le nombre des retours. Le déni du droit d'asile qui en résulte, tout comme les atteintes au droit à un recours effectif et au droit à la liberté, sont contraires aux obligations internationales des Etats membres.

En conclusion, la directive « procédure » a pour effet de légitimer des pratiques étatiques contestées par les organisations internationales et les organismes de défense des réfugiés. Elle incorpore dans le droit de l'Union la notion de « pays d'origine sûr » qui instaure un traitement différencié de la demande d'asile suivant la provenance géographique des demandeurs. Cette situation est particulièrement problématique au regard de l'article 3 de la Convention de Genève qui enjoint aux Etats de l'appliquer sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine.

La logique qui sous-tend la Directive « procédure » est le transfert de responsabilité vers les Etats tiers. En désignant unilatéralement un Etat tiers comme étant sûr, l'UE vise, en réalité, à lui imposer la responsabilité d'examiner les demandes d'asile, incombant au pays de destination[542]. Or, aucune disposition de la directive n'exige clairement des Etats, de s'assurer que le pays tiers offrira à l'intéressé la possibilité de demander l'asile, ni une protection contre le refoulement.

[542] - LEGOMSKY (S.), « Secondary refugee movements and the return of asylum seekersto third countries : the meaning of effective protection », (2003) 15 IJRL 571 ; CFR-CDF, *Observation thématique no.2 : les droits fondamentaux dans l'action extérieure de l'Union européenne en matière de justice et d'asile et immigration*, Bruxelles, janvier 2004.

Paragraphe deuxième : Les divers types de procédure et les garanties envisagées

Les précédentes analyses ont montré combien les instruments juridiques et techniques de l'Union portaient sur le rétrécissement des conditions de recevabilité des demandes et sur l'accélération des procédures d'examen. La directive 2005/85 a suivi la même logique d'accélération des procédures et a crée deux types de procédures **(A)**. Elle harmonise aussi les garanties entourant les procédures d'asile en instituant ce qu'elle appelle un « droit à un recours effectif » **(B)**.

A- Les différentes procédures envisagées

La directive prévoit deux types de procédures : une « normale » **(1)** et une « prioritaire ou accélérée » **(2)**.

1- La procédure normale

Elle se définit par sa conformité aux principes de base et garanties fondamentales énoncées au chapitre II de la directive 2005/85 (article 23§1 et §2). Les dispositions de ce dernier sont dans l'ensemble inspirées par le souci de permettre à chaque demandeur d'avoir « *un accès effectif aux procédures, [de] pouvoir coopérer et communiquer de façon appropriée avec les autorités compétentes, afin de présenter les faits pertinents le concernant, et disposer de garanties suffisantes pour faire valoir sa demande à tous les stades* »[543].

Cette procédure consacre notamment le droit de rester dans l'Etat membre jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande (art.7), le principe d'un traitement individuel, objectif, impartial des dossiers (art.8§2) et d'un entretien personnel avec le demandeur (art.12, 13 et 14), le droit à l'assistance judiciaire et à la représentation (art.15 et 16)…

L'article 10§1 fixe plus précisément les garanties dont tout demandeur d'asile devrait bénéficier (information sur le déroulement de la procédure, services d'un interprète, notification dans un délai raisonnable de la décision, possibilité de communiquer avec le HCR), tandis que l'article 17 énumère celles qui doivent être spécifiquement accordées aux mineurs non accompagnés.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de remarquer que la détermination de ces principes n'a pas été si consensuelle. En fait, le chapitre II de la directive a subi de profonds remaniements au

[543] - Directive 2005/85, *op.cit*., considérant n° 13.

cours de la procédure : « *conformément aux suggestions formulées par certains Etats membres et par le Parlement européen, la plupart des garanties prévues [...], sinon toutes, ont été modifiées ; certaines ont ainsi été améliorées en ce qui concerne le niveau de protection octroyé aux demandeurs d'asile ou modérées de manière à tenir compte de circonstances particulières ou d'exceptions constatées dans la pratique, de méthode de lutte ou de prévention contre les abus et de certains conditions ou particularités nationales* »[544].

Les dispositions relatives au placement en rétention, notamment, ont largement perdu en substance : l'article 11 de la proposition initiale dressait une liste exhaustive des motifs susceptibles de le justifier ; abandonnant cette approche, l'article 17 de la proposition modifiée fixait plutôt les garanties entourant l'application de ce procédé.

Finalement, l'article 18 se borne à rappeler que les Etats ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile et leur commande de veiller à prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel rapide, lorsque l'intéressé est néanmoins soumis à cette mesure.

Aussi, la directive n'impose aux Etats membres que des « normes minimales » de procédures. De plus, elle contient un nombre non négligeable de « clauses facultatives » qui constituent autant d'autorisations données aux Etats de déroger aux règles qu'elle pose[545]. Ce qui conduit à s'interroger sur la réalité « du mécanisme d'harmonisation ».

Enfin, la directive est affectée de certaines lacunes. Ainsi, les articles 23 et 24 relatifs à la procédure d'examen en premier ressort ne fixent aucun délai de réponse des autorités compétentes à la demande d'asile, que la procédure suivie soit la procédure de droit commun, une procédure prioritaire ou un procédure spéciale ; l'article 23, paragraphe 2, se contentant de demander aux Etats membres qu'ils « veillent à ce que les procédures de cette nature soient menées à terme les meilleurs délais, sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif », ce qui n'impose aucune contrainte réelle.

---

[544] - Exposé des motifs de la proposition modifiée de directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait d'un statut de réfugié dans les Etats membres, COM (2002) 326, point 2.6.

[545] - Sur les techniques des « normes minimales », des « dérogations » et des « clauses facultatives », voir : ELKAIM (G.), « Quelques remarques, du point de vue du négociateur », in JULIEN-LAFERRIERE (FR.) et LABAYLE (H.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq années après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Cet auteur a dénombré une cinquantaine de ces clauses dans la proposition de directive « procédure ».

2- La procédure accélérée :

Cette procédure devrait seulement se distinguer de la précédente par des délais resserrés, car l'examen de la demande d'asile doit encore s'effectuer dans le respect des mêmes principes et garanties[546]. Cette procédure pouvant être appliquée dans de très nombreuses hypothèses (art. 23§4)[547] qui risquent d'en faire la procédure la plus courante et qui mêlent les motifs de procédure et de fond, les cas dans lesquels le demandeur d'asile ne répond pas aux conditions posée par la directive « qualification » et ceux où il est de mauvaise fois. Un tel amalgame traduit une certaine déconsidération à l'égard des demandeurs d'asile peu en rapport avec les réels besoins de protection qu'ils doivent être présumés éprouver.

Cette procédure concerne notamment les demandes considérées comme infondées[548]. Sont également prévues des procédures spéciales qui dérogent aux principes de base et aux garanties fondamentales prévues par la directive (art.24)[549]. Les demandes d'asile considérées comme irrecevables dispensent les Etats de vérifier si le demandeur remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié (art.25).

---

[546] - Art.23§3 et §4.

[547] - Cette disposition prévoit en effet pas moins de quinze situations dans lesquelles un Etat membre peut décider que la procédure est accélérée. Parmi ces situations figurent des hypothèses formulées de manière imprécise. A titre d'exemple, il convient de mentionner le cas où « *le demandeur n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité, ou s'il est probable que, de mauvaise foi, il a procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de titres de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité* » (art.23§4 *lit*. f) et le cas où « *le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat membre (…)* » (art.23§4 *lit* m).

[548] - Sans être exhaustif, on citera quelques unes de ces hypothèses de procédure accélérée :
(a)- « le demandeur n'a soulevé […] que des questions sans pertinence ou d'une pertinence insignifiante au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié » ou « ne remplit manifestement pas les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié dans un Etat membre » ;
(b)- « la demande d'asile est considérée comme infondée », soit « parce que le demandeur provient d'un pays d'origine sur », soit parce qu'il a transité par un Etat membre « considéré comme un pays tiers sur pour le demandeur » ;
(c)- « le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et/ou sa nationalité et/ou l'authenticité de ces documents », ou « n'a produit aucune information permettant d'établir, avec une certitude suffisante, son identité ou sa nationalité » ou « a procédé à la destruction ou s'est défait de pièces d'identité ou de titres de voyage qui auraient aidé à établir son identité ou sa nationalité » ;
(d)- il «a introduit une autre demande d'asile mentionnant d'autres données personnelles » ;
(e)- sa demande « est manifestement peu convaincante en raison des déclarations incohérentes, contradictoires, peu plausibles ou insuffisantes qu'il a faites sur les persécutions dont il prétend avoir fait l'objet (On note ici que la directive ne prend en compte que les persécutions subies et non celle que le demandeur déclare craindre de subir ; celles-ci seraient-elles aussi, *a fortiori*, motif à procédure accélérée ?) » ;
(f)- « le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire » ou « ne dépose une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entrainerait son expulsion » ;
(g)- il « représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat membre » ou « a fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public au regard du droit national » ou « refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément à la législation communautaire et/ou nationale pertinente ».

[549] - Ces demandes concernent les demandes ultérieures (art.32) et déposées à la frontière ou dans la zone de transit d'un Etat membre.

Elle a, en effet, pour caractéristique de déroger aux principes et garanties affirmés dans le chapitre II de la directive – l'étendue de la dérogation étant variable.

En ce qui concerne les demandes d'asile ultérieures, l'obligation de mener une nouvelle procédure d'examen complet pourrait s'avérer disproportionnée en l'absence de nouvelles preuves ou de nouveaux arguments rendant plus probable l'obtention du statut de réfugié. Aussi, ces demandes sont-elles soumises à un examen préliminaire, au cours duquel seules les garanties fournies à l'article 10§1 s'appliquent (art.32§3 et art.34§1).

En ce qui concerne par ailleurs les demandes d'asile à la frontière (ou dans les zones de transit), les Etats membres peuvent maintenir des procédures spéciales afin de se prononcer préalablement sur l'autorisation d'entrée sur le territoire (article 35§2).

Dans ce cadre, les garanties minimales assurées aux demandeurs se résument « notamment » à l'autorisation de rester à la frontière ou dans les zones de transit, à être immédiatement informés de leurs droits et obligations et auditionnées avant adoption de la décision, ainsi qu'à pouvoir bénéficier le cas échéant des services d'un interprète et d'un conseil juridique[550] (article 35§3).

A cet égard, la Cour E.D.H a mis l'accent sur ce que l'accessibilité à la procédure d'asile, particulièrement aux frontières ou dans les zones de transit, doit être considérée comme une condition essentielle préalable au respect de non-refoulement, direct ou indirect[551].

D'autres principes de base auraient pourtant mérité de n'être pas laissés à la discrétion des Etats membres et il est d'autant plus fâcheux que la directive s'accommode de telles dérogations, que l'autorisation d'entrée comporte nécessairement une première (et parfois unique) appréciation de la demande d'asile. De plus cela revient à entériner une inégalité de traitement entre les demandeurs, selon qu'ils ont pu ou non franchir les frontières de l'Etat membre.

Ainsi, les procédures accélérées doivent respecter « les principes de base et les garanties fondamentales » analysés plus haut, mais dans le cadre d'un examen plus superficiel, puisque plus rapide, ce qui limite encore la portée de ces garanties.

---

[550] - En principe, les mineurs non-accompagnés se voient de surcroit désigner un représentant.

[551] - Cour E.D.H., 27 avril 2007, *Gebremedhin c/France*, §§ 59-67. Il n'est, à cet égard, pas inutile de mettre l'accent sur ce que la Cour a, très récemment, affirmé de manière expresse sa compétence pour imputer à des Etats parties des actes commis par leurs organes à l'extérieur de leurs frontières : Cour E.D.H, grande chambre, 23 février 2012, Hirsi Jamaa e.a. c/Italie, §81 (refoulement vers la Lybie de ressortissants somaliens et érythréens interceptés en mer).

S'agissant de la question portant sur le point de savoir s'il fallait ou non prévoir un recours spécifique contre la décision de l'autorité compétente de soumettre, comme l'autorise la directive, l'examen d'une demande d'asile à une procédure accélérée ou prioritaire, la C.J.U.E a considéré[552] que l'article 39 de la directive et le principe de protection juridictionnelle doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle aucun recours autonome ne peut être introduit contre la décision de l'autorité nationale compétente d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée, dés lors que les motifs qui ont conduit cette autorité à examiner le bien-fondé de ladite demande dans le cadre d'une telle procédure peuvent être effectivement soumis à un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours dont la décision finale de rejet est susceptible de faire l'objet, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier[553].

La Cour a également rappelé dans l'arrêt un certain nombre de principes que doivent respecter les Etats membres lorsqu'ils organisent leur procédure nationale d'examen des demandes d'asile :

1) Les procédures mises en place par la directive « Procédure » constituent des normes minimales (point 29) et l'organisation du traitement des demandes d'asile est laissée à l'appréciation des Etats membres (point 30), notamment par la possibilité d'appliquer une procédure accélérée dans les cas de figure prévus par l'article 23, par.3 et 4 de la directive (point 31) ;

2) La directive en vertu de son huitième considérant, respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la CDF (point 34), dont le principe fondamental du droit à un recours effectif prévu par son article 39 (point 35) ;

3) Les décisions préparatoires à la décision au fond ou les décisions d'organisation de la procédure ne sont pas visées par l'article 39, par.1 de la directive (point 43), lequel doit donc être interprété en ce sens qu'il n'impose pas que le droit national prévoie un recours spécifique ou autonome à l'encontre de la décision d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée (point 45) ;

4) Il importe que les motifs justifiant l'application d'une procédure accélérée puissent être effectivement contestés ultérieurement devant le juge national et examinés par lui dans le cadre du recours dont la décision finale sur la demande d'asile est susceptible de faire

[552] - C.J.U.E, Deuxième Chambre, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf contre Ministre du travail, de l'emploi et de l'immigration*, aff. C-69/10.
[553] - *Ibid*., point 70.

l'objet (point 58) et le juge nationale doit pouvoir vérifier le bien fondé des motifs qui ont conduit à considérer la demande comme infondée ou abusive, sans que ceux-ci bénéficient d'une présomption irréfragable de légalité (point 61) ;

5) S'agissant de procédures accélérées, un délai de recours de quinze jours ne semble pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif, et apparaît comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et aux intérêts en présence (point 67), mais il incombe cependant au juge national, dans l'hypothèse où, dans une situation donnée, ce délai devait s'avérer insuffisant compte tenu des circonstances, de déterminer si cet élément serait de nature à justifier, à lui seul, qu'il soit fait droit au recours formé indirectement contre la décision d'examiner la demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée, de sorte que, en faisant droit au recours, le juge ordonnerait que la demande soit examinée en application de la procédure ordinaire (point 68) ;

6) Dès que la directive « procédure » n'impose pas l'existence d'un double degré de juridiction et que le principe de protection juridictionnelle effective ouvre au particulier un droit d'accès à un tribunal et non à plusieurs degrés de juridiction, rien ne s'oppose à ce qu'un demandeur d'asile ne bénéficie du double degré de juridiction qu'en ce qui concerne une décision adoptée dans le cadre de la procédure ordinaire d'examen de sa demande (point 69).

En outre, la Cour E.D.H a aussi considéré que l'application automatique et mécanique d'un délai aussi court que celui de cinq jours suivant l'entrée sur le territoire pour introduire une demande d'asile n'est pas compatible avec la protection de la valeur fondamentale exprimée dans l'article 3 CEDH[554].

Aussi, dans son arrêt *I.M.*, la Cour E.D.H a également pointé le caractère automatique du classement en procédure prioritaire d'une demande d'asile, lié à un motif d'ordre procédural et sans relation ni avec les circonstances de l'espèce, ni avec la teneur de la demande et son fondement, alors que le classement en procédure prioritaire a induit des conséquences substantielles quant au déroulement de la procédure d'examen de la demande d'asile

[554]- Cour E.D.H., 11juillet 2000, *Jabari c/Turquie*.

(notamment, la réduction du délai imparti pour présenter la demande et l'absence de l'assistance d'un interprète pour déposer la demande)[555].

Ainsi, on constate la nécessité d'établir des exigences minimales auxquelles devraient idéalement répondre tant les procédures administratives d'examen des demandes de protection internationale que les recours juridictionnels effectifs ouverts à l'encontre des décisions prises dans le cadre de ces procédures.

B- Des garanties minimales entourant les procédures d'asile

La directive institue ce qu'elle appelle un « droit à un recours effectif », qui doit pouvoir être exercé devant une juridiction contre les décisions suivantes[556] :

a- Toutes celles qui concernent la demande d'asile, y compris « les décisions d'irrecevabilité […], les décisions prises à la frontière ou dans les zones de transit [et] les décisions de ne pas procéder à un examen » ;

b- « le refus de rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen a été clos » ;

c- « une décision de refuser l'entrée » ;

d- « une décision de retirer le statut de réfugié ».

S'agissant plus particulièrement des critères exigés d'un recours juridictionnel chaque fois que sont en cause les articles 2 et 3 CEDH, la Cour E.D.H a rappelé récemment que deux

[555] - Cour E.D.H., 2 février 2012, *I.M.c/France*, §§141 et 144. Voir également §148 (« La Cour ne saurait donc pas se limiter à l'analyse théorique avancée par le gouvernement selon laquelle la procédure prioritaire ne constitue qu'un régime dérogatoire à la règle de l'examen des dossiers par ordre chronologique d'arrivée, assorti de garanties identiques à celles de la procédure classique. En l'espèce, la Cour estime au contraire que le classement de la demande d'asile du requérant en procédure prioritaire a abouti à un traitement extrêmement rapide, voire sommaire de cette demande par l'OFPRA. Pour la Cour, l'ensemble des contraintes imposées au requérant tout au long de cette procédure, alors qu'il était privé de liberté et qu'il s'agissait d'une première demande d'asile, ont affecté en pratique la capacité du requérant à faire valoir le bien- fondé de ses griefs tirés de l'article 3 de la Convention) et §§149, 150, 154 et 156 (« un recours [pleinement suspensif au tribunal administratif en vue de contester l'arrêté de reconduite à la frontière] aurait théoriquement pu permettre au juge administratif de réaliser un examen effectif des risques que le requérant affirmait encourir en cas de renvoi [vers son pays d'origine]. Toutefois, la Cour observe que le requérant s'est heurté en pratique à des obstacles conséquents dans le cadre de cette procédure […] si les recours exercés par le requérant étaient théoriquement disponibles leur accessibilité en pratique a été limitée par plusieurs facteurs, liés pour l'essentiel au classement automatique de sa demande en procédure prioritaire, à la brièveté des délais de recours à sa disposition et aux difficultés matérielles et procédurales d'apporter des preuves alors que le requérant se trouvait en détention ou en rétention […] Enfin, la Cour constate que les insuffisances relevées quant à l'effectivité des recours exercés par le requérant n'ont pu être compensées en appel. Sa demande ayant été traitée en procédure prioritaire, le requérant ne disposait en effet, d'aucun recours en appel ou en cassation suspensifs, que ce soit devant la CNDA, la Cour administrative d'appel ou le Conseil d'Etat »).

[556] - Art. 39 de la directive.

critères fondamentaux doivent systématiquement être rencontrés[557] : d'une part, un contrôle attentif, indépendant, rigoureux et opéré avec célérité de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à ces dispositions ; d'autre part, l'accès à, au moins, un recours de plein droit suspensif, ce qui implique à tout le moins qu'une suspension provisoire de l'exécution de la mesure d'expulsion ou d'éloignement doit pouvoir être sollicitée dans l'attente d'une décision au fond et que l'introduction d'une telle demande doit avoir un effet suspensif automatique jusqu'à ce qu'il soit statué à son sujet.

Mais, la directive laisse chaque Etat décider, d'une part des délais de recours[558] et, d'autre part, des « règles découlant de leurs obligations internationales » quant au caractère suspensif ou non des recours. Sur ce point, elle est moins exigeante que la jurisprudence de la Cour EDH qui a considéré que le recours contre la mesure d'éloignement d'un demandeur d'asile vers son pays d'origine n'est « effectif » et, partant, conforme aux exigences conventionnelles, que s'il permet de suspendre l'application de la mesure contestée[559].

Par ailleurs, elle prévoit une exception au « droit au recours » : quand le demandeur d'asile a obtenu « *un statut qui offre les mêmes droits et avantages au titre du droit national et du droit communautaire que le statut de réfugié en vertu de la directive [qualification], il est possible de considérer que le demandeur dispose d'un recours effectif lorsqu'une juridiction décide que le recours visé au paragraphe 1 est irrecevable ou peu susceptible d'aboutir en raison de l'intérêt insuffisant du demandeur a ce que la procédure soit poursuivie* »[560].

Cette disposition parait viser le cas où il est accordé au demandeur non le statut de réfugié, mais la protection subsidiaire. L'absence de recours contre une telle décision serait éminemment discutable car, contrairement à l'hypothèse visée par la disposition en cause, les deux statuts n'offrent pas les mêmes droits et avantages. Si bien que l'absence de recours contre une telle décision peut inciter les autorités compétentes des Etats membres à vider de son contenu la Convention de Genève en accordant un sous-statut, sans risque de contestation de la part du demandeur d'asile.

Aussi le demandeur a-t-il intérêt à demander en justice que le statut de réfugié, auquel il prétendait lui soit reconnu, plutôt que la protection subsidiaire. Sur ce point encore, la directive offre une option minimale des droits auxquels les demandeurs d'asile seraient en droit de

[557] - Cour E.D.H., 11 octobre 2011*, Auad c/Bulgarie*.
[558] - Art. 39 de la directive.
[559] - CEDH, *Conka c. Belgique*, 5 février 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-I.
[560] - *Ibid*., §5.

bénéficier pour une garantie efficace de leurs droits, en rapport avec l'importance de l'enjeu de la matière.

Section deuxième: Le traitement des demandes d'asile à l'extérieur de l'UE ou l'externalisation[561] de l'asile

La « dimension extérieure » de l'asile, notamment la délocalisation du traitement des demandes de protection dans les pays d'origine même ou dans des pays tiers, occupe une large place dans le système européen commun d'asile[562]. Le programme de La Haye n'envisage plus explicitement la création des « centres d'accueil », installés dans les pays tiers pour effectuer y un premier « tri » des demandes d'asile en amont, comme l'avaient proposé le Royaume-Uni, l'Allemagne et l'Italie suivis par la Commission européenne, mais l'idée n'a pas été abandonnée.

En effet, après une tentative de délocalisation des procédures de l'asile dans des centres frontaliers ou limitrophes, en 2003, ces politiques se sont traduites en Europe par une prolifération des camps d'exilés dans et autour de l'U.E., une pression sur les pays voisins pour y développer des systèmes d'asile examinant les demandes sur leurs territoires et une radicalisation des enjeux politiques anti-migratoires dans les pays limitrophes à l'intérieur et à de la frontière commune de l'U.E.

Ainsi, la logique d'enfermement des migrants à l'œuvre dans les pays européens, s'applique dorénavant aussi aux demandeurs d'asile : l'enfermement des étrangers pratiqué aujourd'hui en Europe est moins destiné à sanctionner qu'à communiquer sur la maîtrise des

---

561 - La notion d'« externalisation de l'asile » n'est pas un concept juridique mais sociologique, qui caractérise des politiques publiques visant, sans renier formellement les principes du droit d'asile, à développer les camps d'internement d'exilés et les régimes juridiques de rejet des demandes d'asile dans les pays limitrophes de l'Union européenne afin de fermer ses frontières aux mobilités internationales d'exilés. Ces orientations sont en gestation durant les années 1990 puis s'expriment en 2002 et 2004 pour être formulées dans le *programme de La Haye* qui cadre les politiques européennes de sécurité de 2004 à 2009. Pour M. VALLUY Jérôme l'externalisation de l'asile, est « *une expression d'usage courant dans les réseaux de spécialistes de l'asile et des migrations pour désigner une idée politique relativement simple ainsi que les politiques publiques qui la mettent œuvre : d'accord pour accorder l'asile aux exilés, mais pas chez nous, de préférence loin de chez nous et dans des endroits, camps d'internement ou des zones géographiques de regroupement, qu'ils ne pourront pas quitter aisément pour tenter de rejoindre l'Europe* » ; VALLUY (J.), « rejet des exilés : le grand retournement du droit de l'asile », Collection TERRA, éd. du Croquant, janvier 2009, p.277 et s.

562 - Il s'agit ici de l'intégration de problématiques relatives à l'asile dans les relations extérieures de l'UE. Pour une analyse de cette dimension, voir LYNSKEY (O.), Complementing and completing the Common European Asylum System : a legal analysis of the emerging extraterritorial elements of EU refugee protection policy, in *European Law Review* 31 (2006), pp. 232 et s.

« flux de population immigrée », le terme même de flux traduisant bien la dépersonnalisation et la technicisation de l'appréhension politique du phénomène.

La « politique commune d'asile et d'immigration » prévue par les traités s'oriente donc de plus en plus vers ce type de sous-traitance aux Etats frontaliers du contrôle des entrées vers l'U.E. Il est donc nécessaire après avoir rappelé l'état du débat et des projets de l'externalisation **(paragraphe premier)**, d'analyser leurs implications juridiques et de traiter les conséquences de cette politique sur le droit d'asile **(paragraphe deuxième).**

Paragraphe premier : La genèse et les pratiques de l'externalisation :

Au début des années 2000 déjà, certains Etats membres avaient formulé des propositions relatives à cette problématique. Ensuite à la fin de 2002, les projets dits d'externalisation de l'asile sont apparus dans les débats européens, pour désigner des politiques tendant à délocaliser dans des camps placés hors de l'Union européenne les procédures d'examen des demandes d'asile ainsi que l'accueil des demandeurs d'asile.

Il s'agissait en effet, conjointement à une meilleure protection dans les régions d'origine, de créer des « centres régionaux de protection » situés dans les régions d'origine des requérants d'asile ainsi que des « centres de transit » à l'extérieur de l'UE qui permettraient d'examiner les demandes d'asile avant même l'entrée sur le territoire de l'UE.

Autrement dit, le concept « d'entrée protégée » des personnes en quête de protection, élaboré par la Commission européenne[563], consiste de mettre en place des « programmes pilotes » dans certains pays comme l'Ukraine, la Moldavie, la Biélorussie puis, éventuellement, en Afrique Subsaharienne, prévoyant la mise en place de procédures de détermination, des travaux d'infrastructure d'accueil et d'équipements pour améliorer les conditions de vie des réfugiés dans le pays d'accueil.

En outre, les idées d'externalisation du traitement des demandes d'asile consistent à « délocaliser » tous les types de camps[564] hors des frontières de l'UE. Le projet britannique[565],

[563] - Dans sa Communication du 1er septembre 2005 relative aux programmes de protection régionaux, la Commission préconise le renforcement des capacités de protection des régions d'origine afin de « permettre l'organisation en amont de l'arrivée des personnes en quête de protection avec une meilleure répartition des charges et un traitement en amont de la demande d'asile ».

[564] - On peut faire une première distinction entre deux grandes catégories de camps à partir des systèmes d'enfermement qui existent déjà dans les pays européens.

La première catégorie regroupe les migrants avant ou pendant que leur demande d'asile est examinée. Un cas typique de centre d'enfermement de ce type est le système de zones d'attentes, comme par exemple, dans les grands aéroports français. Les étrangers sans visa y sont immédiatement enfermés, le temps de juger si leur demande d'asile est « manifestement infondée » ou non, le but de cette construction étant de faciliter le renvoi des demandeurs d'asile déboutés, en les gardant sous surveillance.

probablement le plus détaillé, reprend l'idée des deux premiers types de camps. Il propose d'une part de créer des « Transit Processing Centers » (TPC) vers lesquels seraient renvoyés les demandeurs d'asile arrivant en Europe pour qu'y soit examinée leur demande, sortes donc de zones d'attentes géantes et délocalisées hors des frontières européennes ; et d'autre part de sécuriser des régions afin d'en faire des « zones de protection régionale », vers lesquelles seraient renvoyés les demandeurs d'asile déboutés mais qui ne peuvent pour autant pas, pour une raison quelconque, rentrer dans leur pays. Il s'agit donc dans ce dernier cas d'une extension du concept de lieu temporaire avant le renvoi des demandeurs d'asile dans leur pays. Les centres de Ceuta et Melilla, où s'entassent les demandeurs d'asile ayant franchi la frontière espagnole mais ne pouvant pas traverser le détroit de Gibraltar, les déboutés en attente d'expulsion et les mineurs non accompagnés, peuvent être une préfiguration de ce système. La même chose, mais quelques kilomètres plus loin, hors des frontières européennes...

Toutefois, il est à noter que l'idée n'est pas d'origine britannique : « c'est une idée ancienne : en 1986, le Danemark avait tenté de faire passer une proposition de ce type aux Nations Unies. En 1993, les Pays-Bas avaient à leur tour évoqué ce programme dans un plan intergouvernemental »[566].

En outre elle a déjà été mise en pratique respectivement par les Etats-Unis et par l'Australie. Les Etats-Unis ont inauguré dès 1994, en transformant la base militaire de Guantanamo en un tel centre : les demandeurs d'asile Haïtiens y étaient redirigés afin que soit examinée hors des frontières américaines leur demande. Puis l'Australie a tenté la « solution du pacifique » en installant sur des micro-Etats alentours (notamment sur l'île de Nauru) des camps où seront renvoyés les demandeurs d'asile[567]. Ce projet qui avait suscité un large tollé a été un moment mis

---

La deuxième catégorie de centres d'enfermement regroupe les étrangers en instance d'expulsion. Il s'agit en France des « centres de rétention administrative ». En pratique, la France est un des seuls pays à séparer physiquement ces fonctions : partout ailleurs, existent des centres accueillant à la fois des étrangers venant d'arriver pour déposer une demande d'asile, et les étrangers en instance d'éloignement du territoire. Pourtant, cette classification garde une pertinence pour différencier des fonctions fondamentalement différentes que peuvent assurer un même centre d'enfermement.

A cette typologie on pourrait ajouter une troisième catégorie de camps, plus informels, ceux de type Sangatte, pour continuer dans les exemples français. Il ne s'agit pas de centres de rétention, ce sont au contraire des lieux *a priori* ouverts, de simples endroits où se regroupent d'eux même les migrants en situation irrégulière en attendant de pouvoir passer une frontière. L'organisation de ces « camps ouverts » se fait peu à peu, souvent due à l'action des organisations non-étatiques ou para- étatiques (type Croix-Rouge).

[565] - Projet qui s'exprime à travers deux principaux documents : un d'une trentaine de pages daté de février 2003 intitulé *UK New Vision for refugees*, et une correspondance officielle de Tony Blair à Costas Simitis, (à l'époque président grec en exercice de l'Union Européenne) intitulée *New international approches to asylum processing and protection* du 10 mars 2003.

[566] - Daphné Bouteillet-Paquet, *L'Europe et le droit d'asile*, 2004, L'Harmattan.

[567] - Il est à noter que cette expérience est citée comme source directe d'inspiration dans le projet *UK new vision*, projet que le ministre australien de l'immigration n'a pas manqué de saluer en soulignant les « remarquables similitudes avec le traitement territorial de l'asile » (Prime Minister Press Releases, *UK asylum proposals worth*

de côté, avant d'être ressuscité plus discrètement par l'Allemagne et l'Italie au cours de l'été 2004[568].

Parallèlement à ces deux propositions, beaucoup de coopérations visant à organiser et réguler les camps se sont développées. Là encore les tractations se sont focalisées sur le Maghreb, et notamment le Maroc, où un certain nombre de « camps-tampons » informels existent déjà[569]. Les négociations avec l'Europe portent notamment sur le contrôle et l'organisation de ces camps, via des structures internationales. Récemment, le Maroc a ainsi conclu un accord avec le HCR pour tenter de les organiser.

Le soutien du HCR ainsi que les propositions de plusieurs Etats membres ont eu pour conséquence d'inscrire le débat au Conseil européen de Bruxelles. Ce dernier a inscrit au Programme de La Haye[570] l'objectif d'élaboration de programmes de protection régionaux en partenariat avec les pays tiers d'origine concernés, qui utiliseront « *différents instruments pertinents, centrés essentiellement sur le renforcement des capacités* »[571].

En ce qui concerne les Etats par lesquels les demandeurs d'asile transitent avant d'entrer dans l'Union, il s'agit d'«*intensifier la coopération et le renforcement des capacités aux frontières méridionales et orientales de l'UE, afin de permettre auxdits pays de mieux gérer les migrations et d'offrir une protection adéquate aux réfugiés* »[572]. Il ne s'agit donc plus de « centres de transit », mais de « capacités de gestion migratoire ». La mise en œuvre de ces orientations générales montrera si les projets de centres de regroupement forcé, envisagés par certains Etats, seront concrétisés.

L'UE prévoit également une assistance financière des Etats tiers dans leurs efforts de gestion des flux migratoires ; l'accent est principalement mis sur les pays méditerranéens ainsi que sur

---

consideration, MPS 21/2003, 3 avril 2003, repris dans Sophie Huguenet, *Droit de l'asile : le projet britannique d'externalisation*, L'Harmattan, 2004, p. 18.

[568] - Pour une chronologie plus précise avec les déclarations politiques et tous les liens nécessaires sur cette initiative italo-allemande, voir la compilation effectuée par le réseau Migreurop ; ainsi que la synthèse d'Amnesty International

[569] - Si les camps type Sangatte au Maroc sont les plus connus, notamment ceux de Gourougou, de Belyounech (Bel Younes), et d'Oujda ayant récemment fait l'objet d'une étude de la Cimade, de tels camps-tampons existent également en Algérie et en Ukraine, pour ne citer que les pays hors Europe.

[570] - Conseil européen, *Le programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne* (2005/C 53/01), J.O.C.E., n° C 53 du 3 mars 2005, p. 3

[571] - *Ibid*., Point 1.6.2.

[572] - *Ibid*., point 1.6.3.

les Etats situés à l'est de l'Europe[573]. L'idée de développer une assistance financière, juridique et technique aux pays qui accueillent la grande majorité de la population mondiale des réfugiés est donc louable.

Cependant, les opposants à cette nouvelle approche soupçonnaient les Etats membres de vouloir se décharger de leur devoir de prise en charge des réfugiés, en le reportant sur les pays tiers proches des frontières extérieures de l'UE. Ce mouvement de délocalisation du traitement des demandes d'asile a été initié par les concepts d' « asile interne » et de « pays tiers sûr » ; il résulte également du fait que plusieurs pays limitrophes de l'UE accueillent un nombre considérablement plus élevé de demandeurs d'asile que les autres pays.

Paragraphe deuxième : Les implications juridiques de l'externalisation

Cette nouvelle « approche régionale » de l'Union peut, à première vue, répondre à l'esprit de « solidarité internationale » inscrit au préambule de la Convention de Genève. Il est incontestable que, dans leur grande majorité, les réfugiés demeurent dans leur région d'origine, souvent dans des conditions d'extrême précarité et de grande insécurité.

Cependant, Il ne faudrait pas en faire un nouvel outil visant à maintenir les réfugiés éloignés du territoire européen en s'associant à des pays tiers d'accueil dans lesquels le respect des droits fondamentaux, de la protection des minorités et/ou la sécurité sont loin d'être garantis. La plupart des pays visés par le programme sont eux-mêmes des pays dont sont originaires des réfugiés et auxquels il est difficile d'appliquer le terme d'Etat de droit. A titre d'exemple, L'U.E. a rompu toute relation diplomatique avec la Biélorussie et a entamé un processus de sanction à l'égard de ses dirigeants.

A cet égard, la position de l'UE et de ses Etats membres est fortement critiquée. En effet, la mise sur pied d'une collaboration en matière de lutte contre l'immigration illégale avec les Etats du nord de l'Afrique n'est pas étrangère au nombre croissant de violations des droits de l'homme qui ont lieu le plus souvent dans ces Etats tiers. L'Union accorde une place importante à la lutte contre le terrorisme et l'immigration irrégulière ; cette dimension sécuritaire apparaît aujourd'hui comme le fondement d'une politique de fermeture des frontières illogique et irresponsable, car

[573] - Règlement 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JOL 80 du 18 mars 2004, pp. 1-5.

s'opérant au détriment des instruments internationaux relatifs aux droits fondamentaux auxquels les Etats membres de l'Union ont souscrit.

Derrière la technicité et la neutralité politique supposée du langage européen, que l'on retrouve dans des expressions telles que « politique de voisinage », « dimension externe de l'asile », « coopération opérationnelle », se cache en fait une opération de reconfiguration d'un ordre international qui ne saurait être réduite à une adaptation à la seule réduction des distances induite par la mondialisation. C'est en effet le cœur même du projet européen et du droit international qui est remis en cause par ces évolutions dont l'Europe n'a pas le monopole. C'est cette logique qu'essaie de décrire le concept d'externalisation, dont on voit que l'actualité récente, avec les polémiques sur la « sous-traitance de la torture » a montré qu'il rendait compte d'un mouvement profond qui va bien au-delà des seules questions d'asile et d'immigration. Ce sont en effet les normes les plus minimales en matière de droits fondamentaux qui, insidieusement ou directement, sont remises en cause par ces politiques. C'est ainsi qu'au nom du partage des responsabilités, l'UE a fortement incité certains pays tels que le Maroc ou la Roumanie à intégrer, dans leur droit national, le délit d'émigration appliqué à leurs ressortissants ou aux migrants en transit.

En outre, des pays tiers comme le Maroc ne sont bien sûr pas partie prenante à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ; la Libye n'a pas signé la Convention de Genève sur le droit d'asile. Pourtant, avant que les relations bilatérales entres ces pays et l'UE ou certains États membres soient formalisées, de nombreux migrants auraient atteint les rivages européens sans qu'il soit préventivement statué sur leur droit à circuler et séjourner.

Formellement, ces conventions internationales auraient donc du leur être appliquées à leur arrivée. Aujourd'hui, avec l'externalisation de procédures dans des pays non signataires des principaux textes internationaux de protection des migrants et réfugiés[574], ces règles de droit sont de plus en plus contournées tandis qu'il est impossible de savoir qui sont les donneurs d'ordre de politiques parfois meurtrières.

Dans ce contexte, il est à noter que plusieurs voix se sont élevées contre les expulsions massives opérées depuis l'île de Lampedusa entre octobre et décembre 2004 puis en mars et juin 2005 par les autorités italiennes, sans prendre en compte les risques éventuellement encourus par les intéressés. Le Parlement européen a adopté le 14 avril 2005 une Résolution très ferme invitant

[574]- Certains pays cibles de ces politiques d'externalisation tels le Maroc, sont signataires de nombre de conventions internationales (convention de Genève, convention de l'ONU sur les droits des travailleurs migrants...) sans pour autant les appliquer, même *a minima*.

l'Italie et les autres membres de l'U.E à mettre un terme aux expulsions massive de demandeurs d'asile vers la Libye et d'autres pays tiers et à respecter le principe de non- refoulement, le Parlement estimant que, à l'instar du HCR, la Libye « ne saurait être considérée comme une terre d'asile sûre ». La mission du Parlement européen qui s'est rendue en Libye a abouti aux mêmes conclusions[575].

Forte de l'accord trouvé en juin 2005 par les ministres de l'intérieur, la Commission européenne a affiché sa volonté de s'engager dans une « stratégie de long terme » avec la Libye pour lutter contre l'immigration illégale depuis les côtes libyennes vers l'U.E.

Quelques mois après, on a assisté à une situation similaire entre le Maroc et les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla. Plus d'une centaine de personnes sous protection HCR ont été renvoyées. Les intéressées n'ayant eu aucun moyen de faire valoir une demande d'asile ; des violences policières ont été exercées faisant plusieurs morts et des étrangers ont été reconduits et abandonnés dans des régions désertiques proches de la frontière algérienne.

A qui doit être imputée la mort de ces migrants tués par balle à Ceuta et Melilla ? Aux Marocains qui sont les seuls à avoir reconnu avoir tiré ? Aux Espagnols qui renvoient au Maroc les réfugiés ayant réussi à pénétrer dans les enclaves et usent envers eux de multiples violences ? A l'UE qui n'a de cesse de donner en exemple son partenariat avec le Maroc ?

Ainsi, il est aujourd'hui impossible de savoir quelles sont les normes de droit qui devraient organiser certaines situations, et quelles instances pourraient être poursuivies en cas de non respect des droits de l'homme.

S'agissant du droit de l'UE, on peut douter des chances d'aboutissement d'une plainte conduite sur son fondement par la victime étrangère des agissements « par ricochet » d'un Etat membre ou de l'UE elle-même, en cas de violation des droits fondamentaux commise à son encontre sur le territoire d'un Etat tiers parce qu'il est peu probable que les outils contraignants de l'Union, comme les directives dans le domaine de l'asile, soient considérés comme applicables dès lors que les agents responsables de leur éventuel non-respect ne relèveraient pas directement de l'autorité d'un des Etats membres.

Cependant, il convient de s'interroger sur les responsabilités des Etats membres et de l'Union qui, depuis des années, adoptent une attitude paradoxale consistant à exiger le respect des droits de l'homme et à confier à des pays extérieurs le rôle de garde-frontières de l'Union, en

[575] - Rapport « *Compte rendu de mission Libye 17-20 avril 2005* », par Hélène Flautre, présidente de la sous-commission des droits de l'Homme du Parlement européen, 2 juin 2005.

fermant les yeux sur les moyens mis en œuvre par ces Etats pour satisfaire aux exigences de l'Union.

Ces principes sont en contradiction flagrante avec tous les traités internationaux et en sapent même les fondements[576]. Le droit d'émigrer est en effet la contrepartie nécessaire à l'ineffectivité de la plupart des droits fondamentaux dans un monde où aucune instance juridictionnelle n'est prévue pour en garantir l'application. Ce droit à l'émigration, même sans droit automatique à l'installation dans un autre pays, traduisait la nécessaire solidarité entre les individus protégés par ces droits transcrits dans la législation nationale et ceux ayant à fuir des régions où ils ne le sont pas.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de signaler que la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour qui en sanctionne les violations, offrent probablement des pistes plus sérieuses[577]. Autrement dit, la CEDH prévoit plusieurs types de protection, dont le champ d'application dépasse le territoire des Etats signataires.

Ainsi en application de son article 3 qui prohibe « les tortures et les peines ou traitements inhumains ou dégradants », un Etat signataire ne peut-il renvoyer une personne vers un pays où elle serait susceptible de subir de tels traitements, y compris si les responsables en sont des agents non étatiques[578]. L'encadrement que donne son article 5§1 de la notion de « privation de liberté », et la jurisprudence qu'il a engendrée[579], fournissent des éléments relativement précis qui pourraient permettre de mettre en cause les conditions dans lesquelles sont souvent détenus des migrants dans les camps en Europe et à ses frontières.

De même l'interdiction des « expulsions collectives » d'étrangers, prévue par l'article 4 du protocole 4 de la Convention, contraint en principe les Etats signataires à appliquer des procédures individualisées aux migrants qu'ils veulent éloigner de force[580].

L'application de la CEDH au bénéfice des victimes de l'externalisation des contrôles aux frontières se heurte toutefois à un obstacle : si toute personne, indépendamment de sa nationalité ou de son statut, peut se prévaloir de la Convention, encore faut-il qu'elle relève de la juridiction

[576] - L'article 8 de cette convention de l'ONU sur les droits des travailleurs migrants proclame, tout comme le Pacte international des droits civils et politiques de 1966, le droit à l'émigration, dans les termes suivants : « Les travailleurs migrants et des membres de leur famille sont libres de quitter tout État y compris leur État d'origine. Ils ont droit à tout moment de rentrer et de demeurer dans leur État d'origine ». Sur le sujet voir Chemillier-Gendreau Monique, « La virtualité de la libre circulation », *Plein droit*, n° 36-37, décembre 97. Reproduit sur le site

[577] - Pour plus de détails sur ce thème, voir ABECASSIS (A.), « La délocalisation du traitement de l'asile et les centres d'accueil de réfugiés hors de l'UE », juillet 2005 : http ://www.migreurop.org/article 903.html.

[578] - CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

[579] - CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III.

[580] - CEDH, *Conka c. Belgique*, 2 février 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I.

d'un Etat signataire, au sens qu'en donne son article1. Désirant dépasser ce problème, la jurisprudence a étendu la notion de « juridiction » aux territoires sur lesquels il est démontré qu'elles exercent leur autorité[581]. Sur cette base, la responsabilité extra- territoriale de pays signataires de la Convention a pu être établie dans plusieurs cas, notamment lorsqu'a été mise en évidence la collaboration apportée par les autorités d'un pays non signataire à un système mis en place par un Etat partie.

Cependant, il est à craindre que la stratégie d'externalisation de l'Union ne lui permette de contourner les obligations qui pèsent sur ses membres. Parce que l'Union en tant que telle n'en est pas signataire et ne peut par conséquent pas être directement mise en cause. La seule responsabilité qui pourrait être engagée serait donc celle d'un –ou plusieurs- des vingt-huit Etats membres de l'UE, dont il faudrait démontrer l'implication « par délégation » dans la commission de violations de la Convention hors de son territoire[582].

De plus, outre l'absence d'un ou de plusieurs textes de référence servant de fondement au contrôle de la Cour, c'est aussi le problème de l'accès restreint de l'individu à la juridiction de l'Union qui se pose. Le recours en annulation n'est en effet traditionnellement accessible aux individus que s'ils sont « directement et individuellement » concernés par un acte de droit de l'Union. Le Tribunal de premier instance de l'Union avait bien tenté en 2002 d'ouvrir plus largement aux justiciables le recours en annulation, en leur permettant de contester la légalité de disposition communautaires de portée générale dès lors qu'elles affectent directement leur situation juridique. Il s'appuyait pour cela sur le « droit à un recours effectif » reconnu par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, les articles 6 et 13 de la CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux[583]. Mais il ne fut pas suivi par la Cour, qui refusa d'admettre le droit pour les particuliers de former un recours direct contre des actes réglementaires de l'Union, au motif qu'ils disposent déjà de la possibilité de les contester devant l'autorité judiciaire nationale, juge de droit commun du droit de l'Union[584].

L'affaire des clandestins refoulés collectivement de Lampedusa vers la Libye en octobre 2004 permet également d'illustrer les limites de la compétence de la CJUE. Le GISTI (groupe

[581] - CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI.
[582] - La Cour reconnaît que les Etats parties à la Convention peuvent être tenus pour responsables des actions commises par les institutions de l'UE, CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I.
[583] - TPICE, *Jego-Quéré et cie SA c /Commission*, 3 mai 2002, aff. T-177/01.
[584] - CJCE*, Commission c/ Jégo-Quéré*, 1er avril 2004, aff C-263/02.Voir plus généralement MEHDI R., « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu… », RTDE 2003 p.23.

d'information et de soutien des immigrés- Paris) se tourna d'abord vers l'Union européenne, en demandant à la Commission d'engager contre l'Italie une procédure en manquement pour violation d'un certain nombre de prescriptions du droit international et du droit communautaire. Suite à la fin de non recevoir opposée par la Commission, le GISTI décida alors d'introduire un recours en annulation contre ce refus, mais le TPI[585] puis la CJCE[586] le rejetèrent comme étant manifestement non fondé.

Tous ces dispositifs « d'externalisation de l'asile » ne sont donc acceptables que s'ils constituent des mécanismes complémentaires de protection, et non substitutifs à l'accueil sur le territoire de l'Union de personnes en quête d'asile. Outre que ce maintien à l'écart des réfugiés potentiels et que cette politique de prévention et de dissuasion contreviendraient à toutes les obligations internationales souscrites par les Etats européens en matière d'asile et de protection des réfugiés, cette « dimension extérieure » de l'asile revient à faire peser une charge supplémentaire sur des pays qui accueillent déjà un nombre bien plus important de demandeurs d'asile et de réfugiés que l'l'U.E., alors que leur situation juridique et économique est, sans commune mesure, avec celle des pays de l'Union.

Telle est la perversité de l'externalisation des procédures d'asile et d'immigration lorsque, comme c'est le cas entre l'UE et ses voisins, « *elle est pratiquée via la coopération avec des tiers. Car reposant sur la déresponsabilisation de l'Europe au détriment d'Etats tiers qu'elle met au service de sa stratégie, elle lui permet d'échapper aux conséquences juridiques de ses desseins, y compris lorsqu'ils impliquent la violation des principes qu'elle revendique comme les siens* »[587].

[585] - TPICE, *GISTI c/Commission*, 6 septembre 2005, aff. T-209/05.
[586] - CJCE, *GISTI c/Commission*, 6 avril 2006, aff. C-408/05P.
[587] - LAVENEX (S.), «Europeanization and Asylum Policy», communication à la 2ème Conférence ECPR, Marburg, septembre 2003, pp.18-21 : http://www.essex.ac.uk/ECPR/events/generalconference/marburg/papers/symposia/2/Lavenex.pdf

CONCLUSION DE TITRE II PARTIE I

Les mesures concernant la détermination de l'Etat responsable des demandes d'asile ont organisé un système de traitement unique des demandes d'asile. Depuis, 2003, le nouveau règlement relatif à la modification de la Convention de Dublin confirme la logique engagée par les Etats membres en harmonisant les règles de détermination du pays responsable des demandes d'asile.

L'analyse de ce règlement a montré la logique perverse de ce mécanisme qui est loin d'être à la hauteur des ambitions affichées par les Etats membres.

En outre, la mise en place du mécanisme EURODAC permet d'accélérer la recherche de l'Etat responsable des demandes d'asile. Par ailleurs, ce fichier d'empreintes digitales renforce la gestion commune des identités des demandeurs d'asile et montre une fois de plus la sophistication des mesures relatives à l'asile.

Parallèlement à cela, les Etats membres ont cherché à rendre plus efficaces les procédures de recevabilité et de traitement des demandes d'asile. A cet égard, la directive 2005/85 a mis en place des notions et procédures clefs pour accélérer la recevabilité et le traitement des demandes d'asile. Nos démonstrations illustrent qu'avec ces nouveaux concepts communs le statut du demandeur d'asile connaît des modifications restrictives sans précédents.

En outre, les notions de pays d'origine sûr, pays tiers sûr, comptent de plus en plus dans l'étude des demandes. Toutefois, la « sûreté » du pays d'origine du demandeur d'asile ou du pays par lequel il a transité fragilisera à l'excès les droits du demandeur.

De plus, l'externalisation et la sous-traitance du droit d'asile, est une façon pour les États d'éviter des demandes sur le territoire de l'UE avec les difficultés qui en découleraient si la demande était refusée. Autrement dit, si la demande est faite dans un État tiers au nom de l'UE, le rapatriement sera plus facile: c'est une hypocrisie, un manque de solidarité avec les pays tiers. L'UE à ce niveau ne joue pas son rôle d'accueil de personnes qui ont besoin de protection.

Toutefois, le drame actuel réside principalement dans les changements de procédures et de pratiques de la demande d'asile aux frontières, notamment aéroportuaires, au cours de la dernière décennie. Le caractère souvent expéditif de l'examen des demandes, le raccourcissement des délais de recevabilité, l'absence ou la carence de traducteurs et d'avocats mettent en péril l'accès même au droit d'asile. C'est donc moins le droit en tant que tel qui est menacé que l'accès à ce droit d'asile.

En effet, même si la C.E.D.H et ses protocoles ne contienne aucune disposition relative à l'examen de demande d'asile[588] et même si la Cour. E.D.H considère, selon une jurisprudence constante, d'une part, que les Etats ont, en vertu d'un principe général de droit international bien établit, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux[589] et, d'autre part, que les contestations en la matière, y compris celle relatives à l'asile, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 C.E.D.H[590], l'invocation combinée de l'article 3 C.E.D.H, interprété par la Cour comme constituant un droit absolu[591] et comme interdisant d'éloigner, de manière directe ou indirecte, une personne vers un pays où elle serait susceptible d'être exposée à un risque sérieux de torture, de traitements ou de peines inhumains et dégradants, et de l'article 13 C.E.D.H, conférant un droit à un recours effectif devant une autorité nationale indépendante à toute personne dont les droits et libertés, tels qu'ils sont affirmés dans la Convention, sont violés, a amené la Cour E.D.H à de multiples reprises, à se prononcer sur l'intérêt procédural de ces dispositions, en ce qu'elles ont trait aux procédures applicables aux demandes d'asile[592].

Ainsi, il apparait dans la pratique que le droit d'asile peut être remis en cause par les dispositions mises en place pour lutter contre l'immigration irrégulière. A priori, le réfugié est le seul étranger à pouvoir prétendre « légitimement » passer une frontière clandestinement, à être sans papiers, ayant perdu la protection de son État d'appartenance. Mais il est, de facto, de plus en plus assimilé aux immigrants illégaux qu'il s'agit de poursuivre. Le demandeur d'asile est « *clairement malvenu en Europe aujourd'hui : tout est mis en œuvre afin de le dissuader de venir, et si par malheur il est venu, tout est mis en œuvre afin de n'accorder le droit d'asile*

[588] - Voir notamment : Cour. E.D.H, 11 octobre 2011, *Auad c/ Bulgarie*, §96. Comparer avec l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux relatif au droit d'asile
[589] - Voir notamment : Cour E.D.H, 2 mai 1997, *D. c/Royaume-Uni*, §46.
[590] - Voir notamment : Cour E.D.H, 5octobre 2000, *Maaouia c/France*.
[591] - Cour. E.D.H, 11 octobre 2011, *Auad c/ Bulgarie,* §96, op. cit.
[592] - Pour un rappel très clair des critères qu'applique la Cour dans l'examen de la violation alléguée de l'article 3 C.E.D.H, ainsi, que des critères auxquels doit répondre un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH, voir : Cour E.D.H, 11 octobre 2011, *Auad c/ Bulgarie*, op.cit., §§99 et 120 et s.

que dans les cas de nécessité absolue »[593]. Ainsi, les pays européens rejettent chaque année 70 % des demandes d'asile, poussant les candidats à la clandestinité. Prés de huit millions d'étrangers vivent en situation irrégulière dans l'U.E.

A cet égard, M. Jacques Barrot, le commissaire européen chargé de la Sécurité et des Libertés, demande plus de solidarité. ''*Le devoir d'asile s'exerce à l'égard des personnes qui risquent des persécutions, qui risquent vraiment des violences. Mais là, très sincèrement, quelle que soit la crise, je crois que l'Europe, avec tout le passé qui est le sien, se doit d'accueillir ceux qui sont effectivement persécutés*.''[594]

[593] - CHEDLY (L.), *op .cit*. p.227.

[594] - « Des immigrés bien intégrés peuvent enrichir la société européenne, la stimuler et faciliter son ouverture au monde », Entretiens d'Europe, n° 56, Fondation Robert Schuman, 14 juin 2011. Disponible sur le site internet : http://www.robert-Schuman.org

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'analyse des conditions d'entrée et de séjour de l'étranger « ordinaire » et du demandeur d'asile a montré une floraison des textes européens. Si nos recherches ont affirmé que des textes bilatéraux ou universels (Convention de Genève) ont changé le droit des étrangers et des demandeurs d'asile, la « masse juridique » la plus importante développée ces dernières années est le résultat de la politique commune de l'Union. Même si cette politique commune souffre d'importantes lacunes que l'on a essayé d'esquisser tout au long de nos développements. De nombreuses directives et règlements ont été adoptés. Leurs impacts touchent le « cœur » de notre problématique.

Les avantages et les inconvénients de ces nouvelles règles ont été largement abordés. Nos démonstrations ont également souligné les conséquences, protectrices ou non, de ces normes européennes.

L'examen précis des directives, règlements et autres normes ont surtout exposé des restrictions importantes au droit et de séjour des étrangers. A cet égard, l'Europe semble vouloir s'affranchir des responsabilités qui lui incombent en vertu des engagements internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, Convention de Genève, Convention européenne des droits de l'homme) auxquels elle a souscrit.

De même, la fragmentation du régime juridique de l'étranger dans le droit de l'UE laisse en application une multitude de textes nationaux ce qui soulève de grandes difficultés quant au respect plein et entier des libertés fondamentales à l'échelle européenne.

Face à cette logique, la société civile et les organisations supposées garantir un contre-pouvoir démocratique doivent réagir avec la plus grande fermeté. Dans toutes l'Europe, il faut qu'un grand nombre de voix s'élèvent pour refuser le dévoiement des politiques sociales d'asile et d'immigration en logiques policières de management. Il est urgent de dénoncer les projets d'externalisation des procédures d'asile et la création de nouveaux lieux d'enfermement des migrants.

Deuxième Partie

L'hétérogénéité des statuts de l'étranger « résident »

L'intervention de l'UE concerne aujourd'hui d'une part les conditions d'admission des candidats à l'immigration sur le territoire commun, appelée très significativement « gestion des flux migratoires » par la Commission européenne, mais aussi le statut des étrangers déjà installés sur le territoire de l'Union et en situation régulière.

L'action de l'UE en la matière est loin d'être monolithique, ses objectifs étant pluriels. Il serait plus juste de parler de politiques d'immigration et de statuts des étrangers. Il s'agit, d'une part, d'assurer la protection des frontières extérieures de l'Union et de lutter contre l'immigration irrégulière, objectif lui-même ambivalent. Il s'agit, d'autre part, de reconnaître des droits aux catégories que l'Union entend protéger. Au-delà des groupes traditionnellement concernés par les normes internationales, réfugiés et demandeurs d'asile, se trouve au centre des préoccupations de l'Union les conditions des ressortissants des Etats tiers.

Dans cet esprit, la mise en place d'une politique commune d'immigration ouvre un débat, comment assurer la protection de l'étranger migrant ?

Ici, la fragmentation du droit de l'U.E., la présence quasi permanente du droit national soulève de grandes difficultés quant au respect plein et entier des libertés fondamentales à l'échelle européenne.

Il s'agit donc de mesurer comment l'ordre juridique de l'UE protège l'étranger. Plus profondément, la difficulté consiste à déterminer en quoi la politique menée par l'Union accentue les différences entre les européens et les ressortissants des Etats tiers et à montrer comment ces discriminations doivent être brisées par le future modèle européen de migration.

Dans cette relation entre ressortissants membres et tiers à l'Union, une distinction s'opère entre l'étranger résident régulièrement sur le territoire de l'Union bénéficiant d'une protection moindre que celle d'un membre de l'Union **(titre premier)** et l'étranger résident irrégulièrement se trouvant le plus souvent dans une zone de précarité juridique **(titre deuxième).**

Titre premier : L'évolution des statuts des migrants établis régulièrement sur le territoire de l'U.E

Le séjour des étrangers dans l'UE n'obéisse pas un régime monolithique mais à un régime pluraliste résultant de leur catégorisation[595], la teneur des droits consentis variant suivant les groupes et en fonction des domaines.

Ainsi, si l'égalité économique et des droits sociaux pour les travailleurs immigrés est généralement admise, l'attribution des droits politiques à l' « autre » est très contestée, y compris au niveau local. Cette contestation vient non seulement de la population mais aussi des élites politiques.

Autrement dit, l'étranger du droit commun bénéficie, plus au moins, d'un régime favorable dans le domaine des droits familiaux et sociaux ; alors qu'en matière des droits politiques et économiques, les différences de traitement furent toujours tolérées et donc non considérées comme attentatoires au droit des personnes[596] **(chapitre premier)**.

En outre, le demandeur d'asile dispose d'un statut propre même si certaines règles de droit commun lui sont applicables. Ces dix dernières années, le droit de l'UE a largement légiféré sur les droits du demandeur d'asile. Aujourd'hui, le statut du demandeur d'asile est modifié,

[595] - La catégorisation des étrangers n'est pas une technique neutre de découpage et de classement nécessaire à l'édification d'un statut des étrangers. Elle n'est pas une simple opération mécanique, dénuée de sens, de valeur ou d'effet social. Le travail de catégorisation répond à une logique de contrôle qui doit être mise en lumière. Elle est un instrument de fabrication de la réalité migratoire car elle assigne aux étrangers une identité reconstituée. Elle permet, ensuite, d'opérer un tri des étrangers en toute légitimité.

[596] - MAGNETTE (P.), « L'égalité de traitement en matière de droits politiques et ses limites », in Union européenne et nationalités : le principe de non-discrimination et ses limites », sous la dir. De BRIBOSIA (E.), DARDENNE (E.), MAGNETTE (P.) et WEGEMBERGH (A.), éd. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 119.

voire remanié par la politique commune d'asile. Il sera démontré combien les règlements et directives de l'Union règlementent les types de protections délivrées par les Etats membres.

Toutefois, si le droit de l'UE a largement influencé le droit des demandeurs d'asile, la plus ancienne norme internationale qui s'est préoccupée de la protection de l'étranger en quête de refuge est la Convention de Genève relative au statut du réfugié de 1951[597]. Ce traité international a été le premier texte à poser une définition et un statut international du réfugié ; ce dernier étant le demandeur d'asile qui obtenu la qualité de réfugié au sens de la Convention de Genève. Le domaine des protections offertes aux demandeurs d'asile a été complété par des actes de droit dérivé de l'UE qui dressent un ensemble de protections alternatives à la protection statutaire du réfugié. Le demandeur d'asile bénéfice donc d'un statut commun au niveau de l'Union qui laisse transparaître des contradictions sur le contenu des protections délivrées.

En conséquence, le contenu et la portée de cette harmonisation de la définition du réfugié seront analysés. Cette nouvelle approche du réfugié témoigne de l'ébauche d'une définition européenne du réfugié **(Chapitre deuxième)**.

Chapitre premier : Le régime commun

Les droits sociaux octroyés aux citoyens de l'U.E se retrouvent dans une large mesure accordés aussi aux étrangers « résidents en situation régulière » **(section première)**. Toutefois, et bien que l'évolution de la législation aille plutôt dans le sens d'une assimilation progressive des étrangers aux nationaux, d'importantes discriminations n'en subsistent pas moins dans le droit de l'U.E., notamment dans la sphère des droits familiaux **(section deuxième)** et les droits politiques et économiques **(section troisième)**.

[597]- Convention de Genève relative au statut de réfugié, adoptée le 28 juillet 1951 par une conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides ; convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 429 (V) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1950. Entrée en vigueur le 22 avril 1954, conformément aux dispositions de l'article 43.

Section première : l'alignement des droits des étrangers sur ceux des citoyens européens dans le domaine social

Bien qu'ayant longtemps eu un objet purement économique, le droit de l'Union a finalement engendré un minimum de réalisations dans le domaine social et apparaît ainsi, à plusieurs titres, porteur de progrès en matière de droits sociaux des étrangers **(paragraphe premier)**.

En outre, et loin de se caractériser par l'uniformité et la cohérence, le statut des étrangers à l'égard des droits sociaux apparaît au contraire largement hétérogène et paradoxal. Aussi, au régime du droit commun, sévère et parfois difficilement justifiable, se juxtaposent des cas particuliers et des interventions favorables des pouvoirs publics.

Bien que ponctuels et forts limités, ces aspects n'en demeurent pas moins bénéfiques et porteurs de progrès importants dans la mise en œuvre des droits des étrangers. Ainsi, tirant avantage d'une réglementation moins stricte, conduisant à l'émergence de catégories d'étrangers plus favorisés que les autres, les droits sociaux des étrangers apparaissent-ils parfois mieux garantis **(paragraphe deuxième)**.

Paragraphe premier : la reconnaissance du principe d'égalité de traitement en matière de droits sociaux :

La contribution du droit de l'Union aux droits sociaux des étrangers est considérable. Nombreuses sont les institutions européennes qui se sont ainsi engagées dans la promotion de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers en matière de droits sociaux par d'une part, la reconnaissance du principe de la lutte contre les discriminations **(A)**, et d'autre part, par la tendance de la construction progressive d'une citoyenneté du résident **(B)**.

A- Une lutte croissante mais insuffisante contre les discriminations :

L'Union a également mis en place un cadre juridique pour lutter contre les discriminations en particulier des normes minimales communes visant à promouvoir l'égalité de traitement et à combattre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle.

Ainsi, un ensemble de mesures anti-discrimination a été adopté par le Conseil en 2000 qui concerne directement ou indirectement les ressortissants des Etats tiers. Une première directive[598] tendant à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, assure une protection contre les discriminations en matière d'accès à l'emploi, à l'orientation et à la formation professionnelles, de conditions d'emploi et de travail, de protection sociale, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et aux services.

De même, mais de manière non spécifique, une directive sur les discriminations en matière d'emploi et de travail[599] porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement et vise de manière générale la discrimination sous toutes ses formes, concernant les discriminations fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap, mais aussi la religion ou les convictions.

Les deux directives visent à compléter et renforcer les mesures nationales existantes[600], en offrant une définition commune des discriminations illicites et en engageant les Etats à supprimer ou neutraliser, dans leurs ordres juridiques respectifs, toute disposition directement ou indirectement discriminatoire, dans des domaines soigneusement définis[601].

Par souci d'effectivité, l'accent est aussi mis sur le dialogue avec les partenaires sociaux, afin d'organiser une surveillance des pratiques sur les lieux de travail. Dans une perspective d'autorégulation, la rédaction de textes (code de bonnes conduites) et d'accords (conventions collectives) est encouragée pour promouvoir l'égalité de traitement et surtout, des mécanismes de garantie sont prévus : renforcement de l'accès à la justice ou à des procédures de conciliation[602] ; inversion de la charge de la preuve dès que des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination sont établis ; protection des victimes contre d'éventuelles mesures de rétorsion en particulier le licenciement…

---

[598] - Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, *JO* L180 du 19 juillet 2000, p.22.

[599] - Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, *JO* L303 du 2 décembre 2000, p.16.

[600] - En ce sens, les obligations imposées aux Etats sont minimales, une clause de non-régression leur interdisant d'abaisser leur propre standard de protection.

[601] - La directive 2000/78 condamne ainsi les discriminations en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de conditions d'emploi et de travail, d'affiliation à certains organismes ; la directive 2000/43couvre des domaines plus vastes plus qu'elle prohibe également les discriminations en matière d'éducation, d'accès aux biens et aux services (y compris en matière de logement), de protection sociale (y inclus la sécurité sociale et les soins de santé).

[602] - Au terme de la directive 2000/43, les Etats doivent notamment permettre que des actions soient engagées au nom de la victime par une association, une organisation ou toute autre personne morale.

Enfin, les Etats sont appelés à introduire des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées en cas de contravention aux dispositions européennes[603].

Ainsi, au titre de la politique sociale, l'Union octroi des droits aussi bien aux citoyens européens et aux ressortissants de pays tiers. L'article 157 TFUE (ex-art. 141 TCE) pose le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour un même travail[604]. Cette disposition a été complétée par des actes de droit dérivé, qui ont progressivement étendu le domaine du principe de non-discrimination entre travailleurs masculins et féminins.

Les actes concernant la protection des salariés contre les conséquences sociales des restructurations d'entreprises[605], la sécurité et la santé sur les lieux de travail[606], le temps de travail[607], le travail des jeunes[608] ainsi que les conditions de travail des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière[609], ne distinguent pas non plus en raison de la nationalité. L'Union tend aussi à supprimer, sans critère de nationalité, les discriminations à l'encontre des travailleurs étrangers dans le domaine audiovisuel. Un des objectifs de la directive *Télévision sans frontières*[610] est de réaliser la libre circulation des œuvres européennes. Afin de déterminer le caractère européen des œuvres, deux séries de personnes sont visées. Il faut que l'œuvre ait été réalisée « essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs Etats visés ». Il faut également qu'elle ait été réalisée par « un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs de ces Etats » ou que la réalisation ait été « supervisée et effectivement contrôlée » par ces producteurs ou, à défaut de

603 - Pour une présentation plus générale, voir notamment FLAUSS J.F, « L'action de l'Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie, *RTDH*, 2001, n°46, pp. 487-515.
604 - Cette disposition est d'effet direct dans les ordres juridiques des Etats membres, CJCE, 8avril 1978, *Defrenne*, aff. 43/75*, Rec*., p. 455.
605 - Les actes européens tendent à garantir un dialogue entre employeurs et représentants du personnel pour tenter d'éviter ou de limiter des licenciements collectifs pour cause économique ou pour en atténuer les conséquences (directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, *JOCE*, L 225 du 12 août 1998, p. 16), le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises (directive 77/187/CE du Conseil, du 14 février 1977*, JOCE*, L 61 du 5 mars 1977, p. 26) et la protection des salariés contre l'insolvabilité de l'employeur (directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, *JOCE*, L 283 du 20 octobre 1980, p. 23).
606 - Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, *JOCE*, L 183, du 29 juin 1989, p. 1.
607 - Directive 93/104 du Conseil, du 23 novembre 1993, *JOCE*, L 307, du 13 décembre 1993, p. 18, qui fixe notamment une durée maximale de travail et des durées minimales de repos hebdomadaires et de congés annuels.
608 - Directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail, *JOCE*, L 216 du 20 août 1994, p.12.
609 - Directive 96/ 71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE*, L18 du 21 janvier 1997, p. 1.
610 - Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE*, L 298 du 17 octobre 1989, p. 23, modifiée par la directive 97/36/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, *JOCE*, L 202du 30 juillet 1997, p. 60.

contrôle, que « la contribution des coproducteurs de ces Etats [soit] majoritaire dans le coût total de la coproduction ».

Ainsi, l'Union ne distingue pas en fonction de la nationalité de ces personnes. Elle prend plutôt en considération leur lieu de résidence sur le territoire de l'Union.

En outre, les citoyens européens et les étrangers bénéficient du même traitement également au regard de certains régimes d'aides. Ainsi, par exemple, les restitutions à l'exportation de produits agricoles vers les marchés de pays tiers sont octroyées en raison de l'origine communautaire des marchandises exportées, qui correspond au lieu de leur production, et non en raison de la nationalité des personnes[611]. Il en est de même dans le domaine de l'éducation. Les aides à la mobilité des étudiants par exemple sont octroyées sans condition de nationalité, à des étudiants inscrits dans les universités des Etats membres[612].

Le droit de présenter une pétition au Parlement européen et le droit de saisir le médiateur d'une plainte constituent d'autres exemples de droits qui ne sont pas réservés aux ressortissants des Etats membres. En vertu des articles 227 et 228 TFUE (ex-art. 194 et 195 TCE), ces droits sont en effet ouverts non seulement aux citoyens de l'Union mais aussi à toute personne ayant sa résidence dans un Etat membre.

Aussi, il convient de rappeler que l'U.E progresse également sur la voie de l'octroi, aux ressortissants de pays tiers, la même protection que celle dont jouissent les travailleurs de l'Union en matière de sécurité sociale. Il s'agit en l'occurrence d'une avancée significative qui fut longtemps attendue[613]. Résultant d'une proposition de la Commission en 1997[614], favorisée

[611] - Voir par exemple l'article 17 du règlement (CE) 2201/96 du Conseil, du 28 octobre 1996, portant organisation commune des marchés dans le secteur de produits transformés à base de fruits et légumes, *JOCE*, L 297 du 21 novembre 1996, p. 29.Voir également le règlement (CEE) 3665/87 de la Commission, du 27 novembre 1987, portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, *JOCE*, L 351 du 14 décembre 1987, p. 1.

[612] - A propos du programme Erasmus, voir l'annexe de la décision 879/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 1995, établissant le programme d'action communautaire Soctrates, *JOCE*, L 87 du 20 avril 1995, p.10.

[613] - *Cf.* not SCHLTE (B.), Treatment of third country nationals in European community law. The statu quo, in Y. JORENS et B. SCHULTE, (eds.), *European social security law and third country nationals*, Ed. Die Keure-La Charte, Bruxelles, 1998, p.157.
GHAILANI (D.), L'extension de la coordination des régimes de sécurité sociale aux ressortissants des Etats tiers : la fin d'un périple, *Revue belge de sécurité sociale*, 2003, p.213 ;

[614] - Proposition de règlement (CE) du Conseil modifiant le règlement (CEE) n°1408/71 en ce qui concerne son extension aux ressortissants de pays tiers, COM (97) 561, JO C6 du 10 janvier 1998, p.15.

par la jurisprudence de la Cour de justice, plus précisément l'arrêt Khalil du 11 octobre 2001[615]. Elle réalise la première concrétisation des conclusions du Conseil de Tampere.

Le bénéfice de la coordination des systèmes de sécurité sociale prévue depuis 1958 en faveur des ressortissants de l'Union, consenti également aux réfugiés et apatrides, a été étendu par le règlement n° 859/2003 du 14 mai 2003 aux ressortissants des pays tiers qui résident légalement sur le territoire d'un Etat membre. Autrement dit, les étrangers qui se déplacent à l'intérieur de l'Union bénéficient des mêmes droits au regard de la coordination des systèmes de sécurité sociale que les citoyens de l'Union lorsque ceux-ci exercent leur droit de libre circulation[616].

Ce texte connaît un champ d'application substantiel et spatial réduit. Aussi, nombre d'observateurs dénonçaient cette complexité[617] d'où la création d'une carte européenne d'assurance-maladie par un règlement de 2004 complétant les mécanismes de coordination des régimes sociaux[618]. Ainsi, les démarches administratives sont plus réduites[619] et les différenciations entre les assurés introduites dans les textes précédents sont écartées. Ce faisant, les ressortissants des Etats tiers en bénéficient dès l'instant où ils sont couverts par un système légal de sécurité sociale dans l'un des Etats de l'espace économique européen et même pour ceux qui résident en Suisse[620]. Pour autant, les Etas conservent leurs compétences pour choisir la durée de validité de la carte européenne.

---

[615] - CJCE 11 octobre 2001, aff. Jointes C 95/99 à C98/99 et C. 180/99 : *Rec*. p. I-7413. Il s'agit de Palestiniens et de Kurdes originaires du Liban (considérés comme apatrides par le droit allemand) ainsi que d'Algériens (considérés comme réfugiés) qui vivent en Allemagne avec une autorisation de séjour, et qui demandent le bénéfice des *allocations familiales*. Leurs demandes ont été rejetées au motif que les intéressés n'avaient pas la *nationalité allemande*, ne disposaient pas d'un titre de séjour et qu'ils ne relevaient pas du règlement 1408/71. La CJCE, en suivant la Commission et l'avocat général *Jacobs, décide que les apatrides et les réfugiés*, bien que couverts par le règlement 1408/71 n'est pas applicable, lorsqu'un travailleur, qui réfugié ou apatride, et les membres de sa famille ont immigré dans un Etat membre directement au départ d'un Etat tiers, qu'ils ne sont pas déplacés à l'intérieur de la Communauté et qu'il n'existe aucun autre élément pertinent de rattachement à un quelconque autre Etat membre. Pour une approche critique de cet arrêt voir : J.Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'union européenne, Chronique », *J.T.D.E*. 2002, 65 ; J. BAQUERO CRUZ, « Khalil e.a: Les réfugiés et les apatrides face au droit communautaire », *C.D.E* 2002, 501.

[616] - Cf. ROGER (F.), Europe : droits nouveaux pour les ressortissants d'Etats tiers, *Bulletin social Francis Lefebvre* 2003, n°11, p. 541.

[617] - SABATEKAKIS (E.), « La carte européenne d'assurance-maladie : le nouveau passeport pour la mobilité en Europe », *RMCUE*, n°504, janvier 2007, p.48.

[618] - Règlement 631/2004 modifiant le règlement 1408/71 du 31 mars 2004 adopté dans le cadre de l'introduction de la carte européenne d'assurance-maladie, *JOUE*, L 1000, 6 avril 2004, p.1.

[619] - L'obligation pour le voyageur de s'adresser préalablement à l'institution d'assurance-maladie du lieu de séjour est supprimée. Par ailleurs, une obligation d'information mutuelle pèse sur les organismes nationaux de sécurité sociale.

[620] - Règlement (CE) n°859/2003du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement n°1408/71 et du règlement (CEE) n°574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité. Ce texte est entré en vigueur le 1er juin 2003, JOUE, L 124, 20 mai 2003, p.1.

D'ailleurs, la Commission précise qu'il ne s'agit pas d'harmoniser les systèmes de protection sociale dans la mesure où ils restent attachés aux cultures, aux structures et institutions des Etats membres. Pour autant, une approche plus intégrée des politiques sociales permettrait, tout en s'inspirant des systèmes nationaux, de gommer les disparités entre les salariés des divers Etats membres et de contribuer à une meilleure mobilité[621]

Il y a donc une extension du principe d'égalité de traitement en matière de droits sociaux qui pourrait peu à peu transcender la distinction entre ressortissants de l'Union et ressortissants des pays tiers.

La Cour E.D.H. n'est d'ailleurs pas non plus étrangère à cette évolution. Dans un arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 18 septembre 1996[622], elle a condamné l'Autriche pour avoir refusé des allocations chômage à un Turc au motif de sa nationalité. Selon le juge de Strasbourg, le bénéfice de cette allocation découlait du versement par l'intéressé aux organismes de prestations sociales autrichiens des cotisations correspondantes. La Cour a ainsi estimé que le fait de subordonner une prestation sociale à une condition de nationalité était discriminatoire quand une telle mesure manque de « justification objective et raisonnable », qu'elle ne poursuit pas de « but légitime » et qu'elle n'est pas proportionnée aux moyens et les buts visés. Par cet arrêt la CEDH a affirmé le principe d'égalité entre étrangers et nationaux en matière sociale.

L'égalité de traitement en matière de droits sociaux est donc un objectif commun à la plupart des instances européenne, relayé, en droit interne, par les Cours constitutionnelles. Celles-ci se sont, en particulier, attachées à gommer les références aux seuls nationaux que font parfois les textes constitutionnels ou législatifs pour les étendre aux étrangers. C'est ainsi que l'on a pu, à juste titre, considérer que le Conseil constitutionnel français avait été à l'origine de « l'émergence d'un véritable statut constitutionnel des étrangers »[623].

---

[621] - EUZEBY (C.), « Pour une redéfinition des droits à la protection sociale en Europe », *RMCUE*, n°491, septembre 2005, p. 505.

[622] - CEDH, arrêt Gaygusuz c. Autriche, 18 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-IV, n°14. Sur cet arrêt et ses évolutions, voir en particulier : S-J. PRISO ESSAWE, Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des arrêts Van Raalte c. Pays-Bas et Petrovic c. Autriche, RTDH, 1998, pp. 721-736.

[623] - Voir également à ce propos : GENEVOIS (B.), Le Conseil constitutionnel et les étrangers, *in Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998 ; KISSANGOULA (J.), *Les droits fondamentaux des étrangers*, LGDJ, 2001 ; LECUCQ (O.), *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, thèse Aix-Marseille III, 1999.

Dans sa décision Egalité entre français et étrangers[624], le Conseil constitutionnel français a donné une autre lecture de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution française de 1946[625]. Cette disposition, qui avait été initialement conçue pour s'appliquer aux seuls nationaux, est aujourd'hui réputée inclure également les étrangers en situation régulière.

Le juge constitutionnel a, en effet, affirmé que les étrangers en situation régulière et les nationaux doivent être traités de manière identique en ce qui concerne les droits fondamentaux. Dans sa décision n°93-325 DC du 13 août 1993 il a posé le principe d'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers en matière de droits sociaux en affirmant expressément que « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français »[626]. Il a d'ailleurs ajouté, dans cette même décision, que les étrangers « dont la résidence en France est stable et régulière, ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ».

Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle italienne, dans un arrêt n°105 de 2001, a affirmé que « les droits que la Constitution proclame inviolables bénéficient aux individus non pas en raison de leur appartenance à une communauté déterminée mais parce qu'ils sont des êtres humains ». Cela signifie, en particulier, que l'article 3 de la Charte constitutionnelle sur le principe d'égalité doit également s'appliquer aux étrangers, en particulier en matière sociale. Dans un arrêt n° 54 de 1979, la Cour constitutionnelle a ainsi souligné que « la référence textuelle de l'article 3, alinéa 1er, aux seuls citoyens n'exclue pas (…) que l'égalité devant la loi soit garantie aux étrangers quand il s'agit d'assurer la protection des droits inviolables de l'homme »[627].

L'ensemble de ces jurisprudences constitutionnelles délivrent ainsi un message clair au législateur : les dispositions constitutionnelles ne sauraient être interprétées dans un sens destiné à accorder moins de garanties sociales aux étrangers (en situation régulière) qu'aux nationaux.

---

[624] - CC, décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990, *Egalité entre français et étrangers, Rec*., p.33, RJC, p. I-392. Sur le thème de la décision voir, en particulier, PRETOT (X.), L'application du principe d'égalité des étrangers résidant en France*, Revue de droit sanitaire et social*, 1990, p.437.

[625]- L'article 5 du Préambule de la Constitution française de 1946 dispose, en effet, que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

[626] - CC, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993*, Maîtrise de l'immigration*, cons. n° 3, *Rec*., p.224, RJC, I-539, *GDCC* n°46.

[627] - Cour const. Italienne, sent. n°54 de 1979 ; voir aussi, sent. n° 62 de 1994, n° 120 de 1967. En particulier, dans l'arrêt n° 120 de 1967, le juge constitutionnel italien affirme que « s'il est vrai que l'article 3 se réfère expressément aux seuls citoyens, il n'en est pas moins certain que le principe d'égalité est valable même pour l'étranger quand il s'agit de respecter les droits fondamentaux ».

Cela explique sans doute pourquoi de nombreux pays européens ont entrepris des réformes ou pris des initiatives pour améliorer la situation et renforcer l'application du principe de l'égalité de traitement entre les étrangers et les nationaux en matière des droits sociaux.

En Italie, la loi n°40 du 6 mars 1998 a affirmé le principe d'égalité entre les travailleurs étrangers résidant légalement en Italie et les travailleurs italiens. De même, en Espagne, la loi organique n°14 du 20 novembre 2003 relative aux droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale a prévu plusieurs mécanismes visant à promouvoir le principe d'égalité entre nationaux et étrangers. Il s'agit notamment de la création d'un Observateur contre le racisme et la xénophobie[628] et d'un forum pour l'immigration (*Foro para la immigracion*)[629].

Les législations nationales européennes se sont donc engagées dans un processus de reconnaissance, en faveur des étrangers en situation régulière, des mêmes droits sociaux dont bénéficient leurs nationaux.

Sous la pression internationale, elles ont même franchi une nouvelle étape : celle de reconnaître également aux étrangers en situation irrégulière des droits sociaux inhérents à la personne humaine. En effet, comme le souligne le professeur B. Mathieu, « *on ne peut laisser mourir un homme de froid, de faim ou de maladie et reconnaître à la fois son égale appartenance à l'Humanité* »[630].

C'est finalement l'application du principe de non-discrimination en vertu de la nationalité qui plaide en faveur d'une citoyenneté européenne ouverte aux résidents légaux. Il faut savoir que les ressortissants des Etats tiers sont environ vingt millions à résider légalement sur le territoire de l'Union européenne. Le principe de non- discrimination permet d'envisager leur inclusion. En effet, d'un point de vue théorique, ce principe implique l'égalité entre les hommes et pas seulement entre les citoyens[631]. L'indifférence de la nationalité est alors une manifestation de l'universalité des droits fondamentaux.

---

[628] - Il est prévu par l'article71 de la loi. Cet organisme est chargé d'opérer un suivi de la situation en Espagne et de faire, le cas échéant, des propositions pour remédier aux problèmes qui pourraient se poser en la matière.

[629] - Il figure à l'article 63 de la loi. Il fait intervenir des représentants de l'administration, des associations d'immigrés, des organisations sociales de soutien et d'autres structures ayant des implications dans le travail ou la protection sociale des étrangers comme les syndicats d'employés ou les organisations patronales. L'objectif de la loi est de faire de ce Forum une structure « de coordination, d'information et de conseil en matière d'immigration ».

[630] - MATHIEU (B.), La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel,* n°6, 1998.

[631] - MAVRIDIS (P.), « La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2002, fasc. 5-6, pp.634-677.

Toutefois, cette avancée est modeste, dans la mesure où aucun droit d'entrée, de séjour, de résidence, d'accès au marché de l'emploi d'un Etat membre ne sont consacrés. Ces domaines relèvent des législations nationales.

Aussi, à l'heure actuelle, l'accès à la justice reste fortement problématique en matière de non-discrimination, notamment en raison de la difficulté de la charge de la preuve dans des relations où l'employeur (ou le futur employeur) apparait en position de force, voire hégémonique en ce qui concerne le recrutement. Bien qu'allégée, la charge de la preuve telle que prévue dans la législation relative à l'égalité de traitement incombe toujours, dans un premier temps, à la personne s'estimant victime de discrimination.

L'arrêt *Meister*[632], bien que reconnaissant le refus d'information comme pouvant constituer un élément de preuve d'une discrimination, n'apporte aucune réponse quant aux critères permettant d'établir une discrimination, ni quant à la forme que celle-ci devrait revêtir (direct ou indirect), dans ce genre de situation[633].

La Cour a commencé par rappelé que les dispositions relatives à la charge de la preuve en droit de l'U.E prévoient que dès lors qu'une personne s'estimant lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement établit des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation de ce principe. La première question préjudicielle adressée à la Cour demande si un candidat alléguant de façon plausible –en produisant un certain faisceau d'indices- qu'il

[632] - CJUE, 19 avril 2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems Gmbh*, C-415/10. Le litige devant le juge national (le Bundesar-beitsgericht) a opposé Mme Meister à Speech Design. Gallina Meister, âgée de 45 ans au moment des faits, est d'origine russe et titulaire d'un diplôme russe d'ingénieur « système » reconnu en Allemagne. A ce titre, elle a postulé le 5octobre 2006 à l'annonce pour un poste vacant publiée par Speech Design portant sur le recrutement d'un développeur de logiciel expérimenté. Sa candidature est rejetée le 11octobre. Une seconde annonce, identique à la première, est diffusée peu de temps plus tard sur Internet, à laquelle Mme Meister a porté de nouveau candidate, sans succès.
Mme Meister a invoqué devant le juge national une discrimination fondée sur le genre, l'âge et l'origine ethnique puisqu'elle s'estimait remplir les conditions requises à l'occupation du poste vacant. Elle requiert par conséquent le versement d'une indemnité et la production par Speech Design du dossier du candidat recruté, afin de démontrer qu'elle était plus qualifiée que ce dernier. Le juge national décide dès lors de surseoir à statuer afin de poser à la Cour de Justice deux questions préjudicielles relatives au droit à l'information invoqué par Mme Meister et aux critères permettant de présumer l'existence d'une discrimination en cas de refus ou de manquement à ce droit.

[633] - La détermination de la forme de la discrimination est cruciale en droit de la non-discrimination dans la mesure où les discriminations directes ne peuvent connaître de justifications (hormis les quelques exceptions explicitement reprises dans les directives). Les justifications apposées aux discriminations indirectes, apparemment neutres mais basées sur un critère créant une situation défavorable à l'encontre d'une ou plusieurs personnes déterminées, sont permises pour autant qu'elles obéissent à un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. En outre, la discrimination directe, qui se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, requiert l'appel à un comparateur, hypothétique ou réel, pour procéder à la charge de la preuve. Or, en l'espèce, l'accès à l'information relative à cet éventuel comparateur est refusé à Mme Meister.

satisfait aux qualifications requises par le poste à pourvoir, a le droit d'accéder à l'information précisant sur quelles bases l'employeur a finalement retenu un autre candidat.

La Cour estime, toutefois, qu'un refus d'information pourrait priver les dispositions relatives à la charge de la preuve de tout effet utile. Dès lors, il revient au juge national de veiller à ce que le refus d'information ne risque pas de compromettre la réalisation de l'objectif de non discrimination et d'établissement des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte tel qu'inscrit dans les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54[634]. La Cour conclut en rappelant qu'invoquer un tel refus de donner accès à l'information constitue un moyen de preuve valable devant un tribunal en vertu de la législation égalité et non discrimination, mais qu'il revient au juge national de vérifier si cela constitue un élément à prendre en compte dans l'établissement des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, compte tenu des circonstances de l'affaire. Enfin, au vu de cette réponse, la Cour n'estime pas nécessaire de répondre à la deuxième question préjudicielle, qui demandait si « la circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur. Ainsi, elle ne se prononce pas non plus sur la question de la protection des données (en ce compris la question de la confidentialité des données personnelles), qui s'avère en filigrane tout aussi fondamentale que la question de l'établissement d'une discrimination.

De plus, compte tenu des réticences des juridictions nationales allemandes vis-à-vis de la jurisprudence européenne (voir notamment l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande mettant en doute les compétences de la Cour à juger du cas *Mangold*…)[635], il n'est pas certain que le juge national adopte une position activiste par la définition de critères permettant de présumer de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte en cas de manquement au droit à l'information d'un candidat déçu. Dès lors, la Cour de justice, en adoptant une telle position, rate une occasion de renforcer les mécanismes de protection juridictionnelle des victimes de discrimination.

---

[634] - Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JOCE L 204 du 26.07.2006, pp.23-36.

[635] - Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, (Bundesverfassungsgericht), 2 BvR 2661/06 du 6 juillet 2010 –Arrêt de la Cour du 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, Rec. 2005, Rec., p.I-9981. Dans l'arrêt *Mangold*, la CJCE reconnaît l'existence d'un principe général du droit de l'Union interdisant les discriminations en fonction de l'âge. Cet arrêt semble conférer un effet direct horizontal à la directive égalité de l'emploi.

B- La construction progressive d'une « citoyenneté de résidence » :

Si les conditions d'accès à la citoyenneté européenne et son contenu sont homogènes et clairement définis depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, en revanche le cercle des bénéficiaires de certains de ses attributs est évolutif. Il est vrai que devant les divergences nationales qui demeurent[636], la consécration d'une citoyenneté transnationale dont découlent des droits égaux est un défi remarquable.

A l'heure actuelle, de nombreux droits et garanties juridiques profitent aux citoyens européens mais aussi aux étrangers, sous certaines conditions. Il en résulte une certaine asymétrie entre les droits de citoyenneté européenne et leurs bénéficiaires.

Autrement dit, il serait effectivement erroné de supposer que les droits qui découlent du statut de citoyen européen soient des prérogatives dont le bénéfice est réservé exclusivement aux citoyens de l'Union européenne[637], même si les dispositions des traités n'accordent le bénéfice de la libre circulation qu'aux seuls ressortissants des Etats membres.

Ainsi, de nombreuses propositions sont venues allier le sort des citoyens de l'Union et des ressortissants des Etats tiers résidant légalement sur le territoire européen. A cet égard, dans sa communication de 2000[638], la Commission a introduit la notion de citoyenneté civile, définie comme la garantie aux immigrants d'un certain nombre de droits et d'obligations fondamentaux qu'ils acquerront graduellement sur un certain nombre d'année, et qui leur assureront dans l'Etat d'accueil le même traitement qu'aux ressortissants dudit Etat, même s'il ne sont pas naturalisés.

---

[636] - Citons par exemple l'école diversifiée, les langues différentes, les frontières non définitives ainsi que les valeurs variables dans l'Europe des vingt- sept, WHITHOL DE WENDEN (C.), *La citoyenneté européenne*, Presse de Science Po, Paris, 1997, p.15.

[637] - « …en prévoyant que les « citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité », [l'article 17§2 CE] consacre certes la reconnaissance d'une série de droits, précisés ailleurs (en particulier aux articles 18 CE à 21 CE), au profit de ces personnes. Cependant, elle n'implique nullement que seuls les citoyens de l'Union peuvent jouir de ces droits », Conclusions de l'avocat général TIZZANO A. du 6 avril 2006 dans l'affaire C-145/04, CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande- Bretagne et d'Irlande du Nord* (disponible sur le site www.curia.eu), notes 9, 52 à 54, p.90 ; La CJCE, dans son arrêt, a repris cet argument dans les termes suivant : « Par ailleurs, si le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique, ce constat n'a pas nécessairement pour conséquence que les droits reconnus par le traité seraient réservés aux citoyens de l'Union », aff. C-145/04 précité, note 72, pt.74.

[638] - COM (2000) 757 final.

De plus, en matière de droits sociaux, de nombreuses évolutions ont permis une intégration des résidents de longue durée[639]. En effet, lorsqu'un étranger possède le statut de résident de longue durée selon la directive 2003/109 du 25 novembre 2003[640], il a droit à toute une série de prestations aux mêmes conditions que les nationaux, notamment en matière de conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée. Sont similaires les conditions d'emploi et de travail (repos hebdomadaire, normes d'hygiène, congés annuels, salaire, conditions de licenciement), d'éducation et formation professionnelle, de reconnaissance de diplômes et bourses, de protection sociale (allocations familiales, pensions de retraite…), les soins de santé, d'assistance sociale (revenu minimum, pensions minimales, aide médicale gratuite), les avantages sociaux et fiscaux, l'accès aux biens et aux services, la liberté d'association et d'affiliation, l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs et le libre accès à l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné. Ces droits sont donc dans une large mesure semblables à ceux du citoyen de l'Union européenne.

On notera néanmoins quelques différences et notamment l'existence d'un principe de préférence communautaire[641] qui peut être allégué par les Etats membres[642].

Ainsi, si l'article 18 TFUE (ex-art.12 TCE) ne s'applique qu'aux citoyens européens et bien que ceux- ci restent les nationaux des Etats membres, les droits attachés à la citoyenneté sont élargis à de plus en plus de résidents.

En fait, « *qui devrait avoir des droits du fait de son statut, ne se les voit accorder que lorsqu'il s'est déplacé et que le ressortissant d'un Etat tiers se voit lui aussi accorder des droits se dessine alors une citoyenneté de résidence. Une confusion apparaît en ce que le citoyen non pas du fait de sa citoyenneté, mais grâce à sa résidence. Le nouveau statut est fondé sur la résidence.* »[643]. Un statut/citoyenneté du résident se comprend à la fois pour les citoyens de l'Union européenne qui se déplacent et pour les ressortissants d'Etat tiers qui viennent résider légalement en Europe.

---

[639] -Le cinquième rapport relatif à la citoyenneté de l'Union européenne s'intéresse aux ressortissants des Etats tiers résidents de l'Union européenne. Voir le rapport de la Commission, cinquième rapport sur la citoyenneté de l'Union, (1er mai 2004-30 juin 2007), 15 février 2008, COM (2008) 85 final, SEC (2008) 197.

[640] - Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée, *op.cit*. Pour plus de détails sur ce sujet, voir supra, Partie I, Titre I, Section deuxième, Paragraphe premier.

[641] - Pour plus de détails sur ce sujet, voir infra, Partie II, Titre I, Chapitre premier, Section troisième, Paragraphe premier, A.

[642] - Communication du Commission, COM (2007) 637 final, p.14.

[643] - MARZO (C.), « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents Etats tiers, à celle des citoyens de l'Union Européenne », *RMCUE*, n°538, mai 2010, p.292.

Paragraphe deuxième : l'émergence de catégories des étrangers favorisés :

Les situations dérogatoires au droit commun face à tel ou tel droit social, fruit notamment des conventions et accords bilatéraux ou multilatéraux, sont aujourd'hui fort nombreuses. En effet, l'U.E. noue des relations avec les Etats tiers se traduisant par la conclusion de traités bi-ou multilatéraux, abordant, nécessairement, le statut des migrants de ces pays.

La plupart du temps, l'accord ainsi conclu leur confère des droits calqués sur ceux des citoyens européens **(A)**.

En outre, dans cet ensemble composite et hétérogène d'étrangers bénéficiaires de stipulations particulières, une autre catégorie se distingue nettement. Soumis à un encadrement juridique plus achevé et bénéficiant dans des proportions plus larges et de façon quasi systématique de dérogations en matière de droits sociaux et économiques, l'étranger qui a un rapport familial avec un citoyen de l'Union **(B)** apparaissent clairement privilégiés.

A- Des statuts résultant d'un lien contractuel entre l'Etat tiers et l'U.E :

L'Union peut conclure avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales des accords. Ces derniers sont prévus aux articles 212, 217 et 243 TFUE (ex-articles 181, 210 et 310 CE). Ces traités qualifiés de coopération, d'association ou de partenariat accordent, en principe, une égalité de traitement entre les ressortissants des Etats membres et les ressortissants des pays tiers signataires[644]. La seule condition dirimante est l'entrée régulière sur le territoire de l'Etat membre de l'U.E.

Autrement dit, les conventions passées entre l'Union et un Etat tiers n'entraînent aucune conséquence sur la politique migratoire des Etats membres. Elles sont prises en considération ultérieurement, lors de la résidence légale du ressortissant dans le pays d'accueil.

[644] - Voir par exemple : Article 44 paragraphe 3 et 4 de l'accord d'association entre la Communauté et la République de Pologne, « Chaque membre réserve un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres sociétés et ressortissants pour l'établissement de sociétés et de ressortissants polonais (…), Accord d'association entre les Communautés européennes et la République de Pologne, 16 décembre 1991, signé à Bruxelles et entré en vigueur le 1er février 1994. De même, l'article 41 de l'accord de coopération entre les Communautés européennes et le Royaume du Maroc prévoit que « Les travailleurs de nationalité marocaine et les membres de leur famille résidant avec eux, bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des Etats membres dans lesquels ils sont occupés ».

Parmi les accords en vigueur et passés en Europe, trois sont notables[645] : l'accord de l'Espace Economique Européen (ci-après EEE), les accords avec les pays Méditerranéens et celui de la Turquie[646].

L'accord conclu avec les pays de l'EEE[647] accorde aux ressortissants des pays de l'EEE les principaux droits du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Une interprétation extensive de la libre circulation des ressortissants de ces Etats[648] et d'un « *statut social complet équivalent à celui des travailleurs communautaires* »[649] permet l'octroi d'un droit de se déplacer, d'un droit de séjour et même d'un droit à des prestations sociales contributives.

Le principe de non discrimination fondé sur la nationalité est inscrit aussi dans l'accord scellant l'association entre la Turquie et l'Union européenne[650]. Si son champ d'application est étroit car limité aux questions sociales, il permet néanmoins une protection du travailleur turc en matière de conditions de travail et de sécurité sociale[651]. Trois conditions sont posées : il doit posséder la nationalité turque, avoir un emploi dans l'Etat européen d'accueil et une autorisation de séjour. Lorsque ces exigences sont remplies, le principe est d'effet direct et interprété de façon à ce que les travailleurs turcs soient considérés comme des travailleurs « communautaires »[652]. Aussi, « *plus la période passée dans l'Etat membre d'accueil est longue, plus la protection du travailleur est grande* »[653]. Cette avancée peut être considérée comme un premier pas vers la liberté de circulation des ressortissants des Etats tiers.

---

645 - Les accords qu'avaient été passés avec les pays candidats à l'adhésion de 2004, ne sont plus applicables depuis leurs entrées dans l'Union européenne.

646 - Accord d'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, signé le 12 septembre 1963 à Ankara, par la République de Turquie et les Etats membres de la Communauté économique européenne et le Communauté confirmé par la décision 64/732 du Conseil, 23 décembre 1963, JOUE, 1964, L 217, p.3685

647 - Accord d'association établissant l'Espace économique européen du 2 mai 1992, signé à Porto.

648 - Article 28 de l'accord.

649 - SCHMITTER (C.), « Droits économiques, politiques et différence de traitement entre les ressortissants des pays tiers et les ressortissants communautaires », in BRIBOSIA (E.), DARDENNE (E.) et MAGENETTE (P.), *Union européenne et nationalités*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.151-188.

650 - L'article 37 du protocole additionnel de l'accord conclu avec la Turquie prévoit : « chaque Etat accorde aux travailleurs de nationalité turque employés dans la communauté un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux travailleurs ressortissants des autres Etats membres de la Communauté en ce qui concerne les conditions de travail et la rémunération », Protocole d'accord signé le 23 novembre 1970 à Bruxelles, approuvé et confirmé par le règlement (CEE/2760/72) du Conseil, 19 décembre 1972, JOCE, L 293, p.1.

651 - Article 10 de la décision 1/80 du Conseil d'association CE/Turquie.

652 - CJCE, arrêt du 30 septembre 1987, Demirel/Stadt Schwabisch Gmund, aff.12/86, Rec.1987, p.3719.

653 - CJCE, arrêt du 23 janvier 1997, Tetik/Land Berlin, aff. C-171/95, Rec. 1997, p. 1-329, considérant 26.

Toutefois, des différences de traitements en raison de la nationalité sont également maintenues par les accords euro-méditerranéens[654]. Ces régimes préférentiels prévoient que chaque Etat membre accorde aux travailleurs ayant la nationalité des pays tiers signataires, légalement occupés sur son territoire un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ces propres ressortissants, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement. Seul l'objectif d'instaurer le droit d'établissement et la libéralisation des prestations de services est affirmé et uniquement en faveur des sociétés[655].

Pour ce qui est des travailleurs, le principe de non- discrimination s'étend à la sécurité sociale en faveur des travailleurs et des membres de leur famille résidant avec eux. Ce principe interdit aux Etats membres de subordonner les prestations à une condition de nationalité ou à une condition qui ne serait pas posée à l'identique pour les nationaux[656]. Les travailleurs ont droit à la totalisation de leurs périodes d'assurance et au transfert de leurs droits à prestations vers leur Etat tiers de nationalité. Les accords prévoient en outre, des actions de coopération en matière sociale en ce qui concerne notamment la réduction de la pression migratoire, la réinsertion des personnes rapatriées en raison de leur situation illégale ou la promotion du rôle de la femme.

Les Etats tiers préférentiels sont avantagés par rapport au droit commun alors que le principe de non- discrimination ne concerne que les conditions de travail et certains aspects des régimes de sécurité sociale. Les ressortissants tiers préférentiels ne bénéficient d'aucun droit d'accès à l'emploi. Pour bénéficier du principe de non- discrimination, il faut qu'ils aient préalablement eu la possibilité d'accéder au territoire d'un Etat membre et d'y obtenir légalement un emploi salarié en vertu du droit de cet Etat membre.

---

654 - Art. 64 et s. de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, conclu en vertu de la décision 98/238/CE, CECA du Conseil et de la Commission, du 26 janvier 1998, *JOCE*, L 97 du 30 mars 1998, p. 1. L'accord l'Organisation de Libération Palestinienne (OLP) quant à lui ne traite pas de la circulation des personnes de fait des limites des compétences de l'Autorité palestinienne, voir l'accord d'association euro- méditerranéen intérimaire relatif aux échanges commerciaux et à la coopération entre la Communauté européenne, d'une part, et l'OLP, agissant pour le compte de l'Autorité Palestinienne de la Cisjordanie et de bande de Gaza, d'autre part, conclu en vertu de la décision 97/430/CE du Conseil, du 2 juin 1997, *JOCE*, L 187 du 16 juillet 1997, p.1. Quant à l'accord avec Israël, il comporte des dispositions similaires.

655 - Voir les articles 31 et 32 de l'accord avec la Tunisie, préc. par exemple. A l'exception de l'accord avec l'OLP, qui ne traite pas de la circulation des personnes du fait des limites des compétences de l'Autorités Palestinienne.

656 - CJCE, 3octobre 1996, *Hallouzi- Chocho*, aff. C-126/95, *Rec*., p. I-4807.

En outre, au contraire des citoyens européens, il n'est pas évident que le domaine du principe de non discrimination puisse être interprété le cas échéant de manière extensive, afin d'intégrer notamment tous les avantages sociaux et fiscaux, les avantages en matière d'aides au logement ou d'accès aux loisirs.

Ainsi, les citoyens européens bénéficient d'avantages substantiellement plus importants que les ressortissants des Etats tiers. L'Union maintien des différences de traitement en fonction de la nationalité.

En signant les accords euro-méditerranéens, par exemple, l'Union et les Etats membres espèrent poursuivre certains objectifs de politique internationale. Des concessions préférentielles, notamment en ce qui concerne la circulation des personnes, sont destinées à imposer aux Etats tiers méditerranéens en contre partie certains objectifs comme la lutte contre le terrorisme ou la restructuration de l'économie (la privatisation surtout). Elles sont également destinées à obtenir des concessions préférentielles en échange, de la part des pays tiers méditerranéens. Elles sont toutefois, limitées et ne s'alignent en tout cas pas sur les concessions que les Etats membres se sont consenties au sein de l'Union. Notamment, les activités sur le territoire européen sont réservées en priorité aux citoyens européens. Les Etats membres ne se sont pas dessaisis de la possibilité de mener une politique protectionniste à l'égard des Etats tiers méditerranées.

Ainsi, à l'égard des accords euro-méditerranéens également l'Union et les Etats membres maintiennent la spécificité du statut des citoyens européens. Selon des modalités différentes, les mêmes conclusions peuvent être déduites de l'examen de régimes préférentiels moins favorables que les accords conclus avec la Russie[657] et l'Ukraine[658]

Cette multiplicité des accords et la diversité des clauses régissant les droits du ressortissant de l'Etat signataire en matière sociale favorisent les risques de contentieux. En effet, un décalage apparaît entre l'objectif d'harmonisation des législations et les attributions conservées par les Etats membres. Aussi, la répartition des compétences entre les autorités de l'Union et les

[657] - Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part et la Fédération de Russie d'autre part signé à Corfou le 24 juin 1994 et approuvé au nom de la Communauté par la décision 97/8000/CECA/CE, Euratom du Conseil et de la Commission, 30 octobre 1997, *JOUE* L 327, p. 1.

[658] - Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part et l'Ukraine, d'autre part, conclu au titre de la décision 98/149/CE, CECA, Euratom du Conseil et de la Commission, du 26 janvier 1998, *JOCE*, L 49 du 19 février 1998, p. 1.

autorités étatiques fit-elle l'objet assez rapidement de litiges, lorsque l'étranger réclamait l'application des droits reconnus par les accords.

Dans ce cadre, et dans une affaire Wahlergruppe « Gemeinsam Zajedino »[659], la Cour doit se prononcer sur l'effet direct de l'article 10, paragraphe 1 de la décision n°1/80 du Conseil d'association issu de l'accord conclu entre la Communauté européenne et la Turquie. En l'occurrence, cinq ressortissants turcs se sont portés candidats à la chambre du travail autrichien et leurs noms furent rayés des listes par la Commission électorale au motif de la non-possession de la nationalité autrichienne. Or l'accord reconnaît que « *les Etats membres de la Communauté accordent aux travailleurs turcs appartenant à leur marché régulier de l'emploi un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux travailleurs communautaire en ce qui concerne la rémunération et les autres conditions de travail* ».

Il s'agit de déterminer si cette disposition peut être revendiquée par les ressortissants turcs devant une juridiction nationale. La Cour affirme ici « *qu'une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec un pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à son objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur* »[660]. Dés lors, l'Etat membre, même si sa compétence en matière sociale subsiste, ne peut plus imposer sa législation à une convention régulièrement conclue par l'Union. Cette question demeure récurrente dans le contentieux opposant le ressortissant de l'Etat signataire de la convention et l'état d'accueil.

Aussi, à l'occasion de l'application de l'accord de coopération entre la Communauté et l'Algérie[661], la CJCE affirme l'applicabilité directe de la clause concernant le traitement équivalent des nationaux et des Algériens migrants[662]. Elle permet ainsi au requérant de se prévaloir du régime d'indemnité chômage. Cette position du juge communautaire est classique,

---

[659] - CJCE, 8 mai 2003*, Wahlergruppe « Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grune GewerkschafterInnen/UG*, en présence de Bundesminister fur Witschaft und Arbeit et autres, aff. C-171/01, *Rec*.p. I-4301.

[660] - Décision, CJCE, 8 mai 2003, *Wahlergruppe*, *op.cit*, point 53.

[661] - Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire, signé à Alger, le 26 avril 1976 et approuvé au nom de la Communauté européenne par le règlement (CEE) n°2210/78 du Conseil du 26 septembre 1978, JOCE, L 230, p.6.

[662] - CJCE, 15 janvier 1998, *Babahenini*, aff. C-113/97, Rec., p. I-183, point 17 et 18 relatifs à l'application de l'article 39 paragraphe 1 de l'accord.

même si les Etats continuent, parfois, à considérer le ressortissant tiers à l'Union comme non-destinataire de l'accord[663].

En outre, ces accords permettent, en droit, un accès plus facile à l'emploi. Ainsi, dans un contentieux concernant la portée de l'accord signé entre la Communauté et la Turquie, une difficulté spécifique naissait concernant l'accès au marché de travail[664]. En l'espèce, les autorités administratives autrichiennes empêchent une ressortissante turque d'utiliser son droit d'exercer une activité salarié au motif que la durée de sa présence sur le territoire est insuffisante.

La Cour, après avoir examiné la régularité de son entrée en Autriche[665], considère qu'en application de l'accord et du droit autrichien la requérante peut « *se prévaloir directement de son droit, répondre après trois ans à toute offre d'emploi et d'accéder, après cinq années, librement à toute activité salarié de son choix* »[666].

Certes, ce genre de jurisprudence met en lumière la spécificité de ce statut mais également sa construction duale mêlant droit européen et droit étatique. Quoi qu'il en soit, les droits sociaux reconnus par les législations des Etats membres peuvent être revendiqués par les bénéficiaires de ces conventions.

En définitive, ces conventions gomment, à n'en pas douter, les disparités juridiques les plus marquantes en matière de droits sociaux et de protection sociale entre le citoyen européen et le ressortissant de l'Etat signataire. Elles dotent l'étranger destinataire de l'accord d'un statut spécifique.

B- Le cas d'un membre de la famille d'un citoyen européen :

Pendant longtemps, le lien de rattachement par excellence pour bénéficier de certains droits de citoyenneté européenne a été la qualité de « membre de la famille d'un citoyen européen ». Ainsi, selon la jurisprudence de la CJCE un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un national d'un Etat membre n'a pas à détenir un titre de séjour pour demeurer sur le

663 - CJCE, 3octobre 1996, *Hallouzi-Choho*, aff . C-126/95, *Rec*. p. I-I4807, point 19 et 20.
664 - CJCE, 22 juin 2000,*Safet Eyup c/Landesgeschaftsstelle des Arbeitmarktservice Vorarlberg*, aff. C-65/98, *Rec*. p. I-4797.
665 - L'entrée sur le territoire autrichien de la requérante était autorisée sur la base du regroupement familial.
666 - CJCE, 22 juin 2000,*Safet Eyup c/Landesgeschaftsstelle des Arbeitmarktservice Vorarlberg*, aff. C-65/98, *op.cit*., point 48.

territoire de l'Union[667]. Ce statut familial vise selon la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres[668], les conjoints, les enfants de moins de 21 ans et les ascendants à charge[669]. Ce cercle s'élargit, dés l'instant où la loi nationale reconnaît les unions hors mariage pour leurs nationaux comme, en France, le pacte civil de solidarité[670]. Ainsi, lorsqu'un étranger prouve l'existence d'un concubinage effectif depuis cinq ans, il reçoit un titre de séjour « vie privée et familiale »[671], lui permettant de bénéficier ensuite du droit à circuler librement dans l'U.E et de bénéficier dans le nouveau pays d'accueil des droits reconnus aux citoyens européens. Ces droits tombent dès l'instant où ce lien est rompu. Il revient à la préfecture de contrôler la réalité de cette relation à chaque demande de renouvellement de carte.

Au Luxembourg, lorsque le mariage est constaté, une carte d'identité est adressée à l'étranger tiers à l'Espace Economique Européen. Cette carte le place sur un pied d'égalité avec un national. Il doit accéder directement au marché de l'emploi[672] sans nécessité de permis de travail. Cette situation n'est valable que si le conjoint Luxembourgeois réside et travaille dans son pays[673].

Par ailleurs, les conjoints et/ou les enfants ne sont pas obligés de vivre ensemble. Le juge européen l'admet dans sa décision Diatta concernant une épouse sénégalaise d'un national français, habitant séparément à Berlin[674]. Les droits inhérents à ce lien personnel s'étendent également en raison de la reconnaissance par le droit de l'Union de la libre circulation.

En outre, le lien familial permet d'obtenir des droits en principe refusés à un tiers à l'Union. En effet, aucune restriction dans l'accès à un droit social ne saurait être fondée sur la nationalité. Ainsi, lorsque des droits sont accordés dans le pays d'accueil, par exemple, un minimum de

---

667 - CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-459-99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) c/Etat belge, Rec.*, I-6591, point 74.
668 - *JOUE* du 30 avril 2004, n° L 158, pp.77-123 et rectifications *JOUE* du 29 juin 2004, n° L 229, pp.35-48 ainsi que du 28 juillet 2005, n° L197, p. 34.
669 - La preuve de la dépendance de la personne à charge peut être apportée par tout moyen, notamment lorsque le citoyen de l'Union souhaite faire la preuve qu'il a à sa charge dans un autre Etat membre des ascendants tiers à la Communauté européenne, voir CJCE, 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Yunying Jia c/ Migrationsverket*, *Rec*., p. I-9903.
670 - Concubinage, pour le PACS, voir circulaire n° 99/00251/C du 10 décembre 1999 du ministre de l'intérieur aux préfets en application de l'article 12 bis 7° de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié, aux partenaires d'un pacte civil de solidarité.
671 - Article Ic) de la circulaire du 10 décembre 1999, précitée.
672 - Jugement du Tribunal administratif du grand-duché du Luxembourg, 27 juin 2001, n° de rôle, 12703.
673 - Circulaire du ministre de l'intérieur du Luxembourg du 15 septembre 2003.
674 - CJCE, 13 février 1985, aff. 267/83, *Diatta, Rec*., p. 567.

revenu aux personnes âgées ascendantes à charge du citoyen européen, il doit être versé dans des conditions identiques, même si ces ascendants sont des ressortissants d'Etat tiers.

La CJCE protège la vie familiale[675] et attribue des droits à des ressortissants des Etats tiers membre d'un citoyen de l'Union comme s'ils possédaient eux-mêmes la citoyenneté européenne. Par ce biais, un immigrant, conjoint tiers d'un ressortissant européen, doit bénéficier de toutes les protections sociales assurées dans le pays d'accueil, dès l'instant où il détient une carte de séjour. Ainsi, concernant une règlementation luxembourgeoise limitant le versement d'une allocation de naissance aux personnes présentes sur le territoire depuis au moins un an, la CJCE considère qu'une telle mesure, pouvant être plus facilement respectée par les nationaux que par une famille migrante, est contraire à l'article 45 TFUE (ex-art. 39 TCE[676]).

En général, l'examen du statut familial du ressortissant non européen révèle une nouvelle fois des situations diverses aboutissant à la reconnaissance de droits sociaux différents. Une première distinction s'initie nécessairement entre un mariage de deux personnes tierces à la Communauté et un mariage qualifié de mixte. En effet, dans le premier cas, le droit commun des étrangers s'impose, dans le second, l'étranger légalement présent sur le territoire européen voit son statut s'aligner sur celui d'un citoyen européen. Puis, si ce couple mixte utilise son droit à circuler librement dans l'espace européen, les normes européennes sur la libre circulation des personnes s'appliquent.

En revanche, s'il demeure sédentaire, le droit de l'Etat régit à nouveau la situation. Enfin, les législations nationales n'abordent pas forcément de la même façon le lien conjugal. Certaines ne prennent en considération que le seul mariage, d'autres l'étendent au concubinage ou créent des régimes juridiques spécifiques. Selon les cas, les droits attribués à l'étranger varient considérablement.

Bref, une nouvelle fois, se déclenche l'application d'une multiplicité de textes, rendant très difficile une approche uniforme des droits sociaux des étrangers.

675 - CJCE, 14 avril 2005, aff., C-157/03, *Commission c/Espagne, Rec*., p. I-2911, point 26.
676 - CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/Grand duché du Luxembourg*, aff., C-111/91, *Rec*., p. I-840.

Section deuxième : Le droit à une vie privée et familiale normale : un droit à géométrie variable

Les migrations sont en effet la source de graves problèmes pour les migrants ainsi que pour leurs proches du fait de la dispersion de la famille[677]. Ainsi, le droit au respect de la vie privée et familiale est, de nos jours, affirmé. « *Ce droit procède d'un mouvement général qui tend à retenir l'épanouissement personnel en tant que finalité de droit*[678]*, de nombreux instruments internationaux s'y sont intéressés* »[679].

De nombreux droits découlent du droit à une vie familiale : le droit de fonder une famille ou la liberté de mariage qui bénéficie d'une protection juridique importante et elle est considérée en général comme une liberté fondamentale **(paragraphe premier)** et le droit au regroupement familial et au maintien de la famille regroupée qui se présente comme un droit aléatoire et à terme pour les étrangers **(paragraphe deuxième)**.

Paragraphe premier : La consécration de la liberté de mariage des étrangers

Dans les systèmes juridiques contemporains, la liberté de mariage est considérée comme une liberté fondamentale, au sens commun du terme. Il constitue toujours le schéma classique de l'organisation sociale et familiale ; il demeure le socle traditionnel de la famille. Cette dernière est protégée par différents textes juridiques internationaux ou régionaux, dont la déclaration universelle des droits de l'homme[680], les Pactes de 1966, la Convention relative aux droits de l'enfant ou la Convention européenne des droits de l'homme.

En outre, le mariage est devenu aujourd'hui la première source d'immigration légale, représentant la moitié des titres de séjour accordés et des déclarations de nationalité, devant le regroupement familiale[681].

Ainsi, si le mariage et ses conditions d'accès pour les étrangers cristallisent des tentions politiques aujourd'hui, c'est que « *l'immigration a cela de particulier qu'elle focalise*

---

677 - Le préambule de la Convention sur les travailleurs migrants se lit ainsi : « Tenant compte du fait que, dans de nombreux cas, les migrations sont la source de graves problèmes pour les membres de la famille des travailleurs migrants ainsi que pour les travailleurs migrants eux-mêmes, en particulier du fait de la dispersion de la famille. », La Convention internationale sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1990 dans sa résolution 45/158.

678 - GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité, Etude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, préface de François Terré, pp. 15 ss.

679 - MEZIOU (K.), *Migrations et relations familiales*, op.cit., p. 44.

680 - Article 16§3.

681 - Selon le rapport Delnatte, n° 2967, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mars 2006, 50% des titres de séjour sont délivrés à des ressortissants étrangers conjoints de Français. En 2004, sur 75 753 personnes devenues françaises par déclaration de nationalité, 34 440 le sont devenues à raison du mariage.

facilement le débat politique dont elle devient un enjeu, qu'elle symbolise le danger pour l'ordre, l'unité, voire l'existence de la communauté nationale française ; ou, au contraire, qu'elle représente les valeurs fondatrices de la communauté politique tout en lui donnant son universalité : les droits de l'homme, la liberté, l'égalité ou la fraternité »[682].

Parmi les différentes restrictions apportées à la liberté de mariage, celles relatives au contrôle de la validité des mariages dits mixtes. Si l'existence d'une liberté de mariage ne fait aucun doute, il est nécessaire de s'interroger sur les conditions d'exercice de ce droit.

La liberté de mariage bénéficie d'une protection juridique importante et elle est considérée en général comme une liberté fondamentale **(A)**. Néanmoins, quelle que soit sa valeur juridique, elle rencontre des limites factuelles relatives aux questions migratoires entraînant un contrôle accru des conditions d'exercice de ce droit **(B)**.

A- Une protection juridique importante du principe de la liberté de mariage :

La famille constitue l'élément naturel et fondamental de la société, et a droit à la protection de la société et de l'Etat. Cependant, elle n'a pas été un objet du droit de l'Union. Il a fallu attendre la Charte des droits fondamentaux pour voire une référence textuelle explicite à cette question dans son article 9 qui dispose que : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». On remarque une volonté de renvoyer aux législations nationales afin de prendre en compte les spécificités de chaque Etat membre.

La liberté de mariage est donc reconnue comme fondamentale, au sens générique. Néanmoins, eu égard à son importance et aux conséquences sociales, institutionnelles et juridiques qu'elle entraîne, elle doit être strictement encadrée. Elle peut notamment faire l'objet de limites en fonction de la capacité ou du statut des personnes[683].

Toutefois, dans tous les ordres juridiques, des limitations aux libertés sont posées. Elles sont acceptées si elles répondent à certains objectifs précis et reconnus.

Ainsi, pour un motif d'intégration véritable, une connaissance, une maîtrise de la langue du pays est l'un des critères importants, quasi-systématiquement mentionné dans les textes

[682] - WEIL (P.), *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours, Paris*, Gallimard, coll. Folio histoire, 2004, p. 18.
[683] - L'une des mesures classiques limitant la liberté de mariage consiste à prévoir des âges avancés avant lesquels le consentement parental est nécessaire.

réglementant les conditions d'octroi de la nationalité. Cette exigence apparaît notamment en France[684], en Espagne[685]ou en Allemagne[686]...etc.

En outre, en France, par exemple, depuis la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité[687], l'article 21-1 du Code civil dispose que « *le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité* », l'alinéa suivant affirme que « *l'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter de mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité* ». Ce délai de communauté de vie, dans un souci d'objectivité et de sécurité, est porté à cinq ans si, à la date de la déclaration, le conjoint étranger ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue pendant au moins un an en France.

Il n'y a qu'au Portugal où la demande de naturalisation, par simple déclaration après trois ans de mariage, est dérogatoire de la procédure de droit commun où une maîtrise « suffisante » de la langue portugaise est exigée.

Ici, il est à noter que la Cour EDH accepte que des restrictions à la liberté de mariage soient apportées par les législations nationales à condition de ne pas circonscrire ce droit d'une manière qui l'atteindrait « *dans sa substance même* »[688]. Le Conseil constitutionnel français suit également cette position comme il l'a rappelé dans sa décision 2006-542 DC[689] : « *la liberté du mariage […] ne fait pas obstacle à ce que le législateur prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale* ». En Espagne, l'article 21-2 du code civil dispose que le ministre de la justice peut refuser d'accorder la nationalité espagnole à un ressortissant remplissant les conditions de résidence pour des motifs d'ordre public ou d'intérêt national.

---

[684] - Code civile, article 21-2, § 3 : « Le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française ».

[685] - *Voir l'*article 6 de la loi organique n°2/2006 du 17 avril 2006 portant modification de la loi n°37/81 dite *de nationalité*.

[686] - La majorité des références à l'Allemagne est tirée de l'étude de législation comparée n°155 du Sénat de janvier 2006 relative l'acquisition de la nationalité par le mariage, http://www.senat.fr/elc/html.

[687] - Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO,* n°274 du 27 nov. 2003, p.20136

[688] - CEDH, arrêt du 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, §50 : « Les limitations […] ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ». Cette formule de principe a été reprise par la suite, notamment dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

[689] - Décision n°2006-542 DC, 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages, JO*, p.17115 et s.

B- Des limites factuelles relatives à l'exercice de ce droit pour les étrangers :

De par son importance institutionnelle, le mariage ouvre souvent droit pour les étrangers à une procédure spécifique ou facilitée de naturalisation. Autrement dit, la possibilité offerte, en cas de mariage, aux étrangers d'acquérir la nationalité de leur conjoint se trouve dans plusieurs Etats membres surtout dans un contexte de globalisation et d'échanges de plus en plus nombreux et variés, l'augmentation de la quantité de mariages mixtes est exponentielle. Ces mariages mixtes permettent d'accéder directement ou de manière simplifiée, par rapport à la procédure de droit commun, à la nationalité du pays de son conjoint.

Or le lien de nationalité est un lien juridique et politique entre un individu et un Etat. Il traduit l'appartenance à une communauté, c'est un marqueur d'identité, créateur de droits civiques et politiques. Le mariage est aujourd'hui le vecteur principal de l'acquisition de la nationalité, il constitue une présomption d'intégration. Les Etats membres s'attachent donc de plus en plus à contrôler strictement la sincérité des mariages mixtes[690]. Ils ont durci leurs conditions d'octroi et le contrôle de l'exactitude des faits. De même, les sanctions contre les mariages simulés[691] ont été accrues, allant parfois jusqu'à des sanctions pénales. La simple annulation du mariage paraît logique.

En Allemagne notamment, depuis un arrêt du 9 septembre 2003, le tribunal administratif fédéral accepte l'annulation du mariage s'il est prouvé qu'il n'avait été conclu que dans le but d'acquérir la nationalité allemande[692]. Mais depuis la loi du 30 juillet 2004 sur le séjour, l'activité professionnelle et l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral, les étrangers et ressortissants nationaux dont il a été prouvé qu'ils avaient contracté un mariage blanc tombent sous le coup de poursuites pénales.

De telles condamnations ont été également introduites en Suisse[693] et en Belgique, où depuis la loi du 12 janvier 2006[694], a été introduit dans le titre IV de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, un

---

690 - *Cf.* notamment l'étude de législation comparée n°159 du Sénat, de février 2006, relative à la lutte contre les mariages de complaisance, http://www.senat.fr/elc/html.

691 - Dans le système français, le mariage simulé ou arrangé doit être entendu comme « tout mariage qui ne repose pas sur une volonté libre et éclairée de vouloir se prendre pour mari et femme, qu'il ait été conclu exclusivement à des fins migratoires ou pour obtenir un avantage professionnel, social, fiscal ou successoral », Circulaire n° civ/09/05 du 2 mai 2005*, relative à la lutte contre les mariages simulés ou arrangés*.

692 - Arrêts du 9 septembre 2003- BV erwG 1 C 6.03- BVerwGE 119, 17 <20>.

693 - Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (*LEtr*). Article 118-2 *LEtr* : « Quiconque contracte mariage avec un étranger pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers, s'entremet en vue d'un tel mariage, le facilite ou le rend possible, est puni de l'emprisonnement ou d'une amende de 20 000 francs au plus ».

694 - Loi du 12 janvier 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *Moniteur Belge*, 21 février 2006, n° 57, p.8963.

article 79 bis dont le paragraphe 1er prévoit que la conclusion d'un mariage dans un but autre que la volonté de créer une communauté de vie durable risque une peine d'emprisonnement pouvant aller de quinze jours à trois mois ou d'une amende de vingt-six à cent euros.

Les procédures de contrôle de la validité des mariages tombent le plus souvent sous le coup de dispositifs législatifs ou réglementaires ordinaires, la question des mariages mixtes ne faisant pas l'objet d'une « surveillance » particulière. Néanmoins, l'Angleterre, depuis le *British Nationality Act* de 1981 a vu sa législation en matière d'immigration et de nationalité modifiée à de nombreuses reprises. Elle l'a notamment été de manière importante par le *Immigration and Asylum Act* de 1999 et le *Nationality Immigation Asylum Act* de 2002 qui ont renforcé le contrôle du respect des conditions de licéité des mariages.

En effet, dorénavant, les étrangers souhaitant épouser un ressortissant anglais doivent produire une attestation des services de l'immigration, ils doivent également faire enregistrer leur mariage auprès de service de l'état civil spécialisés dans les mariages mixtes.

En outre, la lutte contre les mariages frauduleux recouvre l'hypothèse à la fois des mariages de complaisance et des mariages forcés à des fins d'immigration en France ou d'acquisition de la nationalité française. La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité[695], a impliqué davantage le maire, agissant en qualité de représentant de l'Etat, dans la prévention des mariages de complaisance. En tant qu'officier de l'état civil, le maire peut s'appuyer sur un nouveau dispositif[696] qui lui permet d'imposer une audition commune des époux avant la publication des bans afin de s'assurer de la réalité du consentement de chacun. De même la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration[697] subordonne l'octroi de la carte de séjour temporaire « *vie privée et familiale* » à la production d'un visa de long séjour, cette nouvelle exigence permettant aux autorités administratives d'effectuer les vérifications nécessaires portant sur la sincérité de l'engagement matrimonial du couple.

L'article 34 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010[698] dispose que « *les autorités consulaires françaises prennent les mesures adaptées pour assurer, avec leur consentement, le retour sur le territoire français des personnes de nationalité française ou qui résident*

---

695 - Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JORF du 27 novembre 2003, p. 20136.
696 - Cass. Civ., 9 janvier 2007, AJ Fam. 2007, p. 147, obs. F. Chenède.
697 - Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration,* JORF du 25 juillet 2006.
698 - Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, JORF, n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

habituellement de manière régulière sur le territoire français lorsque ces personnes ont été victimes à l'étranger de violence volontaires ou d'agressions sexuelles commises dans le cadre d'un mariage forcé ou en raison de leur refus de se soumettre à un mariage forcé ».

De plus, la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages contractés à l'étranger vise à renforcer le contrôle de la validité des mariages contractés entre un français et un ressortissant de pays tiers à l'étranger[699].

Cette loi a notamment aménagé des délais et des voies de recours adéquats. Surtout, un certificat de capacité de mariage permettant de lever le doute sur la validité du mariage doit être délivré par l'autorité consulaire avant l'union entre un citoyen français et un ressortissant étranger.

L'atteinte à la vie familiale ne sera pas retenue, selon le Conseil d'Etat, s'il s'avère que le divorce et le remariage de l'étranger ont pour but évident d'acquérir la nationalité française et de tenir en échec, par voie de conséquence, les dispositions du code relatives à l'entrée et au séjour des étrangers[700]. En l'espèce, un ressortissant marocain a épousé une ressortissante marocaine dont il a divorcé avant d'épouser une ressortissante française- et d'acquérir par cette voie la nationalité française- dont il a divorcé avant d'épouser de nouveau sa première femme qui demandait un visa pour la France afin de rejoindre son époux avec ses enfants. L'administration a estimé légalement que le divorce et le remariage avec la requérante avaient pour seul but de permettre à son époux d'acquérir la nationalité française et de s'installer en France avec sa famille.

En général, les officiers d'état civil des Etats membres doivent juger de la réalité du consentement en vertu de documents infra législatifs[701], les futures époux doivent notamment s'être déjà rencontrés, avoir la possibilité de communiquer par la connaissance d'une langue commune. D'autres indices peuvent laisser à penser à un mariage blanc et sont « suspects » : une grande différence d'âge, méconnaissance des éléments essentiels de la vie de l'autre… Le dessein des Etats est de s'assurer de la volonté de l'individu quant au mariage et à la

[699] - Le Conseil constitutionnel a validé la loi relative au contrôle de la validité des mariages (Conseil Constitutionnel, décision n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006) en jugeant, notamment, que le législateur n'a pas remis en cause la liberté du mariage ni le droit de mener une vie familiale normale car il a entouré de précautions les procédures de contrôle de la validité des mariages contractés par un Français et célébrés à l'étranger par une autorité étrangère.

[700] - CE, 11 avril 2008, Mme EL Kihel, n° 305231.

[701] - Circulaire du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage pour la Belgique ou l'instruction de la direction générale des registres et du notariat du 31 janvier 2006 relative aux mariages de complaisance en Espagne.

nationalité, mais également de contrôler de manière concrète l'intensité des liens objectifs avec l'Etat.

Indépendamment des conditions relatives au mariage en lui-même, une volonté de plus en plus grande de la part des Etats de vérifier l'état d'assimilation, d'intégration de l'étranger qui souhaite obtenir la nationalité de son conjoint peut être observée. L'exemple le plus clair est celui de l'Angleterre où depuis le 1er novembre 2005, les candidats à la naturalisation doivent soit, passer un test de « citoyenneté » dans l'un des centres agréés de l'Etat soit, attester d'un diplôme d'un établissement reconnu spécialisé dans l'enseignement de la langue anglaise incluant un module « citoyenneté » *ad hoc*[702].

Le contexte international et l'évolution des politiques dans les pays membres en matière d'immigration tendent vers un encadrement de plus en plus fort des droits des étrangers et des possibilités d'intégration qu'ils leurs sont offertes.

Paragraphe deuxième : Le droit au regroupement familial : un droit inconsistant

« *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale…* », de cette affirmation contenue dans l'alinéa premier de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme découle un droit au regroupement de la famille. Toute personne résidant sur le territoire de l'Union devrait pouvoir vivre en famille, le national mais également le citoyen de l'Union et les ressortissants des Etats tiers.

Ainsi, le droit au regroupement familial est consacré et reconnu par la directive 2003/86 aux migrants en provenance des pays tiers, mais les dispositions qui le régissent et les conditions qui l'encadrent[703] sont telles qu'elles risquent de remettre en cause ce droit **(A)** ; en outre, confrontée à la condition des citoyens européens, la condition des ressortissants des pays tiers permet de s'interroger sur une éventuelle atteinte au principe de non-discrimination **(B).**

Autrement dit, quand la question de la reconnaissance d'un tel droit se pose dans le cadre de l'immigration, vient en jeu l'exigence de la mise en balance de plusieurs intérêts, parfois inconciliables, tels que, d'une part, le respect de la vie privée et familiale, l'intérêt de l'enfant mineur, le droit à la non-discrimination, et d'autre part, l'intérêt des Etats membres de gérer

[702] -*Cf.* la première partie du *Nationality Immigration Asylum Act* de 2002 dont le premier point est intitulé : *« Naturalisation :knowledge of language and society »*.
[703] - Pour plus de détails, voir supra Partie I, Titre I, Chapitre II, Section première, Paragraphe premier.

l'immigration légale étant donné que l'entrée et le séjour aux fins de regroupement familial constituent le principal canal d'immigration légale des ressortissants des pays tiers.

A- L'atteinte au droit à une vie familiale normale

Le droit à une vie familiale normale apparaît comme un droit à géométrie variable. Il convient alors de se demander si la condition réservée aux étrangers, quant à la réunification de la famille, ne constitue pas une atteinte aux droits fondamentaux car les dérogations prévues par certaines dispositions de la directive ne respectent pas les droits fondamentaux.

C'est bien ce qui a été soutenu par le Parlement européen, et il a, en effet, introduit un recours devant la Cour de justice demandant l'annulation de l'article 4, paragraphe 1, dernier alinéa[704], de l'article 4-6[705]ainsi que de l'article 8 de la directive[706], dispositions qui violeraient notamment le droit à la vie familiale et le droit à la non-discrimination[707], tels qu'ils sont garanties par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 21, paragraphe 1, et 24 de la Charte des droits fondamentaux mais également le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant et la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants.

Les trois dispositions dont l'annulation est demandée ont en commun d'être des dérogations aux obligations imposées par la directive aux Etats membres, dérogations leur permettant d'appliquer leurs législations nationales. Celles-ci, selon le Parlement, ne respecteraient pas les droits fondamentaux ; en autorisant de telles législations, la directive violerait elle-même les droits fondamentaux. Le recours en nullité a été cependant rejeté[708].

---

[704] - « Par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de douze ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'Etat membre peut, avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu pour sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive. »

[705]- « Par dérogation, les Etats membres peuvent demander que les demandes concernant le regroupement familial d'enfant mineurs soient introduites avant que ceux-ci n'aient atteint l'âge de quinze ans, conformément aux dispositions de leur législation en vigueur à la date de la mise en œuvre de la présente directive. Si elles sont introduites ultérieurement, les Etats membres qui décident de faire usage de la présente dérogation autorisent l'entrée et le séjour de ces enfants pour d'autres motifs que le regroupement familial. »

[706] - Art. 8, par.2 :

«Par dérogation, lorsqu'en matière de regroupement familial, la législation existant dans un Etat membre à la date d'adoption de la présente directive tient compte de sa capacité d'accueil, cet Etat membre peut prévoir d'introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille. »

[707] - La discrimination visée par le Parlement est celle faite en raison de l'âge de l'enfant par l'article 4, paragraphe1 et 6, de la directive.

[708] - CJCE, 27 juin 2006 (grande chambre), *Parlement européen/Conseil de l'Union européenne* (affaire C-540/03), *RTD eur*., 2006, p.727.

La Cour confirme que le droit au respect de la vie familiale des étrangers constitue un droit fondamental dans l'ordre juridique de l'Union ; si ce droit peut induire des obligations négatives envers les Etats[709], l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme peut engendrer également des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Mais, « *dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* ». Elle a ainsi estimé que les textes invoqués, Convention européenne des droits de l'homme, Charte des droits fondamentaux de l'Union, Convention relative aux droits de l'enfant, « *ne créent pas de droit subjectif pour les membres de la famille à être admis sur le territoire d'un Etat* » et ne privent pas « *les Etats d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils examinent les demandes de regroupement familial* ». Cette marge d'appréciation légitime doit cependant être encadrée dans la mesure où elle est susceptible de porter atteinte à un droit fondamental. La Cour « *se réfère ainsi aux articles 5, paragraphe 5[710], et 17[711] de la directive, dans lesquels elle voit de précieux garde-fous qui lui permettent de cautionner les dérogations* »[712].

«*Ces dérogations ne sont pas les seules dispositions de la directive qui prêtent à critique. Les exigences en matière de ressources et de logement ont paru excessives. Les conditions prévues investissent l'autorité compétente d'un pouvoir d'appréciation difficilement compatible avec l'existence d'un véritable droit au regroupement familial* »[713]. En réalité, pour J.-M. Cortès Martin, « *le but de ces conditions est de limiter considérablement le droit, en dotant les Etats membres de pouvoirs discrétionnaires importants* »[714].

En outre, il est permis d'estimer que le principal reproche qui peut être fait à la directive est de ne pas opérer de distinction suffisamment nette entre la situation où le regroupant demeure sur le territoire de l'Etat d'accueil sans possibilité pour la vie familiale de se poursuivre ailleurs, et la situation où, au contraire, cette vie familiale pourrait se poursuivre ailleurs : dans la première situation, le regroupement familial est un droit de l'homme, déduit de droit au respect de la vie familiale que garantit l'article 8 de la CEDH ; dans la seconde situation, il

[709] - Ils peuvent ainsi être tenus de ne pas expulser un étranger.
[710] - « Au cours de l'examen de la demande, les Etats membres veillent à prendre dûment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant mineur. »
[711] - « Les Etats membres prennent dûment en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'Etat membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles et sociales avec son pays d'origine, dans les cas de rejet d'une demande, de retrait ou de non- renouvellement du titre de séjour, ainsi qu'en cas d'adoption d'une mesure d'éloignement du regroupant ou des membres de sa famille. »
[712] - MASSON (B.), « L'harmonisation des conditions de regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE », *RTD*., 2006, p.674.
[713]- MEZIOU (K.), *Migrations et relations familiales*, op.cit., p.80.
[714] - « Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne : un droit à géométrie variable ? », *RDUE*, 2005, p.752.

constitue une faveur de l'Etat, qui n'est pas tenu en principe de l'accorder, même si, en l'accordant, il contribue à l'épanouissement de la vie familiale[715].

Mais, la directive dans son ensemble – surtout si l'on considère les exceptions qu'elle permet aux Etats d'utiliser- approche le droit au regroupement familial qu'elle veut harmoniser comme s'il s'agissait toujours d'un simple faveur, ce qui ne constitue pas une approche entièrement justifiée. Par exemple, l'article 8 al. 2 de la directive prévoit la possibilité pour un Etat membre dont la législation existante à la date d'adoption de la directive tient compte de sa capacité d'accueil, d'introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille. Un tel délai est clairement disproportionné là où, en l'absence d'une possibilité pour la vie familiale de se poursuivre ailleurs, l'absence de regroupement familial constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale que garantit l'article 8 de la CEDH.

Ce dernier exemple concerne une faculté des Etats membres de retarder l'octroi du droit au regroupement familial sans que ceci constitue une obligation. Du point de vue juridique, la question qui se pose est de savoir si la directive 2003/86/CE peut se voir reprocher une violation des droits fondamentaux reconnus au sein de l'ordre juridique de l'Union, notamment tels qu'ils sont regroupés dans la Charte des droits fondamentaux, pour n'avoir pas imposé aux Etats membres le respect d'obligations plus étendues en matière de droit au regroupement familial.

Finalement, le principe selon lequel les Etats ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers s'avère supérieur aux droits dont il est demandé protection[716] et met en échec le droit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, comme cela a également déjà été observé, cette directive, dont l'adoption a suscité de nombreuses discussions au sein du Conseil européen, constitue *« un texte compliqué, marqué par de multiples dérogations et émaillé de multiples clauses juridiquement non contraignantes et, donc, incongrues dans une directive. L'harmonisation ainsi réalisée n'est que minimale et*

[715] - Cette situation est cependant obscurcie lorsque le regroupant a noué des attaches telles dans l'Etat d'accueil qu'il ne pourrait quitter cet Etat où il réside sans qu'il en résulte un bouleversement important de sa vie privée et familiale : même si la vie familiale pourrait en théorie se poursuivre ailleurs, le coût en serait tel que, dans ce cas, le regroupement familial doit être considéré comme un droit de l'homme. Pour plus de détails, voir par exemple, Cour EDH, arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96.

[716] - SAROLEA (S.), *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruylant, 2006, Préface J.-Y. Carlier, p. 610.

les Etats membres conservent une marge de manœuvre très considérable dans la définition des règles relatives au regroupement national autour des ressortissants de pays tiers admis sur leur territoire »[717].

B- L'atteinte au principe de non-discrimination

Le principe de non discrimination déclaré dans plusieurs textes européens, n'est pas garanti dans cette matière. En effet, de nombreuses différences caractérisent la condition des citoyens européens ayant exercé leur droit à la libre circulation et les migrants ressortissants des Etats tiers : les conditions exigées dans le chef du regroupant, la définition des membres de la famille ainsi que les conditions auxquelles est soumis le regroupement ; le principe de non-discrimination serait atteint.

En effet, cette directive constitue incontestablement une avancée sur le terrain des droits des étrangers au sein de l'espace européen parce que jusqu'à son adoption, seuls les citoyens de l'Union tiraient des règles communes et contraignantes le droit de se faire accompagner ou rejoindre, dans un autre Etat, par les membres de leur famille. C'est le constat qui est fait par la Cour de justice lorsqu'elle relève, par comparaison avec l'article 8[718] de la CEDH, les articles 9§1 et 10§1 de la Convention relative aux droits de l'enfant ou encore les articles 7et 24§2 et 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, que la directive « *va au-delà de ces dispositions, [car] l'article 4§1 de la directive impose aux Etats membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, puisqu'il leur impose, dans les hypothèses déterminées par la directive, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation* »[719].

Toutefois, une réserve s'impose : s'il existe bien un droit subjectif au regroupement familial qui peut être exercé suivant certaines conditions, il ne s'agit pas d'un droit fondamental. L'arrêt de la Cour permet certes d'envisager une évolution. Néanmoins, en l'état actuel, deux droits différents coexistent : un droit « classique » au regroupement familial prévu par la

[717] - DE BRUYCKER (Ph.), « Chronique de jurisprudence consacrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Jurisprudence de la Cour de justice au sujet des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration (2006-2009), *C.D.E.*, 2010, pp.137 et s. n° 3.

[718] - Cet art. garantit le droit au respect de la vie familiale et le juge de la Convention a développé, sur ce fondement, une jurisprudence protégeant les étrangers contre l'éloignement ; Voir notamment les arrêts de la Cour EDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni, A. 94 et Cour EDH, 26 mars 1992, Beldjoudi c/France, A. 234-A, GACEDH, n°52.

[719] - CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/Conseil de l'Union européenne, C-540/03, Rec. p. I, AJDA, 2006, p. 2285, Burgorgue- Larsen, point 60.

directive ; et un droit fondamental au respect de la vie familiale qui peut, dans certains cas, imposer un regroupement familial. Comme le remarque Olivier De Schutter dans son *rapport sur les droits fondamentaux dans l'U.E en 2003*, le principal reproche qui peut être fait à la directive à ce stade est de n'avoir pas clairement fait la distinction[720].

En effet, la confusion pourrait laisser penser aux Etats qu'ils peuvent se fonder sur la directive 2003/86 pour opposer une fin de non recevoir à une demande de regroupement familial ou de renouvellement de titre de séjour valablement fondée sur le droit garanti par l'article 8 de la CEDH. C'est précisément cette source de confusion à laquelle la Cour de justice a entendu mettre fin en indiquant avec force que, si la directive soumet le bénéfice du droit au regroupement familial à plusieurs conditions, celles-ci ne sauraient conduire à remettre en cause le droit fondamental à la protection de la vie familiale, qui constitue un standard minimal auquel il ne peut être porté atteinte[721].

La directive a, donc, instauré le droit de l'étranger d'être rejoint par sa famille selon un dispositif qui, en y apportant plusieurs restrictions, est source de discrimination. Une telle situation, plutôt que de rapprocher les droits des étrangers de ceux des citoyens européens, accentue la différence entre un droit au regroupement familial des étrangers qui reste pour l'Etat d'accueil un droit discrétionnaire et le droit au regroupement familial des citoyens européens, qui est un véritable droit accessoire à la libre circulation des personnes.

Ainsi, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*[722], des femmes non européennes vivant au Royaume-Uni invoquaient les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles estimaient qu'il y avait atteinte à leur vie familiale et discrimination étant dans l'impossibilité d'être rejointes par leur mari contrairement aux épouses citoyenne de l'Union qui pouvaient l'être[723]. La Cour EDH estime la différence de traitement fondée sur des motifs objectifs, l'appartenance des Européens à un ordre juridique spécifique.

De plus, la jurisprudence de la CJUE prévoit que les Etats doivent « *octroyer un certain avantage, par rapport aux demandes d'entrée et de séjour d'autres ressortissants d'Etats tiers, aux demandes introduites par des personnes qui présentent un lien de dépendance*

[720] - Rapport sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003, p.51, document disponible sur le site internet de la Commission européenne : http://ec.Europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm.
[721] - CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/Conseil, *op.cit*, les points 104 à106.
[722] - CEDH, *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali/Royaume-Uni,* du 28 mai 1985, série A, vol.94, JDI, 1986, p.1081.
[723] - *Ibid*., paragraphe 113.

particulière vis-à-vis d'un citoyen de l'Union »[724]. Cet avantage se caractérise par le bénéfice d'une décision motivée, prise après un examen approfondi de leur situation personnelle. Lors de cet examen, une série de critères peuvent être pris en compte par l'autorité compétente telle que le degré de dépendance économique ou physique, et le degré de parenté entre le membre de la famille et le citoyen de l'Union qu'il souhaite accompagner ou rejoindre.

La Cour note que l'Etat membre d'accueil dispose « *d'une large marge d'appréciation quant au choix des facteurs à prendre en compte. Mais ces facteurs doivent être conformes au sens habituel du terme « favorise » ainsi que des termes relatifs à la dépendance* »[725]. L'article 3 paragraphe 2 de la directive 2004/38 ne doit pas être privé de son effet utile. En outre, le demandeur dispose du droit de faire vérifier par une juridiction si la législation nationale et son application sont restées dans les limites posées par la directive[726].

Certes, la construction de l'Union et l'institution d'une citoyenneté européenne modifient la distinction traditionnelle entre nationaux et étrangers ; désormais s'intercalent entre ces deux catégories les citoyens européens qui bénéficient, dans les différents Etats membres, d'une condition qui n'est plus véritablement celle des étrangers. Cependant « *l'argument de l' « ordre juridique spécifique » porte trop loin. Ainsi que cela a été affirmé, cette jurisprudence aboutit à justifier à priori toute différence de traitement entre citoyens européens et ressortissants de pays tiers, sur la seule base de l'existence d'un ordre juridique spécifique et d'une citoyenneté propre à l'Union européenne* »[727]. Cette condition privilégiée, a-t-on fait remarquer, est à la base de l'ordre juridique de l'Union, mais « *cela ne justifie pas,*

---

[724] - CJUE, 5septembre 2012, l'aff. C-83/11, *Secretary of State for the Home Department contre Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman,* paragraphe 21. Les faits d'espèce consistent qu'un ressortissant bangladais, M. Mahbur Rahman, est marié à une ressortissante irlandaise, travaillant au Royaume-Uni. Après leur mariage, son frère, son demi-frère et son neveu, tous de nationalié bangladaise, firent une demande de titre familial EEE afin d'obtenir le droit d'entrée au Royaume-Uni en qualité de personnes à charge des époux Rahman. Leurs demandes ont été refusées par l'autorité compétente, *l'Entry Clearance Officer*, établi au Bangladesh. Ce dernier a considéré que les demandeurs n'avaient pas démontré qu'ils étaient à la charge des époux Rahman. Un recours contre cette décision a été formé et l'Immigration Judge of the Asylum and Immigration Tribunal a jugé qu'ils pouvaient bénéficier des dispositions de l'article 3, paragraphe 2 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres et que dès lors leur entrée au Royaume-Uni devait être facilitée. Des titres familiaux EEE leur ont donc été délivrés et ils ont pu rejoindre les époux Rahman. Une fois au Royaume-Uni, ils ont demandé l'octroi de cartes de séjour en vue de confirmer leur droit de résidence. Ces nouvelles demandes ont été rejetées par le *Secretary of State* aux motifs qu'ils n'avaient prouvé ni leur résidence avec Mme Rahman, ni le fait d'être à sa charge ou de faire partie de son ménage. Mais le juge saisi en recours a considéré que les membres de la famille étaient effectivement à charge et que leur demande devait faire l'objet d'un examen. *Le Secretary of State* a alors interjeté appel de cette décision devant *l'Upper Tribunal*, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour.

[725] - *Ibid*. paragraphe 24.

[726] - *Ibid*. paragraphe 25.

[727] - BRIBOSIA (E.), « La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination », *Revue du droit des étrangers*, n°125, 2004, pp.517-524, citée par Cortès Martin (J.M.), p.751.

pour autant, qu'elle emporte des conséquences s'agissant de la jouissance des droits fondamentaux et qu'elle soit ipso facto reconnue comme susceptible de justifier des différences de traitements compatibles avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme »[728].

En fait, dans l'un et l'autre cas, tant pour l'article 8[729] que pour l'article 14[730] de la Convention européenne des droits de l'homme, on oppose à un discours fondé sur les droits fondamentaux des arguments politiques, la souveraineté de l'Etat légitime les atteintes portées au droit à une vie familiale normale, l'édification de l'Europe légitime la discrimination entre citoyens de l'Union et étrangers.

Section troisième : Un régime défavorable dans le domaine politique et économique

Lorsqu'il s'agit de la condition des étrangers, le droit oscille, entre un principe universaliste d'égalité, qui conduit à reconnaître aux étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux, et un principe réaliste de souveraineté étatique, qui aboutit à l'inverse à légitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Et bien que l'évolution de la législation aille plutôt dans le sens d'une assimilation progressive des étrangers aux nationaux, d'importantes discriminations n'en subsistent pas moins notamment dans la sphère économique **(paragraphe premier)** alors qu'en matière des droits politiques, les différences de traitement furent toujours tolérées et donc non considérées comme attentatoires au droit des personnes **(paragraphe deuxième)**.

728 - MEZIOU (K.), *Migrations et relations familiales*, op.cit, p. 84.

729 - L'art. 8 de la Convention européenne de droit de l'homme prévoit : « **1.** Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. **2.** Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

730 - L'art. 14 de la Convention européenne de droit de l'homme déclare que : « La jouissance des droits et libertés reconnus par la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions publiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. » ; Un protocole n° 12 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme signé à Rome le 4 novembre 2000 est consacré à l'interdiction générale de la discrimination.

Paragraphe premier : Une protection insuffisante au niveau des droits économiques

Si les Etats membres ne peuvent plus réserver les activités économiques sur leur territoire à leurs propres ressortissants, au détriment des ressortissants des autres Etats membres, le Traité n'interdit pas aux Etats membres de réserver ces activités aux citoyens européens, au détriment des ressortissants tiers **(A)**. Ainsi, l'accès à l'emploi ressort sévèrement réglementé et particulièrement difficile, faisant apparaître le droit au travail des étrangers comme un droit largement dénaturé. En outre, même une fois l'activité professionnelle autorisée, les législations des Etats membres n'instaurent qu'une égalité dans le travail nuancée, le droit au travail demeurant ainsi quelque peu amoindri **(B)**.

A- l'affirmation de l'identité européenne :

La liberté économique, entendue comme le droit d'exercer une activité lucrative, est en effet extrêmement encadrée, et donc limitée, par une série de règles contraignantes.

Autrement dit, au contraire des citoyens européens, les étrangers n'ont pas droit, en vertu du droit de l'Union, à tout les avantages économiques dans les Etats membres. Les étrangers n'ont pas la liberté d'accéder aux activités économiques sur le territoire européen ; ils peuvent se voir opposer une priorité en faveur des citoyens européens. Le droit de l'Union ne leur garantit pas non plus les mêmes conditions d'exercice de leurs activités ni les mêmes conditions de vie que les nationaux de l'Etat membre d'accueil.

En effet, dans leurs sphères de compétences et dans le respect de leurs droits nationaux, les Etats membres sont certes libres de garantir unilatéralement aux étrangers relevant du droit commun les mêmes droits qu'aux citoyens européens. En d'autres termes, ils sont libres d'étendre le bénéfice du traitement national aux étrangers.

Les Etats membres maintiennent toutefois en général la différenciation et n'étendent pas aux étrangers le régime de libre circulation que le droit de l'Union octroie aux citoyens. Dans la pratique, l'accès des étrangers aux territoires des Etats membres à des fins économiques est limité ou interdit et les étrangers qui ont accédé légalement à ces territoires ne bénéficient pas de la plénitude du traitement national.

Autrement dit, dans la plupart des Etats membres, il faut analyser minutieusement la situation sur le marché du travail national avant d'admettre des travailleurs de pays tiers. Ce principe de la « la préférence communautaire » a été expressément reconnu comme principe directeur régissant la sélection des travailleurs de pays tiers dans la résolution du Conseil du 20 juin 1994[731].

Il est défini en ces termes : « *Les Etats membres prendront en compte les demandes d'accès sur leur territoire en vue d'emploi seulement quand l'offre d'emploi proposée dans un Etat membre ne peut pas être pourvue par la main-d'œuvre nationale et communautaire ou par la main d'œuvre non communautaire qui réside d'une façon permanente et légale dans cet Etat membre et qui appartient déjà au marché régulier du travail dans cet Etat membre* »[732]. Le mode de mise en œuvre de ce principe diffère d'un Etat membre à l'autre et bon nombre d'Etats membres dispensent toutefois de cette condition certaines catégories de migrants économiques (les membres du personnel clé transférés au sein d'une même entreprise, les artistes du spectacle de renommée internationale, etc.)

Cette résolution peut donner lieu, sous réserve du respect du droit national, à des inégalités de traitement en fonction de la nationalité en ce qui concerne l'accès à l'emploi des étrangers. Selon la résolution, « les Etats membres refusent l'entrée sur leur territoire des ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi ». Des demandes d'accès au territoire ne peuvent être prises en compte que lorsque l'offre d'emploi ne peut être pourvue par la main-d'œuvre nationale et européenne.

Dans le domaine spécifique du droit d'établissement et de la liberté de prestation de services, des différences de traitement en raison de la nationalité des personnes physiques peuvent également se trouver, de manière plus subtile, dans les règles de nationalité des personnes morales. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité s'applique également en faveur des personnes morales européennes, au sens de l'article 54 TFUE (ex article 48 TCE). La détermination de la nationalité des personnes morales n'exige en principe pas une condition tenant à la nationalité des personnes physique.

[731] - Résolution concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, adoptée le 20 juin 1994, *JOCE*, n° C-274/3, du 19.09.1996, p. 1-4. Voir le commentaire de GAUTIER (Y.), *Europe*, août-septembre 1994, commentaire n° 309.
[732] - *Ibid*., chapitre C relatif aux principes régissant les politiques des Etats membres, point i), p.2.

Pourtant, dans certains secteurs des transports[733], particulièrement sensibles pour l'économie européenne, les transports aériens[734] et les transports par voie navigable[735], les sociétés établies dans un Etat membre ne sont en droit d'accéder à la libre circulation dans les autres Etats membres que si elles sont détenues par des citoyens européens. L'Union impose encore des conditions minimales d'identification des bénéficiaires de la libre circulation sur son territoire. Ces conditions tendent à empêcher que des ressortissants tiers n'aient accès à la libre circulation dans l'Union du fait de leurs droits dans une société européenne. Ces conditions impliquent des différences de traitement entre les citoyens européens et les étrangers.

En effet, les Etats membres peuvent exiger que notamment les propriétaires, exploitants ou membres du personnel soient des citoyens européens. De telles exigences sont de nature à limiter l'accès des ressortissants tiers aux activités économiques.

De même, la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil[736], dispose en son article 12 que : « *Les Etats membres autorisent, pour une période ne dépassant pas la durée de la protection temporaire, les personnes qui en bénéficient à exercer une activité salariée ou non salariée, sous réserve des règles applicables à la profession choisie, ainsi qu'à participer à des activités telles que des actions éducatives pour adultes, des cours de formation professionnelle et des stages en entreprise. Pour des motifs tenant aux politiques du marché de l'emploi, les Etats membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'UE et aux citoyens des Etats liés par l'accord sur l'Espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier qui bénéficient d'allocations de chômage* ».

---

[733] - Les articles 71 et 80 TCE permettent l'adoption de mesures spécifiques dans le domaine des services de transports.

[734] - Article 3§3 du règlement (CEE) 2407/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens, *JOCE*, L240 du 24 août 1992, p.1. Le règlement (CEE) 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, *JOCE*, L240 du 24 août 1992, p.8, article 2 point e), renvoie au règlement 2407/92 pour la définition de son champ d'application personnel.

[735] - Règlement (CEE) 2919/85 du Conseil, du 17 octobre 1985, portant fixation des conditions d'accès au régime réservé par la convention révisée pour la navigation du Rhin aux bateaux appartenant à la navigation du Rhin, *JOCE*, L 280 du 22 octobre 1985, p.4, et article 2 du règlement (CEE) 3921/91 du Conseil, du 16 décembre 1991, fixant les conditions de l'admission de transporteurs non résidents aux transports nationaux de marchandises ou de personnes par voie navigable dans un Etat membre, *JOCE*, L 373 du 31 décembre 1991, p.1.

[736] - JO L 212 du 7 août 2001.

L'on retrouve cette clause de préférence communautaire à l'article 11 de la directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres[737]. Néanmoins, les demandeurs d'asile jouissent de conditions différentes d'accès. L'article 11 de la directive 2003/9 dispose en effet que : « *Les Etats membres fixent une période commençant à la date de dépôt de la demande d'asile durant laquelle le demandeur n'a pas accès au marché du travail. 2. Si une décision en première instance n'a pas été prise un an après la présentation d'une demande d'asile et que ce retard ne peut être imputé au demandeur, les Etats membres décident dans quelles conditions l'accès au marché du travail est octroyé au demandeur* ».

Cette formulation générique et vague laisse une importante marge de manœuvre à l'Etat membre allant à l'encontre de la réalisation d'un contenu uniforme du statut de réfugié dans l'espace de l'UE[738]. En outre, cette liberté peut avoir des conséquences négatives sur l'intégration du réfugié et du demandeur d'asile dans la communauté d'accueil. En effet, si les conditions posées par l'Etat membre ne permettent pas au réfugié ou demandeur d'asile d'exercer une activité lui assurant l'indépendance économique, il sera toujours dans une situation de dépendance ne lui permettant pas d'interagir sur un plan égalitaire avec les citoyens européens.

Ainsi, les règles de nationalité ne sont pas un simple préalable neutre permettant de délimiter le champ d'application du régime européen. Ces règles sont l'un des éléments de ce régime. Elles contribuent à restreindre les droits des ressortissants tiers sur le territoire de l'Union.

B- Les entraves à l'accès aux emplois

La liberté d'exercer une activité professionnelle pour les étrangers résidant dans un Etat membre comme la liberté de pénétrer sur le territoire pour y exercer un emploi, ne sont en effet qu'exceptionnellement reconnues à quelques étrangers « privilégiés » : les ressortissants de l'Espace économique européen[739].

[737] - JO L 31 du 6 février 2003.
[738] - TREVISANUT (S.), « La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoins d'harmonisation », *in L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, (sous la dir.), Colloque Nice 17-18 juin 2010, éditions A. PEDONE, p. 177.
[739] - Sur ce point, voir supra, Partie II, Titre I, Chapitre premier, Section première, Paragraphe deuxième, A.

Le droit commun est en revanche tout autre : à l'exception des titres de séjours de longue durée qui constituent à la fois des titres de séjour et de travail conférant à leur titulaire le droit d'exercer la profession de leur choix[740], l'accès à l'emploi des étrangers résidant déjà sur le territoire comme l'entrée sur le territoire pour y exercer une profession relèvent d'un régime préventif.

L'accès à l'emploi est en effet largement conditionné par la situation économique et la situation de l'emploi. Ainsi, l'exercice d'une activité professionnelle, qu'elle soit salariée ou non, est par principe subordonné à l'obtention d'une autorisation, mais il est encore limité par la multiplication des professions réglementées voire fermées aux non-nationaux.

Au-delà des équations simplistes, force est de reconnaître que « *dans le débat public, la relation entre immigration et situation du marché du travail paraît s'imposer d'elle-même : il existerait un lien direct entre les flux nets d'immigration et le volume de chômage dans le pays d'accueil. L'immigration, dont chacun reconnaît le rôle économique positif dans les bonnes conjonctures, serait tout aussi évidemment un facteur d'aggravation du chômage en période de difficultés* »[741].

Pour ce raison, l'accès à l'emploi est, en effet, subordonné à l'obtention d'une autorisation intimement liée à la régularité de séjour[742] des étrangers et largement conditionnée par la situation économique et la situation de l'emploi.

Autrement dit, signe de la persistance d'un lien fort entre l'économie et l'immigration, particulièrement l'immigration de travail, les autorisations de travail et les cartes de commerçant ne sont attribuées qu'après l'analyse de critères économiques : la situation de l'emploi, la santé de l'entreprise ou le contexte économique local sont ainsi pris en considération dans le cadre des procédures d'autorisation.

La situation de l'emploi présente et à venir dans la profession demandée et dans la zone géographique concernée, est le critère principal de la décision d'autorisation de travail.

---

[740] -Sous réserves toutefois des professions réglementées ou fermées aux non-nationaux.

[741] - C.E.R.C. Association, Immigration, emploi et chômage, Un état des lieux empirique et théorique, p. 3, Les dossier de CERC-association n° 3, 1999.

[742] - La condition de régularité de séjour, largement exigée pour l'exercice des droits sociaux inhérent à la dignité de la vie, joue aussi, s'agissant du droit au travail, un rôle important. Qu'il s'agisse d'une activité professionnelle salariée ou non, l'obtention impérative d'une autorisation de travail apparaît intimement liée à cette condition de régularité.

Ici, il n'est pas sans intérêt de montrer que « l'adoption de la directive carte bleue du 25 mai 2009 sur «*les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié* »[743] est emblématique de cette volonté d'attirer des migrants diplômés, mais aussi d'adapter les migrations au marché »[744]. Elle fait suite à la directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique[745] qui avait déjà pour but de rendre l'Europe plus attractive pour les chercheurs.

Autrement dit, les Etats européens veulent garder une forme de contrôle sur leur marché de travail. Dans ce contexte l'article 45 TFUE (ex-art. 39 TCE), reconnaît la possibilité pour les Etats membres de limiter l'entrée des salariés sur leur territoire pour des raisons liées à la protection de l'ordre public[746], de la sécurité publique ou de la santé publique[747].

Une question d'importance a d'ailleurs été soulevée sur le fait de savoir si l'ordre public relevait de l'appréciation des Etats ou des institutions de l'Union (en particulier la CJCE). La Cour de justice a tranché ce point en donnant la priorité aux Etats membres car sur ce point il semblait difficile d'imposer une conception européenne unique de l'ordre public sans « déposséder » les Etats membres d'une partie de leur souveraineté. Elle a considéré que « *les Etats pouvaient librement déterminer, en fonction de leur propre contexte nationale, les considérations d'ordre public permettant de limiter l'entrée de travailleurs sur leur territoire* »[748].

---

[743] -Directive2009/50/CE du Conseil, « *établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié* », op.cit.

[744] - PEREZ (S.), « La multiplication des catégories de migrants et de réfugiés », *in L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, (sous la dir. d'Anne-Sophie Millet-Devalle), Colloque Nice 17-18 juin 2010, éditions A. Pedone, Paris, 2010, p. 160-161.

[745] - Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JOUE L 289 du 03/11/2005, p.15. Pour plus de détails, voir supra, partie I, titre I, chapitre deuxième, section première, paragraphe premier, C, (2).

[746] - Sur ce point, voir, en particulier : PAILLOT-PERUZZETTO (S.), Ordre public et droit communautaire, *D.*, 1993, chron., p. 177 ; BARAV (A.), La libre circulation des travailleurs, ordre public, et le pouvoir de sanctions des Etats membres, à propos d'une jurisprudence récente de la CJCE, *RTDE*, 1977, p. 721.

[747] -Sur ce point, voir la réglementation européenne suivante : Directive 64/221/CEE du 25 février 1964 relative à la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE* n°56, 4 avril 1964. Cette directive a été remplacée par la directive du 29 avril 2004 (entrée en vigueur le 30 avril 2006). Le chapitre VI e cette directive est ainsi consacrée à la « limitation du droit d'entrée et de séjour pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ». Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des travailleurs communautaires ainsi qu'à leur famille.

[748] - CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219 ; *RTDE*, 1976, p.135, observation LYON-CAEN (G.).

Les limites dont il s'agit ici, résistent à la pression européenne ou internationale d'ouverture totale des frontières. Elles expriment le désir des Etats de conserver un espace au sein duquel il est toujours possible de réguler voire d'interdire.

De nombreux Etats européens obligent donc les étrangers, qui souhaitaient exercer une activité professionnelle sur leur territoire, à accomplir un certain nombre de formalités administratives. En Espagne, comme en Allemagne, les étrangers peuvent travailler s'ils sont en possession d'un permis de travail lié à un emploi donné et à une situation géographique déterminée. Il en est de même en France avec l'exigence d'une autorisation de travail[749]. Toutefois, depuis 1984, ce régime juridique n'est plus applicable aux titulaires de la carte de résident qui bénéficient du droit automatique d'exercer une activité salariée, commerciale ou artisanale.

De plus, la loi française du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration prévoit la délivrance, pour trois ans, d'une « carte compétence et talents » destinée aux étrangers susceptibles d'apporter une expérience professionnelle de « haut niveau »[750].

En outre, tout étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre 16 et 18 ans, doit signer un « contrat d'accueil et d'intégration » qui prévoit une formation civique et, en cas de besoin, linguistique. En Belgique le système est un peu plus complexe car les travailleurs étrangers peuvent demander plusieurs types de permis de travail (A, B, C)[751]. Le permis de travail A est un document administratif qui vaut pour toutes les professions salariées, pour une durée illimitée. Ce document est accordé aux travailleurs

[749] - L'article L. 341-2 du Code du travail dispose, en effet, que « pour entrer en France en vue d'y exercer une profession salariée, l'étranger doit présenter, outre les documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, […] une autorisation de travail […] ».
Dans le même sens, l'article L.341-4 du Code du travail précise qu' « un étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariée sans avoir obtenu au préalable l'autorisation mentionnée à l'article L.341-2. Cette autorisation est délivrée dans des conditions qui sont fixées par un décret en Conseil d'Etat, sous réserve des dispositions applicables en vertu des troisième et quatrième alinéas du présent article.
L'autorisation de travail peut être délivrée à un étranger qui demande l'attribution de la carte de séjour temporaire sous la forme de la mention « salarié » apposée sur cette carte. Elle habilite cet étranger à exercer les activités professionnelles indiquées sur cette carte dans les zones qui y sont mentionnées.
L'autorisation de travail peut être délivrée à un étranger sous la forme d'une carte de résident qui lui confère le droit d'exercer sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine toute activité professionnelle salariée de son choix dans le cadre de la législation en vigueur ».

[750] - Loi de 2006 n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration* (JO du 25 juillet) ; CC, décision n°2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, JO du 25 juillet 2006, p. 11066.

[751] Loi du 10 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, Moniteur belge, 21 mai 1999 ; Arrêté royal du 9 juin 1999 portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, Moniteur belge, 26 juin 1999.

étrangers qui peuvent se prévaloir, sur une période de dix ans de séjour régulier en Belgique, de quatre années de travail couvertes par un permis de travail B. Ce dernier est un document administratif relatif à l'emploi d'un travailleur étranger pour une durée de 12 mois minimum. Enfin, le permis de travail C est valable pour toutes les professions salariées (les professions indépendantes doivent se prévaloir d'une carte professionnelle). Il est accordé aux étrangers qui ne disposent en Belgique que d'un droit de séjour limité.

Ces limitations n'avaient toutefois pas vocation, à l'origine, à s'appliquer aux citoyens européens au vu de la législation en la matière. Les élargissements successifs du 1er mai 2004[752], et du 1er janvier 2007[753], ont pourtant changé la donne. Les Etats membres de l'UE-15 ont, en effet, limité l'entrée de ces ressortissants sur leur marché du travail. Ils ont obtenu, au moment des négociations des traités d'adhésion, la possibilité de restreindre la libre circulation de ces travailleurs pendant un période transitoire relativement longue, pouvant aller de deux ans à sept ans[754]. Pendant ce laps de temps, l'accès au marché du travail de ces nouveaux ressortissants est donc subordonné, tout comme les travailleurs extra-européens, à la possession d'un permis de travail.

En outre, en dépit de l'affirmation de plusieurs constitutions européennes et des conventions internationales, selon laquelle chacun a le droit d'obtenir un emploi, le droit d'exercer le métier de leur choix était, paradoxalement, mieux garantit aux étrangers il y a un siècle qu'il ne l'est aujourd'hui. Car le nombre de professions et d'emplois qui leur sont interdits n'a cessé de s'accroître depuis la fin du XIXème siècle.

Les raisons en sont bien connues : la crainte, parfois, d'une influence étrangère dans des domaines supposés sensibles comme le domaine de la fonction publique, mais beaucoup plus souvent la volonté de protéger l'activité économique des nationaux contre la concurrence étrangère, autrement dit des préoccupations protectionnistes et malthusiennes. Ainsi, les

[752] - Pologne, Lituanie, Lettonie, Estonie, République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie, Malte et Chypre.
[753] - Roumanie et Bulgarie.
[754] - Les PECO ont été soumis à un mécanisme en trois phases appelé « dispositions 2+3+2 ans ». Il y a, en effet, une première phase de 2ans au cours de laquelle les Etats de l'UE-15 peuvent décider de restreindre l'accès à leur marché du travail. Au terme de cette période, ils peuvent décider d'ouvrir leur marché ou de reconduire, pour une nouvelle tranche de 3ans, les restrictions à la libre circulation de ces travailleurs. Enfin, ils pourront éventuellement décider de reconduire de nouveau, pour deux ans, les restrictions pour des raisons liées au marché de l'emploi, à l'économie.
La Roumanie et la Bulgarie, quant à elles, sont assujetties à un mécanisme « 2+3 ». En revanche, les ressortissants de Chypre et de Malte ont bénéficié dès le 1er mai 2004 d'un libre accès au marché du travail.

étrangers continuent à être exclus d'un nombre de professions bien plus important qu'on ne l'imagine.

Autrement dit, à coté des formalités, parfois rigoureuses, pour accéder au marché du travail d'un Etat, certaines professions sont carrément interdites aux étrangers. Même s'ils ont tenté d'assouplir ces limites ou de les cantonner, le Conseil de l'Europe ou les institutions de l'Union n'ont pu que se résoudre à les intégrer dans le champ de leurs réglementations. C'est ainsi que l'article 31 de la Charte sociale européenne prévoit la possibilité pour les Etats membres de poser un certain nombre d'exceptions en matière d'accès aux emplois nationaux.

Le Comité européen des droits sociaux[755] a d'ailleurs validé, au regard de cette disposition, la législation belge qui excluait les étrangers de la fonction publique fédérale pour les postes impliquant l'usage de prérogatives de puissance publique ou ayant pour objet la sauvegarde des intérêts de l'Etat. Le Comité a, en effet, souligné que l'article 31 de la Charte admet de telles restrictions à condition toutefois que celles-ci poursuivent un but légitime et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique. Cela signifie entre autre que ces obstacles doivent remplir la fonction de garantir le respect des droits et libertés d'autrui, de protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs.

Il y a donc clairement une prise en considération, au niveau des institutions de l'Union des limites que les Etats apportent aux droits sociaux des étrangers à condition, toutefois que celles-ci restent dans des proportions raisonnables et que la liste des emplois interdits soit clairement identifiables et mesurée.

Dans le même ordre des idées, l'article 45 TFUE §4 (ex-art. 39 TCE), indique que les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs « *ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique* ». Cette disposition prend donc clairement en considération la

[755] - Le Comité européen des droits sociaux est composé de treize membres (élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour six ans). Il est compétent pour statuer en droit sur la conformité à la Charte sociale européenne des situations nationales des Etats membres (*cf.* article 24 de la Charte tel qu'amendé par le Protocole de Turin de 1991). Cette procédure de contrôle s'effectue sur la base de rapports nationaux élaborés périodiquement par les Etats membres dans lesquels ils indiquent comment ils appliquent les dispositions de la Charte en droit et en pratique. Suite à l'examen de ces rapports le Comité fait part, à travers ses conclusions, à l'Etat concerné de son appréciation sur la conformité de son droit national à la Charte. Si un Etat ne tire pas les conséquences d'une décision de non-conformité, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lui adresse une recommandation lui enjoignant de modifier la situation versée. De plus, un protocole, ouvert à la signature en 1995 et entré en vigueur en 1998, a ouvert la possibilité de saisir le Comité européen des Droits sociaux d'une requête relative à la violation de la Charte.

volonté des Etats membres de garder un « pré carré » réservé à leurs nationaux, et ce dans l'intérêt de la souveraineté nationale.

La Cour de justice s'est d'ailleurs fait l'écho de cette préoccupation en affirmant qu'il fallait tenir compte de « *l'intérêt légitime qu'ont les Etats membres de réserver à leurs propres ressortissants un ensemble d'emploi ayant un rapport avec l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux* »[756].

Elle a toutefois ajouté que les limites posée en la matière par les Etats membres devaient rester raisonnables et ne viser que « *les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »[757].

Suite à cet arrêt, la France a d'ailleurs accepté de prévoir une exception au principe d'exclusion des étrangers de la fonction publique, énoncé par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (l'accès aux « dignités, place et emplois publics » est réservé aux citoyens). La loi du 26 juillet 1991[758]ouvre ainsi, aux citoyens européens, l'accès à certains corps de la fonction publique à condition qu'il n'y ait pas de participation directe ou indirecte à l'exercice des prérogatives de puissances publiques[759]. Les emplois proscrits concernent donc principalement des emplois dans la police, l'armée, la justice, les douanes. Font également partie de l'interdiction les postes dans des établissements publics nationaux.

Ainsi, les étrangers sont exclus au départ de tous les emplois de fonctionnaires, puisque le droit d'accéder à la fonction publique, considéré comme un attribut de la citoyenneté, est réservé par principe aux nationaux. Or la portée de cette exclusion est quantitativement énorme : car en France par exemple, les étrangers établis légalement sont exclus de plus d'un emploi sur cinq, soit 5.3 millions de postes de travail[760] sans que, dans l'immense majorité des cas, l'exercice de la sûreté, de la sécurité ou de la souveraineté nationale ne soient en jeu. Il s'agit majoritairement du secteur public, mais aussi des entreprises assurant la gestion d'un service public, des établissements publics ou assimilés et même du secteur privé dans lequel plus d'une quarantaine d'emplois sont soumis à une condition de nationalité. Les professions libérales

[756] - CJCE, 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Rec*., p. 3881 ; *RTDE*, p. 357.
[757] - CJCE, 17 décembre 1981, aff. n° 149-79, *AJDA*, 1991, p.137
[758] - Il s'agit de la loi n° 97-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JOF* du 27 juillet 1991, p. 9952.
[759] - DUBOUIS (L.), L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats de la Communauté européenne, *RFDA*, 1991, p.903.
[760] - Chiffres publiés par l'observatoire des inégalités le 17 septembre 2011.

telles que le métier d'avocat, architecte, pharmacien, expert-comptable, etc. sont également concernées.

Afin de rétablir l'équité entre nationaux, citoyens européens et non citoyens pour l'exercice de certaines professions libérales ou privées, une proposition de loi a été déposée par la sénatrice PS Bariza Khiari en janvier 2009. Cette proposition de loi a été adoptée à l'unanimité au Sénat mais rejetée par les députés UMP en juin 2010. Elle ne concernait pourtant que 7 professions, soit 2.8 % d'emplois, autant dire une goutte d'eau par rapport aux 30 % d'emplois fermés à l'époque aux étrangers.

Cette discrimination persistante est pourtant contraire à plusieurs textes internationaux. La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), dans une délibération du 30 mars 2009 rappelait en particulier que la liberté de circulation dont jouissent les citoyens européens au sein de l'Union européenne implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les nationaux et les travailleurs des autres Etats membres en ce qui concerne l'accès à l'emploi.

Elle concluait par une demande de suppression des conditions de nationalité pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics et aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Cette inégalité de traitement engendre des difficultés d'intégration professionnelle importantes. Elle est en partie responsable du fort taux de chômage des populations étrangères : au total, plus de 130 000 recrutements annuels sont en effet interdits aux étrangers non européens à la recherche d'un emploi[761]. Elle est également la cause des statuts précaires auxquels sont cantonnés des étrangers qui sont recrutés en tant que vacataires ou par le biais de la sous-traitance pour exercer les mêmes fonctions que des nationaux mais qui ne peuvent bénéficier du même statut.

Ainsi, l'énormité du chiffre conduit à s'interroger sur le bien- fondé d'une telle exclusion et des arguments généralement invoqués pour la justifier. Car si l'on peut comprendre, dans le cadre de l'Etat nation, le refus de confier à un étranger des fonctions qui l'associent à l'exercice de l'autorité étatique – police, armée, justice, impôts…-, cette explication ne vaut plus à partir

[761] - Observatoire des inégalités, le 17 septembre 2011 ; www.discriminations.inegalites.fr.

du moment où la majorité des fonctionnaires accomplissent des tâches qui ne leur confèrent aucune prérogative particulière. La véritable raison de cette exclusion est à chercher ailleurs : dans le souci de réserver aux nationaux un domaine où ils seront à l'abri de la concurrence, ou encore dans le refus de faire bénéficier les étrangers des avantages attachés à la condition de fonctionnaire. D'où une série de paradoxes. Premier paradoxe : le développement de l'Etat-Providence, en multipliant le nombre des emplois publics, et donc le nombre d'emplois fermés aux étrangers, a accru la portée des discriminations qui les frappent, alors que les fonctionnaires font de plus en plus souvent le même métier que les salariés du secteur privé.

Second paradoxe, qui confirme parfois au scandale : on refuse de recruter des étrangers sur des postes de fonctionnaires, mais on accepte de les embaucher, pour accomplir les mêmes taches, comme auxiliaires ou contractuels, dans des emplois où ils seront moins payés et où ils ne bénéficieront pas de la sécurité de l'emploi : ils servent en somme à boucher les trous, comme l'atteste jusqu'à la caricature le recrutement d'étudiants étrangers comme maîtres auxiliaires dans les disciplines et les régions déficitaires, ou de médecins étrangers dans les hôpitaux désertés par les médecins nationaux. Les uns comme les autres sont maintenus dans une précarité extrême, tant sur le plan du travail que du séjour, et parviennent rarement à obtenir un titre de séjour en qualité de salarié qui leur permettrait de demeurer dans l'Etat d'accueil.

Au –delà de la fonction publique, ce principe d'exclusion s'est entendu par contagion à la plupart des emplois du secteur public et nationalisé. Les principales entreprises publiques ne peuvent, sur le fondement des textes actuellement en vigueur, embaucher que des nationaux ou, désormais, ressortissants d'un Etat membre de l'Union.

Pour justifier ces exclusions, les Etats avancent que les emplois en question impliquent une participation à l'exécution d'un service public. Mais l'explication est un peu juste : car comment justifier alors l'emploi d'agents non titulaires étrangers dans l'administration, qui participent eux aussi à l'exécution d'un service public ?

De plus, il n'y a pas, au demeurant, que les emplois publics. Il existe aussi dans le secteur privé une liste interminable de professions réservées par les législations nationales aux citoyens européens comme l'emploi dans les salles de jeux, l'enseignement du judo, etc.[762]

[762] - Pour plus de détails, voir JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Droit des étrangers*, PUF, Paris, 2000, pp. 187-190.

Les professions interdites aux étrangers restent nombreuses. Les institutions de l'Union n'ont pu faire autrement que d'en prendre acte même si elles ont essayé d'en atténuer la portée. La persistance de ces limites met en évidence « la force et la faiblesse de la protection internationale »[763] des étrangers en matière de droits sociaux. Mais elles montrent aussi et surtout qu'en ce domaine, plus que tout autre, le dernier mot revient nécessairement aux Etats, et qu'il appartiendra à eux seuls de décider du moment opportun pour aplanir les dernières différences. Cette tendance se retrouve dans une large mesure en ce qui concerne les droits politiques.

Paragraphe deuxième : La persistance des inégalités en matière des droits politiques

De nombreux textes internationaux ont proclamé des « droits de l'homme » détachés de la nationalité ; dans les ordres nationaux les droits fondamentaux, les droits civils et socio-économiques ont progressivement été octroyés à tous les résidents, indépendamment de leur nationalité. Les constitutions nationales, et les textes internationaux, continuent de faire exception pour les droits politiques. La règle à cet égard est inversée : alors que l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers est générale en matière de droits civiles, la discrimination reste de rigueur pour les droits politiques. Les exceptions sont rares.

Autrement dit, traditionnellement exclu de la vie politique[764], l'étranger ne participe pas à l'expression de la souveraineté nationale matérialisée par le dépôt d'un bulletin de vote dans une urne. L'acte de vote n'est effectivement pas un droit de l'homme mais un droit du citoyen relié, dès lors, à la détention de la nationalité.

A cet égard, le 8 décembre 2008, le ministre français de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du Co-développement affirmait que « *la question du droit de vote des étrangers est un faux débat, la véritable question est celle des conditions d'accès à la nationalité française dans le droit français* ». Cette affirmation quelque peu étrange compte tenu de l'existence d'une citoyenneté européenne transnationale montre surtout que la

[763] - LOCHAK (D.), Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites?, *Droit social*, n°90, janvier 1990
[764] - MOURGEON (J.), « Aspects de la situation juridique des étrangers en droit anglais et en droit français », *AJDA* 1978, p.244.

participation à la vie politique est plutôt envisagée sous l'angle de l'assimilation et non comme un symbole d'intégration de l'étranger au sein de la société française[765].

Ainsi, en matière de droits politiques[766], le principe est clair : ces droits sont réservés aux citoyens **(A)**; alors que la participation des étrangers à la vie publique est un élément nécessaire pour le processus d'intégration[767].

Toutefois, l'état des lieux dans les Etats membres de l'Union prouve l'existence des exemples progressistes en la matière par la reconnaissance exceptionnelle de certains droits politiques pour les étrangers **(B).**

---

[765] - La nationalité a, en effet, été définie comme « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un Etat* », cette définition emportant, notamment, une « *dimension horizontale qui fait du national le membre d'une communauté, la population constitutive d'un Etat dont sont exclus les étrangers* », in LAGARDE (P.), La nationalité, Dalloz, 3ème éd. 1997, n°1.

[766] - Dans une acception large, les droits politiques sont les moyens permettant de participer à la vie publique et politique d'un Etat, c'est-à-dire à la vie de la cité. Les textes donnent souvent comme définition des droits politiques une liste énumérative. Ainsi, dans *la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, les droits politiques désignent « le droit de participer aux élections (de voter et d'être candidat), le droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques et le droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux affaires publiques ». L'énumération figurant à l'article 25 du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques est comparable, puisque selon cette disposition, les droits politiques comprennent le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, le droit de voter et d'être élu, et, enfin, le droit d'accéder à la fonction publique.

De son côté, la doctrine a fait un effort de systématisation en distinguant entre, d'une part, les droits civils et politiques qui visent des droits opposables à l'Etat dont ils exigent une attitude d'abstention à l'égard de leurs titulaires, et d'autre part, les droits économiques, sociaux et culturels, qui concernent des créances vis-à-vis de l'Etat dont ils exigent l'intervention active pour être réalisées. Cependant, il semble difficile de retenir ce critère car permettre aux individus de participer à la vie publique exige une intervention de l'Etat afin d'aménager pratiquement cette possibilité.

Finalement, on peut affirmer que les droits politiques s'articulent de manière classique autour de trois attributs : l'électorat, l'éligibilité et l'accès aux emplois publics. Ils constituent les droits politiques fondamentaux, ceux qu'énonce la déclaration universelle de droit de l'homme de 1948, ceux que proclament la plupart des Constitutions contemporaines et ceux que retient aussi le Premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais d'autres droits, qualifiés de dérivés, doivent aussi être pris en compte : droit de participer à un référendum, à une consultation…

Hans Kelsen nous éclaire quant à la finalité des droits politiques, qui est la « faculté d'influencer la formulation de la volonté étatique, c'est-à-dire de participer, de façon directe ou indirecte, à la création de l'ordre juridique, dans lequel s'exprime la volonté de l'Etat » (KELSEN H., Théorie pure du droit, traduction française de la deuxième édition par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.1986.). Mais, il semble que les étrangers soient dépourvus de cette faculté.

[767] - Il n'est pas facile de parler d'intégration, car la notion d'intégration est à la fois un concept relativement précis dans les sciences sociales, et un concept confus, dans les usages sociaux et politiques, sans cesse en transformation. A l'origine des sciences sociales, le concept d'intégration rendait compte de la faculté de cohésion d'une société dans son ensemble. Puis, il a concerné la faculté d'une société à accueillir en son sein et de façon cohérente des groupes minoritaires, et par dérive, il a désigné la capacité du groupe lui-même (voire, des individus le composant) à se fondre dans l'ensemble de la société.

Dans ses usages politiques, la notion d'intégration désigne à la fois la politique d'accueil et d'insertion des minoritaires, et le résultat de cette politique. Il devient de plus en plus, en Europe, par une succession de glissements, non pas un idéal d'insertion, mais à l'inverse, une injonction stigmatisant. Ainsi, de plus en plus, c'est le défaut d'intégration de certaines populations et de certaines personnes qui est en cause. On reproche à certains de ne pas s'intégrer et ça a des conséquences juridiques négatives pour eux (précarisation du titre de séjour, refus de naturalisation, …) L'intégration devient ce qui permet d'exclure.

A- l'exclusion de principe du droit de vote des étrangers

Dans la sphère des droits publics et politiques, les étrangers restent exclus du droit de vote ainsi que d'autres droits considérés traditionnellement comme des attributs de la citoyenneté : tel l'accès à la fonction publique ou le droit de participer à l'exercice de la justice, même à titre non professionnel.

Autrement dit, une incapacité générale et quasi-universelle frappe l'étranger dans la sphère politique. « Droits politiques » et « étranger » sont des termes qui, de prime abord, semblent antinomiques.

En outre, et d'un point de vue *chronologique*, la problématique peut paraître curieuse. Il y a cinquante ans à peine, elle n'aurait pas retenu la moindre attention[768].

Jean Meynaud et Alain Lancelot publient, en 1961, un ouvrage sur *La participation des Français à la politique*. C'est presque une tautologie. En France, mais aussi en Belgique, en Italie ou en Grèce, l'étranger ne participe pas à la vie politique. Un point, c'est tout.

Il y a trentaine d'année, le même thème aurait déjà paru moins biscornu. Quelques études prospectives avaient été consacrées à la question. Un numéro spécial de la revue *Studi Emigrazione* paraît notamment, en 1978, sous le titre *La participation des étrangers aux élections municipales dans les pays de la CEE*. Le bilan de l'époque reste néanmoins fort maigre.

Aujourd'hui encore, le thème de la participation des étrangers à la vie politique est réduit à la portion congrue et on voit donc qu'à l'époque contemporaine, les droits politiques sont réservés aux seuls citoyens. L'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme sert de toile de fond à la réflexion en ce domaine. « *Toute personne a le droit de participer au gouvernement de son pays* »[769] « Son pays… » L'expression est significative à souhait. Elle ne désigne pas, faut-il le souligner ?, le pays d'autrui. Dans la plupart des Etats contemporains, l'étranger est donc dépourvu du moindre droit politique.

---

[768] - Un tel sujet « aurait été impensable ou provocant, voire explosif ». En effet, « le refus de tout droit politique aux étrangers est un tabou sur lequel se sont constitués la plupart des régimes démocratiques du monde occidental » (P. Lagarde, Rapport général, in *Studi Emigrazione. Etudes Migrations*, 1978, p.10).

[769] - On trouve une formulation comparable dans l'article 25 du pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Tout citoyen a le droit et la possibilité…, sans aucune discrimination…et sans restrictions déraisonnables, de prendre part à la direction des affaires publiques… »

Même dans l'U.E., il n'y a pas lieu de se bercer d'illusions. C'est la règle d'exclusion de l'étranger qui prévaut. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est claire à cet égard. Elle condamne, dans son article14, les discriminations fondées sur l'origine nationale. Elle proclame, dans son article 10, le principe de la liberté d'expression, y compris en matière politique. Mais elle ne peut s'empêcher de préciser, dans son article 16, que des restrictions pourront être apportées « à l'activité politique des étrangers », notamment lorsqu'elle implique une participation au pouvoir de décision dans l'Etat[770].

Ainsi, si l'égalité devant l'urne électorale est la condition première de la démocratie et la base la plus indiscutable du droit, les frontières d'exercice du suffrage universel restent encore soumises à discussion dès lors qu'on s'interroge sur l'éventuelle attribution du droit de vote aux étrangers.

Alors même que le droit de vote a été conféré à des catégories toujours plus larges de nationaux (fin du suffrage censitaire et capacitaire, élargissement du droit de vote aux femmes, fin des restrictions à l'égard des militaires ou des indigènes, abaissement de l'âge de la majorité…), la condition de nationalité a toujours été requise dans la tradition politique et constitutionnelle des Etats membres de l'Union.

Désormais, les étrangers constituent une part significative de la population de tous les pays de l'Union européenne. Tous ces pays et l'Union européenne se posent la question de la place politique faite ou à faire à cette population.

Les traités, notamment la Charte européenne des droits fondamentaux, affirment l'égalité des personnes. Mais le traité de Maastricht a divisé la population qui vit sur un même territoire en catégories de citoyens ayant les mêmes devoirs et des droits différents : nationaux, citoyens de l'Union, ressortissants des Etats tiers, sans parler des sans papiers. En effet, l'article 8 dudit traité précise qu' « *il est institué une citoyenneté de l'Union* » et qu' « *est citoyen de l'Union, toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre* ». L'article 8B prévoit le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes et municipales.

[770] - Voir aussi les dispositions inscrites dans l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ». Mais qui fait partie du peuple ? Et qu'est-ce que le corps législatif ?

Cette instauration est sans précédent par sa portée[771]. Elle modifie la donne du problème, à la fois par la rupture qu'elle opère entre nationalité et citoyenneté, et par la nouvelle discrimination qu'elle instaure, entre citoyens de l'Union et résidents dans l'Union. Toutefois, ladite rupture n'est pas totale, puisque c'est la nationalité des Etats membres qui donne accès à la citoyenneté européenne.

Ainsi, un Allemand résidant en Espagne a le droit d'élire le maire de sa commune, de la même façon qu'un Français résidant au Danemark. Aujourd'hui, ce sont ainsi 28 Etats qui accordent mutuellement des droits politiques à des étrangers, sur la base de la réciprocité entre Etats.

Plus généralement, la citoyenneté apparaît comme un principe classificateur fort. Cette classification, qui oppose le « national » et le « citoyen » à l'« étranger », s'articule aux concepts de nationalité et citoyenneté qui sont « *[…] des concepts de "clôture sociale" déterminant les limites à (ou l'exclusion de) la participation de certains extérieurs à certaines interactions sociales* »[772] ; et le fait de déterminer qui est électeur et éligible trace une ligne de partage au sein des démocraties.

L'invention de la citoyenneté de l'UE inaugure une nouvelle scansion dans la chronologie des droits de cité : reprenant à son compte le principe originel de non-discrimination liant les États membres de l'Union, elle esquisse la logique d'une « Communauté de droit » en formalisant le statut de l'individu dans l'Union européenne et elle dessine, par les droits politiques conférés, les contours d'un espace démocratique propre à l'Union.

Ainsi, les citoyens de l'Union se voient, aujourd'hui, accorder deux droits en vertu de l'article 22 TFUE (ex-article 19 CE) : le droit de vote au Parlement européen et le droit de vote aux élections locales nationales. Il faut aujourd'hui ajouter les droits du nouveau titre II relatif aux principes démocratiques qui accorde deux droits de nature politique aux citoyens européens : le droit d'initiative qui permet à un million de citoyens de plusieurs Etats membres de commander à la Commission de proposer une loi au Conseil et au Parlement européen article 24 TUE et le droit à une représentation démocratique au niveau de l'Union (article 11§4 TUE).

---

[771] - Car jusqu'au Traité de Maastricht, ainsi que le montre le professeur Ruzié, aucune disposition de droit international n'imposait qu'un Etat fasse bénéficier les non-nationaux des mêmes droits politiques que ses nationaux (David Ruzié, « Les droits publics et politiques du travailleur étranger », *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Pédone, 1979, pp. 325-339.).

[772] - LECA (J.), « La citoyenneté entre la nation et la société civile », dans Dominique Colas, Claude Emeri, Jacques Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p.479.

A travers ses dispositions particulières relatives à la citoyenneté européenne, le traité de Maastricht a obligé à une réflexion concrète sur l'extension du droit de vote envers une certaine catégorie d'étrangers, sans pour autant résoudre définitivement la question relative à l'ensemble des étrangers présents sur le territoire de l'Union. Car dans ce dernier, des droits politiques attribués, hier, aux seuls nationaux, sont reconnus aujourd'hui à tous les résidents : droit d'expression, de manifestation, de syndicalisation, de vote et d'éligibilité dans les associations, les syndicats, les entreprises. Les partis politiques sont des associations, un étranger a le droit d'association, il peut donc être membre et même président d'un parti politique. Mais le droit de participer aux élections « politiques » varie beaucoup en fonction de la nationalité et du pays de résidence.

Cette situation, du fait des normes juridiques actuellement en vigueur, pose de nombreux problèmes politiques. Comment ne pas voir que le clivage entre les citoyens européens et les autres, recoupe les anciens clivages racistes des anciennes puissances coloniales ? L'instauration du droit de vote des Européens suscite indéniablement un mouvement pour la généralisation de ce droit aux ressortissants des pays tiers.

B- La reconnaissance exceptionnelle de certains droits électoraux par certains Etats membres :

Il est à noter que les pays qui ont entretenu dans le passé des relations coloniales ou commerciales accordent parfois des droits politiques aux ressortissants de leurs anciens partenaires ; certains étendent les droits électoraux municipaux aux étrangers qui résident chez eux depuis un certain nombre d'années, ou aux citoyens des Etats voisins avec lesquels ils entretiennent des relations soutenues.

Ainsi, il y a certains Etats membres qui accordent (au moins 20 Etats européens) le droit de vote à tous les résidents étrangers sans condition de nationalité, au moins lors des élections locales[773]. L'Irlande le pratique depuis les années 1960, quelques pays nordiques l'ont instauré dans les années 1970 et 1980 (alors même qu'ils avaient également instauré une forme d'égalité des droits politiques entre citoyens nordiques ; il y a une sorte de citoyenneté nordique).

[773] - Le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales est accordé à tous les résidents d'une certaines durée dans plusieurs Etats membres tels que la Belgique, les Pays-Bas ou l'Italie. Ce n'est alors pas le droit de l'Union Européenne qui accorde ce droit. BOUDANT (J.), « La citoyenneté européenne », in Koubi (G.) (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, pp. 39-50, p. 44.

Cette pratique tend à se généraliser en Europe[774], notamment parce que la différence faite entre Européens et non-Européens (par l'instauration du vote municipal et européen pour les citoyens européens seulement) est difficile à tenir politiquement. En France, par exemple, un Algérien installé de longue date, partageant avec la France une très longue histoire coloniale et migratoire, est privé d'un droit de vote qui est accordé à un Européen tout juste arrivé dans le pays.

Le Royaume-Uni, quant à lui, reconnaît le droit de vote à tous les scrutins pour les Irlandais et les citoyens du Commonwealth (principalement, les anciennes colonies britanniques). Un Indien ou un Nigérian peut ainsi voter (et être élu) au parlement national. L'Irlande fait de même aux élections parlementaires, sur la base de la réciprocité. Le Portugal a instauré des dispositions presque similaires, notamment vis-à-vis des pays lusophones (Brésil, …). La Suède accorde le droit de vote à tous les résidents étrangers aux référendums nationaux (exemple récent : référendum sur l'Euro).

L'Espagne, quant à elle, reconnaît le principe du droit de vote municipal des étrangers, mais uniquement, pour le moment, sous condition expresse de réciprocité. Ceci signifie que pour accorder le droit de vote aux ressortissants de tel ou tel Etat, il ne suffit pas que l'Etat en question accorde le droit de vote aux Espagnols, il faut de plus la signature d'un traité. En l'état actuel des choses, il me semble que seuls les Norvégiens bénéficient ainsi du droit de vote en Espagne. Pourtant, de très nombreux autres pays dans le monde accordent le droit de vote aux Espagnols.

Bref, dans l'U.E., plusieurs Etats ont accordé le droit de vote à des étrangers. Dans au moins 4 pays (Royaume-Uni, Irlande, Suède, et Portugal), les étrangers peuvent participer à des scrutins nationaux. Toutefois, les étrangers vivant dans un pays de l'Union n'ont pas les mêmes droits suivant leur nationalité. Les étrangers de même nationalité n'ont pas les mêmes droits suivant le pays dans lequel ils sont résidents ! Tout ceci entraîne de multiples inégalités : inégalité des droits politiques, inégalité dans les possibilités d'accès à la nationalité du pays de résidence et donc à la citoyenneté de l'Union.

L'Europe constitue donc un large espace d'expérimentation en matière de droit de vote des étrangers. De nombreux facteurs convergent pour généraliser cette pratique : intégration politique régionale, émergence d'une réelle communauté politique transnationale,

[774] - Pour plus de détails sur ce sujet, voir STRUDEL (S.), « Polyrythmie européenne : le droit de suffrage municipal des étrangers au sein de l'Union, une règle électorale entre détournements et retardements », *Revue française de science politique*, 2003/1, volume 53, p. 3-34.

intensification des migrations humaines, liens postcoloniaux, éclatement des empires et des Etats à l'Est de l'Europe.

Néanmoins, ce processus est loin d'être uniforme et univoque. Les pratiques du droit de vote des étrangers sont diversifiées selon les histoires respectives des pays. Et des résistances politiques se manifestent également, notamment sous la forme de crispations nationalistes, qui voient dans le droit de vote des étrangers une menace pour les souverainetés nationales.

Par ailleurs, cette question est une de celles qui sont discutées actuellement en Europe, de manière différente selon les pays, mais aussi dans le cadre même de la construction de l'Union européenne. Ainsi, la Cour de justice a récemment renversé toutes les croyances avec un arrêt *Espagne contre Royaume-Uni* qui redessine les contours de la notion de citoyenneté de l'Union[775].

En l'espèce, le droit de vote au Parlement européen est accordé aux ressortissants de Gibraltar. Ce droit qui, en vertu de l'article 19 CE n'aurait dû être accordé qu'aux citoyens de l'Union européenne se voit étendu à des non- citoyens. Il est « *amusant de noter que c'est au nom du principe de non-discrimination en vertu de la nationalité que celui-ci est accordé* ».[776]

La Cour aurait pu choisir de se fonder uniquement sur les articles 189 et 190 CE dont le paragraphe 1 dispose que les représentants, au Parlement européen, des peuples des Etats réunis dans la Communauté sont élus au suffrage universel direct et éviter ainsi la question épineuse des droits du citoyen accordés à des non-citoyens. Mais elle choisit d'affirmer que la citoyenneté de l'Union n'est pas réservée aux citoyens. En effet, elle précise dans trois considérants successifs qu'il ne peut être déduit des articles du traité relatifs à la citoyenneté que ceux-ci n'ont vocation à s'appliquer qu'aux citoyens de l'Union européenne[777] quand le libellé de chacun des articles 17 à 21 CE laissait clairement à penser qu'ils ne s'adressaient qu'à ceux-ci. Elle en tire que *si le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique, ce constat n'a pas nécessairement pour conséquence que les droits reconnus par le traité seraient réservés aux citoyens de l'Union.*

[775] - CJCE, arrêt du 12 septembre 2006, Espagne/Royaume-Uni, aff. C-145/04, *Rec*. 2006, p. 1-7917.
[776] - MARZO (C.), *op. cit*, p. 289.
[777] - CJCE, arrêt du 12 septembre 2006, *op.cit*, considérant 72.

Face à l'opposition des argumentaires espagnols et britanniques fondés sur des visions d'une « citoyenneté exclusive » et opposée à une « citoyenneté cosmopolite »[778], la Cour de Luxembourg a clairement opté pour une approche décloisonnée et universelle de la citoyenneté européenne »[779].

Le droit de vote semble donc élargi, mais toujours limité aux nationaux. Les ressortissants des Etats tiers, résidents de longue durée semblent néanmoins bénéficier de droits de plus en plus nombreux bien qu'encore limités. A la croisée des deux chemins, pourrait-on imaginer une citoyenneté pour tous ?

Chapitre deuxième : Des statuts propres pour les demandeurs d'asile

La Convention de Genève qui a posé un statut juridique international pour le réfugié, n'est effective que si les Etats l'intègrent et l'appliquent dans leur législation nationale. La reconnaissance de la qualité de réfugié s'effectue dans chaque Etat grâce aux critères internationaux.

Par ailleurs, en Europe, les critères conventionnels ne sont pas interprétés de la même façon par tous les Etats. La variabilité des interprétations entraîne des « appels d'air » vers les pays les plus souples dans l'utilisation des critères conventionnels. Par conséquent, peu après, les Etats membres ont harmonisé le statut du réfugié, ils souhaitaient agir ainsi sur les différentes interprétations. Les travaux d'harmonisation entrepris s'orientaient vers une approche commune de la définition du réfugié **(section première)**.

En outre, la protection conventionnelle n'est pas la seule protection possible pour le demandeur d'asile[780]. Aujourd'hui, ce dernier n'est plus uniquement celui qui demande la protection issue de la Convention de Genève.

---

[778] - BURGORGUE-LARSEN (L.), « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire (CJCE 12 septembre 2006, C-145-04) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, fasc. I, pp. 25-46, p. 29-31.

[779] - Peut-être dans l'attente de l'action du législateur, considérants 77 et 78.

[780] - En dehors de toute exigence internationale, les Etats peuvent, en vertu de leur souveraineté territoriale, accueillir discrétionnairement les demandeurs d'asile. Ces protections constituent « l'asile territorial». Ce sont des prérogatives étatiques, des mesures de « fait du Prince », dans lesquelles n'entre aucune obligation internationale. Cette forme

En effet, depuis l'émergence de la politique commune de l'asile, les Etats membres ont adopté des instruments définissant des protections nouvelles pour les demandeurs d'asile. Cette diversification des formes d'asile des demandeurs d'asile constitue une démarche inédite au plan européen. On s'intéressera aux raisons qui ont poussé les Etats membres à adopter deux protections complémentaires pour le demandeur d'asile alors que la protection conventionnelle existait déjà. La protection subsidiaire et la protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées constituent aujourd'hui les bases du statut substantiel du demandeur d'asile dans le droit de l'Union **(section deuxième)**.

Section première : Une approche commune du statut du réfugié au niveau de l'U.E

Les divergences d'interprétation du concept de réfugié entre les Etats membres ont incité ceux-ci à poser une définition commune du réfugié. Ainsi, depuis 1996, dans le cadre institutionnel offert par le Traité de Maastricht, ils ont tenté de coordonner la définition du réfugié grâce à l'adoption d'une Position commune[781]. Cette dernière a fait l'objet d'importante critiques en raison de la rigueur avec laquelle le réfugié y était défini. Pour cette raison, une directive adoptée le 29 avril 2004[782] vient d'instituer une « définition commune » du réfugié au sens de la Convention de Genève. Cet acte dérivé a pour objectif de faire converger l'ensemble des applications de la Convention de Genève des pays membres.

---

d'asile permet aux Etats d'admettre le demandeur d'asile sur leur territoire, bien qu'aucune obligation ne s'impose à eux. De même, une fois admis sur le pays d'accueil, aucun droit particulier n'est obligatoirement délivré au bénéficiaire de « l'asile territorial », l'Etat peut simplement tolérer le demandeur d'asile sur son territoire. C'est pour remédier à cela que les Etats ont tenté de définir « l'asile territorial » en droit international. La Convention sur l'asile territorial (Projet de Convention sur l'asile territorial, des Nations Unies, 1977, non adopté. Voir aussi la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial, adoptée le 14 décembre 1967, par une Résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, n° 2312 (XXII)), a essayé, sans résultat, d'imposer des normes contraignantes minimales s'imposant aux Etats en matière « d'asile territorial », mais ceux-ci, trop désireux de conserver leurs prérogatives, n'ont pas adopté cet instrument. Ainsi, hormis les rares protections régionales (Convention de l'Organisation de l'Union Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, Convention de la Havane sur l'asile, la Convention de Montevideo sur l'asile politique, Déclaration de Carthagène etc.), la Convention de Genève apparaissait jusque récemment encore comme la seule norme internationale concernant la protection du demandeur d'asile.

[781] - Position commune 96/196/JAI, du 4 mars 1996, définie par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne, *concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1er de la Convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés*, JOCE n° L63 du 13 mars 1996.

[782] - Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, *concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour prévoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, JOUE, 30septembre 2004, L 304/12.

Il faudra ainsi, analyser cet acte **(paragraphe premier)** et en évaluer sur les impacts dans le droit d'asile **(paragraphe deuxième)**.

Paragraphe premier : Une harmonisation européenne des motifs d'éligibilité du réfugié

La définition du réfugié de l'article 1 A de la Convention de Genève est large, ce qui permet une multiplicité d'approches nationales différentes. A cet égard, la question de l'acteur des persécutions, non précisée par la Convention de Genève, a fait l'objet de controverses ; la Directive 2004/83 permet d'y mettre fin au sein des Etats membres de l'UE.

En fait, la dite directive vise, d'une part, à « *assurer que tout les Etats membres appliquent des critères communs pour l'identification des personnes qui ont réellement besoin de protection internationale et, d'autre part, d'assurer un niveau minimal d'avantages à ces personnes dans tous les Etats membres* »[783]. Elle porte à la fois sur la définition et sur les droits découlant du statut du réfugié. Les critères de reconnaissance **(A)**, les motifs d'exclusion **(B)** ainsi que les droits découlant de la qualité de réfugié seront successivement analysés **(C)**.

A- Les critères de reconnaissance du statut de réfugié

L'identification des actes de « persécution » ou « d'atteintes graves » repose elle-même sur quatre critères, tenant à leur nature et leur gravité **(1)**, à leurs motifs **(2)**, à leurs auteurs **(3)** et à l'évaluation du risque encouru par le demandeur **(4)**.

1- La nature et la gravité des actes :

La notion de « persécution » se conçoit, dans la directive 2004/83, par référence à l'article 1A de la convention de Genève du 28 juillet 1951, au terme duquel le statut de réfugié est octroyé à toute personne qui, « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ». S'il légitime la

[783] - Paragraphe 6 du préambule de la dite directive.

condition, le renvoi à la source internationale ne fournit cependant guère d'éléments d'interprétation, en dehors de l'énumération des motifs.

Il revient donc à la norme européenne d'expliciter la notion même de « persécution ». Or autant elle en retient des formes diversifiées à son article 9§2[784], autant elle se fonde sur un critère restrictif à son article 9§1 : pour relever de cette qualification, les actes en cause doivent en effet être *« suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme (...)* » ou du moins, consister en une « *accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu de manière comparable* ».

La directive introduit ainsi une échelle, sans pour autant donner d'indications sur le degré à partir duquel la gravité des violences, sanctions, discriminations…peut être tenue pour suffisante. L'appréciation en est laissée à la discrétion des autorités nationales ce qui pourrait alors entrainer une diminution sensible du nombre de statuts octroyés dans les Etats membres, ou du moins maintenir des disparités.

En France, par exemple, la pratique des instances administratives- notamment de la Commission des Recours des Réfugiés- laisse croire que ces actes de persécution doivent être d'une « gravité exceptionnelle »[785] pour ouvrir droit à la qualité de réfugié.

Toutefois, l'adverbe « suffisamment » serait inutile, car l'article 15 (point a à c) de la directive 2004/83 énumère les trois types d'actes qui en sont constitutifs : « *-la peine de mort ou son exécution ; - la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ; - des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international* ».

---

[784] - L'art. 9§2 de la directive retient à titre indicatif des formes diversifiées de persécution : violences physiques ou mentales (y compris les violences sexuelles), mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires discriminatoires dans leur essence ou leur application, poursuites ou sanctions disproportionnées ou discriminatoires, refus de recours juridictionnel aboutissant à une sanction disproportionnée ou discriminatoire, poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflit lorsque l'obligation impliquerait de commettre des crimes ou des agissements contraires aux buts des nations-Unies.

[785] - Voir notamment CRR, SR, 17 novembre 1999, 339502, M.H. : « Mais considérant qu'il résulte de l'instruction que M.H. qui avait été arrêté en raison de sa participation à une manifestation étudiante à Pristina en juin 1992 est resté gravement handicapé à la suite des mauvais traitements dont il avait été l'objet à cette occasion ; qu'ayant à partir de 1997 apporté son concours aux actions de l'Armée de libération du Kosovo, il a été arrêté en mars 1997 et mars 1998 ; qu'en septembre 1998, sa maison a été détruite et son père et sa sœur exécutés par la police serbe ; que dans les circonstances de l'espèce, l'exceptionnelle gravité des persécutions subies par le requérant et les membres de sa famille justifie le refus de M.H. de retourner dans son pays d'origine et de se réclamer de la protection des autorités actuellement en place au Kosovo ».

Dans cet ordre d'idée, il convient de souligner enfin que ces énumérations très strictes laissent passer sous silence des problématiques contemporaines, telles que la question des « réfugiés écologiques »[786]. En effet, ces derniers, qui fuient leur région à cause de catastrophes écologiques pour trouver refuge dans une autre zone de leur pays d'origine ou dans un autre pays[787], ne peuvent bénéficier de la protection, même par une interprétation évolutive des conditions d'octroi. Non seulement l'individualisation des « atteintes graves » et la nécessité d'un exil interétatique y font obstacle mais la survenance d'une catastrophe causée par l'action humaine ou tenant à des phénomènes naturels ne saurait se rattacher à l'un des motifs énumérés à l'article 15 de la directive.

Dans l'ordre juridique de l'Union, seule la directive 2001/55 du 20 juillet 2001 relative à la protection temporaire serait en mesure de répondre éventuellement à cette situation, encore que le statut offert soit assez précaire. De façon générale, la protection des « réfugiés écologiques » relève des prérogatives des Etats, qui décident discrétionnairement de l'octroi d'un quelconque statut, souvent par une motivation humanitaire.

2- Les motifs des actes :

L'article 10 de la directive 2004/83 reprend et explicite[788]chacun des cinq motifs de persécution énoncés par l'article 1 A de la Convention de Genève pour obtenir le statut de réfugié (race, religion, nationalité, appartenance à un groupe social, opinion politiques) – un lien de causalité avec les actes précédemment définis étant requis[789].

---

[786] - Voir dans ce sens : COURNIL (CH.), « Les réfugiés écologiques : quelle (s) protection (s), quel (s) statut (s) ? », *in Revue de droit public*, 2006, n°4, pp.1033-1065.

[787] - Sont considérés comme « réfugiés écologiques » ou réfugiés de l'environnement » « *ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale d'origine naturelle ou humaine qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie* » :Rapport du Programme des nations Unies pour l'environnement, 1985, Nairobi, disponible sur le site : http://www.undp.org/french/

[788] - Les définitions sont d'ailleurs assez compréhensives. On relèvera par exemple qu'au titre des éléments à prendre en considération, s'agissant de l'appartenance à un groupe sociale, la directive étend son champ d'application au « groupe dont les membres ont pour caractéristique commune les orientations sexuelles » (sachant que l'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des Etats membres). De même la notion de nationalité recouvre-t-elle l'appartenance à un groupe soudé par son identité culturelle, ethnique ou linguistique, ses origines géographiques ou politiques communes ou sa relation avec la population d'un autre Etat.

[789] - L'art.9§3 de la directive indique ainsi qu' « il doit y avoir un lien entre les motifs mentionnés à l'article 10 et les actes de persécution ».

Dans ce sens, J-Y. Carlier souligne que les actes en cause « *sont, en quelque sorte, objectivés : leur gravité suffit pour ouvrir droit à la protection quels qu'en soient les motifs* »[790]. En effet, la peine de mort ou son exécution et la torture ou les traitements inhumains et dégradants, notamment, peuvent être considérés étant en soi incompatibles avec l'ordre public européen. Cette analyse semble être confortée par la jurisprudence de la Cour EDH, qui condamne fermement l'éloignement des étrangers susceptibles d'être victimes, dans leurs pays d'origine, de traitements contraires à l'article 3 de la CEDH[791].

Aussi, la CJUE a jugé qu'un acte de persécution religieuse peut résulter d'une atteinte à la manifestation extérieure de la liberté de religion. Dès lors, dans le cadre de l'évaluation individuelle d'une demande d'asile, les autorités compétentes ne peuvent pas raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce à des actes religieux[792]. Elle nuance cependant en estimant que l'article 9 §1, sous a), de la directive 2004/83/CE, qui définit la persécution, doit être interprété dans le sens que toute atteinte au droit à la liberté de religion qui viole l'article 10, paragraphe 1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne n'est pas susceptible de constituer un « acte de persécution ». A cet égard, les autorités compétentes doivent vérifier, au regard de la situation personnelle de l'intéressé, si celui-ci, en raison de l'exercice de cette liberté dans son pays d'origine, court un risque réel, notamment, d'être poursuivi ou d'être soumis à des traitements ou à des peines inhumains ou dégradants.

---

[790] - CARLIER (J.Y), « Réfugiés : identifications et statut des personnes à protéger, la directive qualification », in F. Julien- Laferrière, H. Labayle, O. Edstrom (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.299.

[791] - Voir notamment dans ce sens : Cour EDH, 30 octobre 1991, Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni, req. n°13163/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 ; Cour EDH, 11juillet 2000, Jabari c. Turquie, req. n° 40035/98.

[792] - C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Y. et Z. c. Allemagne*, aff. Jointes C71/11 et C99/11, Y (C-71/11), Z (C99/11) c. Bundesrepublik Deutschland. Les faits d'espèces consistent que deux requérants d'origine pakistanaise sont entrés en Allemagne respectivement en 2003 et 2004. Ils ont chacun sollicité la protection, en faisant valoir les persécutions, menaces de mort et agressions dont ils faisaient l'objet au Pakistan, en raison de leur appartenance à la communauté musulmane ahmadiyya. Ils ont souligné qu'au Pakistan, le fait de prétendre qu'ils sont musulmans, de qualifier leur foi d'islam et de propager et ou de prêcher cette religion, est pénalement répréhensible.
Les demandes furent d'abord rejetées, au motif qu'ils n'établissaient pas avoir quitté leur pays en raison d'une crainte de persécution. Devant le tribunal administratif, l'une fut accueillie et l'autre pas. Finalement, les deux demandes furent déclarées fondées par le tribunal administratif supérieur qui a estimé qu'en leur qualité d'ahmadis actifs, ils seraient exposés à un risque de persécution collective au Pakistan. Le tribunal soulignait que les convictions ahmadis impliquent notamment le fait de vivre sa croyance de façon publique.
Les autorités administratives introduisirent un recours en révision devant la Cour administrative fédérale. Elles estimaient que les articles 9 et 10 §1er, sous b de la directive 2004/83/CE avaient fait l'objet d'une interprétation trop large par la Cour administrative supérieure. Elles invoquaient la jurisprudence en vigueur en Allemagne, avant la transposition de la directive, en vertu de laquelle, ne constituent une persécution que les actes qui portent atteintes au noyau dur de la liberté de religion, ce qui exclurait les restrictions à la pratique de leur foi en public. La Cour fédéral décide de poser plusieurs questions préjudicielles à la C.J.U.E. L'enjeu de celles-ci est de savoir si l'article 9, 1er sous b) de la directive doit être interprété, dans le sens que toute atteinte au droit à la liberté de religion, telle que garantie à l'article 10, § 1er, de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne est susceptible de constituer un acte de persécution, ou s'il n'y a persécution que lorsque l'on touche au noyau dur de cette liberté, à l'exclusion de sa manifestation extérieure. Il est également demandé si la crainte de persécution est fondée dans l'hypothèse où le demandeur d'asile peut éviter de s'exposer à une persécution dans son pays d'origine en renonçant d'y exercer certains actes religieux.

En outre, la directive dispose que le demandeur ne doit pas nécessairement présenter les caractéristiques qui sont à l'origine de la persécution, dés lors que son persécuteur les lui attribue[793].

Toutefois, ce principe de « neutralité du lien » ne résout pas deux autres questions, qui préoccupent la doctrine[794]. La première consiste à se demander si la causalité implique une intentionnalité. La terminologie retenue par la directive (« motifs » plutôt que « cause ») le laisserait penser. Mais la situation de la victime étant fragile par nature, l'identification de la persécution risquerait d'être davantage compliquée si cet élément subjectif venait s'y greffer.

En présence d'un tel enjeu, on regrettera que la directive n'impose pas une interprétation objective, que l'on est réduit à souhaiter. La seconde interrogation porte sur le degré de causalité exigé. Car les possibilités d'accès au statut de refugié ne sont pas les mêmes, selon que les motifs énoncés doivent représenter une cause exclusive, principale ou nécessaire mais non dominante du risque de persécution. Or si la Commission semblait plutôt favorable à la seconde conception[795], la version finale de la directive ne comporte aucune indication. La complémentarité entre les formes de protection internationale permet néanmoins de supposer qu'un lien de faible intensité ne suffirait pas dans la pratique[796].

3- Les auteurs des actes :

La directive retient, ici, une conception libérale, conforme à la pratique de plusieurs Etats membres, à la doctrine du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ainsi qu'à la réalité habituelle des demandeurs d'asile.

Les actes de persécutions ou les atteintes graves ouvrant droit à l'asile peuvent, selon l'article 6 de la directive, non seulement être le fait soit de l'Etat soit des partis ou organisations qui contrôlent une partie importante ou l'intégralité du territoire de l'Etat, mais peuvent aussi être perpétrés par des acteurs non étatiques, s'il est démontré que l'Etat, les partis ou les

---

[793] - Art. 10§2.

[794] - Voir notamment HATHAWAY (J.C.) et FOSTER (M.), « The casuel connection (nexus) to a Convention ground », *IJRL*, 2003, vol. 15, n°3, p. 470. Cet article est également disponible sur internet à l'adresse suivante : http://ijrl.oxfordjournals.org.

[795] - La Commission indiquait notamment en commentant l'art.11§2 de sa proposition (supprimé dans la version finale de la directive), que « les Etats membres ne sont en droit d'accorder le statut conféré par la protection subsidiaire à la place du statut de réfugié que lorsque aucun des cinq motifs n'est lié dans une large mesure à la crainte de persécutions », COM (2001) 510, exposé des motifs.

[796] - J.Y.Carlier incline ainsi à penser qu' « *en pratique, les autorités de décision exigeront majoritairement pour reconnaitre la qualité de réfugié que le motif soit un élément sinon essentiel, du moins central* », J.Y.CARLIER, *op.cit*. p. 301.

organisations précités « *ne peuvent ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions ou les atteintes graves* ». Cette dernière mention concorde avec la jurisprudence européenne des droits de l'homme.

A ce propos, il est à noter que la Cour de Strasbourg a étendu la « protection par ricochet » offerte à l'étranger menacé d'éloignement au cas où les traitements inhumains ou dégradants auxquels il serait exposé dans son pays de destination sont imputables à des tiers[797]. Dans cette hypothèse, c'est bien la défaillance des autorités publique, incapables de prémunir la personne face à des groupes organisés indépendants, qui réalise le risque.

Toutefois, une nuance doit être apportée. Si la définition des acteurs de persécutions s'est élargie, la directive exige que le statut de réfugié ne soit reconnu que s'il n'existe aucune protection d'un Etat, d'un parti ou d'une organisation internationale qui contrôlent l'Etat ou une partie du territoire du pays d'origine du demandeur d'asile. Cette précision est lourde de sens, elle crée un nouveau critère : celui « *des acteurs de protection* »[798] ou « *des équivalences de protection* »[799]. S'il est possible que la protection de l'Etat soit conforme à la Convention de Genève, on peut émettre des doutes sur la compatibilité des protections offertes par les partis et les organisations internationales : la Convention de Genève ne mentionne que « l'absence de protection d'Etat ».

4- L'évaluation du risque encouru par le demandeur

La directive 2004/83 établit dans son chapitre II des critères et des définitions qui permettront de procéder à une évaluation du risque de subir des actes de persécution ou des atteintes graves en cas de retour au pays d'origine. Certains renvoient aux alternatives éventuelles à la protection internationale **(a)**, d'autres éclairent la notion même de risque **(b)**, les derniers se rattachent à l'exigence de preuve **(c)**.

[797] - Cour EDH, 17 janvier 2006, Aoulmi c. France, req. n°. 50278/99. La jurisprudence de la Cour EDH est allée au-delà de ce clivage concernant l'auteur des actes, puisqu'elle affirme que le risque peut résulter d'un facteur purement objectif : Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume- Uni : JCP G*, 1998, I, 107, n°10, chron. F. SUDRE (arrêt concernant un malade en phase terminale du SIDA qui se trouvait sous le coup d'une mesure d'expulsion vers un pays où il n'aurait pas de traitement adéquat et où il serait dans un état de détresse et solitude).

[798] - Article 7.

[799] - JULIEN-LAFERRIERE (F.), « La loi Villepin relative au droit d'asile », Regard sur l'actualité, La Documentation Française, mars, 2004, p.34.

a- Existence ou absence d'alternative à la protection internationale :

Selon l'article 8 de la directive, « *les Etats membres peuvent déterminer qu'un demandeur n'a pas besoin de la protection internationale lorsque, dans une partie du pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu'il est raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays* ». Se trouve ainsi consacrée la notion « d'asile interne », comme alternative prioritaire à la protection internationale.

L'article 7§2 de la directive indique par ailleurs que la protection des victimes est assurée lorsque des mesures raisonnables sont prises pour empêcher la persécution ou des atteintes graves, en particulier lorsqu'un système judiciaire effectif permet de déceler, de poursuivre et de sanctionner ces actes et que le demandeur y a accès.

Au terme du paragraphe premier, une telle protection peut être apportée non seulement par l'Etat, mais aussi par les « *partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci* ». Ainsi, la Directive opte pour une approche qui se veut en prise sur la pratique humanitaire actuelle, de plus en plus centrée sur l'ingérence humanitaire des organisations internationales ou non gouvernementales (Croix rouge, HCR, ONU, OTAN…).

Cependant, selon la C.J.U.E., dans son arrêt de 19 décembre 2012[800], à déclaré que l'article 12, paragraphe 1, sous a), seconde phrase de la directive doit être interprété en ce sens que la

[800]- CJUE, 19 décembre 2012, Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi Amin A Radi, Hazem Kamel Ismail c.Bevandorlasi és Allampolgarsagi Hivatal (Bureau de l'Immigration et de la naturalisation hongrois), C 364/11. Il s'agit d'une demande de décision préjudicielle qui porte sur l'interprétation de l'article 12, paragraphe 1, sous a) de la directive 2004/83/CE. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant MM. Abed El Karem El Kott, A Radi et Kamel Ismail, qui sont tous trois des apatrides d'origine palestinienne, au Bevandorlasi Allampolgarsagi Hivatal (Office de l'immigration et de la nationalité, ci-après le « BAH ») au sujet du rejet par ce dernier de leurs demandes tendant à obtenir le statut de réfugié.

Les trois affaires ont été jointes au principal par la juridiction de renvoi. En invoquant devant la juridiction de renvoi, d'une manière crédible selon cette dernière, les circonstances individuelles dans lesquelles ils ont été contraints à quitter la zone d'opération de l'UNRWA, les requérants au principal ont sollicité la reconnaissance du statut de réfugié sur le fondement de l'article 1er , section D, second alinéa de la convention de Genève, disposition à laquelle renvoie l'article 12, paragraphe 1, sous a), seconde phrase, de la directive 2004/83. Ils font valoir que, en ce qui les concerne, l'assistance de l'UNRWA ayant cessé au sens de ladite disposition de la convention de Genève, cette même disposition leur octroie automatiquement un droit à la reconnaissance du statut de réfugié.

Lors de l'examen de leurs demandes, le BAH a traité les requérants au principal comme des demandeurs d'asile au sens de l'article 2, sous c), de la directive 2005/85 et a effectué cet examen selon la procédure d'octroi qu'elle instaure. Le BAH est parvenu à la conclusion qu'ils ne remplissaient pas les conditions pour être considérés comme ayant la qualité de « réfugié » au sens de l'article 2, sous c) de la directive 2004/83.

Tout en admettant que l'assistance de l'UNRWA cesse lorsque ce dernier, pour des raisons objectives relevant de son propre domaine, n'est pas en mesure d'assurer l'assistance à une personne qui est en droit de bénéficier de celle-ci, le BAH ne considère pas que le fait de pouvoir ipso facto se prévaloir de la directive 2004/83 implique une reconnaissance automatique du statut de réfugié. En effet, les conséquences juridiques pouvant être inférées de

cessation de la protection ou de l'assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut- Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) « pour quelque raison que ce soit » vise également la situation d'une personne qui, après avoir eu effectivement recours à cette protection ou à cette assistance, cesse d'en bénéficier pour une raison échappant à son propre contrôle et indépendante de sa volonté. Il appartient aux autorités nationales compétentes de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile présentée par une telle personne de vérifier, sur la base d'une évaluation individuelle de la demande, que cette personne a été contrainte de quitter la zone d'opération de cet organisme ou de cette institution, ce qui est le cas lorsqu'elle se trouvait dans un état personnel d'insécurité grave et que l'organisme ou l'institution concerné était dans l'impossibilité de lui assurer, dans cette zone, des conditions de vie conformes à la mission incombant audit organisme ou à ladite institution.

Elle ajoute que « *l'article 12, paragraphe 1, sous a), seconde phrase de la directive 2004/83 doit être interprété en ce sens que, lorsque les autorités compétentes de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande d'asile ont établi que la condition relative à la cessation de la protection ou de l'assistance de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) est remplie en ce qui concerne le demandeur, le fait de pouvoir ipso facto « se prévaloir de cette directive » implique la reconnaissance, par cet Etat membre, de la qualité de réfugié au sens de l'article 2, sous c),*

---

l'emploi des termes ipso facto se limiteraient à faire relever l'intéressé du champ d'application personnel de cette directive et, partant, l'utilisation de ces termes ne ferait qu'ouvrir la possibilité d'une reconnaissance du statut de réfugié.

La juridiction de renvoi relève notamment que, les requérants au principal ayant tous eu recours à l'assistance d'un organisme vis à l'article 12, paragraphe 1, sous a), première phrase de ladite directive, il devient nécessaire de déterminer, d'une part, les conditions dans lesquelles cette assistance peut être considérée comme ayant pris fin au sens de la seconde phrase de cette même disposition et, d'autre par, la nature et la portée des garanties dont bénéficie ipso facto la personne concernée en vertu de la même directive lorsque cesse cette assistance.

Dans ces conditions, la Fovarosi Birosag (Cour de Budapest) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes : « *aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/83 :*

1) *Le fait de pouvoir se prévaloir de la directive implique-t-il la reconnaissance du statut de réfugié, ou de l'une ou de l'autre des deux formes de protection comprises dans le champ d'application de la directive (le statut de réfugié et l'octroi de la protection subsidiaire) selon le choix de l'Etat membre, ou, le cas échéant, n'implique-t-il la reconnaissance d'aucune de celles-ci de façon automatique, mais [implique] uniquement l'appartenance au champ d'application personnel de la directive ?*
2) *La cessation de la protection ou de l'assistance d'une institution implique-t-elle un séjour en dehors de la zone d'opération de celle-ci, la cessation des activités de l'institution, la fin de la possibilité de bénéficier d'une protection ou d'une assistance de la part de cette institution ou, éventuellement, un empêchement extérieur à sa volonté, légitime ou objectivement justifié, en raison duquel la personne ayant droit à la protection ou à l'assistance ne peut y avoir recours ?* »

de la dite directive et l'octroi de plein droit du statut de réfugié à ce demandeur, pour autant toutefois que ce dernier ne relève pas des paragraphes 1, sous b), ou 2 et 3 de cet article 12 »[801].

Toutefois, la lecture combinée de ces différentes dispositions fait apparaitre un grave problème. Car si les organisations internationales et régionales sont en mesure d'accorder une protection aux ressortissants d'un pays en conflit, aux termes de l'article 7 de la directive, la partie de l'Etat contrôlée par des telles organisations peut, par conséquent, être considérée comme sûre au regard de l'article 8 de la même directive. Or, l'expérience prouve que la couverture assurée par ces organisations peut s'avérer défaillante, comme se fut le cas du HCR au Rwanda en 1994, de l'ONU à Srebrenica en 1995, de l'OTAN au Kosovo en 1999, de l'ONU à Lybie en 2011...etc.

En effet, l'intervention de ces organisations est temporaire, précaire, destinée à remédier à une situation de crise. Au plus ont-elles les moyens de sauvegarder l'intégrité physique des personnes en cas de conflit armé et parfois échouent dans cette mission même.

Si la directive exige-t-elle que l'alternative soit « raisonnable »[802], les éléments d'appréciations apparaissent bien sommaires, puisque les Etats membres sont simplement appelés à tenir compte des « orientations éventuellement données par le Conseil » s'agissant de la capacité de contrôle et de protection des organisations internationales présentes, des « conditions générales » dans la partie du pays où le demandeur pourrait trouver refuge et de la « situation personnelle » de l'intéressé. De surcroît, l'existence d'obstacles techniques au retour n'empêche pas de récuser le besoin de protection internationale[803].

Autrement dit, pour constituer un fondement valable à l'attribution d'une protection internationale, le risque de persécutions ou d'atteintes graves doit éventuellement s'étendre à l'ensemble du pays d'origine. Par contre, il ne doit pas obligatoirement naître alors que l'intéressé se trouve sur le territoire…

[801] - *Ibid.*, point 2.
[802] - Art.7§2 et art.8§1.
[803] - Art. 8§3.

b- Les caractéristiques du risque :

Sous l'intitulé « Besoin de protection apparaissant sur place », la directive admet que la crainte d'être persécuté ou de subir des atteintes graves puisse être la conséquence d'événements survenus après le départ du demandeur de son pays d'origine, ou s'appuyer sur les activités qu'il aurait exercées depuis, surtout si lesdites activités expriment ou prolongent des convictions ou des orientations déjà affichées dans le pays d'origine[804].

Il suffit donc que le risque empêche le retour, sans devoir déterminer la fuite. Cependant, le besoin de protection internationale suppose l'existence d'un risque « qualifié ». Elle reprend l'expression consacrée par la Convention de Genève, qui exige une « crainte fondée » de subir des persécutions, donc un risque simplement raisonnable. Elle effectuerait ainsi un échelonnement dans le niveau de risque.

c- La preuve du risque :

La norme européenne ne définit pas expressément le niveau de preuve requis pour l'acquisition du statut de réfugié et limite le bénéfice de la protection aux ressortissants de pays tiers pour lesquels il y a des « *motifs sérieux et avérés* » de croire un risque réel d'atteintes graves[805]. On regrettera à cet égard, qu'elle ne prévoit pas d'accorder au demandeur le « bénéfice du doute ».

A la lumière des motifs de la proposition de directive, le critère de la « crainte fondée » semble du moins impliquer un test de « probabilité raisonnable ».

En outre, il est à noter que la charge de la preuve est sur le demandeur, qui doit fournir les informations et pièces dont il dispose concernant son âge, son passé, son identité, sa ou ses nationalités, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire ainsi que les raisons justifiant sa demande[806]. Outre ces éléments, il doit être tenu compte de tous les faits pertinents concernant le pays d'origine, y compris ses lois et règlements et la manière dont ils sont appliqués. Le fait que l'intéressé a déjà été victime de persécutions ou d'atteintes graves, ou du moins de menaces directes, constitue logiquement un indice sérieux. Sachant toutefois que, de par leur situation précaire, la plupart des demandeurs arrivent souvent dans le pays d'accueil sans papiers ni

[804] - A l'inverse, le statut de réfugié n'est normalement pas octroyé si le risque de persécutions est fondé sur des circonstances que le demandeur a crées de son propre fait, depuis son départ.
[805] - Art. 2 e) de la directive.
[806] - Art. 4§1 et §2.

documents officiels, l'article 4§5 de la directive énumère les conditions auxquelles leurs déclarations n'ont pas besoin d'être confirmées. Un faisceau d'indices est alors mis en avant, renvoyant entre autres au fait que « le demandeur s'est réellement efforcé d'étayer sa demande », ou encore au fait que « les déclarations du demandeur sont jugées cohérentes et plausibles ». Dans l'ensemble, diligence et crédibilité semblent constituer les deux impératifs majeurs.

Ces critères sont importants dans la mesure où un alignement de la pratique des autorités étatiques dans l'U.E est souhaitable. Néanmoins, ils demeurent assez subjectifs, ce qui laisse une marge d'appréciation assez étendue aux Etats membres. En France, par exemple, la Commission des recours des réfugiés a un pouvoir souverain d'appréciation des faits qui concourent à la preuve du risque, bien que les critères énoncés par la directive soient utilisés par cette juridiction administrative et que ses décisions soient obligatoirement motivées[807]. L'inégalité des chances en matière d'accès à la protection internationale pourrait ainsi perdurer.

B- Les motifs d'exclusion du statut de réfugié

En toute cohérence avec le contexte normatif de l'Union, le premier article de la directive prend d'abord soin d'exclure du champ de protection, les ressortissants des Etats membres. La directive ne concerne pas non plus les personnes déplacées bénéficiant d'une protection temporaire et les personnes bénéficiant d'une protection nationale pour motif humanitaire.

En outre, l'article 12§2 de la directive 2004/83 énumère certes les causes d'exclusion du statut de réfugié. Il prévoit que « tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride est exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser :

a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;

b) qu'il a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié, *c'est-à-dire avant la date d'obtention du titre de séjour*

[807] - « Le contrôle du Conseil d'Etat juge de cassation, sur l'existence d'une motivation suffisante, porte sur l'ensemble des moyens », CE, 24 juillet 1981

délivré sur la base du statut de réfugié ; les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun ;

c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies tels qu'ils figurent dans le Préambule et aux articles 1er et 2 de la charte des Nations unies ».

Les passages indiqués en italiques aboutissent à élargir les causes d'exclusion de la qualité de réfugié par rapport à l'exception, d'interprétation en principe restrictive, que contient l'article 1, F, de la Convention de Genève du 28 juillet 1951.

Pour justifier l'exclusion, le crime grave de droit commun doit d'abord avoir été commis « *en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié* »[808]. Sur ce point, la directive ajoute à la Convention de Genève, en indiquant que l'admission correspond à la date d'obtention du titre de séjour, délivré sur la base du statut. Le choix ne semble pas être le plus approprié, ne serait-ce qu'en raison du délai assez important qui sépare souvent la reconnaissance du statut de réfugié et l'obtention matérielle du titre de séjour.

En outre, l'incise paraît en contradiction avec le caractère déclaratif de l'acte de reconnaissance, rappelé au considérant 14 de la directive. Il est ensuite spécifié que la catégorie des crimes graves de droit commun peut inclure les « *actions particulièrement cruelles, même si elles commises avec un objectif prétendument politiques* ».

Applicable au terrorisme, la qualification permet une extension du motif d'exclusion, révélatrice des orientations sécuritaires actuelles.

En effet, la notion d'action « particulièrement cruelle », bien qu'elle vise à exclure la possibilité que des personnes s'étant rendues coupables d'actes terroristes puissent revendiquer la qualité de réfugié, est particulièrement vague. Il faudra veiller à ce que cette notion ne puisse être utilisée abusivement afin de refuser le statut de réfugié à des personnes pouvant craindre d'être persécutées pour leurs opinions politiques et ayant traduit ces opinions par des actes réprimés pénalement dans leur pays d'origine.

[808] - Art. 12§2, b), Directive 2004/83.

Rappelant ses prises de position antérieures à cet égard[809], le HCR note, dans son commentaire de la directive 2004/83/CE, que « *une interprétation du langage utilisé dans l'article 1, F, (c) pour y inclure les actes de « terrorisme » sans définir correctement ce terme risque de mener à une application trop extensive de cette clause d'exclusion particulière, surtout quand on sait qu'il n'existe aucune définition claire ou universellement admise de la notion de « terrorisme ». Dans le but d'interpréter et d'appliquer l'article 1, F, (c), seuls les actes se trouvant dans le champ d'action des Résolutions des Nations unies relatives aux mesures de lutte contre le terrorisme ayant des conséquences au niveau international en raison de leur gravité, de leur impact international et de leurs implications pour la paix et la sécurité internationales devraient donner lieu à une exclusion en vertu de cette clause* »[810].

En fin, l'article 17§1 de la directive énonce un motif particulier d'exclusion, tenant à la menace que l'intéressé « *représente […] pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve* ». A ce propos, il est à noter que la norme européenne permet d'opposer au demandeur le ou les crime(s) qu'il aurait commis avant son admission dans l'Etat membre et qui y seraient passibles d'une peine de prison s'ils avaient eu lieu sur son territoire, pour autant que l'intéressé ait fui son pays dans l'unique but d'échapper aux sanctions résultant de ces crimes.

En conclusion, l'analyse de la dite directive montre qu'elle n'opère qu'une harmonisation très partielle des critères de reconnaissance de la qualité de réfugié. D'une part, elle ne fixe que des normes minimales. Les Etats membres demeurent libres de maintenir ou d'introduire d'autres conditions. D'autre part, la directive renvoie aux Etats membres le soin de définir la nature de leurs obligations en « examinant » si une situation est « suffisamment significative »[811] ou en « jugeant opportun » ou « approprié » de conférer un droit[812].

Ainsi, les procédures d'octroi et de retrait ont également fait l'objet d'un certain nombre d'arrêt de la CJUE, qui s'inscrivent dans le respect de la liberté des Etats membres mais aussi celui de l'objectif général des textes, comme en témoigne l'affaire Elgafaji[813]. En 2009, la Cour a en effet interprété la directive octroi, à propos de la protection subsidiaire dont pouvait

[809] - HCR des Nations unies, « Notes de fond sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », 4 septembre 2003, paragraphe 46 à 49.
[810] - Le HCR des Nations unies a annoté des commentaires sur la directive 2004/83/CE et sur le contenu de la protection garantie en janvier 2005.
[811] - Art.11§2, pour les effets du changement de circonstances sur la cessation de la protection.
[812] - Art.33§2, sur l'accès aux procédés d'intégration pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire.
[813] - CJUE, aff. C-465/07, arrêt du 17 février 2009.

bénéficier deux ressortissants Chiites irakiens en précisant l'étendue des obligations des Etats. La directive permet en effet aux Etats (article 8, paragraphe 1) d'évaluer la demande de protection internationale et de décider qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale si dans une partie de son pays d'origine, il n'y a aucune raison de craindre d'être persécuté ni aucun risque réel de subir des atteintes graves à sa personne. Appliquant la règle de l'interprétation conforme des dispositions nationales aux objectifs de la directive, la Cour va néanmoins conclure que l'existence de telles menaces peut exceptionnellement être considérée comme établie, sans que le demandeur n'en apporte la preuve, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant un conflit armé atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir lesdites menaces.

De plus, dans un autre arrêt du 2 mars 2010 dans les affaires jointes C-175/08, C-176/08, C-179/08, Salahadin Abdulla e.a, une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 11 de la directive *octroi,* montre à quel point les interprétations des Etats peuvent être source d'instabilité pour les migrants. Il s'agissait en l'occurrence de personnes qui avaient au cours des années 1999 à 2002, déposé des demandes d'asile et obtenu en Allemagne le statut de réfugié, en raison de leur crainte d'être persécutées en Irak par le régime du parti Baas de Saddam Hussein. Or, en 2005, les autorités Allemandes, ont initié contre elles des procédures d'abrogation de leurs titres de réfugiés, eu égard à l'évolution de la situation en Iraq.

La question de la perte du statut de réfugié au regard de la directive a donc été interprétée par la Cour qui a précisé qu' « *une personne perd son statut de réfugié, lorsque, eu égard à un changement de circonstances ayant un caractère significatif et non provisoire, intervenu dans le pays tiers concerné, les circonstances ayant justifié la crainte qu'elle avait d'être persécutée* »[814]. Ainsi, à moins que le réfugié ne prouve qu'il a d'autres motifs de crainte que ceux qu'il avait invoqués lors de sa première demande, il perdra son statut.

De même, dans un autre arrêt[815], la Cour a été saisie de cinq questions préjudicielles par la Cour fédérale administrative allemande, relatives à l'application de la clause d'exclusion du statut de réfugié qui frappe les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes graves ou des

[814] - CJUE, Grande Chambre, 2 mars 2010, aff. Aydin Salahadin A bdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08), Dler Jamal (C-179/08)/ Bundesrepublik Deutschland.
[815] - CJUE, 9 novembre 2010, C-57/09.

actes de terrorisme (art. 12 de la directive 2004/83/CE). Il s'agissait en l'occurrence de ressortissants turcs, ayant appartenu au Deve Sol et au PKK, organisations citées par la position commune 2001/931 du Conseil comme faisant partie des « personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme ». Dès lors, ce sont vu pour certaines de se voir refuser le statut de réfugié et d'autre une révocation de leur statut par la Cour allemande du droit d'asile. Les juridictions administratives ayant annulé ces décisions, la Cour administrative fédérale fût saisie des deux affaires et forma cinq demandes préjudicielles d'interprétation de la directive 2004/83/CE relative la reconnaissance du statut de réfugié. Une exclusion non automatique. Interrogée sur le point de savoir si l'appartenance d'une personne à la liste des organisations annexée à la résolution 2001/931précitée entraînait automatiquement la mise en œuvre de la clause d'exclusion prévue par l'article 12 de la directive comme par la Convention de Genève, la Cour considère qu'il « importe de vérifier au préalable si les actes commis par une telle organisation peuvent relever des catégories de crimes graves et d'agissements visés » par ces dispositions. E effet, cette clause d'exclusion « ne permet d'exclure une personne du statut de réfugié que lorsqu'il y a « des raisons sérieuses » de penser qu'elle a commis « un crime grave de droit commun en dehors de son pays d'accueil avant d'être admise comme réfugié ou qu'elle s'est rendue coupable « d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Dès lors, « la seule circonstance que la personne concernée a appartenu à une telle organisation ne saurait avoir comme conséquence automatique qu'elle doive être exclue du statut de réfugié en vertu desdites dispositions ».

C- Emergence d'un nouveau statut du réfugié

La principale innovation dans la directive européenne réside dans l'harmonisation du statut proprement dit du réfugié. Parmi, les droits découlant de la reconnaissance du statut de réfugié, le plus important est celui de « l'unité familiale »[816]. Le principe d'unité familiale n'est pas explicitement précisé dans la Convention de Genève, seul l'acte final de la Conférence des Nations-Unies sur le statut des réfugiés annexé à la Convention y fait référence[817]. L'harmonisation de ce principe est un progrès pour le statut international du réfugié.

En effet, si au plan interne les Etats membres[818] ont reconnu ce droit en interprétant la Convention de Genève, aucune protection internationale ne le consacrait explicitement. Ainsi,

[816] - Article 23.
[817] - « L'unité de la famille est un droit essentiel dont il convient d'assurer le maintien ».
[818] - En France c'est le Conseil d'Etat qui a fait émerger ce principe en principe général du droit.

les Etats membres veillent à ce que l'unité familiale soit maintenue pour les membres de la famille du réfugié. Notons que s'il est remarquable que les Etats membres aient posé ce principe, ont peut néanmoins souligner leur manque de courage dans la rédaction de l'article. Le verbe « *veiller* » ne contraint pas les Etats membres. Cette harmonisation n'est donc, au final, pas très astreignante et ne va certainement pas entraîner un alignement des différentes législations européennes.

En revanche, les membres de la famille ont assez largement définis puisque l'article 2h) de la directive retient le conjoint, ou le partenaire non marié engagé dans une relation stable, les enfants[819] des conjoints ou ceux des partenaires ainsi que les autres parents proches. Sur ce point la directive est ouverte puisqu'elle permet aux Etats d'étendre l'unité familiale au partenaire non marié et à ses enfants ainsi qu'à des parents proches.

La seconde disposition particulièrement importante dans le statut est la protection contre le refoulement qui est rappelée comme un principe que doivent respecter les Etats membres[820].

Ensuite, la directive lie le statut de réfugié à la délivrance d'un permis de séjour. L'octroi d'un droit au séjour au réfugié est d'autant plus important que la Convention de Genève ne le reconnaît pas explicitement. Ainsi, selon la directive, un titre de séjour doit être accordé au réfugié et à sa famille. Notons que le droit au séjour a subi des modifications depuis la première proposition de directive de 2001. Les Etats membres ont retenu dans la directive un permis de séjour de trois ans renouvelables alors que la proposition de 2001 prévoyait un titre de *cinq ans renouvelables*. Les Etats membres ont revu à la baisse la durée du permis de séjour des réfugiés, le consensus n'ayant pu aboutir à cinq ans en raison des diverses dispositions plus au moins protectrices dans les Etats membres. Ce rabaissement du seuil illustre la difficulté d'harmonisation des législations, le standard choisi étant toujours le moins contraignant, donc le moins protecteur. En effet, cette limitation est particulièrement préjudiciable pour les réfugiés qui devraient pourtant bénéficier d'une protection durable et d'une stabilité de séjour.

En outre, la directive énonce des dispositions relatives aux droits qu'ils reçoivent. Elle prévoit l'accès au travail[821], aux formations professionnelles, à la libre circulation[822]. Cette

[819] - Les enfants du couple du réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire, à condition qu'ils soient non mariés et à sa charge sans tenir compte du fait qu'ils sont légitimes, nés hors mariage ou adoptés selon les définitions du droit national.
[820] - Article 21.
[821] - Article 26.
[822] - Article 32 de la directive.

dernière liberté est limitée aux restrictions habituelles[823] prévues pour les autres étrangers. Cette disposition a été rendue plus restrictive en raison des réticences de certains pays qui ont posé, depuis longtemps, des limites à la libre circulation pour les étrangers (au Royaume-Uni par exemple). De même, la rémunération, l'accès au régime de sécurité sociale, ainsi que les autres conditions relatives à l'emploi doivent être garantis par la législation nationale[824]. Toutefois, la directive ne mentionne pas non plus l'égalité de traitement dans ce domaine. En revanche, l'article 27 accorde l'égal accès au système d'éducation pour les mineurs sans distinction de niveau primaire ou supérieur comme l'établit la Convention de Genève. La directive est donc plus libérale que cette dernière[825] sur ce point. La directive recommande enfin aux Etats de veiller aux soins médicaux des réfugiés (mais ceci n'est pas une obligation).

En général, la directive ne reprend pas toutes les dispositions relatives au statut de réfugié posées par la Convention de Genève. Les Etats membres n'ont pas cherché la logique d'harmonisation de l'ensemble du statut des réfugiés. Il s'agit bien là d'un premier acte dérivé qui marque le début d'un statut européen de l'asile encore en construction.

Cette première étape est loin d'être satisfaisante au regard du texte conventionnel et des législations internes relativement protectrices en la matière. L'harmonisation ne devrait pas niveler vers le bas la protection du réfugié, au contraire la construction d'un statut commun devrait constituer un enjeu pour imposer une protection à la hauteur des exigences de la Convention de Genève. En effet, l'article 3 de la directive précise que des normes plus favorables pourront être adoptées ou maintenues. On sait que l'harmonisation entreprise dans la directive ne porte que sur des normes minimales ; il ne faudrait pas que les Etats revoient « à la baisse » leur législation avec l'adoption de cette directive.

Paragraphe deuxième : Les implications d'une définition européenne du réfugié

Cette directive marque la première étape du traitement commun de l'asile. Elle propose un régime « mixte » de l'asile : une protection internationale au sens de la Convention de Genève et une protection subsidiaire[826]. L'enjeu de cette protection est d'aboutir à un niveau minimal de protection en Europe, mais aussi de réduire les divergences d'application entre les Etats

[823] - « *Dans les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions que celles qui sont prévues pour les ressortissants d'autres pays tiers résidant légalement sur leur territoire* ».
[824] - Article 26 §5.
[825] - Article 22 de la Convention.
[826] - Cf. Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe I.

membres, tout en luttant contre les mouvements secondaires de migration et les abus des procédures d'asile.

Dans l'exposé des motifs, la directive précise que la Convention de Genève est *« la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* »[827]. A cet égard, pour la première fois, la Cour nationale française du droit d'asile a reconnu, en mai 2008, la qualité de réfugié à un ressortissant palestinien sur le fondement de l'article 1 D de la Convention de Genève[828]. La Cour prolonge une décision du Conseil d'Etat de 2006 dans laquelle celui-ci avait reconnu le statut de réfugié à un palestinien sur la base de la Convention de New York du 28 septembre 1954 sur les apatrides[829]. Dans ses conclusions sur cette espèce, Mme Célia Vérot avait toutefois relevé que la solution aurait pu être identique sur la base de la Convention de Genève[830]. Dans l'affaire jugée en 2008, les Palestiniens étaient arrivés par voie aérienne sous couvert de faux passeports jordaniens confisqués par les services de police de la frontière. Ils ont ensuite été admis au séjour afin de pouvoir déposer une demande d'asile refusée par l'OFPRA, la Cour ayant, quant à elle, jugé que les réfugiés palestiniens faisaient partie d'un groupe entrant pleinement dans le champ de l'article 1 D de la Convention de Genève[831]. Cette solution novatrice dont il faut se féliciter permet aux réfugiés concernés – qui ont eu trois enfants nés en France- d'avoir une protection juridique adaptée à leur situation et à mener, enfin, une vie familiale normale sur le territoire français.

Toutefois, s'il est vrai que le contenu de la directive s'inspire pour une grande part de la Convention de Genève, on y relève néanmoins des disparités par rapport aux critères conventionnels.

Tout d'abord, la directive établit une limite *rationae personae* en excluant les réfugiés de l'Union[832] de la protection conventionnelle. Si cette exclusion des citoyens de l'Union confirme le Protocole Aznar, elle va à l'encontre de la portée universelle de la Convention de Genève et du Protocole de 1967. Cette dérogation permet de considérer la définition retenue ici comme une « re- définition » du réfugié conventionnel limité à une espace géographique particulier. Il s'agit donc d'une définition « régionalisée » du réfugié.

827 - § 3 de la directive.
828 - CNDA, 4 mai 2008, Damasi, n° 493412.
829 - CE, 22 novembre 2006, Khaled A…, n° 277373.
830 - Conclusion Vérot sur CE, 22 novembre 2006, précité, AJDA 2007, p.94.
831 - Gréciano (Ph.), « Le droit d'asile des Palestiniens », Dalloz 2008, Point de vue, p. 3019.
832 - Tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride. Voir article 2 c) de la directive.

Ensuite, il est à noter que la plupart des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exclusion du statut de réfugié sont interprétées, commentées et précisées. Le sens de certaines dispositions conventionnelles est par conséquent remanié. Une question peut alors se poser : un texte de droit dérivé de l'Union, peut-il interpréter des dispositions posées par un traité international, sans respecter forcément l'esprit posé par le texte conventionnel ?

Enfin, Ruud Lubbers du HCR a exprimé dans un communiqué ses inquiétudes générales face à cette directive. Il relève que la législation européenne, telle qu'elle est engagée, contrevient au droit international, car « *les dispositions pourraient conduire à une érosion du système de l'asile mondial, mettant en péril la vie des futurs réfugiés* »[833]. Il va même plus loin en estimant que les deux directives (relatives au statut de réfugié et aux procédures d'asile) créent « *un précédent négatif pour d'autres régions du monde où elles seraient perçues comme une tentative de se débarrasser du fardeau sur les pays en voie de développement, qui accueillent déjà la vaste majorité des réfugiés dans le monde entier* »[834].

Toutefois, l'article 78 TFUE énonce en son §1 que la politique commune de l'Union en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire « *doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents* »[835] et la Commission européenne prend soin d'inscrire cette primauté dans les différentes propositions d'actes qu'elle a élaborées.

Les directives doivent être conformes aux obligations des Etats membres au titre de la Convention de 1951 et la Convention « *est demeure l'instrument juridique fondamental du droit des réfugiés* »[836]. Par suite, la directive « qualification » renvoie à la Convention de1951 sur les réfugiés et son protocole –qu'elles qualifient de « *pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* »- et l'article 20-1 de la directive « qualification » précise que le contenu de la protection internationale y définie (chapitre VII) est « *sans préjudice des droits inscrits dans la Convention de Genève* ».

La primauté de la Convention de Genève emporte deux principales conséquences juridiques. D'une part, les directives européennes doivent être interprétées dans le respect de la

[833] - UNHCR, News, 29 mars 2004.
[834] - *Ibid*.
[835] - Le protocole n° 24 souligne dans son préambule que « le présent protocole respecte la finalité et les objectifs de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ».
[836] - ERRERA (R.), « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, vol.74, p.349.

Convention de Genève. Dans son arrêt de Grande chambre du 2 mars 2010, la CJUE a ainsi affirmé que « *l'interprétation des dispositions de la directive [qualification] doit, dès lors, être effectuée à la lumière de l'économie générale et de la finalité de celle-ci, dans le respect de la Convention de Genève et des autres traité pertinents visés à l'article 63, premier alinéa, point1), CE* »[837]. D'autre part, les statuts complémentaires au statut de réfugié (protection temporaire et protection subsidiaire) ne peuvent limiter l'octroi du statut de réfugié, s'y substituer. En d'autres mots, l'octroi de ces régimes ne doit pas nuire à l'octroi du statut de réfugié, ne doit pas conduire à priver un individu du statut de réfugié.

Section deuxième : De nouvelles protections dans le droit de l'U.E

La convention de Genève ne couvre pas tous les besoins de protection internationale. Les Etats membres ont donc mis en place, compte tenu notamment des exigences découlant de la Convention européenne des droits de l'homme[838], de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants[839] et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[840], des régimes de protection subsidiaire[841] (l'asile territorial en France, l' « exceptionnel leave to remain » au Royaume-Uni, par exemple). Ces formes subsidiaires de protection permettent de couvrir les situations non visées par la Convention de Genève.

---

[837] - *Affaires Aydin Salahadin Abdulla* (C-175/08), *Kamil Hasan* (C-176/08), *Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi* (C-178/08), *Dler Jame*l (C-179/08/*Bundesrepublik Deutscland*, arrêt du 2 mars 2010, §53. La Cour ajoute que « Cette interprétation doit également se faire, tel qu'il découle du dixième considérant de la directive, dans le respect des droits fondamentaux, ainsi que des principes reconnus notamment par la charte ».

[838] - L'article 3 dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », disponible sur le site internet : www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

[839] - L'article 3 prévoit : « *Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extraderaune personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* », Convention contre la torture et tous autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par L'Assemblée générale des Nations Unie par la résolution 39/46 du 10 décembre 1984, disponible sur le site internet : www.pdhre.org/conventionsum/torsum-fr.html

[840] - L'article 2 dispose : « *1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* », Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, disponible sur le site internet :ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/un-art17_fr.pdf

[841] - Sur cette notion, Cf. Daphné Bouteillet-Paquet (dir.), « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément de la convention de Genève ? », Bruylant, 2002.

Ainsi, « l'asile territorial », par exemple, institué par la loi du 11 mai 1998[842] en France, a permis de délivrer une protection à l'étranger qui établit que sa vie ou sa liberté est menacée dans son pays ou qu'il est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette garantie alternative a constitué la première protection subsidiaire, à côté du statut conventionnel, à intégrer le statut du demandeur d'asile en France.

Au plan européen, les Etats membres ont cherché à mutualiser leurs efforts en adoptant une véritable protection subsidiaire commune pour éviter les disparités entre les Etats membres, et surtout, pour imposer, aux Etats qui n'en avaient pas, une protection complémentaire à celle de la Convention de Genève. Aussi, pour faire face à l'augmentation des demandes et à la situation de déboutés de l'asile, les Etats membres ont adopté une directive relative à une protection internationale subsidiaire le 29 avril 2004[843]. Il conviendra d'expliquer les raisons de la mise en place de cette protection ainsi que son contenu **(paragraphe premier)**.

Parallèlement, les Etats ont édifié une deuxième protection commune, très différente de la protection subsidiaire : une sorte de protection temporaire lors d'afflux massifs de personnes déplacées. Cette protection apparaît comme une innovation en Europe puisqu'elle permet d'organiser au plan européen, une protection régionale en cas d'afflux massifs de migrants. Elle permet de diversifier les formes d'accueil au sein des Etats membres. Elle constitue une troisième protection que le demandeur d'asile peut solliciter. Il s'agira d'expliciter les enjeux et les modalités d'application de cette nouvelle protection **(paragraphe deuxième)**.

[842] - Article 36 de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *JORF* du 12 mai 1998, p.7087.

[843] - Directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE, 30 septembre 2004, L 304/12.

Paragraphe premier : Une protection subsidiaire commune alternative au statut du réfugié

L'idée d'instituer une protection subsidiaire est apparue relativement tôt[844] au sein des discussions européennes. Le constat des faiblesses et des inadaptations de la Convention de Genève a conduit les Etats à réfléchir à la mise en place d'une protection alternative plus efficace, et ce, afin de mettre fin à des situations humaines dramatiques au sein des Etats européens.

L'objectif de l'étude sera de montrer que cette protection subsidiaire a été instituée pour faire face à une série de disfonctionnements juridiques rencontrés au sein des Etats membres, la nécessité d'une protection alternative étant apparue pour surmonter la crise de l'asile conventionnel. Il conviendra d'analyser, en premier lieu, les raisons qui ont poussé les Etats membres à créer une protection subsidiaire pour les demandeurs d'asile **(A)** et en deuxième lieu, les enjeux et la portée de cette protection **(B)**.

A- les raisons d'une protection subsidiaire

Les faiblesses des instruments internationaux relatifs à l'asile ont poussé les Etats membres à organiser une protection complémentaire au plan européen. Autrement dit, les inadaptations de la Convention de Genève face aux nouvelles migrations et aux interprétations restrictives des Etats membres **(1)**, ainsi que la nécessité d'harmoniser les différentes protections mises en place dans les Etats membres **(2)** ont amené l'Union à créer une protection subsidiaire.

1- Les faiblesses des instruments internationaux relatifs à l'asile

Le droit international n'oblige pas les Etats à accorder l'asile, il n'impose qu'un simple devoir répondant aux principes « coutumiers » du droit international tel que l'article 14 de la déclaration Universelle des droits de l'homme qui prévoit que « *devant la persécution toute personne a le droit de chercher et de bénéficier de l'asile en d'autre pays* ». Ce texte n'a pas de force contraignante et ne peut s'imposer aux souverainetés étatiques. Ainsi, L'obligation pour un Etat d'accorder l'asile n'est pas reconnue par le droit international. Cette faculté est discrétionnairement octroyée par les prérogatives étatiques.

[844] - La résolution du Conseil du 14 octobre 1996 portant fixation des priorités de la coopération dans les domaines de la justice et affaires intérieures, parlait déjà de la protection subsidiaire. Voir analyses de BERGER (N.), La politique de l'immigration et de l'asile en Europe, éd. Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 230 et s.

De même, la Convention de Genève adjoint simplement à l'Etat de reconnaître la qualité de réfugié à un demandeur qui a déposé sa demande auprès des autorités compétentes selon les critères conventionnelles. Par contre, le principe de non refoulement[845] des réfugiés est une obligation que la Convention de Genève impose aux Etats parties. Son article 33[846] précise que le réfugié conventionnel (et non le candidat au refuge ou le demandeur d'asile) est l'unique bénéficiaire de cette garantie contre l'éloignement.

Ainsi, l'obligation de non-éloignement ne délivre pas au candidat au refuge un quelconque droit au séjour mais constitue uniquement une obligation minimale qui s'impose aux Etats. Cette simple tolérance sur le territoire ne permet pas de reconnaître un statut hormis la possibilité offerte par la Convention de Genève. Or comme la plupart des cas, les Etats retiennent une approche restrictive du principe de non éloignement. A cet égard, la protection subsidiaire commune permettra donc, non seulement de confirmer l'obligation, mais surtout d'ouvrir le champ de protection à des personnes « inexpulsables », et ce, en leur garantissant un statut en marge de la protection conventionnelle.

De plus, les interprétations restrictives de quelques pays membres ont laissé de côté une partie des demandeurs d'asile ; ainsi, certains d'entre eux, pourtant réellement persécutés n'ont pu obtenir le statut conventionnel parce que la Convention de Genève souffre de l'évolution récente des migrations internationales.

En effet, le texte international correspondait aux besoins d'une époque, il a été ratifié dans un temps et un espace déterminés qui sont aujourd'hui bien différents. Les flux migratoires ne sont plus issus des affrontements des deux blocs mais résultent pour partie de l'effondrement des pays du Sud touchés par les guerres civiles, ethniques, religieuses, économiques ou écologiques. Par conséquent, les motifs de fuites des pays persécuteurs ont évolué[847]. D'importantes inadaptations juridiques ont été constatées dans les Etats membres de l'Union. Les dispositions de la Convention de Genève même largement interprétées ne peuvent plus répondre aux nouveaux types de persécutions.

---

[845] - CHETAIL (V.), « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international » in La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 3-62.

[846] - « *Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ».

[847] - Pour plus de détails, voir « les mouvements migratoires de plus en plus complexes », *in HCR, les réfugiés dans le monde, cinquante ans d'action humanitaire*, Collection Autrement, 2000, p.280 et s.

En outre, l'interprétation restrictive de la Convention de Genève par certains Etats membres a exclu du statut de réfugié quelques « catégories » de victimes. La France, par exemple, s'est montrée particulièrement rigoureuse dans son appréciation des agents de persécution. C'est ainsi qu'au cours des années quatre-vingt-dix, les autorités françaises ont écarté bon nombre de demandeurs d'asile algériens, avec la jurisprudence particulièrement restrictive développée par l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA)[848]. La plupart personnes menacées par le FIS se sont vues refuser le statut de réfugié, à tel point que le 11 janvier 1995, la Commission nationale française consultative des droits de l'homme[849] a dénoncé l'interprétation de la France et ses conséquences sur l'accueil réservé aux ressortissants algériens. En 1997, seuls 64 demandeurs d'asile algériens ont obtenu satisfaction soit 7,3% des demandes.

Un autre aspect de la politique restrictive de certains Etats a conduit à refuser le statut conventionnel aux personnes menacées de persécutions non ciblées dues à un conflit armé ou à une situation de violence généralisée. Le Danemark[850] et la France ont été particulièrement pointilleux dans l'analyse du critère personnel des persécutions et de l'autorité de fait. En France, les ressortissants algériens et somaliens[851] ont notamment subi cette pratique jurisprudentielle.

En parallèle, les travaux de l'ONU ont tenté de légiférer sur l'asile. La Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial[852] a constitué la première initiative. Néanmoins, son impact a été inexistant étant donné qu'elle ne constituait pas un acte contraignant et n'avait qu'une valeur déclarative. Peu après en 1977, les organes de l'ONU ont proposé un projet de *Convention sur l'asile territorial*. L'objectif était d'inclure les éléments essentiels de la Déclaration des Nations Unies relative à l'asile territorial dans un futur instrument contraignant. Faute d'accord, ce projet de Convention trop ambitieux a été abandonné.

---

[848] - C'est un établissement public crée par la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF, 27 juillet 1952.
[849] - Avis du 11 janvier 1995, concernant l'accueil en France des algériens menacés dans leur vie ou dans leur liberté.
[850] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), « Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres », *in La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.89.
[851] - CRR du 26 novembre 1993, *Ahmed Abdullah*, req. n° 229 619.
[852] - Adoptée le 14 décembre 1967, par une Résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, n° 2312 (XXII).

2- La nécessité d'harmoniser les différentes protections internes mises en place par les Etats membres

Des protections subsidiaires ont été instituées dans la plupart des Etats membres. Chaque pays a légiféré pu « à sa façon » face aux phénomènes migratoires nouveaux et à l'insuffisance des procédures conventionnelles. A cet égard, une importante étude[853] de droit comparé sur l'asile en Europe, menée par Daphné Bouteillet-Paquet et le réseau académique d'études juridiques, a montré les différentes protections internationales alternatives rencontrées dans les quinze Etats membres.

Les premières remarques que l'on peut tirer de ce travail concernent la mise en place par chaque Etat membre de protections subsidiaires et la variabilité de celle-ci, le mot protection étant entendu au sens large c'est-à-dire comme « *une mesure humanitaire accordée aux personnes qui ne remplissent pas les critères de reconnaissance de la Convention de Genève* »[854]. La tendance générale constatée est la prise en compte, par quasiment tous les pays membres, de protections subsidiaires.

Pour ce qui est de la variabilité des régimes de protections subsidiaires, l'étude dégage deux définitions : une qui part d'une vision *positive*[855] des bénéficiaires de protections subsidiaires, à partir de laquelle les protections sont : soit « englobantes » et libérales comme au Portugal, en Grèce ou en Italie ; soit strictement définies comme en France. La deuxième définition part d'un point de vue *négatif* et se limite à une simple exigence de non-refoulement.

A côté des définitions, l'étude montre que le régime procédural, les droits délivrés ainsi que les clauses d'exclusions sont changeants d'un Etat à l'autre. S'agissant des droits attribués, l'étude relève que la durée des différentes protections varie. En plus, les droits et avantages délivrés pour les bénéficiaires des protections subsidiaires sont dans la plupart des Etats membres beaucoup moins nombreux que ceux des réfugiés statutaires.

L'étude relève aussi le nombre important de bénéficiaires de protections subsidiaires en Europe : pendant l'année 1999 « *83860 personnes (étaient) sous statuts subsidiaires contre*

853 - BOUTEILLET-PAQUET (D.), (Sous la direction de), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruylant, Bruxelles, 2002. Notamment, « La protection subsidiaire : progrès ou recul du droit d'asile en Europe ? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne », p. 153-210.
854 - *Ibid*., p.154.
855 - *Ibid*., p. 171.

22560 statuts de réfugiés statutaires, c'est-à-dire en moyenne un réfugié statutaire pour trois réfugiés de facto »[856]. Ces chiffres sont donc révélateurs des enjeux que représente l'harmonisation de la protection subsidiaire dans l'émergence d'un régime commun d'asile.

De plus, dans la plupart, des Etats, les étrangers malades sont protégés par la « protection par ricochet » de la Cour européenne des droits de l'Homme et sa jurisprudence relative à l'article 3. Ainsi, sous certaines conditions, la mesure d'expulsion d'un étranger souffrant d'une grave pathologie est considérée comme un traitement inhumain et dégradant. Le texte international ne peut pas garantir une telle protection pour ces victimes. Jusqu'ici une régularisation médicale, plus au moins protectrice, s'accomplissait par les Etats membres. En France, la régularisation médicale de l'étranger a fait l'objet d'une reconnaissance législative[857] et permet aujourd'hui, le cas échéant, de délivrer un titre de séjour. Mais tous les pays ne procèdent pas de la sorte, par conséquent un nombre important d'individus ayant besoin « d'asile sanitaire » reste dans des situations précaires. L'article 15 b) de la directive sur la protection subsidiaire fait référence aux traitements inhumains et dégradants. Les Etats qui n'ont pas une protection spécifique appliquaient sans doute ce concept aux étrangers très malades.

B- Les enjeux et la portée de la protection subsidiaire

Concept communautaire évoqué lors du sommet de Tampere d'octobre 1999, la protection subsidiaire figure dans la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 relative aux normes minimales pour l'octroi d'une protection rapprochée en cas d'afflux massif de personnes déplacées et dans la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 relative au statut de réfugié et à la protection subsidiaire.

Le contenu de ces normes soulève des inquiétudes relatives à l'interprétation que les Etats membres peuvent en faire. Il conviendra d'analyser les motifs d'octroi de cette protection, et d'évaluer les risques d'interprétations variées des pays pour délivrer ou non cette protection **(1)**. A côté de ces problèmes, la directive suscite des critiques légitimes sur le contenu même du statut délivré aux bénéficiaires **(2)**.

[856] - *Ibid.*, p. 158.
[857] - Article 26 I 5 de l'ordonnance de 1945 protège de l'éloignement.

1- Les motifs d'octroi de la protection subsidiaire

La directive prévoit des motifs de reconnaissance relativement protecteurs, ce qui permet de penser que la protection subsidiaire constitue une innovation importante pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale. Pourtant, l'étude plus approfondie des critères soulève des inquiétudes notamment sur l'interprétation de ces motifs.

L'article 15 énonce trois motifs d'attribution de la protection subsidiaire :

- « *La peine de mort ou l'exécution* »
- « *la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine* »
- « *des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international* »

Il n'est pas sans intérêt de s'interroger d'abord sur le premier motif : l'individu menacé de peine de mort ou d'exécution ne relève t-il pas plutôt de la Convention de Genève ? Ce critère correspond en réalité aux exigences de l'article 1er du Protocole 6 de la CEDH concernant l'abolition de la peine de mort du 28 avril 1983.

Il en est de même pour le second motif qui « communautarise » d'un point de vue matériel l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants du 10 décembre 1984[858].

De la sorte, la directive reconnaît non seulement des nouvelles catégories de victimes semblables à celles reconnues par la jurisprudence européenne, mais surtout elle permet de délivrer un statut à ces victimes qui jusqu'ici, par l'effet de la protection minimale de la Cour européenne des droits de l'homme, n'étaient pas protégées pendant leur séjour dans certains pays membres.

La Cour EDH a eu l'occasion de protéger différents types des personnes menacées : celles renvoyées dans un pays où elles risquaient de subir des tortures, des traitements inhumains ou

[858] - La Convention des Nations Unies contre *la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée par l'assemblée générale le 10 décembre 1984 est entrée en vigueur le 26 juin 1987.

dégradants[859], ou celles atteintes de maladies incurables pour lesquelles le renvoi dans leur pays ne permettait pas d'apporter le traitement approprié à leur état de santé[860] ou encore les personnes extradées dans un pays où elles risquent de subir les « couloirs de la mort »[861].

En outre, si pour la Cour EDH, il importe peu que la victime soit un trafiquant de drogue[862] ou un terroriste[863], la directive prévoit des clauses d'exclusion[864] (comme la Convention de Genève).

L'article 15 *litera c* pose un certain nombre de conditions qui sont en effet problématiques et qui ouvrent la voie à un refus facile de la protection subsidiaire à tout Etat qui souhaiterait renvoyer les demandeurs dans leur pays d'origine.

Il doit en effet y avoir des menaces « graves et individuelles » contre la vie ou la personne d'un civil. Ces menaces doivent être établies dans le contexte de violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international.

Il est en effet étrange d'exiger que la menace grave soit individuelle dans un contexte de violence aveugle. Le paragraphe 26 du préambule précise, en outre, que « *les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves* ». Une personne qui ne pourrait pas prouver qu'elle encourt un risque individuel se verrait dès lors rejeter de la protection subsidiaire sur base de l'article 15 *litera c* alors même qu'elle encourt peut-être un risque réel au même titre que d'autres personnes de sa communauté dans un contexte de violence aveugle. Le préambule 26 combiné à la référence au caractère individuel de la menace grave limite considérablement la possibilité de se voir accorder la protection subsidiaire et devrait, dans la logique même du texte, être supprimé.

La version française de l'article 15 *litera c* indique que ces menaces doivent exister en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international. Relevons ici que les traducteurs français de la directive ont fait une erreur de traduction, en même temps qu'une amélioration du texte. Dans la version originale anglaise, il ne s'agit pas de contexte de violence

859 - CEDH, 2 mai 1997, *aff. D. /Royaume-Uni*, req. n° 30240/96.
860 - *Ibid*.
861 - CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c./RU*, série A n°161.
862 - CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R. c. France*, req. n° 24573/94.
863 - CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c./ RU*, req. n° 22414/93.
864 - Article 17 de la directive : on retient les mêmes catégories d'exclusion que celles de la protection temporaire et celles prévues dans la définition de l'Union du réfugié (article 14).

aveugle dans le contexte d'un conflit armé interne ou international. Ceci introduit donc une condition supplémentaire, à savoir apporter la preuve de l'existence d'un conflit armé. Cette exigence a posé des problèmes d'interprétation du droit international humanitaire, alors même qu'à notre sens, il n'était pas nécessaire de recourir à des notions de droit international humanitaire pour appliquer ce texte qui fait partie de l'arsenal du droit des réfugiés[865].

Ainsi, dans l'affaire Bolbol[866], une question préjudicielle émanant d'une juridiction hongroise a mis en lumière les termes pour le moins confus qui, dans l'article 12 de la directive de 2004, exclut les apatrides de la catégorie des réfugiés, mais peut les faire entrer dans la catégorie des personnes qui, pour d'autres raisons, « *ont besoin d'une protection internationale* ». Il s'agissait en l'occurrence d'une apatride d'origine palestinienne qui, n'ayant pas été enregistrée par les services de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) et n'ayant fait aucune demande à cet organisme, sera aux yeux de la CJUE exclue de la catégorie des personnes pouvant bénéficier des dispositions de la directive[867]. Ainsi, la Cour a jugé que la demande d'obtenir le statut de refugié d'un palestinien déplacé qui n'a pas matériellement bénéficié de la protection de l'office des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine doit être examinée dans les conditions de droit commun.

---

[865] - Cette rédaction malheureuse de l'article 15 litera c de la « directive qualification » nous amène à l'articulation entre le droit des réfugiés et le droit international humanitaire. Si ces deux branches du droit international, au même titre d'ailleurs que la protection internationale des droits de l'homme, visent à protéger la vie et la dignité des individus et sont dès lors complémentaires, les champs d'application de ces corps de normes et la nature de la protection ne sont pas les mêmes.

Le droit international humanitaire s'applique en temps de conflit armé ou des suites de conflit armé seulement (mis à part quelques dispositions liées à l'adoption de lois nationales et à sa diffusion), alors que l'application du droit des réfugiés n'est pas liée à l'existence d'un conflit armé. La définition du réfugié telle que contenue dans la Convention de 1951 modifiée par la protocole de 1967 (Protocole de New York du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés. Pour le texte, voir. http://www.unhcr.fr/4b14f4a62.html) ne fait d'ailleurs aucunement mention d'une situation de conflit armé.

Dès lors, les personnes qui se retrouvent dans une situation de conflit armé, et qui ne participent pas – ou plus – directement aux hostilités se trouveront protégées par le droit international humanitaire. Si ces personnes quittent le (ou les) pays dans lequel (ou lesquels) le conflit armé a lieu, la protection accordée par le droit international humanitaire n'aura plus de raison d'être et cessera. En revanche, si ces personnes remplissent les conditions nécessaires, elles pourront se prévaloir de la protection accordée par le droit des réfugiés ou d'une protection analogue, telle la protection subsidiaire. En ce sens, le droit des réfugiés prendra alors le relais du droit international humanitaire afin d'assurer la protection la plus adéquate possible aux individus qui peuvent y prétendre.

[866] - C.J.U.E, Grande Chambre, 17 juin 2010*, aff. C-31/09*, Bolbol

[867] - *Ibid.*, pt 57 : « une personne bénéficie de la protection ou de l'assistance d'une institution des Nations Unies autre que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés lorsque cette personne a effectivement recours à cette protection ou à cette assistance ».

2- Un statut mitigé

Bien que l'introduction d'un statut spécifique pour les personnes reconnues comme devant bénéficier d'une protection internationale soit bienvenue, les conditions dans lesquelles cette introduction est opérée dans le droit de l'Union appelle deux réserves :

- Il importe d'abord de souligner que ce statut demeure subsidiaire du statut de réfugié dans la définition qu'en donne la Convention de Genève du 28 juillet 1951. L'existence d'un statut de protection subsidiaire ne saurait dispenser les Etats membres de reconnaître en tant que réfugiés les personnes correspondant à cette définition, sauf lorsque les personnes concernées expriment de manière explicite leur souhait de ne pas se voir accorder ce statut. Toute demande de protection internationale devrait d'abord donner lieu à un examen au regard de la définition du réfugié que donne la Convention de Genève, et il n'y a lieu d'envisager d'accorder un statut de protection subsidiaire que si la personne en quête de protection ne correspond pas à cette définition ou à manifesté clairement son souhait de ne pas se voir reconnaître en tant que réfugié.
- On peut, en outre, regretter la différenciation opérée par le texte entre les deux statuts ainsi établis par le droit de l'Union, celui de réfugié au titre de la Convention de Genève et celui de réfugié au titre de la protection subsidiaire. Tant pour l'accès à l'emploi (immédiat pour les premiers et conditionnels pour les seconds selon les termes de l'article 26 §3), que pour la durée de séjour (trois ans renouvelable contre un selon l'article 24), la différenciation en trouve aucune justification rationnelle autre que politique. Elle est d'ailleurs contredite par certains Etats membres, comme la Suède ou la Finlande, qui pratiquent l'égalité de droit en la matière.

Ainsi, l'égalité des droits entre le réfugié et le bénéficiaire de la protection subsidiaire n'a pas été retenue. Seuls deux Etats membres (Suède et Finlande) délivrent les mêmes droits aux réfugiés conventionnels et subsidiaires. Pourtant, le maintien de discrimination sur certains droits fondamentaux est inacceptable. L'égalité de traitement dans un texte de droit de l'Union aurait pourtant permis de gommer les différences importantes constatées dans de nombreux pays membres, d'autant qu'il n'existe aucune raison de maintenir des discriminations fondées sur la nature de persécutions, craintes ou subies.

Dans le même sens, il est à noter que le principe de non-discrimination fondé sur le « *le sexe, la race, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social, la santé, la couleur, les*

origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion, ou les convictions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »[868], défini dans la proposition de directive de 2001 a disparu. Ceci est également le résultat de négociations difficiles, la directive a été adoptée au prix de nombreux droits supprimés pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire.

L'un des seuls droits sur lequel la directive ne fait pas de distinction entre le statut de réfugié et la protection subsidiaire est l'obligation de non-refoulement[869]. De même, la directive pose un accès général à l'information, à la liberté de circulation, au logement, et à l'éducation, sans distinction entre le réfugié et le bénéficiaire de la protection subsidiaire.

Cependant, la directive est lacunaire sur le droit fondamental de l'unité familiale ; l'article 23 précise que les Etats « *veillent à ce que les membres de la famille du bénéficiaire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire qui, individuellement, ne remplissent pas les conditions nécessaires pour obtenir ce statut puissent prétendre aux avantages visés aux articles 24 à 34 (…)* ». Cette disposition ne renvoie à aucune obligation pour les Etats membres. Certes cet article concerne les deux protections internationales, mais les réfugiés conventionnels bénéficient déjà dans tous les Etats membres du droit à l'unité familiale, ce qui n'est pas le cas des bénéficiaires de protections alternatives dans les différents Etats membres. La directive aurait mérité sur ce point d'imposer aux Etats une obligation du droit à l'unité familiale.

Les différences entre les droits octroyés aux réfugiés et ceux accordés aux bénéficiaires de la protection sont manifestes. Ainsi, la plus flagrante de toute est celle constatée sur la durée (minimale) de la protection subsidiaire puisque le titre de séjour que les Etats doivent attribuer est valable seulement un an[870]. Comme le souligne l'étude de Daphné Bouteillet-Paquet, ceci est particulièrement contestable puisque l'on codifie la pratique restrictive des Etats membres et on harmonise « vers le bas » la durée de séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire, et ce, alors que la pratique montre que les statuts subsidiaires sont renouvelés plusieurs fois[871] en raison de la durabilité des persécutions que craignent ces personnes menacées. Une fois encore, il est inadmissible de justifier cette discrimination par la nature des persécutions, craintes ou

[868] - Article 35 de la proposition de 2001.
[869] - Article 21 de la directive.
[870] - Article 24 § 2 de la directive.
[871] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), *op. cit*., p. 93.

subies. Ceci renforce l'idée que les Etats membres assimilent la protection subsidiaire à une protection de courte durée, à une protection temporaire.

D'autres dérogations plus ou moins importantes sont prévues dans l'attribution de certains droits aux bénéficiaires de la protection subsidiaire ainsi qu'aux membres de leurs familles. Notons que la plupart de ces droits sont laissés à la discrétion des Etats (l'accès à l'emploi, la délivrance de soins de santé, la protection sociale et enfin, l'accès aux programmes d'intégration dans le pays d'accueil).

En générale, la protection des demandeurs d'asile est certes bicéphale mais elle n'est pas pour autant un système *dyarchique équilibré*. Bien au contraire, la protection conventionnelle l'emporte sur la protection subsidiaire, cette dernière n'étant que « la solution de rechange » en cas de non-reconnaissance du statut conventionnel. Ce déséquilibre a des incidences sur le contenu des deux statuts qui ne délivrent pas le même type de protection. Bien que l'on reconnaisse de la même façon les persécutions pour les réfugiés statutaires et pour les bénéficiaires du statut subsidiaire, ces derniers ne reçoivent pas les mêmes droits dans le pays d'accueil. On ne leur offre ni les mêmes garanties ni les mêmes chances d'intégration. Cette situation conduit implicitement à opérer une hiérarchie dans les protections. La différenciation des statuts entraîne des protections « à la carte » très variable.

En guise de dernière remarque, l'harmonisation de normes minimales relatives à la protection subsidiaire est loin de régler la question de l'asile et des protections délivrées aux demandeurs. En effet, comme le souligne très justement Daphné Bouteillet-Paquet « *des pans entiers de la protection subsidiaire, telles que les régularisations pour motifs médicaux ou familiaux, resteront dans le chef des Etats membres* »[872]. Par ailleurs, la directive n'organise pas les règles d'octroi de cette protection, ni la marche à suivre pour évaluer les persécutions des demandeurs d'asile. Un prochain instrument devra sans aucun doute être adopté sur ces questions afin d'éviter les disparités de traitement entre les Etats. Ce n'est donc que l'émergence d'une protection subsidiaire commune.

[872] - BOUTEILLET-PAQUET (D.), « Evaluation de la protection de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres », *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, (Sous la direction de BOUTEILLET-PAQUET (D.)), Bruylant, Bruxelles, 2002, p.79.

Paragraphe deuxième : La mise en œuvre d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personne

Les Etats membres ont mis en place une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées, au côté de la communautarisation de la définition conventionnelle et de la protection subsidiaire. L'instauration de cette protection est le résultat de circonstances historiques et politiques. Durant les années quatre-vingt-dix, les pays membres ont été marqués par les deux crises de l'ex-Yougoslavie et du Kosovo. Ils ont dû faire face à des mouvements de populations très importants alors même que les systèmes européens de détermination de la qualité de réfugié étaient en crise et inadaptés pour cet important phénomène migratoire.

Une directive « *relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil* » a très rapidement obtenu l'unanimité au sein des Etats ; elle a été adoptée le 20 juillet 2001. Nous étudierons successivement, d'une part, leur caractère exceptionnel **(A)**, d'autre part, la procédure de mise en œuvre de cette protection **(B)** et, enfin, les effets de la mise en œuvre de la dite protection **(C)**.

A- une procédure à caractère exceptionnel :

La protection temporaire est « *une procédure de caractère exceptionnel assurant, en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes, notamment si le système d'asile risque également de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement, dans l'intérêt des personnes concernées et celui des autres personnes demandant une protection* »[873].

Les « *personnes déplacées* », bénéficiaires de cette protection temporaire, sont définies comme « *les ressortissants de pays tiers ou apatrides qui ont dû quitter leur pays ou région d'origine ou ont été évacuées, notamment à la suite d'un appel lancé par des organisations internationales, dont le retour dans des conditions sûres et durables est impossible en raison de la situation régnant dans ce pays et qui peuvent éventuellement relever du champ d'application de l'article1er A de la Convention de Genève ou d'autres instruments internationaux ou*

[873] - Directive 2001/55/CE, art.2, a.

nationaux de protection internationale ». Ces personnes sont notamment celles « *qui ont fui des zones de conflit armé ou de violence endémique* », ou « *qui ont été victimes de violations systématiques ou généralisées des droits de l'homme* », ou encore « *sur qui pèsent de graves menaces à cet égard* »[874].

L'objet de la protection temporaire est donc de faire face à un besoin immédiat et massif de protection de personnes arrivant spontanément ou dans le cadre d'un programme d'évacuation, besoin auquel il ne peut être répondu en utilisant les moyens mis en place de façon permanente pour le traitement des demandes d'asile, qui suppose un examen individuel de chaque cas[875].

La protection temporaire ne préjuge pas de la reconnaissance du statut de réfugié au titre de la Convention de Genève[876], les deux types de protection ayant des fonctions distinctes : la première n'est que provisoire, elle n'a pas vocation à durer, tandis que la seconde est, en général, plus pérenne. Mais, puisqu'un grand nombre de personnes susceptibles de bénéficier de la protection temporaire répondent à la définition du réfugié telle que la donne la Convention de Genève, la directive prévoit, par ailleurs, la combinaison entre les deux types de protection.

De même, la mise en œuvre de la protection temporaire doit garantir le respect du principe du non-refoulement, ce qui est logique dès lors qu'il s'agit d'accorder une protection aux intéressés contre les risques qu'ils courent dans leur pays d'origine[877]. Ici encore, la possible coïncidence entre le bénéfice de la protection temporaire et celui de la Convention de Genève apparaît.

Il est prévu que le HCR sera régulièrement consulté sur la définition du régime de la protection temporaire, sa mise en œuvre et sa cessation[878], ce qui devrait permettre de limiter les risques de contradictions entre le régime de la protection temporaire et celui du statut de réfugié, en particulier en évitant que la protection temporaire ne constitue un obstacle à l'accès au statut de réfugié. Toutefois, les Etats ne sont nullement liés par les avis ou recommandations du HCR, ce qui en limite évidemment la portée.

Enfin, les Etats peuvent « prévoir ou maintenir des conditions plus favorables pour les personnes bénéficiant de la protection temporaire que celles définies par la directive, celle-ci ne

874 - *Ibid*. art.2, c.
875 - L'exemple type, d'ailleurs cité dans l'exposé des motifs de la directive et qui l'a directement inspirée, est celui de la demande de protection présentée par les Kosovars en 1998-1999.
876 - Directive 2001/55/CE, art.3, §1.
877 - *Ibid*., art.3§2.
878 - *Ibid*., art.3§3.

faisant que fixer des « normes minimales », comme son titre l'indique. Ils peuvent également, mais sans y être obligés, appliquer des « clauses d'exclusion », en se fondant « sur le comportement individuel de la personne concernée »[879].

B- La procédure de mise en œuvre de la protection temporaire :

Cette protection est déclenchée par une décision collective et impersonnelle « *obligatoire dans tous les Etats membres à l'égard des personnes déplacées visées par une telle décision* »[880]. La décision est prise par le Conseil, sur proposition de la Commission, soit à l'initiative de celle-ci, soit sur la saisine d'un Etat membre « *visant à ce qu'elle soumettre une proposition au Conseil* »[881].

La proposition de la Commission, qu'elle soit spontanée ou formulée à la demande d'un Etat membre, doit préciser plusieurs éléments : « *la description des groupes spécifiques de personnes auxquels s'appliquera la protection temporaire ; la date de mise en œuvre de la protection temporaire ; une estimation de l'ampleur des mouvements de personnes déplacées attendus* »[882].

Au vu de cette proposition, le Conseil décide, à la majorité qualifiée, s'il a lieu de mettre en œuvre la protection temporaire. S'il donne suite à la proposition, sa décision doit contenir les informations suivantes : « *une description des groupes spécifique de personnes auxquels s'appliquera la protection temporaire ; la date à laquelle la protection temporaire entrera en vigueur ; les informations communiquées par les Etats membres concernant leurs capacités d'accueil ; les informations communiquées par la Commission, le HCR et d'autres organisations internationales concernées* »[883].

Pour prendre sa décision, le Conseil doit se fonder, d'une part, sur « *l'examen de la situation et de l'ampleur des mouvements de personnes déplacées* » - la protection temporaire

---

[879] - Art. 28 de la directive. Ces clauses, qui s'inspirent de la Convention de Genève, visent :
- « *les personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes* », ou « *qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors de l'Etat membre d'accueil ayant d'y être admises en tant que bénéficiaires de la protection temporaire » ou « qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* » ;
- « *les personnes dont on aura des motifs raisonnables de penser qu'elles représentent un danger pour la sécurité de l'Etat membre d'accueil ou, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, qu'elles constituent une menace pour la communauté de cet Etat membre d'accueil* ».

[880] - *Ibid*., exposé des motifs, al.14.

[881] - *Ibid*., art.5, §1.

[882] - *Ibid*., art.5§2.

[883] - *Ibid*., art.5.

n'étant mise en œuvre que si ces mouvements sont d'une importance telle qu'ils ne peuvent être gérés dans le cadre des procédures d'asile individuelles-, d'autre part, sur « *l'appréciation de l'opportunité d'instaurer la protection temporaire en tenant compte des possibilités d'aide d'urgence et d'action sur place ou de leur insuffisance* » et enfin, sur « *les informations communiquées par les Etats membres, la Commission, le HCNUR et d'autres organisations internationales concernées* »[884].

En outre, la protection temporaire peut également être mise en vigueur, dans un ou plusieurs Etats membres, sur décision de celui-ci ou de ceux-ci, pour « *des catégories supplémentaires de personnes déplacées qui ne sont pas visées par la décision du Conseil [à condition] qu'elles soient déplacées pour les mêmes raisons et à partir du même pays ou de la même région d'origine* ». Le ou les Etat(s) considéré(s) doi(ven)t alors « *en informer immédiatement le Conseil et la Commission* »[885].

C- Les effets de la mise en œuvre de la protection temporaire :

Dés la date d'entrée en vigueur de la protection temporaire, fixé par la décision du Conseil, les Etats membres doivent adopter les mesures nécessaires pour que les bénéficiaires disposent de titres de séjour pendant la durée de la protection[886]et leur remettent « *un document rédigé dans une langue susceptible d'être comprise par eux, dans lequel les dispositions relatives à la protection temporaire qui leur sont applicables sont clairement exposées* »[887]. Cette disposition, dont il n'existe pas d'équivalent dans les textes relatifs aux autres formes de protection –statut de réfugié et protection subsidiaire- est particulièrement bienvenue car, si elle est correctement appliquée, elle devrait permettre aux bénéficiaires de la protection temporaire de connaître avec une certaine précision, leurs droits et obligations.

Les Etats membres doivent accueillir les personnes ayant vocation à bénéficier de la protection temporaire « *dans un esprit de solidarité communautaire* ». Ils s'engagent, en principe, à en accueillir autant qu'ils l'ont indiqué dans les informations transmises au Conseil pour la prise de la décision de mise en œuvre de la protection ; mais ils peuvent aller au –delà

884 - *Ibid*., art. 5§4.
885 - *Ibid*., art.7.
886 - *Ibid*., art.8§1.
887 - *Ibid*., art.9.

après l'adoption de cette décision et notifier au Conseil et à la Commission leurs « *capacités d'accueil supplémentaire* »[888].

Si le nombre de bénéficiaires potentiels de la protection temporaire est supérieur aux capacités d'accueil communiquées par les Etats membres, le Conseil peut « préconiser une aide supplémentaire pour les Etats membres concernés », afin que les Etats de destination de ces bénéficiaires ne supportent pas seuls ce supplément de charges, ou prendre toutes autres mesures appropriées[889].

L'article 24 de la directive précise que les actions menées par les Etats pour assurer la protection temporaire « bénéficient du soutient du Fonds européen pour les réfugiés, institué par la décision 2000/596/CE du 28 septembre 2000[890].

888 - *Ibid*., art. 25§1.
889 - *Ibid*., art. 25§3.
890 - *JOCE* 6 oct.2000.

Conclusion du titre I Partie II

Ce premier titre a permis de démontrer une autre fois, que l'étranger se trouve à la confluence de multiples sources juridiques rendant son statut particulièrement complexe, fragmentaire et générateur d'inégalités de traitement.

En outre, un socle commun de droits est garanti par la définition d'une liste de domaines[891] dans lesquels les étrangers bénéficieront de l'égalité de traitement avec les nationaux. Toutefois, ils ne bénéficient pas des mêmes droits économiques, sociaux, familiaux et politiques reconnus par le traité aux citoyens européens. Ce traitement différent se traduit sous un double aspect, en droit purement de l'Union dans le domaine des compétences exclusives des institutions de l'Union et en droit national là où les compétences partagées persistent.

Ainsi, l'égal accès à une activité économique n'est pas reconnu aux étrangers. Une résolution de 1994 affirme d'ailleurs, la préférence communautaire en matière d'emploi[892]. Par ailleurs, l'étranger ne bénéficie pas, sur la base du droit de l'Union, de l'ensemble des avantages économiques et sociaux octroyés aux citoyens de l'Union. Sur le même plan, une égalité de traitement n'est pas admise en matière de protection sociale, même si la directive concernant les résidents de longue durée prône un alignement des statuts. Aussi, il est à signaler qu'il n'existe pas dans l'Union un droit au regroupement familial des étrangers conforme aux droits fondamentaux. Même si la directive examinée *supra* constitue un progrès non négligeable en matière de réunification familiale, « *le chemin pour rendre ce droit conforme aux droits fondamentaux est difficile, à cause de la préoccupation des Etats*

[891] - Conditions de travail; liberté d'association, éducation et formation professionnelle, reconnaissance des diplômes; sécurité sociale, transfert des droits acquis en matière de pension; avantages fiscaux, accès aux biens et aux services, y compris les procédures d'accès au logement et à l'assistance offerte par les services de l'emploi, communication de la Commission au Parlement européen, conformément à l'article 294, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne concernant la position du Conseil sur l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, COM(2011) 832 final,2007/0229 (COD), Bruxelles, le 25.11.2011, p. 2.

[892] - Résolution relative à la limitation de l'admission à des fins d'emploi de ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, adoptée le 20 juin 1994, commentaires, Yves GAUTIER, Europe, août-septembre, 1994, comm. n° 309.

membres de ne pas voir leur territoire « attaqué » par une vague d'immigration qu'un droit absolu au regroupement familial pourrait produire »[893].

Enfin, en matière politique, les différences de traitement furent toujours tolérées et donc non considérées comme attentatoires au droit des personnes.

Pour autant, il n'existe aucun systématisme dans la distinction entre citoyen de l'Union et étranger. En effet, l'égalité de traitement est parfois élargie en cas d'accords conclus avec les Etats dont les ressortissants sont originaires, ou lorsque l'étranger a tissé des liens familiaux avec un citoyen de l'Union.

Ainsi, au terme de cette analyse, on constate que les droits reconnus aux étrangers résidant légalement sur le territoire commun sont ballottés entre le droit interne et le droit de l'Union. Cette imbrication des ordres juridiques, nécessite toutefois un encadrement européen à minima, laissant aux autorités nationales un large pouvoir discrétionnaire dans l'élaboration de leur droit à l'égard des étrangers.

Cette diversité des sources juridiques ne permet pas de dégager un régime commun des droits reconnus à l'ensemble des étrangers. Il s'établit par touches successives, selon le droit applicable, la nature des liens tissés avec le pays de naissance, l'origine de l'étranger et les politiques d'immigration menées par l'Etat d'accueil, le tout interprété par les juridictions nationales et les instances bruxelloises.

De plus, en matière d'asile, les Etats membres ont élaboré deux directives sur les protections des demandeurs d'asile. Ainsi, ils ont harmonisé la définition du réfugié et ont crée deux nouvelles formes de protections complémentaires pour le demandeur d'asile. Nos analyses ont montré que leur adoption a entraîné des changements très importants pour le statut des réfugiés, mais des changements peu protecteurs pour le demandeur d'asile.

En effet, il existe deux régimes de protection : le statut de réfugié défini par la Convention de Genève et réaménagé par la directive européenne de qualification, et la protection subsidiaire accordée à ceux qui ne répondent pas aux conditions de la Convention de Genève. Ce sont les personnes exposées à la torture et aux traitements inhumains et dégradants. Ce statut accorde moins de protection que celui de réfugié. Le principe d'équité fait défaut à ce niveau. À la base de ces deux statuts, existe un besoin de protection, il est donc inadmissible

[893] - TRAVAGLIA (B.), La non-conformité à l'égard de certains droits fondamentaux de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial des ressortissants des pays tiers : quelques considérations sur un arrêt de la Cour de Justice », *RMCUE*, n° 518, mai 2008, p.334.

que le second ait moins de garanties. Le réfugié a, par exemple, droit à un visa de 5 ou 10 ans, en France, avec renouvellement d'office, alors que la protection subsidiaire ne donne droit qu'à un visa d'un an renouvelable que si les conditions sont réunies. Elle est donc contraire à l'objectif de protection. Il est temps que les bénéficiaires de ces statuts soient traités à égalité.

Ainsi, cette parcellisation de l'asile aboutit à la précarisation de la situation des demandeurs[894]. En outre, l'absence d'une application harmonisée par les Etats, des critères de la Convention de Genève exacerbe la confusion entre le « migrant irrégulier » et le demandeur d'asile ». Les décisions nationales de détermination du statut de réfugié ne sont pas fondées sur des critères objectifs communs. Une étude du HCR publiée en novembre 2007 attire l'attention sur les interprétations divergentes de la Convention de Genève[895]. Par exemple, 98% et 55% des demandeurs somaliens reçoivent une décision positive respectivement à Malte et au Royaume-Uni. Le taux de reconnaissance est nul pour cette nationalité en Grèce et en Espagne.

Cette hétérogénéité de droits et par conséquent de statuts pour les étrangers, ainsi que la complexité engendrée par cet état de fait, cristallisent un certains nombre de difficultés liées à l'application des droits fondamentaux au sein de l'U.E.

En outre, on retrouve cette complexité et ses incidences lorsque l'étranger, du fait son comportement, relève de l'espace pénal –en construction au sein de l'U.E.- que autour des mesures prises à l'encontre de l'immigration irrégulière et de la criminalité transfrontalière.

[894] - JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Pour un protocole à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'asile », dans Michelle Guillon, Luc Legoux et Emmanuel MA Mung (dir.), *Asile politique entre deux chaises. Droits de l'homme et gestion des flux migratoires*, Paris, l'Harmattan, 2003, p.115, à la page 121.

[895] - HCR, *Asylum in the European Union. A study of the implementation of Qualification Directive*, Genève, novembre 2007.

Titre deuxième : L'absence d'un statut pour le résident en situation irrégulière

Les Etats membres considèrent la migration irrégulière[896] comme une menace commune qu'ils essayent de contenir, non seulement par des mesures nationales de plus en plus restrictives, mais aussi en resserrant leur coopération sous l'égide de l'UE et en transférant des compétences vers cette organisation qui a gagné une légitimité au titre d'acteur de sécurité.

La libre circulation, les attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis et l'élargissement de l'Union ont placé la sécurité au cœur de la politique européenne de migration et d'asile. Si la peur du terrorisme et de la criminalité organisée (notamment la traite d'êtres humains) est à l'origine des premières mesures adoptées, c'est une conception plus diffuse de la sécurité qui prévaut en Europe. Des considérations de préservation de l'ordre public (le besoin de sauvegarder l'intégrité du mécanisme de sélection de la migration du travail, de prévenir les mouvements migratoires clandestins) et de la crédibilité du système d'asile sous-tendent la politique européenne. Le fait de lier la migration irrégulière à des questions distinctes comme le terrorisme ou l'intégration des migrants légalement résidents, érige la répression comme le seul moyen de promouvoir le bien public.

Ainsi, l'Union développait de manière importante le cadre juridique de la lutte contre l'immigration irrégulière. Ce processus concerne tout autant le domaine de la répression de

[896] - L'expression « immigration clandestine » est utilisée pour désigner divers phénomènes, notamment l'entrée illégale de ressortissants de pays tiers sur le territoire d'un Etat membre par voie terrestre, maritime et aérienne, y compris par les zones de transit aéroportuaires. Nombre de ces entrées irrégulières se font au moyen de faux documents ou de documents falsifiés, ou avec l'aide de réseaux criminels organisés de passeurs et de trafiquants d'êtres humains. En outre, un nombre considérable de personnes pénètrent légalement au moyen d'un visa valable ou dans le cadre d'un régime d'exemption de visa, mais dépassent la durée de séjour autorisée ou modifient l'objet de leur séjour sans obtenir l'accord des autorités ; enfin, certains demandeurs d'asile déboutés ne quittent pas le pays après avoir reçu une décision finale négative, Communication de la Commission, *sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers*, COM (2006) 402 final, Bruxelles, 19.07.2006.

l'immigration irrégulière **(chapitre premier)** que celui de la politique du retour et la sortie de l'étranger « indésirable » **(chapitre deuxième)**.

Toutefois, il ne faut pas oublier que les étrangers disposent des droits, même s'ils ont transgressé des lois relatives à l'entrée et au séjour du pays d'accueil. La jouissance de la grande majorité des droits humains n'est pas conditionnée à l'appartenance à un groupe sociale. Dès lors se posent certaines questions : quels sont les logiques et les mécanismes permettant aux Etats de privilégier la répression ? Quel rôle joue l'UE dans ce processus ? Quel est l'impact des mesures de prévention et de dissuasion sur les droits fondamentaux des migrants irréguliers[897] ? Ces questionnements motivent la présente recherche qui explore l'effet de la politique commune de la lutte contre la migration clandestine sur les droits fondamentaux des étrangers en situation irrégulière.

Chapitre premier : Une approche répressive de l'immigration irrégulière

La lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier fait l'objet d'une attention prioritaire par les Etats membres. Deux voies complémentaires, mais essentielles, sont abordées. La première consiste à développer de manière importante le cadre normatif de la lutte contre l'immigration irrégulière. Dans un domaine animé par le pouvoir d'initiative partagée des Etats membres, l'action de l'Union vise, d'une part, à consolider l'acquis de Schengen et, d'autre part, à approfondir l'harmonisation législative. La seconde voie consiste à développer de manière importante le cadre institutionnel pour renforcer la capacité de lutte contre la migration irrégulière de l'Union et des Etats membres **(section première).**

Dès le programme de Tampere, le Conseil européen se déclarait « *déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine* »[898] et cette volonté politique, loin de se démentir, s'est toujours accompagnée, depuis le plan d'action de Vienne[899], d'une dimension opérationnelle qui fait la spécificité de l'action européenne en la matière.

[897] - Le migrant irrégulier est défini ici comme une personne qui cherche à entrer, entre ou demeure dans un pays dont elle n'est pas citoyenne, en violation des lois nationales. En Europe, les formes d'immigration de droit sont l'asile, le regroupement familial, le statut d'étudiant et des formes d'immigration économique autorisées par un Etat. Un étranger qui ne remplit pas les conditions nécessaires à l'une de ces formes sera un migrant irrégulier (Jean-Yves Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 174.). Cette définition proposée par Jean-Yves Carlier est pertinente pour cette thèse qui traite spécifiquement du cas européen.

[898] - Conseil européen spécial de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, point 23.

[899] - Plan d'action concernant les conditions optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam concernant l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOCE*, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1.

Les institutions veulent appréhender le phénomène sous tous ses aspects. Mais, de manière assez significative, cette approche globale, pluridisciplinaire et transversale n'aborde guère en définitive la situation des immigrants en séjour irrégulier. Ils n'ont pas de statut et ce n'est que dans la mesure où ils contribuent au démantèlement des réseaux clandestins que le droit de l'Union prévoit de leur accorder un permis de séjour. Ainsi, malgré les déplacements secondaires qu'elles peuvent provoquer à l'intérieur de l'Union, les opérations de régularisations ont été jusqu'à présent décidées unilatéralement par les Etats.

Des évolutions pourraient certes se faire jour. Mais dans un premier temps au moins, la position de la Commission était des plus fermes : « *l'entrée ou le séjour clandestins ne devraient pas se solder par l'obtention du séjour stable qui était recherché* »[900] ; « *dans le contexte de la politique d'immigration commune, la seule approche cohérente pour traiter le problème des résidents illégaux est de veiller à ce qu'ils retournent dans leur pays d'origine, même si dans un grand nombre de cas, il n'est pas possible de mettre en œuvre de telles mesures pour des raisons juridiques, humanitaires ou pratiques* »[901]. Cela ne signifie pas que les besoins et les droits des intéressés soient niés ou ignorés : la Commission ne manque pas de rappeler qu'ils « *sont protégés par les normes universelles des droits de l'homme et doivent jouir de certains droits notamment l'accès aux soins de santé d'urgence et l'enseignement primaire pour leur enfants* »[902]. Pour ces raisons, la protection des droits fondamentaux des migrants en séjour irrégulier se voie comme un défi majeur pour le droit de l'Union **(section deuxième)**.

Section première : L'hétérogénéité des mesures de répression

Si la gestion des flux migratoires comprend un volet permettant de prévenir les migrants irrégulier, par l'intermédiaire de la politique des visas ou le développement de partenariats avec les pays tiers, la lutte contre l'immigration irrégulière comprend également un versant répressif. Ce dernier vise l'incrimination des migrations comme mesures directes envers les étrangers en séjour irrégulier **(paragraphe premier)** et le développement de nouvelles règles de lutte contre l'immigration irrégulière **(paragraphe deuxième)**.

[900] - Communication *concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine*, COM (2001) 672 final, 15 novembre 2001, p. 6.
[901] - Communication *sur l'immigration, l'intégration et l'emploi*, COM (2003) 336 final, 3 juin 2003, p. 26.
[902] - *Ibid*., p. 27.

Paragraphe premier : La tendance vers la criminalisation des migrants irréguliers

L'immigration irrégulière, prétendument nourrie les mensonges des demandeurs d'asile, est par définition illégale. Or, les termes illégalité et criminalité tendent injustement à se confondre. Le problème vient en partie du fait que pour arriver dans le pays d'accueil, les immigrants dont des candidats réfugiés, se soumettent parfois au jeu d'une véritable criminalité, cette fois, celle des passeurs et de la traite d'être humains[903].

Une activité qui a tendance à se développer et à criminaliser le « contenu » plutôt que le « contenant » **(A)**, participe à l'atteinte des droits et de la sécurité des étrangers **(B)**.

A- Le dispositif répressif

Les activités illicites exercées dans le reste du monde ont poussé certains États membres à adopter des dispositions pénales relatives à l'entrée irrégulière sur le territoire et au fait de prêter assistance à ces activités.

Ainsi, les étrangers qui font l'objet d'un contrôle d'immigration et franchissent les frontières extérieures pour entrer sur le territoire des États européens sans respecter la législation nationale en la matière sont bien souvent passibles de sanctions administratives. C'est par exemple le cas depuis longtemps au Royaume-Uni, où « l'entrée illégale » sur le territoire désigne à la fois l'entrée clandestine destinée à éviter tout contrôle des services d'immigration et l'entrée obtenue en trompant un agent des services d'immigration qui, s'il avait eu pleinement connaissance des faits, ne l'aurait pas autorisée. L'entrée irrégulière est par ailleurs une infraction pénale passible d'une amende, d'une peine d'emprisonnement maximale de six mois et d'une expulsion[904].

En Allemagne, l'entrée (et la résidence) irrégulière est une infraction pénale[905]. Sa forme la moins grave est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an ou d'une amende assortie

[903] - De nombreuses études insistent sur la différence qui doit être faite entre les deux criminalités, en dépit du fait qu'elles sont toujours abordées conjointement en droit. La traite des êtres humains fait en effet usage de la menace, de la force ou de la tromperie à des fins d'esclavage et de prostitution, tandis que le marché des passeurs organise contre rémunération, un passage de frontière. Les réfugiés sont très majoritairement victimes des passeurs, mais les deux phénomènes ne sont pour autant pas toujours faciles à distinguer.

[904]- Article 24 de la loi relative à l'immigration de 1971, telle que modifiée par la loi relative au droit d'asile et à l'immigration de 1996.

[905] - Article 94 paragraphe G de la loi relative à l'immigration.

d'une expulsion. Le droit grec en matière d'immigration prévoit des sanctions pénales identiques en cas d'entrée irrégulière sur le territoire[906].

En 2008, le droit italien a été modifié pour faire de la situation irrégulière d'un ressortissant étranger auteur d'une infraction pénale une circonstance aggravante aux fins de condamnation à une peine. Autrement dit, l'entrée irrégulière sur le territoire italien est devenue en 2009 une infraction pénale passible d'une amende.

En France, et conformément au CESEDA (art. L.621-1), l'entrée irrégulière sur le territoire français est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros, la juridiction pouvant, en outre, prononcer une peine complémentaire d'interdiction de pénétrer ou de séjourner en France pendant une durée maximale de trois ans. La Cour de cassation prononce généralement, des peines d'emprisonnement avec sursis de plusieurs mois dans ce cas de figure[907]. L'article L. 621-2 précise que ces peines sont applicables lorsque l'étranger entre sur le territoire métropolitain sans respecter les conditions d'entrée prévues désormais par le Code Schengen ou s'il a fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission au SIS.

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de mentionner que la jurisprudence de la CJUE ne s'oppose pas à une réglementation d'un Etat membre réprimant le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'amende pouvant être remplacée par une peine d'expulsion[908]. Cependant, elle s'oppose à une règlementation d'un Etat membre qui permet de

---

[906] - Article 83 de la loi relative à l'immigration n° 3386/2005.

[907] - Cass. Crim., 4 mars 2009, Marie-Roseline X, pourvoi n° 08-82727 (six mois d'emprisonnement pour obtention frauduleuse de documents administratifs et entrée sur le territoire sans être muni des documents ou visas exigés)

[908] - CJUE, 6 décembre 2012, *Tribunal di Rovigo (Italie) c. M. Sagor*, C-430/11. Les faits d'espèce et les procédures consistent que le 13 août 2009, à Rosolina Mare (Italie), un individu interrogé par la police a déclaré s'appeler M. Sagor et être né le 10 octobre 1990 au Bangladesh. Un examen de la situation de M. Sagor a alors fait apparaître que l'intéressé, qui est sans domicile fixe en Italie et y opère en tant que vendeur ambulant, n'est pas et n'a jamais été en possession d'un titre de séjour. Selon le procès verbal dressé par la police, M. Sagor a déclaré être entré sur le territoire italien au mois de mars 2009.

Le 22 juillet 2010, M. Sagor a été assigné devant le Tribunal di Rvigo pour le délit d'entrée ou de séjour irrégulier au sens de l'article 10 bis du décret législatif n° 286/1998, ainsi que pour le délit visé à l'article 6, paragraphe 3, du même décret législatif. Selon cette juridiction, il n'est pas établi que M. Sagor soit entré en Italie irrégulièrement. Il n'aurait, en effet, pas été démontré à suffisance de droit que l'intéressé s'était soustrait aux contrôles à la frontière.

S'agissant, en revanche, du séjour irrégulier, ladite juridiction constate que l'existence de ce délit est dûment prouvée. Elle précise, au demeurant, qu'elle est compétente pour juger ledit délit. Le délit visé à l'article 10 bis du décret législatif n° 286/1998 relèverait, certes, de la compétence du juge de paix. Toutefois, ledit délit étant connexe au délit visé à l'article 6, paragraphe 3, du même décret législatif qui lui relève de la compétence des tribunaux, M. Sagor aurait été correctement assigné devant le Tribunale di Rovigo.

Le 22 février 2011, la procédure contre M. Sagor a été radiée dans la mesure où elle concernait le délit visé audit article 6, paragraphe 3.

Etant en principe tenu de punir le séjour irrégulier de M. Sagor par la sanction énoncée à l'article 10 bis du décret législatif n° 286/1998, mais nourrissant des doutes sur la compatibilité de cette réglementation nationale avec le droit de l'Union, le Tribunale di Rovigo a, le 15 juillet 2011, décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

réprimer le séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers par une peine d'assignation à résidence sans garantir que l'exécution de cette peine doive prendre fin dès que le transfert physique de l'intéressé hors dudit Etat membre est possible.

Si on laisse de côté la question de l'entrée sur le territoire, on assiste dans un autre domaine à une criminalisation accrue de l'immigration : la présence de ressortissants étrangers sur le territoire et l'exercice par eux d'une activité économique. C'est le cas des ressortissants étrangers entrés légalement sur le territoire, mais qui y demeurent après l'expiration de leur permis de séjour ou qui exercent une activité qui leur est interdite par la législation nationale, notamment une activité professionnelle.

Les États incriminent de plus en plus le séjour irrégulier sur leur territoire ; il constitue bien souvent une infraction pénale qui perdure. Il s'avère, en pratique, que les États membres continuent à recourir à des mesures de droit administratif tant que rien ne fait obstacle à l'expulsion de l'intéressé, alors même qu'ils disposent de sanctions pénales lorsque le séjour excède la durée prévue.

Dans ce contexte, M. El Dridi, ressortissant d'un pays tiers séjournant illégalement en Italie, est condamné en première instance à une peine d'emprisonnement car il n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire. La juridiction d'appel, saisie par ses avocats, décide d'interroger la CJUE au sujet de la directive 2008/115[909], dite « *directive retour* », qui

---

« 1) A la lumière des principes de coopération loyale et d'effet utile des directives, les articles 2, 4, 6, 7 et 8 de la directive 2008/115 s'opposent-ils à ce qu'un ressortissant d'un pays tiers dont l'Etat membre en cause considère le séjour comme irrégulier puissent être frappé d'une amende à laquelle se substitue l'assignation à résidence, à titre de sanction pénale, du seul fait de son entrée et de son séjour irrégulier, avant même qu'il y ait eu non-respect d'un ordre d'éloignement pris par l'autorité administrative ?

2) A la lumière des principes de coopération loyale et d'effet utile des directives, les articles 2, 15 et 16 de la directive 2008/115 s'opposent-ils à ce que, après l'adoption de cette directive, un Etat membre puisse édicter une règle prévoyant de frapper un ressortissant d'un pays tiers, dont l'Etat membre en cause considère le séjour comme irrégulier, d'une amende à laquelle se substitue une expulsion directement exécutable, à titre de sanction pénale, sans aucun respect de la procédure ni des droits des étrangers prévus par ladite directive ?

3) Le principe de coopération loyale inscrit à l'article 4, paragraphe 3, TUE s'oppose-t-il à l'application d'une règle de droit national adoptée pendant le délai de transposition de la même directive en vue de contourner celle-ci ou, en tout cas, de limiter son champ d'application et quelles sont les mesures à prendre par le juge s'il constate qu'un tel objectif est visé ? »

[909] - Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O*. n° L 348, 24 décembre 2008, p.98, art. 1.

« *fixe les normes et procédures […] de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* »[910].

Le 28 avril 2011, la Cour de justice apporte une réponse sans équivoque : l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour séjour illégal n'est pas conforme à la directive retour. Cette mise en œuvre de la directive 2008/115 semble se montrer soucieuse des droits fondamentaux.

L'arrêt *El Dridi*[911] démontre également le souci de la Cour de justice d'assurer un effet utile à la directive retour. Autrement dit, deux enseignements principaux ressortent de cet arrêt. La directive retour s'oppose à l'infliction d'une peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier. Les Etats membres doivent appliquer la procédure de retour qu'elle consacre.

À l'instar de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt El Dridi, la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris (France), dans l'affaire Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne[912], attire l'attention de la Cour sur la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les

---

[910] - Voir infra, partie II, titre II, chapitre II, section première.

[911] - CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11.

[912] - CJUE (grande chambre), 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, aff. C-329/11 ; En se fondant sur les informations contenues dans la décision de renvoi ainsi que dans le dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi, la situation de M. Achughbabian peut être résumée comme suit:

– le 9 avril 2008, il est entré en France;

– le 28 novembre 2008, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides a rejeté sa demande d'admission au séjour au titre de l'asile;

– le 27 janvier 2009, le préfet du Val-d'Oise a décidé de rejeter sa demande de délivrance de titre de séjour ainsi que de l'obliger à quitter le territoire français dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision en question;

– le 24 juin 2011, il a été interpellé et placé en garde à vue pour un soupçon d'une infraction de séjour irrégulier prévue à l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le «Ceseda»);

– le 25 juin 2011, il a fait l'objet d'arrêtés de reconduite à la frontière et de placement en rétention pris par le préfet du Val-de-Marne et, en conséquence, il a été placé en rétention au centre de rétention;

– le 27 juin 2011, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil a autorisé la prolongation de sa rétention, après avoir rejeté les exceptions de nullité de la procédure soulevées in limine litis par son conseil, dont un moyen tiré de la nullité de la garde à vue au regard de l'arrêt El Dridi;

– le 28 juin 2011, son conseil a interjeté appel devant la cour d'appel de Paris contre l'ordonnance du tribunal de grande instance de Créteil pour plusieurs motifs, dont, de nouveau, un motif de la nullité de la garde à vue au regard de l'arrêt El Dridi.

C'est dans ces circonstances que, le 29 juin 2011, la cour d'appel de Paris a mis fin à la rétention de M. Achughbabian, après avoir décidé de renvoyer à la Cour la question préjudicielle libellée comme suit:

«Compte tenu de son champ d'application, la directive 2008/115[…] s'oppose-t-elle à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du [Ceseda], prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire national?»

Considérant qu'il était essentiel que les juridictions françaises disposent dans les plus brefs délais de la réponse à la question posée au motif que ladite réponse serait susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée, la Cour a décidé de faire droit à la demande de juridiction de renvoi tendant à soumettre l'affaire à la procédure accélérée prévue aux articles 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 104 bis du règlement de procédure de la Cour.

États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dans le contexte du droit pénal national.

En l'espèce, la réponse de la Cour à la question préjudicielle serait utile à la juridiction de renvoi afin d'apprécier la régularité de la privation de la liberté individuelle de M. Achughbabian, un ressortissant d'un pays tiers, motivée par son séjour irrégulier en France.

Pour la Cour, la directive « retour » doit être interprétée en ce sens qu'elle « *ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non - retour* »[913].

Toutefois, les autorités françaises ne semblent pas partager cette opinion. A la suite de l'arrêt El Dridi, elles ont tenu à affirmer leur compétence d'infliger une peine privative de liberté pour séjour irrégulier. Celle-ci demeurerait impossible, selon une circulaire émanant du Garde des Sceaux, dans deux hypothèses : lorsque des actes détachables de l'infraction de séjour irrégulier, comme la fraude ou des actes de violence, ont été commis ou lorsque, par son propre comportement, l'étranger parvient à se soustraire à une mesure d'éloignement alors même qu'il a déjà été placé en rétention[914].

La première hypothèse, dans la mesure où le séjour irrégulier n'induit pas une immunité pour la commission d'autres actes pénalement répréhensibles, semble acceptable.

La seconde nous parait problématique. Elle reviendrait en effet à permettre un dépassement de la durée maximale de rétention prévue par la directive en la requalifiant en détention lorsque l'expulsion n'a pu se produire à cause du comportement de l'étranger. Or la directive retour prévoit déjà en son article 15§6 l'hypothèse du manque de coopération, qui permet un allongement de 12 mois de la période de rétention. Contourner ce délai maximum par la voie pénale serait probablement condamné par la Cour de justice au travers d'un raisonnement similaire à celui suivi dans l'arrêt El Dridi[915].

---

[913] - *Ibid*, conclusion de la Cour.

[914] - Ministère de la Justice (France), Circulaire sur la portée de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive2008/115/CE, dite « directive retour », 12 mai 2011 (disponible sur: http://www.gisti.org/IMG/pdf/circ2011-05-12.pdf).

[915] - La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs posé une question préjudicielle urgente à la C.J.U.E. sur la compatibilité de l'article L 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui inflige une peine

Il est évident que cette criminalité doit être activement combattue. Il est non moins évident qu'elle ne serait pas aussi prospère si les réfugiés pouvaient véritablement exercer leur droit à demander l'asile. Selon une certaine lecture des instruments mis en œuvre dans ce domaine, il ressort que l'objectif poursuivi est davantage le durcissement d'une stratégie de gestion migratoire que la véritable traque des criminels. Tout en qualifiant les migrants de « victimes » des trafiquants, les instruments ne leur accordent aucune véritable mesure d'assistance et de protection théoriquement due à une victime[916].

Il ressort au contraire de la préoccupation grandissante de la communauté internationale sur cette criminalité, que les réfugiés qui n'ont pas d'autres choix que de jouer le jeu des passeurs, sont eux- mêmes estampillés criminels. Les « mal arrivés », lorsqu'ils sont pris sur le fait, sont systématiquement détenus comme des criminels, et parfois refoulés sans autre forme de procès.

Comme le montre la description que nous venons de faire des mesures prises par les États membres dans le cadre de la criminalisation des migrations, le discours employé par la législation et les politiques en la matière souligne constamment « l'illégalité » de la situation des ressortissants étrangers. Alors que la législation de l'UE s'abstenait autrefois d'utiliser cette terminologie, elle est devenue courante vers 2003 environ et n'a pas cessé depuis de réapparaître dans l'ensemble des documents, de la législation et des décisions[917]. On peut s'interroger sur la conformité de cette tendance avec les obligations faites en matière de droits de l'homme aux États membres.

---

d'emprisonnement de trois mois pour séjour irrégulier (C.A. (Paris), 29 juin 2011, n° B 11/02792, A. Achughbabian).

[916] - Pour preuve que les réfugiés sont les victimes de la criminalité et non les investigateurs de celle-ci, voir la compagne diffusée par le HCR mettant en garde contre une « fraude à la réinstallation », orchestrée par des réseaux de passeurs très bien structurés URL :
http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/news/opendoc.htm?tbl=NEWS&id4379f8974

[917] - La Cour de justice des Communautés européennes elle-même a récemment employé ce terme dans un arrêt, bien qu'il semble n'être que la répétition de celui qu'employait la juridiction nationale dans sa question préjudicielle : « Par cette question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 12 CE s'oppose à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants d'États membres de l'Union Européenne du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux immigrés clandestins ». C-22/08 & 23/08 *Vatsouras*, 4 juin 2009, paragraphe 48.

B- Les enjeux en matière de droits de l'homme

Le droit à la jouissance effective des droits de l'homme ne repose pas sur l'autorisation donnée par les pouvoirs publics d'un État à une personne d'être présente sur son territoire. Comme le proclame l'article 1 CEDH, il est accordé à toute personne relevant de la juridiction des États membres ; il ne se limite pas aux personnes dont l'État a autorisé la présence sur son territoire, mais s'applique, exactement comme le prévoit le libellé de cette disposition, à *toute personne*. Deux droits de l'homme ont ici une importance particulière : le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 CEDH, et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacré par l'article 3 CEDH.

S'agissant du premier, la présence irrégulière d'une personne sur le territoire d'un État constitue uniquement l'un des éléments qui permettent d'apprécier si sa vie privée et familiale oblige l'État concerné à lui accorder un permis de séjour[918]. La criminalisation de la présence d'un ressortissant étranger sur le territoire d'un État n'exonère pas ce dernier de son obligation de veiller à ce que toute personne jouisse de son droit au respect de sa vie privée et familiale.

S'agissant du second, l'article 3 CEDH impose aux États de veiller à ce que nul ne soit soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains et dégradants. Le traitement réservé à une personne par suite de sa classification dans la catégorie des délinquants éventuels (ou des condamnés) doit respecter les exigences de l'article 3, indépendamment de la situation de l'intéressé sur le plan de l'immigration. Le refus, notamment, de nourrir ou d'assurer l'hébergement et le traitement médical d'une personne peut être contraire à l'article 3 de la Convention, dans la mesure où il risque de réduire l'intéressé à une situation inhumaine et/ou dégradante.

A cet égard, la criminalisation des personnes recherchant une protection internationale est un sujet de grande préoccupation dans l'Union européenne[919]. Elle prend la forme des diverses mesures qui rendent l'accès des réfugiés au territoire européen extrêmement difficile, comme

[918] - THYM (D.), « Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay? », *International and Comparative Law Quarterly,* Vol 57, n° 1, janvier 2008, p. 87-112.

[919] - Déclaration de George Okoth-Obbo, directeur de la Division des services internationaux de protection du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, faite au Symposium sur la mise en œuvre de la Stratégie antiterroriste des Nations Unies, Vienne 17 – 18 mai 2007 : « *Cinquièmement, comme l'ont souligné hier et aujourd'hui les orateurs qui m'ont précédé lorsqu'ils ont souligné la nécessité impérieuse de combattre l'opprobre et l'incitation à la fois à la haine et au terrorisme, le HCR considère qu'il faut s'attacher en priorité à éviter que les demandeurs d'asile et les réfugiés donnent lieu à des stéréotypes conduisant à les considérer comme des criminels. Au contraire, ces personnes, qui cherchent elles-mêmes à échapper aux persécutions et aux dangers, méritent la sympathie et le soutien des États et des populations au sein desquelles elles vivent* ».

les obligations de visa, les sanctions infligées aux transporteurs, les interdictions imposées en mer, les sanctions pénales dont est passible l'usage de faux documents ou d'autres encore.

En outre, lorsque les demandeurs d'asile parviennent à arriver en Europe, ils se heurtent souvent à des sanctions pénales supplémentaires : l'engagement de poursuites pour la manière dont ils sont entrées sur le territoire, l'interdiction de travail et l'incrimination de l'exercice d'une activité professionnelle sans permis de travail, alors qu'il n'existe aucun mécanisme d'accueil opérationnel qui leur permette d'être nourris et logés[920].

Il est par ailleurs de plus en plus courant, et autorisé par l'acquis de l'UE, que des sanctions pénales leur soient infligées pour avoir changé d'adresse sans autorisation ou pour n'avoir pas notifié un changement de situation et qu'ils soient placés en rétention administrative.

Plusieurs organisations non-gouvernementales ont établi dans leurs rapports que le traitement réservé aux demandeurs d'asile et à ceux dont la demande a été rejetée soulève de sérieuses questions sur la conformité de ces pratiques avec les droits de l'homme[921].

Aussi, Le placement prolongé de migrants en rétention administrative représente l'un des principaux aspects du phénomène de la criminalisation des migrations en Europe. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a accordé une attention toute particulière à cette situation et a invité les États membres « *à interdire progressivement la rétention administrative des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile, en établissant une distinction claire entre ces deux groupes, et, dans l'intervalle, à permettre le placement en rétention uniquement lorsque cela s'avère nécessaire pour empêcher l'entrée illégale dans le pays ou pour assurer l'expulsion ou l'extradition, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme* », ainsi qu'à « *veiller à ce que le placement en rétention soit autorisé par les autorités judiciaires* »[922].

Or, les demandeurs d'asile qui se trouvent souvent dans des situations similaires aux migrants clandestins sont protégés par le régime international des droits des réfugiés. L'article 31 de la Convention de Genève prévoit la non-pénalisation pour l'entrée ou la présence illégale

---

[920] - Voir par exemple, le *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Turquie du 28 juin au 3 juillet 2009*, Strasbourg, 1er octobre 2009 (en anglais), Comm DH(2009)31.

[921]- Voir par exemple, Amnesty International, *Seeking Asylum is not a Crime*, juin 2005 : http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_16178.pdf.

[922] - Résolution 1637 (2008), *Les boat people de l'Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud*, paragraphes 9.3 et 9.4 ; voir également le chapitre III des *Vingt principes directeurs sur le retour forcé* du Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, septembre 2005.

dans un pays, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière. Cependant, la détention des demandeurs d'asile est devenue une pratique courante dans les Etats membres de l'Union. Certaines garanties procédurales leur sont refusées en raison de leur entrée illégale. Cette situation, rend urgent pour l'Union d'adopter une nouvelle approche pour assurer la protection des réfugiés dans le cadre des migrations internationales.

Le recours à la rétention administrative, conçue comme un mécanisme de pré expulsion, a fleuri partout dans les Etats membres au cours de ces dix dernières années. L'organisation non-gouvernementale Migreurop a établi et mis à jour la carte des centres de rétention pour ressortissants étrangers en Europe[923]. L'examen rapide de cette carte montre qu'il existe des centaines de centres de ce genre. L'O.N.G. française Cimade a publié un rapport sur la rétention administrative en France et consacré plus de 400 pages à ce grave problème signalé depuis longtemps. Le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a souligné un autre aspect négatif de la rétention des ressortissants étrangers : leurs conditions de rétention trop souvent épouvantables[924].

Paragraphe deuxième : Le développement de nouvelles règles de lutte contre l'immigration irrégulière

La recherche de solution afin de lutter contre l'immigration irrégulière conduit l'Union à élaborer de nouveaux instruments juridiques. Cependant, leur influence sur l'objectif recherché et leur efficacité sont incertaines. C'est le cas de la directive[925] et la décision-cadre[926] visant à renforcer le cadre pénal relatif à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers **(A)**. C'est ensuite le cas d'une directive 2009/52/CE visant à sanctionner les employeurs de personnes en situation irrégulière dont le dispositif apparaît plus contraignant mais dont les effets demeurent incertains compte tenu de la nouveauté de l'instrument **(B).**

[923] - http://www.migreurop.org/IMG/pdf/carte-en.pdf.
[924] - UNHCR delegation visits detention centre on Greek island, urges closure Greece, 23 octobre 2009, www.unhcr.org/4ae1af146.html.
[925] - Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au séjour et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.
[926] - Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L328/1 du 05.12.2002.

A- La lutte contre l'aide à l'entrée, au transit et aux séjours irréguliers

La convention de Schengen prévoyait l'adoption de sanctions à l'encontre de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers à des fins lucratives[927] et le Conseil européen de Tampere le développement de ce dispositif[928]. A cet égard, Le 28 novembre 2002, l'U.E a adopté la directive 2002/90 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier[929].

Les États membres étaient tenus de transposer ce texte en droit interne avant le 5 décembre 2004. La directive impose aux États membres d'adopter des sanctions appropriées pour l'aide volontairement accordée à l'entrée ou au transit sur le territoire d'un État membre d'une personne ressortissante d'un État tiers, qui enfreint la législation relative à l'entrée ou au transit des ressortissants étrangers de l'État concerné, ou pour l'aide accordée dans un but lucratif au séjour d'une personne (réunissant les conditions précitées) sur le territoire d'un État membre, qui enfreint la législation relative au séjour des ressortissants étrangers de l'État concerné (article 1(a) et (b)). Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives (article 3).

Une décision-cadre[930] portant sur la répression de l'aide à l'entrée, au transit et aux séjours irréguliers, a été adoptée le même jour dans le cadre du troisième pilier et devait être transposée par les États membres au plus tard le 5 décembre 2004.

Cette mesure est liée à la directive 2002/90, dans la mesure où elle prévoit que, parmi les sanctions applicables aux personnes qui aident les ressortissants étrangers, figurent l'expulsion et l'interdiction d'exercer directement ou par un intermédiaire l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise. Les États membres sont tenus de prendre les « mesures qui s'imposent pour veiller à ce qu'une personne morale tenue responsable d'une infraction fasse l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ». L'article 1er de

---

927 - Article 27, paragraphe 1er, de la convention de Schengen « Les parties contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une partie contractante en violation de la législation de cette partie contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers ».

928 - « Le Conseil européen est déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine, notamment en s'attaquant à ceux qui se livrent à la traite des êtres humains et à l'exploitation économique des migrants. Il insiste sur l'adoption de dispositions législatives prévoyant des sanctions sévères pour cette forme grave de criminalité. Le Conseil est invité à adopter, avant la fin de l'année 2000, des dispositions législatives à cette fin, sur la base d'une proposition de la Commission (…) », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, *Bull-CE* n°10-1999, pp.7-15, sp. 10, point 23.

929 - Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au séjour et au séjour irréguliers, JO L 328/17 du 05.12.2002.

930 - Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L328/1 du 05.12.2002.

la décision-cadre ouvre un éventail assez large des sanctions pénales applicables dans les Etats membres.

En effet, des peines patrimoniales[931], des peines privatives de droit[932] ou encore des peines restrictives de libertés[933] peuvent être adoptées en vue de réprimer les infractions concourant à l'aide à l'entrée, au transit et séjour irréguliers des étrangers sur le territoire des Etats membres.

Ce dispositif demeure toutefois ouvert dans la mesure où ces sanctions pénales peuvent être adoptées « le cas échéant » par les Etats membres, de sorte que le dispositif ne préjuge pas de la liberté des Etats membres d'user d'une gamme plus large de sanctions pénales.

A cet égard, la location d'un logement à des migrants en situation irrégulière, en Italie, est désormais une infraction pénale passible d'une peine de six mois à trois ans d'emprisonnement.

Les peines privatives de libertés font en revanche l'objet d'un encadrement détaillé. Tout d'abord, ces peines sont applicables aux personnes qui aident sciemment à l'entrée et au transit irréguliers ou sont instigateurs de l'infraction et qui agissent « dans un but lucratif ». Cette précision exclut les organisations humanitaires agissant en faveur des réfugiés[934].

Ensuite, la décision-cadre précise que les peines privatives de liberté ne peuvent être infligées que lorsque l'infraction est commise dans le cadre des activités d'une organisation criminelle, telle que définie par une action commune[935], ou mettant en danger la vie des personnes faisant l'objet de l'infraction[936].

---

931 - « La confiscation du moyen de transport ayant servi à commettre l'infraction ».
932 - « L'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».
933 - « L'expulsion ».
934 - Voir en particulier, *Doc*. 13578/00 du 20 novembre 2000, sp.3.
935 - Action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JO L 351/1 du 29 décembre 1998.
936 - Ce second critère s'analysait comme la résurgence dans le droit de l'Union européenne de l'événement tragique de Douvres, « Les débats ont permis de montrer que le groupe de travail devrait déterminer celles des circonstances aggravantes qui sont révélatrices des agissements de filières criminelles d'immigration clandestine, en retenant cependant, compte tenu de la tragédie de Douvres, la circonstance de « mise en danger de la vie des personnes objets de l'infraction », Doc.12914/00 du 31 octobre 2000, sp.3.

En définitive, la privation de liberté organisée par la décision-cadre vise à sévèrement sanctionner les réseaux mafieux et autres filières de passeurs[937].

En ce qui concerne le quantum de la peine privative de liberté, la décision-cadre fixe un plafond minimal de la peine maximale. Elle indique que le maximum de la peine ne peut être inférieur à huit ans. Une exception au principe est toutefois prévue permettant de ramener la durée de la peine maximale à six ans « *à condition qu'il s'agisse d'une des peines maximales les plus sévères prévues pour des infractions d'une gravité comparable* ». Ce dispositif dérogatoire, institué afin de préserver « la cohérence du régime des peines » dans certains systèmes nationaux, a pour effet d'introduire des éléments de droit interne dans un texte européen[938].

En outre, le texte entreprend d'établir un système de responsabilité des personnes morales[939]corroboré d'un système de sanctions. Si les Etats membres demeurent libres de déterminer le régime des sanctions applicables aux personnes morales, l'article 3 de la décision-cadre indique à titre indicatif les mesures qui peuvent être adoptées à ce titre. Le texte n'introduit aucune exclusivité des sanctions dans la mesure où la mise en jeu de la responsabilité des personnes morales n'empêche pas les Etats membres de poursuivre pénalement les « personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices des infractions ». Il est donc prévu que les Etats membres puissent organiser un double degré de sanctions applicables à la fois aux personnes morales et physiques.

Ainsi, ceux qui prêtent assistance aux ressortissants étrangers en situation irrégulière sont également passibles de sanctions pénales. Le cas de Jennifer Chary, en France, en est l'illustration. En avril 2009, elle avait été accusée d'avoir prêté aide et assistance à un homme en situation irrégulière sur le territoire français, qu'elle s'apprêtait à épouser. Le couple vivait ensemble depuis plus de cinq mois et avait été interrogé à l'occasion de sa demande de mariage. Son fiancé avait alors été expulsé de France au vu de sa situation irrégulière et Jennifer Chary avait été accusée d'un délit passible d'une peine de cinq années

[937] - LABAYLE (H.), « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne », *CDE* 2004, pp.591-661, sp.626.
[938] - Voir sur ce point, *Doc*. 6766/01 du 9 mars 2001, sp. 3-4.
[939] - Article 2 de la décision-cadre.

d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Suite aux remous considérables provoqués par cette affaire, le procureur avait décidé d'abandonner les charges retenues contre elle[940].

Les tiers, y compris les membres de la famille de l'intéressé, dont Jennifer Chary espérait faire partie, sont également fondés à invoquer l'article 8 CEDH pour protéger leur vie familiale. On peut s'interroger sur la compatibilité avec le droit au mariage, consacré par l'article 12 CEDH, de la mesure d'expulsion appliquée par l'administration française à l'encontre du concubin de Jennifer Chary à la veille de leur mariage, qui avait empêché qu'il ait lieu en France (mais pas au Maroc, où ils s'étaient par la suite mariés).

En Italie, une proposition d'amendement du train de mesures sécuritaires avait tenté de supprimer l'impunité de poursuites dont jouissent les médecins qui traitent des patients en situation irrégulière[941]. Les entreprises qui emploient des ressortissants étrangers non titulaires d'un permis de séjour font également l'objet d'une criminalisation.

Alors que de nombreux États membres infligent des amendes aux sociétés qui ne vérifient pas les titres de résidence de leurs employés, ils y ajoutent de plus en plus fréquemment des sanctions pénales et des sanctions qui ont des conséquences pénales.

Ces dispositions légales sont bien souvent mises en place à l'occasion de la prise de mesures de lutte contre la traite des êtres humains[942]. Le Royaume-Uni a récemment inscrit sur son site Web les noms de toutes les entreprises auxquelles une amende administrative a été infligée parce qu'elles avaient employé des personnes en situation irrégulière sur le territoire britannique[943]. Il est très surprenant de constater que les noms de l'immense majorité des entreprises sanctionnées indiquent l'appartenance à une minorité ethnique de leurs propriétaires.

Les entreprises peuvent être titulaires d'un droit à l'octroi d'un permis de travail pour leurs employés et ont sans aucun doute droit à un procès équitable au titre de l'article 6 CEDH lors de l'examen de leur demande. Elles ont également droit au respect de la confidentialité, au titre

---

940 - http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/05/11/renvoi-du-proces-d-une-francaise-poursuivie-pour-aide-au-sejour-irregulier-de-son-concubin_1191708_3224.html.

941 - Voir la proposition d'amendement du décret-loi 286/1998, déposée par la Ligue du Nord et retirée le 27 avril 2009. L'immigration et le séjour irréguliers sont toujours incriminés au titre de l'article 10bis du projet de loi 2180.

942 - B. Pieters « Dutch Criminal and Administrative Law Concerning Trafficking in and Smuggling of Human Beings: The Blurred Legal Position of Smuggled and trafficked Persons: Victims, Instigators or Illegals? » *in* E. Guild & P. Minderhoud, *op. cit.*, p. 201 – 239.

943 - http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/employersandsponsors/listemployerspenalties/

de l'article 8 CEDH. La publication de leurs noms et de précisions au sujet des amendes qui leur ont été infligées eu égard au statut de leurs employés peut ainsi porter atteinte à ce droit[944].

Aussi, la CJUE n'a pas hésité et a donné précédence à la lutte contre les criminels profitant de l'immigration irrégulière pour s'enrichir, dans l'arrêt « Minh Khoa Vo »[945]. Elle a commencé par donner quelques précisions sur les normes contenues dans le Code des visas. Elle précise tout d'abord qu'il est prévu que lors de l'examen d'une demande de visa, une attention particulière soit accordée à l'évaluation du risque d'immigration irrégulière que

[944] - À l'occasion de l'adoption par l'UE d'une mesure relative aux sanctions infligées pour l'emploi de personnes en situation irrégulière sur le territoire d'un État membre, le gouvernement allemand a joint à ces observations la déclaration suivante : « *s'agissant de la publication à la fois de la décision de justice, prévue à l'article 10(2), et de la liste des employeurs jugés responsables de cette situation, prévue à l'article 12(2) de la présente directive, l'Allemagne souhaite attirer l'attention sur les effets de l'article 6(2) du traité sur l'Union européenne [obligation de protéger les droits fondamentaux] sur les institutions et les États membres lorsqu'ils transposeront cette directive en droit interne* ».

[945] - CJUE, deuxième chambre, 10 avril 2012, C-83/12 ; les faits consistent que M. Minh Khoa Vo est un ressortissant vietnamien établi en Allemagne. Après enquête, il a été établi qu'en juin et juillet 2010 il a travaillé comme passeur pour une filière vietnamienne de trafic d'êtres humains, qui détourne les règles de libre circulation applicables aux ressortissants de pays tiers au sein de l'espace Schengen. Cette filière, composée de plusieurs bandes criminelles, a pour but de permettre à des ressortissants vietnamiens de s'installer en Allemagne en utilisant des techniques variées. L'une de ces bandes avait opté pour le détournement de visas de tourisme obtenus auprès de l'ambassade de Hongrie au Vietnam en faisant croire que les personnes se rendaient en Europe pour des voyages touristiques. Pour préserver les apparences, le voyage se déroulait conformément au programme les premiers jours. Les personnes étaient ensuite transportées vers les différents pays de destination. Une autre bande profitait quant à elle d'une spécificité suédoise. Les autorités suédoises délivrent en effet des visas de travail aux ressortissants vietnamiens afin qu'ils puissent participer à la cueillette des baies. Une fois les visas obtenus, les personnes étaient acheminées vers leurs pays de destination, parfois sans même qu'elles ne participent au début de la cueillette. M. Vo était chargé, contre rémunération, de transporter les personnes jusqu'en Allemagne, puis de leur fournir un hébergement avant de les faire passer dans la clandestinité. A cet égard, le Landgericht Berlin a jugé que M. Vo s'est rendu coupable à quatre reprises du délit d'aide à l'immigration illégale commis dans un but lucratif et en bande organisée. Ce délit a fait l'objet de deux textes complémentaires au niveau européen : la directive 2002/90/CE, qui définit la « notion d'aide à l'immigration clandestine » et la décision-cadre 2002/946/JAI, qui oblige les Etats à adopter des sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives pour les personnes se rendant coupables de cette infraction.

Condamné à quatre ans et trois mois d'emprisonnement, M. Vo fait appel de sa condamnation devant le Bundesgerichtshof en « invoquant une violation de droit matériel, sans aucune autre précision » (paragraphe 27 de l'arrêt). Le problème juridique qui se pose en l'espèce découlerait du fait que les personnes que M. Vo a fait entrer en Allemagne n'étaient pas en situation irrégulière, puisqu'elles étaient titulaires de visas délivrés par les autorités compétentes. Un des éléments matériels constitutifs de l'infraction pourrait donc être déclaré manquant. Pour la juridiction d'appel, cette interprétation serait erronée. Les éléments matériels de l'infraction pour laquelle il a été condamné seraient bien réunis. En effet, les personnes transportées par M. Vo ont délibérément menti aux agents des ambassades qui ont été induits en erreur, ce qui reviendrait pour les titulaires des visas frauduleux « à agir sans disposer du titre de séjour requis » (paragraphe 26 de l'arrêt).

Cependant, avant de prononcer son jugement, elle pose une question préjudicielle à la Cour cherchant à établir si les dispositions du Code des visas (plus précisément l'article 21 qui définit les conditions d'entrée que doit vérifier l'agent délivrant les visas et l'article 34 qui définit quant à lui les conditions dans lesquelles un visa est annulé) s'opposent à ce que des dispositions nationales rendent l'aide à l'immigration illégale passible de sanction pénales, alors que les personnes en cause disposent de visas obtenus frauduleusement, mais qui n'ont pas encore été annulés. En d'autres termes, la juridiction nationale s'interroge sur la nécessité de prouver et d'attendre l'annulation préalable des visas avant de pouvoir poursuivre au pénal un passeur accusé d'aide à l'immigration irrégulière.

Compte tenu du placement en détention provisoire de M. Vo depuis le 1er janvier 2011, et du fait que celui-ci perdrait son fondement en cas de réponse positive de la Cour, le renvoi préjudiciel a été soumis à la procédure d'urgence. Ainsi, moins de deux mois après l'introduction du renvoi, la Cour a rendu son jugement le 10 avril 2012.

présenterait le demandeur[946]. Les juges précisent ensuite les modalités d'annulation de visas obtenus de manière frauduleuses (la façon dont les visas ont été obtenus en l'espèce, sur la base de fausses déclarations de leurs titulaires quant aux motifs de leur voyage, est une des hypothèses prévues par le Code des visas), tâche confiée en principe aux autorités de l'Etat membre de délivrance mais qui peut aussi être exécutée par les autorités des autres Etats membres[947]. Si l'annulation est obligatoire pour les premières, elle n'est que facultative pour les suivantes[948], ce qui est le cas des autorités allemandes en l'espèce.

Ensuite, la Cour se penche sur la question posée par la juridiction de renvoi. Elle constate que, premièrement, même si le Code des visas ne contient pas de règles prévoyant de sanctions pénales en cas de violation des conditions de délivrance, d'annulation ou d'abrogation des visas, il y est exigé que soit indiqué sur les formulaires de demandes de visas que toute fausse déclaration peut entraîner l'annulation du visa et des poursuites pénales[949]. Elle poursuit en rappelant les obligations imposées aux Etats membres par les deux textes encadrant la lutte contre l'aide à l'immigration clandestine, et elle en déduit une obligation pour les Etats d'engager des poursuites pénales à l'encontre de toute personne qui aurait sciemment aidé un ressortissant d'un pays tiers à pénétrer sur leur territoire en violation des dispositions applicables[950].

Une telle lecture place les Etats face à deux obligations contradictoires : ils doivent d'une part ne pas entraver la circulation de personnes titulaires de visas valides tant que ces derniers n'ont pas été annulés en bonne et due forme, et de l'autre prévoir et sanctionner de manière effective, proportionnée et dissuasive les personnes se rendant coupables d'aide à l'immigration irrégulière.

Les juges concluent donc que les dispositions du Code des visas ne s'opposent pas à des dispositions nationales qui permettent de sanctionner pénalement des passeurs y compris lorsque les personnes infiltrées disposent d'un visa obtenu frauduleusement, mais qui n'a pas encore été préalablement annulé[951]

En définitive, si la décision-cadre vise à renforcer la répression de certaines pratiques inadmissibles, l'exonération des organisations de protection des réfugiés ainsi que des réfugiés

946 - *Ibid.*, paragraphe 37.
947 - *Ibid*., paragraphe 38.
948 - *Ibid*., paragraphe 40.
949 - *Ibid*., paragraphe 42.
950 - *Ibid*., paragraphe 44.
951 - *Ibid*., paragraphe 48.

et demandeurs d'asile a été acquise grâce à l'insistance du HCR. Intervenant au cours de la négociation[952], son initiative a été suivie par les groupes de travail du Conseil avant d'être consacrée par l'article 6 de la décision-cadre[953]. Sur ce terrain, il est regrettable de constater que les Etats membres ne disposent d'aucune vision d'ensemble des phénomènes migratoires. En effet, le souci d'apporter une réponse pénale à des pratiques détestables ne doit pas écarter l'obligation d'accorder la protection internationale, y compris aux personnes ayant utilisé les services de passeurs.

B- Les sanctions à l'encontre des employeurs de personnes en séjour irrégulier

L'un des éléments fondamentaux de l'action de l'U.E en matière de lutte contre l'immigration irrégulière est la suppression des facteurs d'attraction dans les pays de destination. Les facteurs d'attraction sont tout simplement liés au fait que, puisqu'ils cherchent une vie meilleure, les migrants continueront à se tourner vers l'UE aussi longtemps qu'ils y trouveront davantage de possibilités d'améliorer leurs conditions de vie que dans leur pays d'origine. Toutefois, les Etats membres créent également des facteurs d'attraction en tolérant l'emploi illégal des étrangers. La possibilité de trouver un travail tout en séjournant clandestinement dans l'Union[954] est un facteur d'attraction important, le risque d'être découvert, qu'il s'agisse de l'employeur ou du travailleur, par les autorités compétentes étant actuellement très limité.

Ce faisant, la directive 2009/52/CE prévoit des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier[955].

---

952 - *Doc*. 12351/00 du 16 octobre 2000, sp. 4.

953 - « La présente décision-cadre est applicable sans préjudice de la protection accordée aux réfugiés et aux demandeurs d'asile conformément au droit international relatif aux réfugiés ou d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en particulier sans préjudice du respect par les Etats membres des obligations internationales qui leur incombent en vertu des articles 31 et 33 de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés, telle que modifiée par le protocole de New York de 1967 ».

954 - L'emploi illégal s'entend comme étant toute forme d'activité économique rémunérée menée par un ressortissant d'un pays tiers séjournant clandestinement dans l'U.E. (ce qui englobe l'ensemble des ressortissants de pays tiers n'étant pas en possession d'un permis de séjour valable), Communication de la Commission, *sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers*, COM (2006) 402 final, Bruxelles, 19.07.2006.

955 - Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.

La directive pose le principe de l'interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et assortit cette interdiction de sanctions[956]. Ainsi, et afin de lutter contre l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, la directive détermine des obligations qui pèsent sur les employeurs. Ils doivent principalement s'assurer que les ressortissants de pays tiers sont titulaires des documents attestant de la régularité de leur séjour, prendre copie de ces documents, les tenir à disposition des autorités nationales et informer ces derniers[957].

Mais c'est essentiellement sur le terrain des sanctions que la directive innove. Les employeurs ayant commis l'infraction d'employer des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière sont passibles de plusieurs types de sanctions. Financières tout d'abord, pouvant notamment comprendre le paiement des frais de retour si une procédure de retour est engagée[958] ou le paiement des arriérés de salaires ou d'impôts[959].

Elle prévoit que les Etats membres « prennent (…) le cas échéant » des mesures complémentaires à l'encontre de l'employeur portant sur l'exclusion du bénéfice de prestations, aides ou subventions publiques, l'exclusion de procédures de passation de marchés publics, le recouvrement d'aides publiques, voire la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction[960]. Pénales ensuite, dans la mesure où la directive définit les cas dans lesquels les infractions à l'interdiction d'emploi des ressortissants de pays tiers peuvent constituer une infraction pénale[961]. Il s'agit de situations présentant un caractère intentionnel et

[956] - Article 3 de la directive 2009/52/CE.
[957] - Article 4 de la directive 2009/52/CE.
[958] - Article 5 de la directive 2009/52/CE.
[959] - Article 6 de la directive 2009/52/CE.
[960] - Article 7 de la directive 2009/52/CE.
[961] - Article 9 de la directive prévoit : « 1. Les Etats membres veillent à ce que l'infraction à l'interdiction visée à l'article 3 constitue, lorsqu'elle est intentionnelle, une infraction pénale dans chacune des circonstances suivantes, conformément à la législation nationale :
a) l'infraction est continue ou répétée de manière persistante ;
b) l'infraction a trait à l'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;
c) l'infraction s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives ;
d) l'infraction est commise par un employeur qui, tout en n'ayant pas été accusé d'une infraction établie conformément à la décision-cadre 2002/629/JAI ni condamné pour celle-ci, utilise le travail ou les services d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en sachant que cette personne est victime de la traite des êtres humains ;
e) l'infraction a trait à l'emploi illégal d'un mineur.
2. Les Etats membres veillent à ce que le fait d'encourager, de faciliter et d'inciter à commettre intentionnellement les actes visés au paragraphe 1 soit passible de sanctions pénales ».

recouvrant des circonstances graves et pour lesquelles des sanctions administratives ne sont pas considérées comme suffisamment dissuasives[962].

En conséquence, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les personnes physiques qui commettent ces infractions pénales soient passibles de peines effectives, dissuasives et proportionnées[963]. En application du principe de la « pénalisation appropriée »[964], la directive indique qu'une sanction pénale effective, dissuasive et proportionnée doit être adoptée mais ne définit pas le contenu de cette sanction pénale qui relève de la compétence des Etats membres.

Enfin, la directive prévoit que les Etats membres veillent à l'établissement de mécanismes permettant aux ressortissants de pays tiers de pouvoir porter plainte contre les employeurs. Elle prévoit notamment que dans certaines situations, travail abusif ou emploi illégal d'un mineur, les Etats membres peuvent délivrer des titres de séjour à durée limitée selon des modalités comparables à la directive 2004/81/CE.

En générale, la directive poursuit le processus d'harmonisation de la lutte contre l'immigration irrégulière dans la mesure où elle tente de résorber le phénomène en s'attaquant à l'une de ses sources.

---

[962] - Point 21 du préambule de la directive 2009/52/CE prévoit : « L'expérience montre que les systèmes de sanctions existants se sont révélés insuffisants pour garantir le respect total des interdictions frappant l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment parce que des sanctions administratives ne permettent vraisemblablement pas, à elle seules, de dissuader certains employeurs peu scrupuleux.
Le respect des règles peut et devrait être renforcé par l'application de sanctions pénales ».

[963] - Article 10 de la directive 2009/52/CE.

[964] - Ce principe vise à déterminer dans quelle mesure la Communauté intervient dans le choix de la sanction appropriée afin de garantir le respect de la règle communautaire et réduit d'autant la capacité des Etats membres d'en déterminer la nature mais pas nécessairement les moyens puisque ces derniers demeurent seuls capables de définir au regard de leur ordre interne la ou les sanctions appropriées. Voir, POELEMANS M. « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union Européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004, 754 p, sp. 268-270.

Section deuxième : La protection des droits fondamentaux des migrants en séjour irrégulier : un défi majeur pour l'U.E

Dès le programme de Tampere, le Conseil européen se déclarait « *déterminé à combattre à sa source l'immigration clandestine* »[965] et cette volonté politique, loin de se démentir, s'est toujours accompagnée, depuis le plan d'action de Vienne[966], d'une dimension opérationnelle qui fait la spécificité de l'action de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures. Les institutions veulent appréhender le phénomène sous tous ses aspects et n'hésitent pas à solliciter tous les instruments.

Cela ne signifie pas que les besoins et les droits des intéressés soient niés ou ignorés : la Commission ne manque pas de rappeler qu'ils « *sont protégés par les normes universelles des droits de l'homme et doivent jouir de certains droits notamment l'accès aux soins de santé d'urgence et l'enseignement primaire pour leurs enfants* »[967], tandis que dans un autre registre, le Conseil européen « *accueille avec intérêt les initiatives des Etats membres en vue d'une coopération en mer, notamment pour les opérations de secours* »[968]. En outre, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer engagent encore les Etats membres à prendre les dispositions nécessaires pour protéger le droit des migrants à la vie et à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants, ainsi qu'à tenir compte des besoins propres aux femmes et aux enfants [969]**(Paragraphe premier)**.

Toutefois, il est à noter que les immigrants en séjour irrégulier n'ont pas de statut et ce n'est que dans la mesure où ils contribuent au démantèlement des réseaux clandestins que le droit de l'U.E. prévoit de leur accorder un permis de séjour[970]. Ainsi, malgré les déplacements secondaires qu'elles peuvent provoquer à l'intérieur de l'Union, les opérations de régularisations ont été jusqu'à présent décidées unilatéralement par les Etats, sans même donner lieu à information ou consultation mutuelle[971] **(Paragraphe deuxième)**. Des évolutions pourraient certes se faire jour. Mais dans un premier temps au moins, la position de la

---

[965] - Conseil européen spécial de Tampere, 15et 16 octobre 1999, conclusion de la présidence, point 23.
[966] - Plan d'action concernant les conditions optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam concernant l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *JOCE*, n° C 19, 23 janvier 1999, p.1.
[967] - *Ibid*., p.27.
[968] - Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, conclusion de la présidence, annexe I, point 1.7.1.
[969] - Décision 2006/616 CE et décision 2006/617 CE du Conseil du 24 juillet 2006, relatives à la conclusion du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, JOUE, n° L262, 22 septembre 2006. De façon s concrète, il est également prévu que les agents des services de l'immigration doivent recevoir une formation adéquate sur le traitement humain des migrants et la protection de leurs droits.
[970] - Voir infra, Partie I, Titre I, Chapitre deuxième, Section première, Paragraphe quatrième.
[971] - Commission européenne, Etude sur les liens entre l'immigration légale et l'immigration clandestine, COM (2004) 412 final, 4 juin 2004 ? point 1.5, pp. 10-12 et spécialement p.19.

Commission était des plus fermes : « *l'entrée ou le séjour clandestins ne devraient pas se solder par l'obtention du séjour stable qui était recherché* »[972] ; « *dans le contexte de la politique d'immigration commune, la seule approche cohérente pour traiter le problème des résidents illégaux est de veiller à ce qu'ils retournent dans leur pays d'origine, même si dans un grand nombre de cas, il n'est pas possible de mettre en œuvre de telles mesures pour des raisons juridiques, humanitaires ou pratiques* »[973].

Paragraphe premier : Une protection insuffisante pour les migrants irréguliers

Le migrant irrégulier ne bénéficie pas d'une protection dans le droit de l'U.E. Le statut régulier de l'étranger est un impératif pour bénéficier de la libre circulation, du droit de séjour et d'autres droits y relatifs ce qui fait de ces migrants une catégorie d'étrangers délaissée par le droit de l'Union européenne **(A)**. Toutefois, dans l'Union, le cadre normatif de protection des étrangers s'améliore tant au niveau national qu'européen. Depuis les années 1960, les tribunaux nationaux, évoquant les garanties constitutionnelles et les libertés civiles, réussissent à imposer des limites à la discrétion étatique dans le traitement des étrangers. Cette discrétion doit, désormais, s'exercer en conformité avec les valeurs constitutionnelles des Etats, ainsi, qu'avec leurs obligations internationales en termes des droits humains **(B)**.

A- Les migrants irréguliers : une catégorie d'étrangers délaissée par le droit de l'U.E

Le statut régulier de l'étranger est un impératif pour bénéficier de la protection dans le droit de l'Union. Ce principe n'est pas contesté par la CJUE. Dans des affaires concernant des ressortissants polonais, bulgares et tchèques (avant l'adhésion de leurs pays à l'UE) qui se référaient aux droits d'établissement et à un traitement non discriminatoire découlant des accords de leurs pays respectifs avec l'UE, la Cour de justice note que le statut irrégulier des demandeurs les empêche de bénéficier d'une protection[974]. Ce même argument est avancé pour écarter l'application du principe de non discrimination au cas des migrants clandestins. L'article 19 TFUE (ex art. 13 du TCE) confirme que les dispositions envers les ressortissants de pays tiers, fondées sur leur nationalité, ne sont pas contraires au droit de l'Union. La

[972] - Communication concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM (2001) 672 final, 15 novembre 2001, p.6.
[973] - Communication sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, COM (2003) 336 final, 3 juin 2003, p.26.
[974] - CJCE, 27 septembre 2001, aff. C-63/99, C-257/99 et C-235/99, *The Queen et SSHD et Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk, The Queen et State Secretary of the Home Department et Julius Barkoci et Marcel Malik, The Queen et SSHD et Eleanora Ivanova Kondova, Rec.* 2001 p. I-06369.

directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique exclut de son champ de compétence les différences de traitement fondées sur la nationalité. Elle s'entend sans préjudice des dispositions et des conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers[975]. Ce faisant, l'UE conforte les réticences étatiques d'accorder des droits aux migrants irréguliers sur la base du principe de non-discrimination.

En outre, le 1er mars 2008, la CJUE a adopté une nouvelle procédure d'examen rapide des questions préjudicielles qui lui sont référées et concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice[976]. Les clauses de protection des droits humains sont faibles dans les instruments adoptés de l'UE relatifs à la migration et l'asile.

En effet, la législation de l'Union concernant la migration irrégulière est essentiellement basée sur la reconnaissance mutuelle des décisions étatiques, laquelle s'appuie sur la présomption que tous les Etats membres respectent pleinement leurs obligations des droits humains. Or, comme le montrent les arrêts de la Cour EDH, cette hypothèse est loin d'être vérifiée. L'application du principe en question a des répercussions particulièrement négatives sur le droit d'asile. Lorsque les considérations de solidarité et coopération priment sur la protection des droits, le demandeur d'asile devient *prima facie* déloyal et sa demande illégitime[977].

En outre, certains instruments comportent de vagues références aux obligations internationales des Etats sans en préciser le contenu. Ils se contentent d'une simple mention, souvent dans la partie introductive, à la Convention de Genève, à la CEDH ou bien à la Charte des droits fondamentaux. Une référence plus forte aux garanties substantielles et procédurales fait défaut.

En générale, l'étude de la genèse de la politique de lutte contre la migration irrégulière et des modalités d'harmonisation montre le peu d'intérêt accordé dans le droit de l'UE à la protection des droits humains des personnes touchées par cette politique. Plusieurs facteurs expliquent la vulnérabilité des migrants irréguliers. Au nom de la souveraineté territoriale et de

[975] - BELL (M.), « Invisible actors ? Irregular migrants and discrimination », dans BOGUSZ (B.), CHOLEWINSKI (R.), CYGAN (A.) et SZYSZCZAK (E.) (éd.), *Irregular migration and human rights : theoretical, European and international perspectives*, Leiden/Bosten, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 345, à la page 358.

[976] -Commission européenne, *Annex to the Communication on General overview of instruments and deadlines provided for in the Hague Programme and Action Plan in the fields of justice, freedom and security for 2007 (Institutional Scoreboard)*, Staff working document, SEC (2008) 2049, Bruxelles, 2.7.2008, p.2.

[977] - GUILD (E.), « The Europeanisation of Europe's asylum policy », (2006) 18 *IJRL* 630, 644.

la sécurité, les Etats détiennent une large marge d'appréciation dans la limitation des droits et libertés.

Or, quel que soit son statut juridique, l'étranger est d'abord un être humain devant bénéficier de tous les droits prévus en droit international. Ce dernier repose sur l'obligation générale de l'Etat de respecter les droits et libertés de toute personne placée sous sa juridiction, sans égard à la nationalité et au statut juridique. La doctrine et la jurisprudence considèrent les droits fondamentaux comme une ligne de démarcation entre deux données préexistantes : la liberté de l'individu et le pouvoir étatique qui la met en danger. Cette conception défensive se traduit par une présomption en faveur de la liberté du citoyen[978].

Parmi les droits minimaux reconnus aux étrangers figurent les normes de *jus cogens*, comme l'interdiction de la torture, la privation arbitraire de la vie, la prohibition de l'esclavage et de la discrimination raciale. Plusieurs instruments consacrent le caractère universel des droits humains. On peut citer, à titre d'exemple, que la Charte des Nations Unie érige « *le respect des droits et libertés fondamentaux pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* » en un but principal de l'Organisation. La Déclaration universelle des droits de l'homme[979] garantit à tous, la jouissance des droits civils, politiques, économiques et sociaux. Le droit de chacun à la reconnaissance, en tous lieux de sa personnalité juridique formulé à l'article 16 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ne souffre aucune dérogation.

De même, la Convention internationale des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille consacre sa troisième partie aux normes de protection minimale garanties à tous les travailleurs, quel que soit leur statut juridique[980]. Il est affirmé dans son préambule que « *les problèmes humains que comportent les migrations sont encore plus graves dans le cas des migrations irrégulières, (...) par conséquent (...) il convient d'encourager des mesures appropriées en vue de prévenir et d'éliminer les mouvements clandestins ainsi que le trafic de travailleurs migrants, tout en assurant en même temps la protection des droits fondamentaux de ceux-ci.* ».

---

978 - MULLER (J.P.), *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Editions Staempfli et Cie SA, 1983, pp.5 et 8.

979 - Charte de l'Organisation des Nations Unies, article 1 ; Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AGNU, 3e session, supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

980 - *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles*, A. G.res. 45/158, annexe, 45 U.N. GAOR Supp. (N° 49A) à 262, U.N.Doc.A/45/49 (1990).

B- La consécration « minimum » de certains droits fondamentaux

Cette consécration découle tout particulièrement des exigences du Conseil de l'Europe en matière de dignité humaine. Il s'agit, en effet, de reconnaître en droit interne des Etats membres un noyau intangible de droits qui serait applicable à la personne humaine, quel que soit son statut sur le territoire, indépendamment des considérations de politique d'immigration.

L'analyse comparative montre d'ailleurs que de nombreux Etats membres (Allemagne, France, Italie, Espagne, Portugal, Belgique, Grande-Bretagne, Danemark) sont engagés dans la mise en œuvre d'une consécration « minimum » reconductible à la protection de la dignité humaine.

Ainsi, de plus en plus de chartes constitutionnelles reconnaissent textuellement le principe de dignité humaine comme la loi fondamentale allemande[981], la Constitution belge[982], ou encore les Constitutions espagnole[983] et portugaise[984]. En France, le principe n'a pas été formellement inscrit dans le texte constitutionnel[985]. C'est le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994, *Bioéthique*, qui a affirmé que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle* »[986].

La dignité humaine apparaît ainsi comme le moyen de garantir malgré tout des droits fondamentaux aux étrangers en situation irrégulière. Dans un arrêt n° 107 du 23 novembre 1984, le Tribunal constitutionnel espagnol a ainsi affirmé que les étrangers, quelle que soit leur

[981] - La loi fondamentale allemande, dans sa section consacrée aux droits fondamentaux, proclame l'intangibilité de la dignité de l'être humain.
[982] - L'article 23 de la Constitution belge (inséré en 1993) consacre le droit pour toute personne « de mener une vie conforme à la dignité humaine ». Dans cette optique, il précise que la loi, le décret ou l'ordonnance « garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels (…) ». L'article 23 se termine donc par une énumération de ces droits dont fait partie, notamment, le droit à l'aide sociale.
[983] - L'article 10 de la Constitution espagnole dispose que « la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale ».
[984] - L'article premier de la Constitution portugaise dispose que « le Portugal est une République souveraine fondée sur la dignité de la personne humaine et sur la volonté populaire, et attachée à la construction d'une société libre, juste et solidaire ».
[985] - Une proposition de révision constitutionnelle a été déposée le 5 décembre 2005 devant l'Assemblée nationale dans le but d'inscrire dans le préambule de la Constitution de 1958 le nouvel alinéa suivant : « La république garantit à tout étranger présent sur son territoire le respect de la dignité de la personne humaine. Elle reconnaît aux étrangers dont les conditions d'entrée et de séjour en France sont régulières les droits civils, économiques et sociaux des nationaux français de même résidence ». Cette initiative n'a toutefois pas abouti mais révèle d'une réflexion, au sein des institutions française, en ce domaine.
[986] - CC, décision n°94-343DC, *Bioéthique, RGC*, I-592, GDCC, n°47, p. 847.

situation juridique, bénéficient au même titre que les espagnols de certains droits qui sont inhérents à la personne humaine[987].

La doctrine n'a alors pas manqué de relever « *qu'en établissant une connexion nécessaire entre certains droits et la dignité de la personne humaine, le Tribunal constitutionnel ferme toute possibilité de refuser aux étrangers sa jouissance indépendamment de la régularité ou de l'irrégularité de leur situation administrative. Ces droits appartiennent aux étrangers au même titre qu'aux espagnols et dans les mêmes conditions* »[988].

L'un des domaines propices à la reconnaissance de droits inhérents à la personne humaine est sans nul doute celui de la santé. Le Conseil constitutionnel français subordonne par principe le bénéfice des droits sociaux à la régularité du séjour. Mais cela ne l'empêche pas de considérer que le législateur se doit néanmoins d'assurer aux étrangers en situation irrégulière les prestations de première nécessité. Dans un arrêt n° 252 de 2001[989], la Cour constitutionnelle italienne a ainsi affirmé que « *la protection de la santé, en tant que droit fondamental de la personne, doit être reconnu de la même manière aux étrangers, quelle que soit leur position par rapport aux normes qui réglementent l'entrée et le séjour du territoire dans l'Etat* ».

Dans les pays étudiés, le champ d'application de ce principe recouvre ainsi d'une manière générale l'accès, sans conditions (et de la même manière que les nationaux), aux soins d'urgence et de prévention médicale. En Italie et en Grande Bretagne, les étrangers en situation irrégulière peuvent ainsi prétendre à des soins gratuits pour ce qui concerne les domaines susmentionnés[990]. De plus, les femmes enceintes et les enfants bénéficient souvent des mêmes droits que les nationaux en la matière.

---

[987] - Tribunal constitutionnelle espagnol, arrêt n°107 du 23 novembre 1984, *JC*, vol. X, 199-211 (209).

[988] - RUBIO-LLORENTE (F.), Espagne, *in Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière*, Table ronde internationale organisée par le CDPC Jean- Claude Escarras de l'Université du Sud Toulon Var, le GERJC de l'Université d'Aix- Marseille III et l'IEJIIA de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, 11-12 septembre 1998, AIJC, 1998, pp.167-179, spéc., p.175 ;

[989] - Cour constitutionnelle italienne, *sent*. n° 103 de 1977, comm. SALVIGNI (M.), La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale, *Riv.Giur. Lav*., 2002, II, p.374.

[990] - Voir pour l'Italie, le décret-loi italien n°286 du 25 juillet 1998, dit *Texte unique sur l'immigration*. Le décret du Président de la République du 31 août 1999 pris pour l'application du texte unique prévoit la délivrance d'une carte de santé spécifique réservée aux « étrangers temporairement présents ». Elle est valable 6 mois et peut être renouvelée en cas de besoin.

Pour la Grande Bretagne, voir le règlement national de santé de 1989 relatif aux tarifs applicables aux patients étrangers qui fixe notamment les conditions dans lesquelles les étrangers en situation irrégulière ont accès au système de santé. Il en ressort que seuls les soins urgents et le traitement de certaines maladies contagieuses (limitativement énumérées) peuvent être traité de la sorte.

Ainsi, en Allemagne, les étrangers en situation irrégulière ont droit aux soins d'urgence et de première nécessité. La loi du 30 juillet 2004 (entrée en vigueur au 1er janvier 2005) sur le séjour, l'activité professionnelle et l'intégration des étrangers en situation irrégulière apporte toutefois un bémol à cette situation. Elle oblige, en effet, les établissements de santé à informer les services de l'immigration de la présence irrégulière d'un étranger sur le territoire[991]. En cas de manquement à cette obligation, le prestataire de soin s'expose à de lourdes sanctions pénales qui vont de l'amende à cinq années de prison[992]. L'Allemagne apparaît ainsi quelque peu isolée en la matière car même si les hôpitaux britanniques doivent également vérifier le statut de leurs patients, il n'y a aucune sanction pénale en cas de manquement à cette obligation. De plus, les étrangers en situation irrégulière ont toujours la possibilité de solliciter les médecins de ville du service nationale santé qui sont totalement libres en la matière.

L'application de ce principe de droit des étrangers en situation irrégulière aux soins rejoint donc directement une logique de protection des droits fondamentaux, inhérents à la personne humaine en tant que telle, indépendamment de la possession ou non de la nationalité, ou de la situation régulière/irrégulière de l'étranger. Ainsi, en Espagne (comme au Portugal d'ailleurs) l'accès au soin est lié uniquement à la résidence. Plus particulièrement, en Espagne, la loi n°4 du 11 janvier 2000 prévoit ainsi que toute personne, quel que soit son statut, a droit à une carte de santé ». Pour cela il convient uniquement de justifier de sa résidence sur le territoire espagnol et donc être inscrit sur les fichiers de la commune de résidence. Cette déclaration n'implique pas la détention d'une carte de séjour.

En France et en Belgique des dispositifs spécifiques ont été mis en place pour garantir en particulier la prise en charge médicale des étrangers en situation irrégulière. Il s'agit pour la France, de l'aide médicale d'Etat (AME)[993], et de l'aide médicale urgente (AMU) pour la

[991] - Article 87 de la loi du 30 juillet 2004 *sur le séjour, l'activité professionnelle et l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral.*

[992] - Article 96 de la loi du 30 juillet 2004 précitée. Cette disposition est largement critiquée en Allemagne. En juillet 2001, la Commission indépendante sur l'immigration avait suggéré, dans un rapport rendu au Ministère de l'intérieur, d'abroger la responsabilité pénale des prestataires de soins qui fournissent une aide médicale aux étrangers en situation irrégulière. Pour le moment, cette proposition n'a pas été suivie d'effets.

[993] - L'Aide médicale d'Etat est entrée en vigueur, en France, au 1er janvier 2000. L'AME a été instituée après l'entrée en vigueur de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (CMU). L'AME est délivrée pour une durée de un an renouvelable sur demande de l'intéressé.

Belgique. L'AME apparaît, au premier abord, plus étendue, que l'AMU, dirigée principalement vers les soins d'urgence[994].

En effet, le système français reconnaît aux étrangers en situation irrégulière la possibilité d'accéder (comme les nationaux) aux consultations médicales, aux médicaments, aux soins infirmiers et dentaires, aux soins hospitaliers et au forfait journalier. A l'origine, les intéressés devaient être résidents sur le territoire depuis plus de trois mois et avoir des ressources limitées à un certain plafond. De plus, les étrangers en situation irrégulière qui résident en France depuis moins de trois mois (et donc qui ne peuvent pas prétendre à l'AME) peuvent être pris en charge pour les « soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître ».

Le système de l'AME est donc directement en lien avec la protection de la dignité humaine. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Comité européen des droits sociaux a invité la France, dans une décision du 3 novembre 2004[995], à ne pas s'écarter de ses objectifs premiers. Dans cette décision le Conseil de l'Europe a demandé à la France de revenir sur les réformes de l'AME, en particulier celle de 2003[996], afin de se recentrer sur les objectifs de la Charte sociale. Il a ainsi expressément affirmé que les étrangers en situation irrégulière doivent également bénéficier de droits sociaux, il en va de « l'essence » et de « l'objectif général » de la charte. Par les réformes précitées, en revenant sur l'accès effectif à l'AME, le gouvernement français a porté une atteinte à la dignité humaine, dont l'accès aux « soins de santé constitue un préalable essentiel ». Le Comité a, en effet, souligné l'exigence pour l'Etat française d'accorder un droit à l'assistance médicale à tous « les ressortissants étrangers, fussent-il en situation irrégulière ».

---

994 - Le bénéfice de l'AMU est subordonné à l'absence de ressource de l'intéressé et à l'urgence des soins (attestée par certificat médical). Cette optique découle d'un changement de perspective de l'Etat belge afin de limiter les frais de l'aide sociale. Voir en ce sens, NYS M., Conditions de l'octroi de l'aide sociale aux étrangers : nouvelles limitations, nouvelles contraintes en perspectives, *Revue du droit des étrangers*, 1995, p. 367.

995- Cette décision a été rendue suite à une réclamation déposée en 2003 auprès du Comité européen des droits sociaux par la FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'homme) en collaboration avec la LDH (Ligue des droits de l'homme) et le GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés). Ces organisations ont agi pour faire reconnaître officiellement une violation, par la France, de la Charte sociale européenne

996 - La loi de finances rectificative de 2003 a durci le système d'attribution de l'AME en exigeant une résidence en France « ininterrompue » de plus de trois mois. De plus les étrangers en situation irrégulière qui ne peuvent bénéficier de l'AME ne bénéficient plus que d'une prise en charge forfaitaire en matière de soins d'urgence.
Ces différentes mesures ont ainsi entraîné une diminution significative du nombre de prestataires : 147.297 bénéficiaires en 2004 contre 170.318 en 2003. Sur l'examen des restrictions posées par la France à l'octroi de l'AME voir : Comité européen des droits sociaux, Conclusions 2006 (France), p.31 et s.

Dans cette perspective, il a conseillé à la France de revoir la définition relativement imprécise des cas pouvant entraîner la prise en charge immédiate d'un individu (« urgence mettant en cause le pronostic vital »). De plus, l'instance européenne a considéré que la législation française violait aussi le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale[997]. Suite à cette décision du Comité européenne, le gouvernement français a adopté le 16 mars 2005 une circulaire qui précise l'ensemble des points litigieux soulevés par ce dernier[998].

Le respect de la dignité humaine apparaît donc clairement comme le canal privilégié pour la reconnaissance de droits sociaux en faveur des étrangers en situation irrégulière. Toutefois, la tendance vers la criminalisation des ressortissants étrangers nuit considérablement à leur accès aux droits sociaux, comme les soins de santé ou le logement.

Lorsque les pouvoirs publics décident qu'une personne ne séjourne plus de façon régulière sur le territoire, son accès aux droits sociaux s'en trouve modifié en profondeur. Alors que les ressortissants étrangers qui séjournent et travaillent de manière régulière sur le territoire jouissent de la protection de la Charte sociale européenne, ceux qui sont en situation irrégulière n'en bénéficient généralement pas en pratique. Les pouvoirs publics peuvent ainsi, d'un simple coup de crayon administratif, supprimer les droits et l'accès des ressortissants étrangers aux prestations sociales et au logement social, nonobstant le fait qu'ils travaillent, payent leurs cotisations sociales ou aient longtemps cotisé.

La Cour EDH a estimé que les prestations sociales entraient dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH sous forme d'un droit de propriété, même lorsque l'intéressé ne cotise plus on n'a jamais travaillé ni payé de cotisations sociales[999].

Les prestations sociales peuvent également relever du champ d'application de l'article 8 CEDH quand elles sont mises par l'État à la disposition des familles de ses ressortissants ; l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 14 (et éventuellement par le Protocole n° 12) impose de mettre également ces prestations à la disposition des ressortissants étrangers et des membres de leur famille qui remplissent les critères prévus[1000].

---

[997] - Couverture médicale des sans-papiers : la France rappelée à l'ordre par le Conseil de l'Europe, 13 mai 2005, Communiqué du Gisti, http://www.gisti.org/doc/actions/2005/ame/index.html.

[998] - Circulaire DHOS/DSS/DGAS n° 141 du 16 mars 2005 relative à la prise en charge des soins urgents délivrés à des étrangers résidant en France de manière irrégulière et non bénéficiaires de l'aide médicale de l'Etat (article L. 254-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de l'article 97 de la loi de finances rectificative pour 2003 du 20 décembre 2003).

[999] - *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996; *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003.

[1000] - *Niedzwiecki c. Allemagne*, arrêt du 25 octobre 2005.

En outre, le Comité européen des droits sociaux, l'instance chargée de surveiller l'application de la Charte sociale européenne, a estimé « *qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte* »[1001].

En outre, les migrants devenus handicapés au moment où ils franchissaient les frontières forment un groupe particulièrement vulnérable ; c'est le cas de ceux qui ont été mutilés en traversant le champ de mines de la frontière gréco-turque à Evros[1002]. Il convient de noter que le traitement réservé par les États à ce groupe de personnes peut poser sérieusement problème au regard de leur droit à la vie (article 2 CEDH) et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH).

Paragraphe deuxième : La régularisation[1003] des migrants irréguliers : une méthode délaissée par le droit de l'U.E

Les mesures de régularisation –parfois dites aussi, dans les pays anglo-saxons, de « légalisation » ou « d'amnistie »- sont des procédures exceptionnelles dans la gestion des flux migratoires des Etats membres. Elles sont souvent mises en œuvre préalablement ou simultanément à une grande réforme de la législation sur les étrangers, avec la volonté solennellement exprimée qu'elles vont aller de pair avec un meilleur contrôle des flux migratoires dans l'avenir. Le phénomène a tendance à se diminuer dans les Etats membres et leur utilisation varie cependant d'un Etat à l'autre.

Il faut distinguer les régularisations temporaires des régularisations définitives. Dans le premier cas, les personnes régularisées reçoivent un titre de séjour d'une durée limitée et renouvelable. Dans le second, le statut de résident permanent leur est accordé. Selon l'étude

[1001] - Conseil de l'Europe, *Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux*, Strasbourg, 2008, paragraphe 183.

[1002] - *Rapport de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008*, Strasbourg, 4 février 2009.

[1003]- Au sens large, on peut en droit des étrangers définir la régularisation comme « l'octroi par un Etat d'une autorisation de séjour à une personne de nationalité étrangère qui réside illégalement sur son territoire ». L'élément principal dans cette définition tient à ce que le droit de séjour est octroyé alors que l'étranger se trouve déjà sur le territoire de l'Etat concerné sans en avoir le droit, ce qui fonde précisément l'irrégularité de la situation de fait à régulariser. Le droit de séjour octroyé peut être soit à durée illimitée, soit à durée limitée, ce qui peut, en fonction des possibilités de renouvellement du droit de séjour qui sont ou non offertes, avoir pour conséquence que la personne concernée retombe éventuellement dans l'irrégularité. La durée de validité du permis de séjour octroyé à l'étranger permet de distinguer des degrés dans la régularisation qui peut être temporaire ou définitive.

menée par la Commission[1004], une partie des Etats membres estiment qu'il est nécessaire de régulariser certains migrants qui ne remplissent pas les conditions normales d'attribution d'un titre de séjour. Il existe aussi des pays qui procèdent à des régularisations « humanitaires » ou « de protection » pour des personnes ne bénéficiant d'aucune protection internationale mais qui ne peuvent être renvoyées dans leurs pays. Enfin, certains Etats procèdent à des régularisations « du fait accompli » qui consistent à régulariser des immigrés irréguliers souvent déjà employés illégalement.

Ainsi, les régularisations font incontestablement partie intégrante, certes à des degrés divers, de la politique des étrangers de nombre des Etats membres de l'Union, même si elles constituent un phénomène hétérogène puisque les Etats concernés se répartissent, en fonction de la forme des régularisations qu'ils pratiquent, à tout le moins en deux groupes suivant un axe Nord-Sud. Dès lors que la question peut intéresser tous les Etats membres, on peut s'interroger, d'une part, sur les objectifs poursuivis par les programmes de régularisation, **(A)** et d'autre part, sur la tendance de l'Union en la matière **(B).**

A- **Des programmes nationaux de régularisation :**

Le droit de l'UE actuel ne prévoit aucune disposition concernant la régularisation, c'est-à-dire la décision discrétionnaire d'accorder le droit de séjourner légalement sur le territoire ; ces décisions relèvent actuellement du pouvoir discrétionnaire des Etats membres. Compte tenu des difficultés qu'ils éprouvaient à tolérer la présence prolongée sur leur territoire d'un nombre important d'immigrés clandestins en provenance de pays tiers, plusieurs Etats membres ont mis en œuvre, au cours des dernières années, des programmes de régularisation à grande échelle.

Ces mesures apparaissent d'abord comme un processus de sélection par l'Etat entre ceux qui seront régularisés et ceux qui seront rejetés. De plus, les controverses parfois virulentes qu'elles peuvent susciter, comme en Espagne par exemple avec la loi organique du 11 janvier 2000, contribuent à déplacer le débat sur leur incidence sur les flux migratoires, alors qu'elles constituent avant tout des opérations de gestion des stocks d'étrangers. Enfin, les prometteurs eux-mêmes de ces opérations peuvent également juger souhaitable de ne pas trop insister sur leur objectif premier en présence d'une opinion publique de plus en plus fermée face aux étrangers, en particulier pour ce qui concerne l'immigration irrégulière.

[1004] - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM (2004) 412 final, *op. cit*., p. 10.

En outre, elles recouvrent un conflit de valeurs dans lequel les responsables politiques doivent concrètement choisir entre l'acceptation de l'étranger et le renvoi de l'irrégulier, même s'ils peuvent hésiter en menant une politique poursuivant simultanément ces deux voies comme l'Espagne qui, tout en procédant à des régularisations massives, a conclu un accord de réadmission avec le Maroc.

Pour ces raisons, certaines des opérations se sont adressées en fait à des cibles limitées de populations en situation irrégulière et, se rapprochant en cela de certaines régularisations « au cas par cas », ont accessoirement eu pour objet de régler des problèmes spécifiques ou d'ordre humanitaire.

Il en a été ainsi, par exemple :

- Des opérations dirigées vers certains groupes nationaux : accueil de citoyens bosniaques en Belgique, régularisation de quelques 2.000 pakistanais au Royaume-Uni, mesures ayant bénéficié, au Portugal, à des immigrés originaires de pays lusophones[1005] ;

- Des mesures de régularisation qui ont pu bénéficier, par exemple en Allemagne, en France, en Belgique ou en Espagne, à des demandeurs d'asile dont les dossiers avaient été laissés trop longtemps en suspens ou à des personnes ne pouvant prétendre au statut de réfugié mais dont le renvoi dans le pays d'origine s'avérait néanmoins impossible.

Cependant, les motivations des régularisations étaient d'ordre économique et social : réduire l'importance de la population en situation irrégulière, « apurer » une situation favorable au développement de l'économie souterraine et du travail clandestin, faciliter l'emploi légal dans certains secteurs et, accessoirement, améliorer le recouvrement des recettes fiscales et sociales. Depuis le 11 septembre 2001, ces motivations ont pu aussi être renforcées par le souci d'une connaissance plus approfondie de la population résidant sur le territoire.

Toutefois, les chances d'atteindre les objectifs économiques et sociaux des régularisations dépendent largement des relations entre immigration clandestine et travail clandestin, qui sont

[1005] - Pays et régions où le portugais est la langue officielle ; La Lusophonie (ou *Lusofonia*; issu du nom de la province de Lusitanie) est l'ensemble des identités culturelles, régions, pays et communautés liés à la locution du portugais comme l'Angola, le Brèsil (qui est le plus grand pays lusophone avec plus de 200 millions d'habitants), le Cap-Vert, laGuinée-Bissau, Macao, le Mozambique, le Portugal, Sao Tomé-et-Principe, et le Timor oriental. La Galice, région espagnole, est un membre observateur de la communauté des pays de langue portugaise. La lusophonie représente plus de 220 millions de locuteurs comme langue maternelle dans le monde. Pour plus de détails consulter : http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Lusophonie&oldid=96952256.

généralement mal connues et peuvent différer largement d'un pays à l'autre, ainsi que de l'état du marché du travail, plus au moins favorable à l'insertion des immigrés régularisés.

Elles peuvent en outre, être affectées par la définition des conditions d'accès à la régularisation.

A cet égard, on doit relever que la plupart des critères retenus se sont finalement révélés contre-productifs :

- Les critères tenant à l'occupation d'un emploi légal comportent un risque élevé d'être peu opérants pour atteindre l'objectif d'une réduction de l'emploi « au noir » et requièrent en outre une collaboration des employeurs qui n'est pas toujours acquise. De même, le choix de ce critère, lors de certaines des régularisations pratiquées au Portugal, en Espagne, en Grèce ou en Italie, semble avoir eu pour effet d'exclure de nombreux candidats à la régularisation ou, pire encore, de les renvoyer à terme vers l'emploi clandestin ;
- Les critères fondés sur l'ancienneté de résidence dans le pays ont pour objet de décourager, pendant et après la régularisation, les candidats extérieurs et de privilégier les immigrants pouvant présenter les meilleures chances d'intégration et d'accès à un emploi légal.
- La nature du titre accordé aux immigrés régularisés peut aussi influer sur le résultat de l'opération. Ainsi, la délivrance aux immigrés régularisés de permis temporaires ne garantit pas que la durée de leur séjour sera limitée : plus vraisemblablement, s'ils ne parviennent pas à trouver ou garder un emploi légal, ils retourneront vers l'emploi illégal, ce qui peut contribuer à expliquer le phénomène des « régularisations à répétition » que l'on observe dans certains Etats membres.

B- **La tendance de l'Union vers des régularisations ponctuelles**

Une étude réalisée en juin 2004 par la Commission européenne sur les liens entre immigration légale et immigration clandestine[1006] a souligné que les mesures de régularisations à grande échelle prises par certains Etats membres, si elles leurs avaient permis de régler les problèmes posés par la présence d'un grand nombre d'immigrés irréguliers sur leur territoire, ne semblaient cependant pas avoir d'effets à long terme sur la réduction de l'ampleur de l'immigration irrégulière et pouvaient même constituer pour celle-ci un facteur d'attraction supplémentaire.

[1006] - COM 2004 (412) final, 4juin 2004, *op.cit*., p.11.

La Commission soutenait donc l'idée selon laquelle les régularisations ne devraient pas être considérées comme un moyen de gérer les flux migratoires et relevait qu'en réalité elles apparaissaient souvent comme une conséquence négative de la politique d'immigration menée dans d'autres domaines. Autrement dit, en dépit de leur grande variété, les opérations de régularisation massives ou collectives ne semblent pas avoir fait la preuve qu'elles pouvaient apporter des solutions convaincantes aux problèmes de la résorption de l'immigration irrégulière ni de la lutte contre le travail clandestin, selon la Commission européenne.

En revanche, il est nécessaire de préserver la possibilité de recourir à des régularisations ponctuelles, qui peuvent s'avérer indispensables pour régler un certain nombre de situations inextricables ou prévenir les drames humains que peut engendrer l'inévitable complexité des règles de droit nationales et internationales régissant la situation des étrangers, sous réserve qu'elles ne puissent pas apparaître comme des incitations au séjour irrégulier ou au détournement de procédure.

Autrement dit, « *bien que les politiques de lutte contre l'immigration illégale doivent rester fermes, les politiques d'intégration ne peuvent déboucher sur une pleine réussite à moins que les problèmes entraînés par la présence de ce groupe de personnes ne soient abordés de manière adéquate et raisonnable* »[1007].

Ainsi, l'Union encourage les procédures de régularisations individuelles ou « au cas par cas », existant sous des formes diverses dans la plupart des pays ; il les considère souvent indispensables et ne présentent pas, dans un espace commun ouvert, les mêmes risques de déstabilisation et de transferts de population que les régularisations collectives[1008].

Un auteur a par ailleurs fort opportunément relevé que si « *l'intolérance à l'égard des étrangers n'est certes pas un phénomène nouveau, elle se développerait si la banalisation des processus de régularisation rendait floue, voire inexistante, la différence entre l'étranger en situation régulière et l'étranger hors la loi* »[1009].

L'équilibre entre la maîtrise des flux migratoires et le respect des personnes est particulièrement difficile à trouver. Une politique de régularisation est incontestablement plus

[1007] - Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, COM (2003) 0336 final, p. 20.
[1008] - *Ibid*.
[1009] - MALLOL (F.), « La régularisation du statut administratif des étrangers dépourvus de titres de séjour », *Recueil Dalloz*, chronique, 1997, p.84.

humaine et réaliste qu'une politique basée uniquement sur le renvoi des irréguliers. Comme le Parlement européen le demande[1010], elle doit nécessairement être équilibrée par une lutte intensive contre les organisateurs de filières afin d'éviter d'entretenir les flux d'entrée de nouveaux étrangers irréguliers[1011]. Même s'il doit être clair que certaines migrations incontrôlées persisteront dans une société libre.

En définitif, les politiques des régularisations mises en œuvre par les Etats membres font trop souvent l'objet de critiques justifiées. Il faut donc rappeler avec force que lorsqu'il décide de procéder à une opération de régularisation, l'Etat transforme des personnes « *d'objets de police*[1012] *en sujets de droit* »[1013] et, plutôt que de les abandonner à leur statut de paria, les appelle officiellement à s'intégrer à une société dont le mode d'organisation relève de sa responsabilité.

[1010] - Voyer notamment une résolution du 17 février 1998 dans laquelle le Parlement « prend acte du processus de régularisation des sans-papiers engagé dans certains Etats membres, engage tous les Etats membres à suivre cet exemple et à procéder à la régularisation des sans-papiers, dans le respect des droits de l'homme et des conventions internationales, estime nécessaire de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine, ses réseaux et ses trafiquants, et de combattre le travail clandestin, la menace de sanctions pénales dont ce délit est passible devant être telle qu'elle ait un effet dissuasif ».

[1011] - La Convention internationale des Nations Unies du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille prend également ces deux aspects en compte (voyez les articles 68 et 69).

[1012] - Il convient de ne pas oublier que les étrangers restent, même lorsqu'ils séjournent irrégulièrement sur le territoire d'un Etat, des personnes auxquelles on doit en principe reconnaître parmi les droits de l'homme ceux dont le bénéfice ne peut être soumis à une condition de légalité du séjour.

[1013] - MALLOL (F.), *op.cit*., p. 79.

Chapitre deuxième : L'exclusion des migrants irréguliers

Pierre angulaire de la politique européenne de migration et d'asile, le retour[1014] des étrangers en situation irrégulière est une priorité pour les Etats. Ceux qui ne remplissent pas les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire doivent le quitter. Le droit international ne conteste pas ce principe. Expression d'un attribut fondamental de la souveraineté territoriale, le retour relève, avant tout, de la compétence étatique.

Ainsi, les Etats membres ont développé des procédures de retour forcé ou volontaire. L'entraide entre eux en matière de reconduite ou d'expulsion semble être indispensable pour réaliser une politique commune européenne et ainsi combattre l'immigration « irrégulière».

Pourtant, la coopération entre les différents Etats membres est très délicate dans ces domaines. D'abord, la coopération a été envisagée par le groupe Schengen dans un cadre de droit international classique. Les Etats se sont accordés sur un « motif commun » pour reconduire à la frontière les étrangers « indésirables ». Cette « reconduite Schengen » est entrée en application avec la C.A.A.S. Ce premier essai commun montre l'ambition de l'U.E. de s'engager dans une politique de coordination des mesures d'éloignement des Etats membres. Ensuite, après une série de Recommandations, avec le Traité d'Amsterdam, une première directive relative à la reconnaissance mutuelle des mesures d'éloignement est entérinée en 2001. Il s'agit du premier acte communautaire en vue d'un « statut » de la sortie des étrangers. De cet ensemble d'initiatives communes, il se dégage une harmonisation minimale des procédures d'éloignement de l'étranger par l'adoption d'une directive en la matière dite : « la directive retour » **(section première)**.

A côté de l'harmonisation des procédures d'éloignement, les Etats membres se sont livrés, seuls, puis de façon plus au moins coordonnée, à la réadmission des étrangers. Aujourd'hui, on envisage une politique commune en matière d'accords de réadmission accompagnée d'une éventuelle politique européenne du retour volontaire afin d'accélérer les renvois des étrangers en situation irrégulière **(section deuxième)**.

[1014] - Le retour est définit comme : « *Le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer, que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé, dans son pays d'origine, ou un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis.* ». (Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348/98 24.12.2008, article 3.3). Cette définition concerne les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire des Etats, soit parce qu'ils sont entrés illégalement ou sont restés sur le territoire alors que leur visa ou leur permis de séjour était périmé, soit parce qu'ils ont finalement été déboutés de leur demande d'asile.

Section première : Des garanties minimales en cas d'éloignement des étrangers en situation irrégulière : La Directive « retour »

Toute politique migratoire répressive s'accompagne de règles relatives à l'éloignement des personnes ne remplissant pas ou ne remplissant plus les conditions d'entrée et de séjour sur un territoire déterminé[1015]. L'Union s'est donc engagée dans l'élaboration d'une politique du retour[1016] en tant que « partie intégrante »[1017] de la politique migratoire. Seulement, la politique de l'Union s'est développée de manière singulière. Tout d'abord, l'équilibre prôné à Tampere[1018] entre retour volontaire[1019] et retour forcé[1020] a progressivement tourné à l'avantage du retour forcé des ressortissants de pays tiers[1021] notamment par la conclusion d'accords de réadmission[1022]. Ensuite, la volonté d'obtenir des résultats concrets dans ce domaine a renvoyé l'action législative au second plan[1023]. Les premiers textes adoptés par l'Union ont eu pour objet de renforcer la coopération opérationnelle entre Etats membres[1024].

[1015] - Voir notamment, NASCIMBENE (B.) (ed), « L'éloignement et la détention des étrangers dans les Etats membres de l'Union européenne », GUILLERE Editore, Milan, 2001, p.602. La convention de Schengen avait justement rappelé cette logique dans son article 23, paragraphe 1er, en indiquant que « l'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions de court séjour applicables sur le territoire de l'une des Parties contractantes doit en principe quitter sans délai le territoire des Parties contractantes ».

[1016] - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2002) 564 final du 14.10.2002, sp.4.

[1017] - Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », COM (2001) 672 final du 15.11.2001, sp.27.

[1018] - « Le Conseil européen demande que l'aide aux pays d'origine et de transit soit accrue afin de faciliter les retours volontaires et de permettre aux autorités de ces pays de renforcer leurs moyens de combattre efficacement la traite des êtres humains et de satisfaire à leurs obligations en matière de réadmission à l'égard de l'Union et des Etats membres », Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, *Bull-CE* n°10-1999, pp.7-15, sp.11, point 26.

[1019] - « Le départ, assisté ou non, vers le pays d'origine, de transit ou un autre pays tiers, effectué de son plein gré par le candidat au retour », Proposition relative à un programme d'aide au retour*, Doc.14673/02* du 25 novembre 2002, sp.29.

[1020] - *Ibid,* p.29.

[1021] - Dès la mise en œuvre de la politique du retour, la Commission européenne abordait la thématique sous l'angle du retour forcé s'inspirant en cela du plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, *JOUE* C 142/23 du 14.06.2002

[1022] - « Le Conseil européen lance un appel au Conseil et à la Commission pour que, (…), ils accordent une priorité absolue aux mesures suivantes contenues dans le plan :
(…)
Accélérer la conclusion des accords de réadmission en cours de négociation et approuver de nouveaux mandats pour la négociation d'accords de réadmission avec les pays déjà identifiés par le Conseil », Paragraphe 30 des conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville, *Bull-CE* n°6-2002, p.12.

[1023] - « La plus haute priorité doit être accordée aux aspects pratiques et opérationnels de la coopération entre les Etats membres dans le domaine du retour, il conviendra d'examiner, lors de l'évaluation de cette coopération, s'il y a lieu de créer un cadre juridique adéquat à moyen et à long terme », Proposition relative à un programme d'aide au retour, *Doc. 14673/02* du 25 novembre 2002, sp. 11, point 15.

[1024] - Pour une analyse approfondie de cet aspect, voir en particulier LAFERRIERE (J.F.), JOUANT (N.), « L'éloignement des ressortissants des pays tiers », in LAFERRIERE (Fr.J.), LABAYLE (H.), EDSTROM (O.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après Amsterdam, op. cit.*, pp.207-213.

Ainsi, l'adoption d'une directive relative aux normes et procédures communes applicables au retour des étrangers[1025] a fait l'objet d'une médiatisation importante[1026]. Cette dernière était motivée tant par le fond du texte, la directive ayant notamment reçu le qualificatif de « directive de la honte »[1027], que par les conditions d'adoption puisque la directive a été adoptée conformément à la procédure de codécision[1028]. Sur le fond, la directive n'établit pas de « règles communes »[1029] et ne contribue pas à « codifier » un régime commun de l'éloignement.

En effet, la principale raison qui a conduit à l'élaboration de cette directive est la lutte contre l'immigration clandestine. Autrement dit, le texte n'organise que des garanties minimales[1030] pour les étrangers, la marge de manœuvre des Etats membres dans la mise en œuvre de la directive demeure importante, qu'il s'agisse de son champ d'application **(paragraphe premier)**, des décisions applicables au retour **(paragraphe deuxième)** ou encore de la rétention administrative **(paragraphe troisième)**.

Paragraphe premier : Un champ d'application accompagné de nombreuses incertitudes

Le champ d'application de la directive est en apparence clair mais présente en réalité un fort degré d'incertitude. La clarté résulte de l'article 2, paragraphe1er, qui prévoit que la directive « *s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre* ».

[1025] - Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatives aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JO* L. 348/98 du 24.12.2008.

[1026] - Voir notamment KAUFF-GAZIN (F.), « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », *Europe*, février 2009, pp. 3-6, sp.3.

[1027] - CARLIER (J.Y.), « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », *E.D.L.*, n° 26, mai 2008, pp.13-19, sp. 13.

[1028] - Pour une analyse du rôle du Parlement européen dans le processus d'adoption de la directive, voir ACOSTA (D.), « The Good, the Bad and the Ugly in EU Miration Law : is the European Parliament Becoming Bad and Ugly ? », *EJML 2009*, pp. 19-39.

[1029] - Contrairement à ce qu'affirme le point 20 du préambule de la directive 2008/115/CE « Etant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir établir des règles communes applicables au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et peut donc, en raison de ses dimensions et de ses effets, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

[1030] - Point 11 du préambule de la directive 2008/115/CE : « Il ya lieu d'arrêter un ensemble commun minimal de garanties juridiques, applicables aux décisions liées au retour, afin d'assurer une protection efficace des intérêts des personnes concernées (…) ».

Seulement, ce dispositif est accompagné de nombreuses incertitudes. La première concerne la définition du « séjour irrégulier ». Cette dernière ne concerne pas seulement le séjour mais également l'entrée sur le territoire. Si les conditions d'entrée sont définies par référence au Code communautaire Schengen, les « autres » conditions d'entrée et de séjour demeurent principalement[1031] régies par le droit national.

Ainsi, les Etats membres disposent de larges marges de manœuvre pour définir les critères et conditions de régularité du séjour et déterminer les personnes relevant du champ de la directive. Cette question est déterminante notamment lorsque la personne est en situation irrégulière mais ne peut être éloignée si cette mesure l'expose à des risques de torture ou traitement inhumain ou dégradant. Ainsi, « *il appartiendra aux droits nationaux de préciser ce qu'il faut entendre par séjour irrégulier* »[1032].

La seconde incertitude découle de la possibilité pour les Etats membres d'exclure du champ d'application de la directive les personnes appréhendées lors du franchissement de la frontière extérieure[1033]. Cette option permet d'exclure un nombre important de personnes de l'ensemble des garanties offertes par la directive[1034]. Elle risque d'affecter de manière significative les droits des demandeurs d'asile déboutés. Ceux-ci entrent souvent de manière irrégulière sur le territoire, parce qu'ils ne bénéficient que de peu de « canaux légaux » pour entrer sur le territoire de l'U.E. Le considérant 9 du préambule qui se réfère à la directive relative aux procédures ne précisant pas si l'entrée irrégulière des demandeurs d'asile sera sanctionnée par une possible exclusion du champ d'application de la directive. Il y a lieu de craindre que les demandeurs d'asile qui n'ont pas respecté la législation en matière d'entrée sur le territoire pourraient effectivement en être exclus s'ils se voient déboutés de leur demande.

[1031] -Exception faite des ressortissants de pays tiers couverts par des dispositions plus favorables du droit communautaire. Article 4, paragraphe2, de la directive 2008/115/CE « La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions qui relèvent de l'acquis communautaire en matière d'immigration et d'asile et qui s'avéreraient plus favorables pour le ressortissant d'un pays tiers ». En d'autres termes, les ressortissants de pays tiers peuvent invoquer les dispositions plus favorables contenues dans les directives relatives au regroupement familial, aux résidents de longue durée, aux chercheurs, aux étudiants, ou encore la directive « qualification » en matière d'asile. Voir à ce sujet, BALDACCINI (A.), « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *EJML*, *2009*, pp.1-17, sp. 4-5.

[1032] - KAUFF-GAZIN (F.), « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », *op. cit*., p.5.

[1033] - L'article 2 de la directive 2008/115/CE prévoit : « Les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers :
a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un Etat membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit Etat membre (…) ».

[1034] - Voir à ce sujet, BALDACCINI (A.), « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *op. cit*., p. 3.

L'introduction d'une disposition imposant aux Etats membres d'assurer un minimum de garanties aux personnes exclues du champ de la directive ne suffit pas à limiter les effets de l'exclusion[1035]. Cela implique néanmoins que des garanties importantes pourraient ne pas leur être applicables tels que les garanties juridictionnelles, les délais fixés dans le cadre de détention, le droit de se soumettre volontairement à une décision de retour, la référence à la vie familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant (même si le préambule évoque ces questions mais sans force contraignante). Pourtant, les droits et libertés consacrés par la CEDH sont reconnus, sans condition de nationalité, à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie. Toutes les catégories d'étrangers peuvent donc indistinctement s'en prévaloir. Il importe peu à cet égard que les personnes se trouvent ou non sur le territoire de l'Etat concerné en raison d'un acte ou d'une omission relevant de sa « juridiction » au sens de l'article 1er de la Convention[1036].

De plus, la jurisprudence de la Cour EDH a considéré que les Etats sont tenus à leurs obligations internationales, y compris dans les zones frontières[1037]. Ceci implique que la zone internationale n'a pas de statut extraterritorial et que les Etats ont le devoir d'y garantir l'exercice de tous les droits prévus par la CEDH.

En outre, l'article 2, paragraphe 2, b) de la directive permet aux Etats membres d'exclure de champ de la directive les ressortissants de pays tiers «*faisant l'objet d'une sanction pénale ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet d'une procédure d'extradition* ». Le phénomène de pénalisation de l'immigration irrégulière pourrait avoir pour effet concomitant de soustraire un nombre important de personnes du champ de la directive.

La directive s'applique également aux ressortissants de pays tiers qui ont porté atteinte à l'ordre public. L'exposé des motifs de la Commission prévoit que lorsqu'il est mis fin au séjour d'une personne pour des raisons d'ordre public, cette personne devient un ressortissant

[1035] - L'article 4, paragraphe 4, de la directive 2008/115/CE prévoit : « En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers exclus du champ d'application de la présente directive conformément à l'article 2, paragraphe 2, point a), les Etats membres :

a) veillent à ce que le traitement et le niveau de protection qui leur sont accordés ne soient pas moins favorables que ceux prévus à l'article 8, paragraphe 4et 5 (limitations du recours aux mesures coercitives), à l'article 9, paragraphe 2, point a) (report de l'éloignement), à l'article 14, paragraphe 1, point b) et d) (soins médicaux d'urgence et prise en considération des besoins des personnes vulnérables), ainsi qu'aux articles 16 et 17 (conditions de rétention), et

b) respectent le principe de non refoulement ».

[1036] - Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, *Droits et justice 46*, Bruylant, 2003, p. 17.

[1037] - CEDH, *Amuur c. France*, 19776/92, Recueil des jugements et des décisions, 1996-III, n°11, 25 juin 1996.

de pays tiers séjournant illégalement dans le territoire d'un Etat membre aux fins de cette directive et les règles de la directive devront être appliqués à cette personne.

Qu'il s'agisse de la définition de la régularité du séjour ou encore des personnes relevant du texte[1038], le champ d'application de la directive pourrait recevoir des applications largement différentiés dans les Etats membres.

Paragraphe deuxième : Les décisions de retour et/ou d'éloignement restent dépendantes de l'attitude des Etats membres

La directive 2008/115/CE établit les règles relatives aux décisions de retour **(A)** et prévoit également les cas dans lesquels ces décisions peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée sur le territoire des Etats membres **(B)**.

A- La décision de retour

L'article 6 paragraphe 1er, de la directive pose un principe, celui de l'adoption par les Etats membres d'une « *décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire* ». Toutefois, les paragraphes suivants organisent plusieurs dérogations à cette obligation et rendent le principe largement dépendant de l'attitude des Etats membres. Cela est principalement le cas du 4ème paragraphe qui les autorise à ne pas adopter de décision de retour pour des motifs « *charitables, humanitaires ou autres* ».

Toutefois, il est à noter que deux décisions sont prévues, l'une de retour (art. 6), l'autre d'éloignement (art.8). La décision de retour déclare « *illégal le séjour* » et impose ou énonce « *une obligation de retour* » (art. 3, d) alors que la décision d'éloignement ordonne l'éloignement. La distinction en deux étapes tend à promouvoir le départ volontaire qui s'insère entre les deux.

[1038] - Le préambule de la directive prévoit opportunément que les demandeurs d'asile ne peuvent être considérés comme en séjour irrégulier. Point 9 du préambule de la directive 2008/115/CE prévoit : « Conformément à la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, le ressortissant d'un pays tiers qui a demandé l'asile dans un Etat membre ne devrait pas être considéré comme étant en séjour irrégulier sur le territoire de cet Etat membre avant qu'une décision négative sur sa demande ou une décision mettant fin à son droit de séjour en tant que demandeur d'asile soit entrée en vigueur ». Sur les craintes qui avaient été formulées lors de la négociation au sujet des demandeurs d'asile, voir en particulier, Amnesty International « Returning « irregular » migrants : the human rights perspective. Amnesty International's comments on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, COM (2005) 391final », May 2006, p.11.

Ainsi, l'article 7 indique que la décision de retour prévoit « *un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire* ». Cette disposition a le mérite de préciser un délai minimum permettant d'organiser le retour, ce qui constitue une garantie pour les personnes concernées.

L'article 7 prévoit en outre la possibilité de prolonger le délai de départ volontaire en tenant notamment compte de « *la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux* ».

Même si les conditions de prolongation sont mentionnées à titre indicatif, la possibilité d'étendre la période de retour volontaire est importante au regard de certaines situations particulières[1039].

En revanche, les Etats membres sont autorisés lorsqu'il existe un risque de fuite à encadrer les conditions d'exercice du retour volontaire[1040]. Ils peuvent également, pour une raison identique ou pour des raisons d'ordre public refuser l'octroi d'un délai pour le retour volontaire[1041].

En tout état de cause, les Etats membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter les décisions de retour lorsque l'obligation de retour volontaire n'a pas été respectée ou lorsqu'elle n'a pas été accordée, réserve faite des cas dans lesquels la mesure d'éloignement doit ou peut être reportée[1042]. Cela comprend notamment la possibilité d'user de mesures coercitives mais, précise le texte, « en dernier ressort »[1043]. Dans ce cas, « *les mesures sont proportionnées et ne comportent pas l'usage de la force allant au-delà du raisonnable* ».

Si la directive mentionne dans le préambule les « *principes directeurs sur le retour forcé* » adoptés par le Conseil de l'Europe[1044], l'article 8 indique que les Etats membres tiennent compte des orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations

[1039] - Comme le soulignait la House of Lords, l'organisation du départ volontaire peut être compliquée pour certaines personnes, « Illegal Migrants : proposals for a common EU returns policy », House of Lords, HL Paper 166, European Union Committee, Report with Evidence, 32nd Report of Session 2005-2006, 9 May 2006, 203 p. sp. 49.
[1040] - L'article 7, paragraphe 3 de la directive prévoit : « Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire ».
[1041] - L'article 7, paragraphe 4, de la directive prévoit : « S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les Etats membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours ».
[1042] - Article 9 de la directive 2008/115/CE.
[1043] - Article 8, paragraphe 4, de la directive 2008/115/CE.
[1044] - Point 3 du préambule de la directive.

d'éloignement annexées à la décision 2004/573/CE[1045]. Si ces deux dispositifs n'ont aucune valeur contraignante, l'obligation de respecter les droits fondamentaux et la dignité humaine encadre l'action des autorités nationales et les soumet au contrôle du juge national et européen.

B- L'interdiction d'entrée :

Les décisions de retour « *sont assorties d'une interdiction d'entrée* » d'une durée de cinq ans au maximum, sur l'ensemble du territoire de l'Union[1046]. Cette disposition constitue l'une des dispositions les plus contestées de la directive[1047].

Destinée à conférer une dimension européenne aux effets des mesures nationales de retour[1048], cette disposition met en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine du retour. Elle se définit comme « une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des Etats membres pendant une durée déterminée ».

L'article 11 de la directive détermine les conditions d'adoption de l'interdiction d'entrée. Elle accompagne les décisions de retour si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée. La directive indique que dans les autres cas, « *les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée* ». Elle prévoit toutefois une protection pour les personnes victimes de la traite des êtres humains auxquelles un titre de séjour a été délivré. Ces dernières ne peuvent sous certaines conditions faire l'objet d'une interdiction d'entrée.

Concernant la durée de l'interdiction, la directive se contente de fixer une durée de « principe » de cinq ans pouvant être dépassée pour des raisons d'ordre public. Là encore, la précision ne constitue pas une qualité du texte sauf à rechercher des éléments d'explication dans le préambule[1049]. En ce qui concerne la levée ou la suspension d'une interdiction d'entrée, la directive reste très large dans la mesure où les Etats membres peuvent y procéder.

[1045] - Décision 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou plus, JO L 261/28 du 06.08.2004.

[1046] - Article 11 de la directive 2008/115/CE.

[1047] - Voir notamment, Amnesty International « Returning « irregular » migrants : the human rights perspective. Amnesty International's comments on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third country nationals, *op. cit*. p.11.

[1048] - Point 14 du préambule de la directive 2008/115/CE.

[1049] - Point 14 du préambule de la directive 2008/115/CE prévoit : « (…) La durée de l'interdiction d'entrée devrait être fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas et ne devrait normalement pas dépasser cinq ans. Dans ce contexte, il convient de tenir particulièrement compte du fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers à déjà fait l'objet de plus d'une décision de retour ou d'éloignement ou qu'il a déjà pénétré sur le territoire d'un Etat membre alors qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée ».

En fin de compte, le dispositif relatif à l'interdiction d'entrée préserve la liberté de choix des Etats membres.

L'interdiction d'entrée a pour principal effet d'introduire une « double sanction »[1050] dans le droit de l'Union de l'immigration. Critiquable sur le plan des principes, cette « double sanction » n'est toutefois pas condamnée par la Cour EDH[1051], mais n'est pas partagée par l'ensemble des Etats membres[1052].

En pratique, ce dispositif a des effets négatifs pour les étrangers désirant emprunter la voie légale d'immigration ou faire valoir leurs droits, comme les bénéficiaires du droit au regroupement familial ou encore les demandeurs d'asile[1053].

Ainsi, cette disposition instituée dans un but préventif[1054] a finalement pour effet d'augmenter le cercle de l'immigration irrégulière pour les personnes ayant été bannies et pour lesquelles l'entrée illégale demeure la seule option possible[1055].

En outre, et malgré les précautions introduites au regard de la protection internationale[1056], l'interdiction d'entrée ne prend pas en compte les possibles changements de situation intervenant dans les pays d'origine et peut constituer un obstacle important pour les demandeurs de la protection internationale.

Ainsi, controversée lors de son adoption, cette disposition risque de l'être tout autant lors de sa mise en œuvre compte tenu des latitudes laissées aux Etats membres et de l'encadrement juridique incertain. Dans ce contexte, l'article 5 de la directive qui impose aux Etats membres de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, de l'état de santé de la personne concernée ainsi que du principe de non-refoulement lors de l'application de la directive constituera une disposition clé de l'interprétation des marges de manœuvre des Etats membres.

1050 - CARLIER (J. –Y.), La directive retour et le respect des droits fondamentaux, *op. cit*., p. 17.
1051 - CEDH, 18 octobre 2006, *Uner c/Pays Bas*, req. n° 46410/99.
1052 - Voir à ce titre, CARLIER (J. –Y.), La directive retour et le respect des droits fondamentaux, *op. cit*., p. 17.
1053 - Voir notamment, FLAMAND (C.), « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », *RDE*, 2008, n°148, pp.177-192, sp. 184.
1054 - L'effet préventif valant à la fois pour les migrants eux-mêmes et les filières de passeurs qui organisent les flux d'immigration illégale. Voir sur ce point FAULL (J.) (oral evidence) in « Illegal Migrants : proposals for a common EU returns policy », *House of Lords*, HL Paper 166, European Union Committee, Report with Evidence, 32 nd Report of Session 2005-06, 9 May 2006, 230 p. sp. 153.
1055 - BALDACCINI (A.), « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *op. cit*., p. 9.
1056 - Article 11, paragraphe 5, de la directive 2008/115/CE.

Paragraphe troisième : les garanties et les contraintes à l'occasion de l'exécution des décisions d'éloignement

Bien que le droit international n'interdise pas la rétention[1057], il a néanmoins été considéré au sujet de la directive que « *sa plus grande nocivité est certainement (...) de légitimer, légaliser et banaliser le recours à l'internement administratif qui pourrait devenir un mode de gestion de l'immigration* »[1058]. Consacrant au plan de l'UE une pratique largement développée dans les Etats membres, la directive encadre la procédure de placement en rétention **(A)** et prévoit un certain nombre de garanties **(B)**.

A- Les contraintes et la rétention :

La détention cristallise la tension entre le pouvoir discrétionnaire étatique de priver l'étranger en situation irrégulière de sa liberté et les décisions des tribunaux qui imposent le respect des droits humain. D'après Catherine Teitgen-Colly, « *si les exigences de souveraineté fondent un régime spécifique de détention des étrangers reposant sur leur seule qualité d'étrangers, le principe d'universalité des droits commande en revanche que leur détention obéisse à un certain nombre de règles communes à l'étranger et au national. Pour être ainsi spécifique dans son principe et banalisée dans sa pratique, la détention des étrangers reste encadrée par le droit* »[1059].

A cet égard, les Etats membres peuvent selon l'article 15 de la directive placer en rétention des ressortissants de pays tiers afin de préparer leur retour et/ou leur éloignement. Cette possibilité peut être mise en œuvre, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées[1060], en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant de pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement[1061].

[1057] - Voir à ce sujet, VOHRA (S.), « Detention of Irregular Migrants and Asylym Seekers » in CHOLEWINSKI (R.), PERRUCHOUD (R.) et MAC DONALD (E.) (edited by) *« International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges »*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007, 492 p., pp.49-69, sp.49.

[1058] - KAUFF-GAZIN (F.), « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », *op. cit*., p.4.

[1059] - TEITGEN-COLLY (C.), « La détention des étrangers et les droits de l'homme », dans Vincent CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.571.

[1060] - Comme le rappelle le principe n° 6 des principes directeurs adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, « Principe 6. Conditions autorisant une décision de placement en détention : Une personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement ne peut être privée de sa liberté, en vue de l'exécution de cette décision, qu'en conformité avec une procédure prévue par la loi, et seulement si, après un examen rigoureux et individuel de la nécessité de privation de liberté, les autorités de l'Etat d'accueil ont conclu que l'exécution de la décision ne serait pas assurée de manière aussi efficace en recourant à des mesures non privatives de liberté telles que la surveillance, l'obligation de se signaler régulièrement auprès des autorités, la liberté sous caution ou d'autres moyens de contrôle », « Vingt

Toutefois, l'article 15 de la directive pose à la durée de rétention des limites qui sont pour les unes relatives et pour les autres absolues. En effet, « *toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise* ».

En outre, la durée de rétention ne peut être supérieure à six mois, ceci étant assorti d'une possibilité de prolongation pour une durée ne pouvant pas dépasser 12 mois supplémentaires ; la lecture combinée des paragraphes 5 et 6 de l'article 15 limite donc la rétention de manière absolue à une période maximale de 18 mois[1062]. De telles prescriptions découlent de la nécessité d'apprécier la durée acceptable de rétention à l'aune des conditions de cette rétention.[1063] C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour EDH aux termes duquel la Roumanie est condamnée du fait de la rétention pendant trois ans et cinq mois dans le centre de rétention de l'aéroport de Bucarest Otopeni d'un homme déclaré « indésirable » mais « inexpulsable » : l'inadéquation du lieu de détention « *aux besoins d'un séjour de plusieurs années…pose en soi des problèmes sous l'angle de l'article 3 de la Convention* »[1064]. Car souvent les centres pour migrants en situation irrégulière et demandeurs d'asile[1065] offrent des conditions d'accueil que le juge de Strasbourg assimile à des traitements inhumains et dégradants.

---

principes directeurs sur le retour forcé », adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005 lors de la 925ème session des Délégués des Ministres.

[1061] - Le point 16 du préambule de la directive 2008/115/CE limite la rétention à ces deux situations et soumet par ailleurs son régime au principe de proportionnalité. Cet encadrement devant jouer un rôle important dans l'interprétation de la mise en œuvre de la rétention. Il indique « Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas ».

[1062] - Article 15 paragraphe 6 de la directive prévoit : « Les Etats membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaire, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison :

a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou

b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ».

[1063] - A la lecture du rapport établi à la demande du Parlement européen en décembre 2007 sur les conditions des ressortissants des pays tiers retenus dans des centres de rétention(IP/C/LIBE/IC/2006-181), les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière et des demandeurs d'asile y sont pour le moins peu respectés. Les impératifs de la lutte contre le terrorisme ont en effet passablement affirmé les accents sécuritaires de la politique européenne d'immigration et d'asile, à la faveur des orientations données par le Conseil européen de Séville de 2002, le programme de La Haye de 2004, et le pacte européen adopté en octobre 2008.

[1064] - CEDH, 3ème sect. 12 janvier 2010, *AL-Agha c. /Roumanie*, requête n°40933/02, § 66.

[1065] - Il existe en Europe 224 centres fermés de rétention pour 30871 places au total ; de nombreux autres centres sont de plus en plus en construction. Qu'ils soient appelés centres de réception, d'identification, de détention, d'internement, de renvoi, de rétention comme en France, voire de déportation pour douze d'entre eux en Pologne, les centres fermés pour migrants en situation irrégulière et demandeurs d'asile prolifèrent. Ils se concentrent le long des frontières méridionales et orientales de l'Europe ; et même dans les pays voisins : Biélorussie, Moldavie, Ukraine, Turquie. En effet, une carte des centres fermés pour migrants, établie à partir des rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), du UNHCR et de la Cimade, est disponible à l'adresse : http://www.migreurop.org/IMG/pdf/L_Europe_des_camps-2009-RF.pdf ; voir également CLOCHARD (O.) (éd.), Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires, Armand Colin, 2009, p.144.

De plus, la CJCE, dans un arrêt Said Shamilovich Kadzoev du 30 novembre 2009 (C-357/09 PPU), a affirmé que la rétention des migrants en situation irrégulière doit cesser dès que la durée maximale de 18 mois est atteinte, ou dès qu'il n'existe plus de « perspective raisonnable d'éloignement ». A de telles limites absolue et relative imposées à la rétention, vient répondre de manière logique l'exigence de libération immédiate du migrant.

Ces délais de rétention ont donc été très largement critiqués par les organisations opposées à l'adoption de la directive notamment au regard de leur longueur. Toutefois, cette critique doit être relativisée parce qu'en juin 2008, et sur 27 Etats membres, 13 prévoyaient des périodes de rétention inférieure ou égale à 6 mois[1066]. Les autres Etats membres prévoyaient des périodes supérieures allant de 8 mois de rétention à l'absence de règles dans ce domaine permettant ainsi pour certains Etats membres une détention illimitée. Désormais, la directive limite la durée de rétention administrative pour certains Etats membres et institue des délais pour d'autres[1067].

La seconde crainte formulée par les opposants au texte résultait de la possibilité pour les Etats membres de relever de manière importante les périodes de rétention.

En tout état de cause, si la directive procède à une harmonisation des durées de rétention, une privation de liberté d'une durée de 6 mois apparaît excessive pour des personnes dont la seule responsabilité est d'avoir violé les règles relatives à l'entrée et au séjour. Cette remarque est par ailleurs renforcée par la disproportion qui existe entre les règles nationales en matière de durée de rétention. En effet, comment justifier un délai de rétention de 6 mois dans un Etat membre lorsque le délai maximal de rétention est de 32 jours en France ?

Dans ce contexte, l'obligation imposée par la directive de procéder au contrôle de la légalité et de la nécessité de la rétention constitue une garantie minimale dans la mesure où la décision de placement en rétention doit être ordonnée par écrit par les autorités administratives ou judiciaires. Lorsque le placement est ordonné par une autorité administrative, la directive impose aux Etats membres d'organiser un contrôle judiciaire ou de permettre à la personne concernée d'introduire une procédure visant à contrôler la légalité de la rétention.

[1066] - Voir le tableau reproduit dans un communiqué de presse publié par ECRE. ECRE « Returns Directive : EU fails to uphold Human Rights », Press Release, 18 june 2008.

[1067] - Voir sur ce point, Proposition de résolution du Sénat déposée le 11 juillet 2006 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier ; MARIANI (T.), Rapport d'information *sur la politique européenne d'immigration*, Assemblée nationale, Rapport n° 3042, 12 avril 2006, p. 171, sp.25.

La directive prévoit en outre que la légalité de la rétention doit faire l'objet d'un contrôle à intervalles réguliers à la demande de la personne concernée ou d'office. Mais, elle ne détermine pas précisément la fréquence des contrôles à exercer.

B- Les garanties juridictionnelles et procédurales :

A l'occasion de l'exécution des décisions de retour et, surtout d'éloignement, l'étranger peut bénéficier de mesures positives par les garanties procédurales imposées par la directive **(1)** et aussi par voie de report et de recours **(2).**

1- Les garanties procédurales imposées par la directive

Le chapitre III de la directive porte sur les garanties procédurales. Les décisions de retour, éventuellement assorties d'une interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont notifiées par écrit, indiquent les motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles. La motivation en fait peut être limitée, notamment pour sauvegarder l'ordre public.

S'il souhaite une traduction de la décision, l'étranger doit demander une traduction écrite ou orale des principaux éléments des décisions liées au retour dans une langue que l'étranger comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend. Il eut probablement été préférable à cet égard de préciser que la décision de retour soit notifiée dans une langue que l'intéressé comprend et que l'intégralité de la motivation lui soit traduite, ceci pour sauvegarder les droits de la défense[1068].

Ces garanties ne sont pas applicables aux étrangers exclus du champ d'application de la directive par les Etats membres en cas d'entrée illégale sur leur territoire et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation d'y séjourner. La forme que peut prendre la décision d'éloignement les concernant est un formulaire dont le modèle est prévu par la législation nationale. Une information générale expliquant les principaux éléments du formulaire type est donnée dans au moins cinq langues les plus fréquemment utilisées ou comprises par les migrants irréguliers entrant dans les Etats membres concernés.

Ceci implique que certains étrangers en séjour irrégulier ne pourront bénéficier d'une traduction des motifs de la décision d'éloignement ou ne comprendront pas l'information

[1068] - Observatoire de l'UNHCR sur la proposition de la Commission européenne de directive *relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, COM (2005) 391 final, UNHCR, 16 décembre 2005, p. 6.

relative aux voies de recours. Cela risque de compromettre la possibilité d'introduire un recours et peut avoir des conséquences particulièrement négatives pour les demandeurs d'asile dont la demande aurait été refusée pour des raisons techniques ou purement formelles.

2- **Report et recours**

La directive instaure un contrôle juridictionnel de la mesure de détention qui sera obligatoire si la décision a été prise par une autorité administrative (article 15.2). Comme le note Jean-Yves Carlier, « *dans la mesure où les conditions de proportionnalité de cette rétention doivent être expressément soumises à un contrôle juridictionnel régulier, il y a ici, du point de vue des droits fondamentaux, une innovation importante par rapport à la législation de plusieurs Etats membres qui ne permettent qu'un contrôle de stricte légalité de la privation de liberté au regard de la mesure d'éloignement, sans contrôle possible de son opportunité. (...) Dès l'instant où un tel contrôle est admis, le débat animé sur le délai maximum de privation de liberté paraît de moindre importance. Il reste qu'afin d'éviter des interprétations de proportionnalité trop divergentes de pays à pays et de juge à juge, il est bon d'inscrire une durée maximale* »[1069].

Ainsi, la directive prévoit que les ressortissants d'Etats tiers se trouvant en situation irrégulière disposent d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions de retour. Il s'agit d'une voie de recours auprès d'une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente, composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance. La directive prévoit que cette instance doit pouvoir suspendre temporairement l'exécution de la mesure.

Cette garantie fondamentale n'est pas prévue pour les personnes exclues du champ d'application de la directive. Le droit à un recours se fonde pourtant sur l'article 13 de la CEDH. Ces droits fondamentaux s'appliquent à toute personnes, peu importe le caractère régulier ou non de leur entrée sur le territoire comme l'a confirmé la jurisprudence de la Cour EDH dans l'arrêt Gebremedhin[1070]. Dans cet arrêt, le droit au recours effectif est réaffirmé à l'égard d'un ressortissant d'un Etat tiers qui avait fait l'objet d'un refus d'admission sur le territoire, en combinaison avec l'article 3 de la CEDH[1071].

[1069] - CARLIER (J.-Y.), « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », (2008), 28 *Europe des Libertés*, 13, 18.

[1070] - CEDH, *Gebremedhin c. France*, requête n° 25389/05, 26 avril 2006, *RDE* n°143, p.193.

[1071] - En se référant à la jurisprudence de l'arrêt *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000 (n°40035/98), CEDH, §448, la Cour estime qu' « il ressort de la jurisprudence que le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention doit impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une instance nationale ».

Aussi, dans l'arrêt Singh et autres c. Belgique[1072], la Cour E.D.H. s'est penchée sur l'examen mené par les instances d'asile belges dans le cadre d'une demande de protection internationale. Elle en dégage une lacune majeure en l'espèce : il n'a pas été procédé à un examen du risque sous l'angle de l'article 3 CEDH. Un poids trop important a été accordé à des considérations, qui, quoique « légitime », ne devaient à elles seules occulter l'examen des risques sous l'angle de l'article 3 CEDH. Un examen « rigoureux et approfondi » du risque est une condition au recours effectif. Dès lors que cette condition n'est pas remplie, la Cour constate une violation de l'article 13 CEDH (combiné avec l'article 3 CEDH).

On peut déduire de grandes lignes de cet arrêt. Du point de vue de l'espèce, il n'y a pas eu d'examen du risque en cas de retour vers le pays d'origine des demandeurs d'asile, dans le cadre d'une procédure accélérée. La Cour dénonce indirectement cette pratique des instances de l'asile qui consiste à examiner la crainte à l'égard du dernier pays de séjour, en cas de doute ou

[1072] - CEDH, 2octobre 2012, *aff. Singh et autres c. Belgique*, requête n° 33210/11. Les faits de l'espèce consistent que les requérants, parents et enfants, de nationalité afghane et d'origine de la minorité sikhe, ont fuit l'Afghanistan en 1992 pour l'Inde, en raison de la guerre civile et de persécutions contre la minorité sikhe. Sous mandat HCR en Inde à compter de 1993, Monsieur Singh a travaillé à Moscou jusqu'à la fermeture du marché en 2009. La famille rentre à Kaboul où elle ne se sent pas en sécurité. Elle fui de nouveau son pays, via Moscou, et arrive en Belgique en mars 2011. Elle présente à la police des frontières les « taskaras » originales (attestation d'identité afghane), une copie des passeports afghans et d'un visa russe. L'Office des étrangers (OE) refuse leur entrée et prend le 19 mars une décision de refoulement pour défaut de présentation des documents requis.

Les requérants introduisent une demande d'asile à la frontière (article 50 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 31 décembre 1980, p. 14584) traitée dans le cadre d'une procédure accèlérée en raison de leur détention (article 39/77 de la loi du 15 décembre 1980) possible en cas de non présentation des documents requis (article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980). Le 13 avril, le Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (CGRA) examine la demande, sur la base des documents présentés à la frontière, et refuse le statut de réfugié et la protection subsidiaire, pour manque de preuve quant à leur nationalité et de crédibilité de leur récit. Un recours de plein contentieux est introduit auprés du Conseil du Contentieux des Etrangers (CCE). A l'appui de leurs recours, les requérants transmettent de nouveaux documents : correspondance électronique du partenaire officiel du HCR en Belgique (Comité belge d'aide aux réfugiés – CBAR) avec le bureau HCR de New Delhi attestant de leur ancien enregistrement comme réfugiés sous mandat du HCR en Inde et de ce que la requérante y avait introduit une demande de naturalisation avec un passeport afghan valide. Des rapports d'ONG seront également joints sur les craintes de persécution en Afghanistan et le risque de refoulement des demandeurs d'asile en transit via Moscou.

Le 24 mai, le CCE (chambre néerlandophone) rejette la requête. Il confirme la motivation de la décision de refus et le degré d'instruction du CGRA. Le CCE considère que les requérants sont en défaut de prouver leur nationalité ainsi que la réalité de la protection qui avait été accordée par le HCR en Inde. Sur ce dernier point, le CCE juge que les nouveaux documents produits- via le CBAR en provenance du bureau du HCR à New Delhi- n'ont pas de force probante, ils seraient « facilement falsifiables ». Pour le CCE, le seul élément incontestable est le séjour en Inde et la crainte de persécution doit être examinée vis-à-vis de ce pays, qu'ils auraient quitté pour des questions « socio-économiques ». Du fait de ce rejet, la décision de refoulement devient exécutoire et l'office des étrangers (OE) fixe une date de rapatriement vers Moscou le 30 mai 2011, en application de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale de 7 décembre 1944.

Le même jour, les requérants saisissent la Cour EDH d'une demande de mesures provisoires de l'article 39 du Règlement intérieur en vue de suspendre le rapatriement. La Cour accorde ces mesures le temps de la procédure au fond. La famille Singh est libérée et autorisée à entrer en Belgique le 31 mai 2011, mais reste sous le coup d'un ordre de quitter le territoire. Un pourvoi en cassation administrative est introduit contre l'arrêt du CCE que le Conseil d'Etat déclare irrecevable le 8 juillet 2011.

d'insuffisance de preuve sur la nationalité, même si le pays d'origine dont il est question est dans une situation d'insécurité avérée. Il est reproché aux instances nationales, dans cette logique, d'avoir écarté des éléments essentiels de la demande sans justification suffisante.

D'un point de vue plus général, l'arrêt de la Cour précise l'intensité de l'examen qui doit être mené pour satisfaire aux exigences du recours effectif. L'effectivité des voies de recours internes ouvertes à certains demandeurs de protection en Belgique est de nouveau[1073] contestée. La procédure d'asile en Belgique doit tenir compte de ces exigences pour être en conformité avec le droit de la C.E.D.H.

Enfin, la jurisprudence de la C.J.U.E peut être rapprochée de l'arrêt *Singh*. Dans son arrêt H.I.D[1074], la CJUE précise l'exigence d'un « *examen équitable et complet* » de la demande d'asile, en l'espèce traitée prioritairement, qui doit comprendre une analyse des risques en cas de retour et un contrôle étendu du juge[1075].

Ceci confirme que la directive ne peut priver des ressortissants des Etats tiers, même entrées illégalement sur le territoire, de l'exercice de droits fondamentaux prévus par la Convention. La directive, en écartant du bénéfice de cette disposition les ressortissants d'Etats tiers entrés irrégulièrement sur le territoire, se met en porte-à-faux avec cette jurisprudence.

Toutefois, la directive prévoit que le ressortissant d'un pays tiers a la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation en justice et en cas de besoin, une assistance linguistique.

Elle stipule que les Etats membres veillent à ce que l'assistance judiciaire et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement conformément à la législation ou à la réglementation nationale en vigueur en matière d'assistance judiciaire et peuvent prévoir que l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuite sont soumises aux conditions énoncées à l'article 15, paragraphe 3 à 6, de la directive 2005/85/CE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres. Pour aider les Etats réticents à cette ouverture, un délai de transposition d'une

[1073] - Comme évoqué supra, l'arrêt M.S.S. concernait déjà un demandeur d'asile afghan confronté à une décision de renvoi vers la Grèce, en application du Règlement « Dublin II », avec des risques de refoulement indirect. La Cour avait constaté le défaut d'effectivité des voies de recours ouvertes au requérant. Pour plus de détails voir *aff. M.S.S. c. Belgique et Grèce*, op. cit.

[1074]- CJUE, *H.I.D. et B.A. c. Irlande*, 31 janvier 2013, C-175/11.

[1075] - Dans son arrêt H.I.D. précité, la CJUE s'est prononcée en matière d'asile, sur l'application des articles 23 (procédure accélérée ou prioritaire) et 39 (droit un recours effectif) de la directive procédure. Elle précise les garanties entourant l'examen de toute demande d'asile, même si la procédure est accéléré : « un délai suffisant pour rassembler et présenter les éléments nécessaires pour étayer leur demande » et « un examen équitable et complet de ces demandes » comprenant une analyse « des dangers » en cas de retour dans leur pays d'origine (point 75). Elle se prononce sur les exigences du droit au recours effectif au sens de l'article 39 de la directive procédure.

année supplémentaire (trois ans au lieu de deux) est prévu sur ce point[1076] et la Commission s'engageait à libérer des fonds dans le cadre du Fonds européen pour le retour.

En plus, et au-delà des garanties de contrôle juridictionnel, la directive impose quelques obligations aux Etats membres. Elles concernent tout d'abord les conditions de la rétention qui doit s'effectuer « en règle générale » dans des centres spécialisés[1077]. Les informations portant sur le lieu de rétention, les droits et les devoirs doivent systématiquement être communiquées aux personnes retenues[1078]. Dans ces lieux de rétention, les contacts sont autorisés avec des représentants légaux, les membres de la famille ou les autorités consulaires compétentes. La visite des organisations et instances nationales et non gouvernementales compétentes sont également possibles mais peuvent toutefois être soumises à autorisation.

L'article 17 de la directive établit les règles applicables à la rétention des mineurs et des familles. Ces derniers doivent être placés en rétention « en dernier ressort ». Les familles doivent bénéficier d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate et les mineurs doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs et avoir en fonction de la durée de leur séjour accès à l'éducation. Les mineurs non accompagnés doivent dans la mesure du possible bénéficier d'un hébergement dans des institutions bénéficiant d'un personnel et des installations adaptées. Ces garanties sont rédigées de manière peu précise. Cependant, l'article 17, paragraphe 5, rappelle de manière très claire que « *l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement* ».

Aussi, il est à noter que les Etats ont l'obligation de reporter l'éloignement en cas de risque de violation du principe de non refoulement ou tant que l'effet suspensif est accordé dans le cadre du recours juridictionnel. Le principe du report de l'éloignement en cas de risque de violation du principe de non refoulement semble être une évidence et sa mention (art.9) peut apparaître comme superflue, tant ce principe est ancré en droit international.

Enfin, les Etats peuvent décider de reporter l'éloignement pour une période appropriée en fonction des circonstances particulières de chaque cas et notamment de l'état physique ou mental de la personne ou de motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport

[1076] -Art. 20 de la directive 2008/115/CE.
[1077] - Art. 16, paragraphe 1er, de la directive 2008/115/CE « La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un Etat membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun ».
[1078] - Art. 16, paragraphe 5, de la directive 2008/115/CE.

ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification. Dans le cadre du report de l'éloignement, le ressortissant de l'Etat tiers peut se voir imposer les mesures permettant d'éviter les risques de fuites, tels que l'obligation de présentation ou le dépôt d'une caution financière.

Cette directive apparaît comme le résultat d'un compromis entre les Etats membres et fut l'objet d'une épreuve de force entre le Parlement européen et le Conseil. En final, le préambule et l'annexe contiennent un grand nombre de bonnes intentions quant à l'interprétation de la directive alors que le corps du texte est quant à lui sujet à de multiples interprétations, ce qui le rend particulièrement complexe.

Section deuxième : L'accélération des renvois des étrangers en situation irrégulière :

La réadmission est une façon de renvoyer l'étranger du territoire d'un Etat grâce au concours d'un Etat différent de celui qui procède à l'éloignement. L'Etat membre peut réadmettre à la frontière, un ressortissant de pays tiers sans titre de circulation. L'ensemble des Etats membres a ainsi conclu de nombreux accords de réadmission. Par souci d'efficacité, ils ont décidé de mettre leurs procédures de réadmission en commun **(paragraphe premier)**, ce qui va aboutir à l'accélération des renvois des étrangers en séjour irrégulier. Au côté de cette politique de réadmission, l'U.E tente de développer une politique alternative, fondée sur le retour volontaire des étrangers dans leur pays d'origine **(paragraphe deuxième)**.

Paragraphe premier : La réadmission comme instrument prioritaire de la politique du retour

Le terme générique de « retour » recoupe deux situations distinctes : le retour forcé et le retour volontaire. L'expulsion des étrangers indésirables correspond à la logique des retours forcés. Ces derniers sont la conséquence du droit des Etats à déterminer les conditions d'entrée et de séjour sur leur territoire qui implique un droit corollaire à remettre en cause la présence d'un étranger sur ce territoire lorsque les conditions d'ad mission ou de séjour ne sont pas ou

plus réunies, ou si des exigences d'ordre public le justifient[1079]. Il s'agit d'une manifestation de la souveraineté des Etats.

La coopération avec les Etats tiers est un composant essentiel de la politique européenne de retour. Elle en est aussi le plus complexe, puis qu'elle nécessite le déploiement des dispositifs juridiques et administratifs au-delà des frontières extérieures de l'Union. Ce processus entraîne une harmonisation des politiques des Etats tiers qui, à son tour, a des répercussions importantes sur les droits humains des migrants irréguliers. En outre, l'externalisation de la politique de l'Union implique un transfert de responsabilité des Etats membres de l'Union vers les pays tiers, en matière de contrôle migratoire et le traitement des demandes d'asile.

Ainsi, des stratégies sont développées afin d'assurer que les Etats tiers prennent activement part à diverses mesures facilitant les renvois. L'Union contribue aux efforts de ses Etats membres en offrant un cadre institutionnalisé de négociations et surtout, un forum de pression collective. La coopération avec les Etats tiers se déploie sur deux principaux axes : les programmes d'aide **(A)** et les accords de réadmission **(B)**.

A- Les programmes d'aide visant à augmenter la capacité opérationnelle des Etats tiers

La philosophie du dispositif mis en place est facilement identifiable : dès 1994, la Commission a souligné qu'il était indispensable de coopérer avec les principaux Etats tiers qui génèrent des migrations à destination de l'UE pour réduire la pression migratoire sur cette dernière[1080] et combattre, par la même occasion, le phénomène de l'immigration clandestine[1081].

Elle a par la suite constamment réaffirmé que des mesures devaient être « *mises en œuvre au début de la chaîne de migration, par la promotion de la paix, de la stabilité politique, des droits de l'homme, des principes démocratiques ainsi que d'un développement économique, social et environnemental durable dans les pays d'origine* »[1082]. La plupart des instruments dont dispose l'UE en matière de relations extérieures ont été mis à contribution dans cette perspective, dans

---

[1079] - LAFERRIERE (J.F.), JOUANT (N.), « L'éloignement des ressortissants des pays tiers », in LAFERRIERE (F.J.), LABAYLE (H.), EDSTROM (O.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après Amsterdam, op. cit.*, p. 204.

[1080] - Communication de la Commission du 21 janvier 1994, sur les « politiques d'immigration et d'asile », COM (1994) 23 final.

[1081] - L'immigration n'étant pas considérée en soi comme un problème mais le devenant nécessairement lorsqu'elle n'est pas légale. En ce sens, voir la Communication de la Commission du 1er septembre 2005, « Migration et développement : des orientations concrètes », COM (2005) 390 et celle du 16 mai 2007, « relative aux migrations circulaires et aux partenariats pour la mobilité entre l'Union européenne et les pays tiers », COM (2007) 248 final.

[1082] - Communication de la Commission du 15 novembre 2001, concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine », *op cit*., point 3.3.

le cadre de priorités géographiques établies en fonction des rapports privilégiés qu'entretient l'Union avec certains Etats tiers et de l'importance des mouvements migratoires en provenance de ces derniers.

Pour lutter contre les deux principales causes de l'immigration –les conflits et la pauvreté- qui conduisent les migrants à rechercher protection et travail sur le territoire de l'Union, les mesures de développement déjà mises en place sont apparues comme des outils efficaces[1083]. Les programmes CARDS[1084], TACIS[1085] et MEDA[1086] ont soutenu, dans les Balkans, en Europe orientale et en Méditerranée des actions liées aux contrôles migratoires, avant même que ne se pose la question du contrôle du franchissement des frontières de l'UE[1087].

De plus, Europol a établi des accords d'aide technique avec ses homologues des pays tiers. Les actions en faveur des pays candidats se poursuivent. Par exemple, la Turquie bénéficie des fonds provenant de l'instrument UE *pour la préadhésion* pour renforcer sa capacité d'interception, de détention et de renvoi de migrants irréguliers.

Les programmes gagnent, ainsi, une importance accrue avec l'adoption de l'approche globale à la migration qui privilégie un partenariat avec les pays d'origine et de transit, dans la proximité géographique de l'Union, dans le but de remédier aux facteurs qui sont à l'origine de la migration irrégulière. Par exemple, de 2006 à 2008, une assistance financière de 67 millions d'euros est accordée au Maroc. La politique européenne de voisinage établit « *une assistance communautaire favorisant le renforcement de la coopération et l'intégration économique progressive entre l'Union européenne et les pays partenaires, et notamment la mise en œuvre d'accords de partenariat et de coopération, d'accords d'association ou d'autres accords existants et à venir.* »[1088].

[1083] - En ce sens, voir la Communication de la Commission du 3 décembre 2002, « Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers », COM (2002) 703 final.

[1084] - Règlement (CE) n° 2666/2000 du Conseil, du 5 décembre 2000, relatif à l'aide à l'Albanie, à la Bosnie-et-Herzégovine, à la Croatie, à la République fédérale de Yougoslavie et à l'ancienne République yougoslave de Macédoine et abrogeant le règlement (CE) n° 1628/96 ainsi que modifiant les règlements (CEE) n° 3906/89 et (CEE) n° 1360/90 et les décisions 97/256/CE et 1999/311/CE, JOCE, n° L 306, 7décembre 2000, p.1.

[1085] - Règlement (CE, Euratom) n° 99/2000 du Conseil, du 29 décembre 1999, relatif à la fourniture d'une assistance aux Etats partenaires d'Europe orientale et d'Asie centrale, JOCE, n° L 12, 18 janvier 2000, p.1.

[1086] - Règlement (CE) n° 1488/96 du Conseil, du 23 juillet 1996, relatif à des mesures d'accompagnement financières et techniques (MEDA) à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen, JOCE, n° L 189, 30 juillet 1996, p.1.

[1087] - Ces programmes ont pris fin le 31 décembre 2006.

[1088] - Règlement (CE) n° 1638/2006 *du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat*, JO L 310/1, 9.11.2006, article 2.1.

Cette assistance est fournie aux programmes de coopération visant « *une gestion frontalière efficace et sûre* » et le soutien des réformes et le renforcement des capacités « *dans des domaines tels que la justice et les affaires intérieures, y compris l'asile, la migration et la réadmission* »[1089]. Un nouveau projet intitulé EUROMED Migration II[1090] est lancé en 2008 dans le but d'améliorer la lutte contre la migration irrégulière dans cette région. Par ailleurs, l'UE soutient des projets de recherche, comme CLANDESTINO, pour mieux connaître les causes, la nature et l'impact des migrations[1091].

Les initiatives géographiques sont complétées par des programmes thématiques qui ont pour but de promouvoir les actions préparatoires dans les Etats tiers en vue d'une coopération étroite avec l'Union. Le programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile intitulé *Aeneas*[1092] est développé en 2004 et finance des projets relatifs au contrôle des migrations au moyen d'appels de propositions généraux. Critiqué par son manque de souplesse face à l'évolution des priorités en matière migratoire[1093], *Aeneas* est remplacé par un nouveau programme thématique. Doté d'un budget de 380 millions d'euros pour la période 2007-2013, celui-ci accorde une place de choix à la question de la réadmission[1094]. En 2008, vingt projets sont sélectionnés provenant des pays tiers d'origine et de transit de la migration irrégulière[1095].

Par ailleurs, l'Union intensifie la coopération administrative avec les pays tiers pour résoudre le problème des documents de voyage indispensables à l'identification et au retour des personnes en séjour irrégulier. L'absence de papiers valides figure parmi les causes principales de l'échec des retours. Pour faire face à ce défi, dès 1994, une recommandation du Conseil européen établit un modèle type de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de

---

[1089]- *Ibid*., art. 2.1., q) et r).

[1090] - Le projet régional sur la migration dans l'espace euro-méditerranéen « EuroMed Migration II », qui est doté d'un budget de 5 millions d'euros, s'inscrit dans un programme du secteur de la justice et des affaires intérieures approuvé en 2006. Il appelle à renforcer la coopération dans des domaines tels que l'immigration, l'intégration sociale, la justice et la sécurité en adoptant une approche globale et intégrée soulignant la nécessité d'améliorer la coopération concrète au niveau régional. Pour plus de détails sur ce projet, consulter : www.enpi-info.eu/.../StudyonWomenredGIZ_EUROMED_II_FR_LR.pd...

[1091] - Commission européenne, *Third annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents*, Staff working document, SEC (2009) 320 final, Bruxelles, 9.3.2009, pp. 22 et 23.

[1092] - Règlement (CE) n° 491/2004 *du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile* (AENEAS), JO L. 080, 18.03.2004.

[1093] - Commission européenne, *Document de stratégie pour le programme thématique de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile 2007-2010*, Bruxelles, mai 2007, p.13.

[1094] - Commission européenne, *Communication sur une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, COM (2005) 491 final, Bruxelles, 12.10.2005, pp.5-7.

[1095] - Commission européenne, *Third annual report on the development of a common policy on illegal immigration, smuggling and trafficking of human beings, external borders, and the return of illegal residents*, op.cit., p. 22.

pays tiers[1096]. Cependant, ce document n'est pas reconnu par tous les Etats tiers. Au Royaume-Uni, deux tiers des demandeurs d'asile déboutés en 2004 étaient des ressortissants de pays qui refusaient de reconnaître la validité du document de voyage européen et exigeaient un titre délivré par leurs propres représentations diplomatiques. Cela est un processus long, voire impossible lorsqu'il y a des doutes sur l'identité de la personne concernée[1097]. Les accords de réadmission ont pour but de surmonter cet obstacle.

B- Les accords et clauses de réadmission

L'obligation de réadmission peut résulter des dispositions d'un accord consacré à cette question **(1)** ou découler d'une clause introduite dans un accord plus large **(2)**.

1- Les accords de réadmission

Les accords de réadmission, appelés aussi « *accords sur la prise en charge des personnes à la frontière* »[1098], sont des obligations qui permettent à chaque partie de s'engager à réadmettre sur son territoire des étrangers considérés comme irréguliers sur un autre territoire. Comme l'a très justement défini Xavier Denoël, « *ces accords permettent de faire supporter à chaque Etat, les conséquences de ses défaillances dans le contrôle des flux migratoires. En outre, ils évitent que les polices frontalières ne se renvoient à tour de rôle les clandestins découverts d'un côté ou de l'autre de la frontière* »[1099].

La technique des accords de réadmission s'adressait dans un premier temps, à un cercle restreint d'Etats partenaires. Ce procédé a été initié par la Convention Benelux de 1960[1100] et la décision M/P (67) relative à l'éloignement et à la reprise des personnes du 28 juin 1967[1101]. Ces textes constituent « *la première génération d'accords de réadmission* »[1102]. Ils permettent d'exercer un contrôle unique sur l'ensemble des frontières du Benelux et de prononcer de manière concertée le renvoi des étrangers vers un pays tiers.

[1096] - *Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant l'adoption d'un modèle type de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers*, JO C 274, 19.9.1996.
[1097] NATIONAL AUDIT OFFICE, *Returning failed asylum applicants*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 76 Session 2005-2006, Londres, 14.07.2005, p.14.
[1098] - Voir étude de DENOEL (X.), « Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà », *RTDE*, 29 (4) oct.-déc. 1993, p.635-652.
[1099] - *Ibid*., p.635.
[1100] - Convention entre le Royaume de Belgique, le Grand-duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas concernant le transfert du contrôle des personnes vers les frontières extérieures du territoire du Benelux, signée à Bruxelles le 11 avril 1960.
[1101] - Pour plus de détails consulter le site internet : http://www.courbeneluxhof.eu.
[1102]- LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), « La lutte contre l'immigration irrégulière, Rapport général », *in Summer School Book*, éd. ULB, Bruxelles, 2001, p.93.

L'accord de Schengen du 14 juin 1984 et sa Convention d'application reprendront « *le même schéma que la partie Benelux : éloignement au sein de la zone Schengen et ensuite, éloignement des Etats de Schengen vers un Etat tiers* »[1103]. La réadmission entre les Etats Schengen concerne également les demandeurs d'asile, pour éviter « *l'asylum shopping* ». Le demandeur d'asile sera réadmis dans l'Etat qui est responsable de sa demande, grâce au principe de l'accord de Schengen et de la Convention de Dublin.

Après la chute du mur de Berlin, le Conseil européen d'Edimbourg[1104] décida de relancer la politique des accords de réadmission. Ce fut le point de départ des accords de « *deuxième génération* »[1105].

Ainsi, dès 1993, les ministres réunis au Conseil justice et affaires intérieures ont approuvé un plan d'action en matière d'immigration portant sur la question de la réadmission[1106] afin notamment d'en reconnaître le principe. Deux recommandations ont complété ce mouvement. La première visait à établir un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un Etat tiers que les Etats membres s'engageaient à utiliser comme base de négociation à partir du 1er janvier 1995[1107]. La seconde établissait des principes directeurs à suivre lors de la négociation de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission[1108].

On peut dégager deux principes essentiels de cet accord type, celui de la réadmission des nationaux et celui des ressortissants irréguliers de pays tiers.

Le renvoi des nationaux était une réadmission sans formalité, lorsqu'il était établi que le ressortissant irrégulièrement présent sur l'Etat requérant possédait la nationalité de l'Etat requis[1109]. Autrement dit, à partir d'une présomption de nationalité, l'Etat requérant pouvait identifier et faire réadmettre sans formalité le ressortissant irrégulier. L'exécution de l'éloignement devait être alors facilitée puisqu'il était prévu que les autorités consulaires ou

---

[1103] - DENOEL (X.), « Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà », *op. cit*, p.643.
[1104] - Conseil européen d'Edimbourg, Conclusions de la présidence, *Agence Europe*, Bulletin n°5878 bis, 13-14, Décembre 1992, p.1 et s.
[1105]- LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), *op. cit*., p.93.
[1106] - Bull-CE n° 11-1993, sp. 102.
[1107] - Recommandation du Conseil du 30 novembre 1994 concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, *JO* C 274/20 du 19.09.1996.
[1108] - Recommandation du Conseil du 24 juillet 1995 concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, *JO* C 274/25 du 19.09.1996.
[1109] - Article 1er « *Chaque partie contractante réadmet sur son territoire sans formalité, à la demande de l'autre partie contractante, toute personne qui, se trouvant sur le territoire de la partie contractante requérante, ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour en vigueur, lorsqu'il est établi ou valablement présumé qu'elle possède la nationalité de la partie contractante requise. Cela vaut également pour la nationalité de la partie contractante requise et n'a pas obtenu au moins une assurance de nationalisation de la part de la partie contractante requérante* ».

diplomatiques de la partie requise devaient établir les documents d'identité des nationaux à éloigner[1110].

De la même façon, la réadmission des ressortissants irréguliers des pays tiers à l'intérieur de l'espace européen devait se faire sans formalité grâce à la présomption de nationalité : « *La partie contractante, dont il est établi ou valablement présumé qu'une personne ne remplissant pas les conditions d'entrée ou de séjour en vigueur a franchi la frontière extérieure pour entrer sur le territoire de la partie contractante requérante, (réadmettait) cette personne sans formalité à la demande de la partie contractante requérante* »[1111]. La procédure de réadmission était très brève puisqu'un délai maximum de quinze jours était accordé[1112] à l'Etat pour répondre à la demande de réadmission. Le délai de réadmission pour l'Etat de reprise devait être alors d'un mois maximum[1113].

Ces deux recommandations ont porté leurs fruits puisque aujourd'hui, les accords de réadmission forment un écran aux frontières de l'Union.

Ainsi, le Livre Vert soulignait notamment l'intérêt majeur de ces accords de réadmission en affirmant qu'ils sont des instruments valables « *dans le cadre d'une politique active en matière de retour, car ils définissent clairement des obligations et des procédures pour faciliter les retours et les rendre plus rapides. En outre, ils fournissent un cadre institutionnel fiable pour la coopération et contribuent à saper la crédibilité et les intérêts financiers des réseaux de passeurs impliqués* »[1114].

Ces accords de réadmission devaient être conclus en priorité avec les pays d'où proviennent le plus de clandestins, c'est-à-dire « *les pays à risque migratoire* »[1115], tels que la Chine, la Turquie, l'Algérie, le Sri Lanka, le Maroc, le Pakistan et l'Albanie.

A cet égard, la Tunisie a dû conclure le 6 août 1998 un accord de réadmission avec l'Italie[1116] qui consiste à prévoir l'obligation pour chaque Etat de réadmettre, sans formalités, ses ressortissants entrés ou séjournant irrégulièrement sur le territoire de l'autre Etat. De même, cet accord oblige l'Etat tunisien à réadmettre les ressortissants des pays tiers qui ont transité par

---

[1110] - Art. 8 de la recommandation.
[1111] - Art. 2 de la recommandation.
[1112] - Art. 5 de la recommandation.
[1113] - Les frais occasionnés par la réadmission sont pris en charge par la partie requérante.
[1114] - Livre Vert, relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10/04/2002, COM (2002), 175 final, Bruxelles, p.25.
[1115] - *Ibid*. La Commission parle dans ce document de pays cible, remplissant les critères de pressions migratoires sur l'Union.
[1116] - Accord entrée en vigueur le 23 septembre 1999. Non publié au JORT, mais disponible sur le site http://www.stranieri.it/legislazione/italia/accordiTUV/AB98-tn.htm

la Tunisie afin d'atteindre le territoire italien, sauf pour les ressortissants de l'Union de Maghreb-Arabe[1117].

Cet accord « *pose problème relativement au respect des droits humains des immigrants clandestins : il ne dit mot sur le traitement qui sera accordé par la Tunisie aux personnes refoulées, sauf peut être le point 5 de l'accord qui constitue plus un engagement de « discrétion » ou de « confidentialité » qu'un véritable engagement de respect des droits humains, puisqu'il y est prévu que dans un but de respect de la dignité des personnes et dans le but d'éviter des campagnes de presse, la partie requérante s'engage à ne pas pratiquer des refoulements de masse* »[1118].

En effet, les accords de réadmission conclu par des Etats membres et par l'Union européenne sont multiples et forment aujourd'hui un « *véritable cordon sanitaire opposé aux flux migratoires »*[1119]. Ils conduisent à opérer un *« déplacement des frontières de l'Europe* », surtout lorsque les Etats signataires sont eux-mêmes parties à d'autres accords conclus avec les Etats d'origine des migrants[1120]. Jusqu'à présent, des accords de réadmission ont été conclus avec la RAS de Hong-Kong[1121], Macao[1122], la République d'Albanie[1123], la République

[1117] - Cela s'expliquerait par le fait que l'Italie a conclu avec les autres Etats de L'Union de Maghreb-Arabe des accords similaires. Cf. en ce sens, BEN ACHOUR (S.), Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien : les mesures répressives », *Annales des sciences juridiques*, 2008, p.105.
[1118] - CHEDLY (L.), *op.cit*., p.240.
[1119] - LAFERRIERE (J.F.), « Frontières juridiques, frontières géographiques », *in Dossier : « L'accessibilité à un territoire d'asile », in Economie et humanisme*, n° 345, juillet 1998, p.27.
[1120] - *Ibid.*
[1121] - Décision 2004/80 du Conseil du 17 décembre 2003 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L, 24 janvier 2004, pp. 23-39.
[1122] -Décision du Conseil du 21 avril 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier et Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L 143, 30 avril 2004, pp.97-99.
[1123] - Décision 2005/371/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, et Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L 124, 17 mai 2005, pp.21-40.

socialiste démocratique de Sri Lanka[1124], la Russie[1125], l'Ukraine[1126], les Balkans occidentaux[1127], et avec la République de Moldova[1128].

Ces accords déterminent les obligations imposées à chaque partie contractante ainsi que les modalités de mise en œuvre de la réadmission[1129].

En outre, la Commission européenne a déclaré en 2011 dans son premier bilan sur les accords de réadmission que « *les directives de négociation d'accords de réadmission devraient mentionner les mesures d'incitation que l'Union entend offrir, notamment lorsque ces directives comportent une clause relative aux ressortissants de pays tiers, tout en indiquant les éventuelles mesures de rétorsion que l'Union pourrait prendre en cas de refus de coopération persistant et injustifié de la part du pays partenaire* »[1130]. Il s'agit bien de la part de l'UE d'une conditionnalité à l'aide économique, commerciale et au développement à l'égard des pays tiers qui devront dans tous les cas, sous peine de voir cette aide « suspendue », accepter la politique de gestion des flux migratoires selon les directives de l'UE.

De plus, l'UE fait reposer sa politique d'immigration sur des pays où les droits fondamentaux ne sont pas respectés, une considération qui bien que prise en compte n'est toujours pas suivie d'effets. La politique de l'Union de réadmission prend appui sur des pays qui ne présentent bien souvent pas les garanties nécessaires en termes de tradition démocratique pour un traitement respectueux des migrants. L'évaluation propose en ce sens l'inclusion d'une clause de suspension temporaire de l'accord « *en cas de risque persistant et grave de violation des droits fondamentaux des personnes réadmises. L'UE pourrait dans ce cas mettre*

[1124] - Décision 2005/372/CE du Conseil du 3 mars 2005, relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, et Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JOCE* L 124, 17 mai 2005, pp.41-60.

[1125] - Décision 2007/341/CE du Conseil, du 19 avril 2007, concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, *JOCE* L 129, 17 mai 2007, pp.38-60.

[1126] - Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, *JO* L 332/48 du 18/12/2007.

[1127] - Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/7 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/26 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/46 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/66 du 19.12.2007.

[1128] - Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/149 du 19.12.2007.

[1129] - Pour une analyse du contenu des accords, voir COLEMAN (N.), « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-Boston, 2009, 395, p., sp. 87-110.

[1130] - Argumentaire de Migreurop *sur l'évaluation de la Commission européenne sur les accords communautaires de réadmission*, rendu public le 23 février 2011.

unilatéralement fin à l'application de l'accord par une notification à l'autre partie contractante ». Mais, cela ne permet pas en cause le fait que la politique européenne de gestion des flux migratoires s'appuie parfois sur des régimes autoritaires.

Ainsi, ces accords ont suscité de nombreuses critiques. Parmi celles-ci, on retrouve une inquiétude relative aux chaînes de refoulement qu'ils sont susceptibles de mettre en place.

En raison de l'expansion du réseau d'accords de réadmission, des étrangers « réadmis » sont parfois renvoyés successivement vers des pays dont les normes de protection sont inférieures à celles de l'Union européenne[1131]. Cette situation se révèle particulièrement dommageable pour les demandeurs d'asile ayant franchi clandestinement les frontières de l'Union. Sur la base du système de Dublin relatif à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, tout Etat membre conserve en effet la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un Etat tiers. Un demandeur d'asile peut donc faire l'objet d'un renvoi vers un pays tiers sans que sa demande d'asile ait été examinée au fond par un Etat membre.

Ce renvoi est effectué sur la base d'un accord de réadmission existant entre l'Etat membre et l'Etat tiers ou entre l'Union et l'Etat tiers. Or, rien dans ces accords de réadmission n'oblige l'Etat sollicité pour une réadmission à prendre l'engagement d'assurer lui-même ce traitement[1132]. L'étranger éloigné peut donc se voir réadmis vers un troisième Etat qui, lui-même, est susceptible de le réadmettre vers un quatrième Etat et ainsi de suite.

Le demandeur d'asile refait ainsi, à l'envers, le chemin qu'il est censé avoir parcouru tout au long de son voyage. Il est susceptible de voir sa situation juridique se détériorer d'étape en étape jusqu'à se voir réadmis dans le pays qu'il fuyait initialement. Cette détérioration est particulièrement évidente lorsque la réadmission de l'étranger se fait dans un Etat n'étant pas partie à la Convention de Genève de 1951, par exemple la Libye.

Ainsi, un Etat membre qui renvoie un demandeur d'asile vers un pays tiers sans violer directement le principe de non refoulement peut par conséquent se rendre coupable d'une violation indirecte de ses engagements si le pays de destination n'offre pas la même garantie que l'Etat en question en matière de non-refoulement ou de protection des réfugiés[1133]. Autrement dit, au vu du caractère absolu de la protection de l'article 3 CEDH, les difficultés

[1131] - PAQUET-BOUTEILLET (D.), *L'Europe et le droit d'asile, op. cit*., p.283.
[1132] - Voir LAVENEX (S.), « Migration and the EU's New Eastern Border :Between Realism and Liberalism », *Journal of European Public Policy*, 2001, p.30.
[1133] - Voir Convention relative au statut des refugiés du 28 juillet 1951, article 33, paragraphe 1.

relatives au phénomène de l'immigration par la mer et la complexité du contrôle des frontières dans le sud de l'Union, ne dispensent pas les Etats membres de leurs obligations.

Ainsi, la Cour E.D.H. a déclaré, dans l'arrêt *Hirsi Jamaa and others c. Italie*[1134], que « *l'Italie ne peut s'affranchir de sa responsabilité en référant aux traités bilatéraux avec la Lybie, même si ces derniers comportent des dispositions expresses concernant l'expulsion en Lybie des migrants interceptés en haute mer. Il appartenait aux autorités, confrontées à des situations où les droits fondamentaux des migrants étaient systématiquement violés, d'assurer le respect de leurs obligations, même si aucune demande d'asile n'avait pu être expressément introduite. La protection contre un refoulement indirect doit être d'autant plus importante que le pays intermédiaire n'est pas partie à la Convention* ».

Le rapatriement d'étrangers dans le contexte des interceptions en haute mer par un Etat membre dans le cadre de l'exercice de sa souveraineté en vue d'empêcher les migrants d'atteindre les frontières de cet Etat ou de les refouler vers un autre Etat constitue un exercice de juridiction au sens de l'article premier, qui engage la responsabilité de l'Etat sous l'article 4 du 4ème protocole. En fait, la Cour a constaté qu' « *en l'absence d'aucune forme d'examen de la situation individuelle des requérants, de procédure d'identification, et de personnel compétent pour mener des entretiens individuels, l'expulsion était bien de nature collective, en violation de l'article 4 protocole 4* ».

Avec la multiplication des accords de réadmission, une zone tampon (« *buffer zone* ») s'est peu à peu mise en place autour de l'Union. Cette zone constitue aujourd'hui une sorte de bouclier ceinturant l'Europe. Elle permet à celle-ci de se décharger sur les Etats limitrophes d'une partie de ses responsabilités en matière d'asile et de gestion des flux migratoires clandestins.

Cette fonction de tampon entre l'Union et les Etats « producteurs » de migrants illégaux apparaît évidente lorsqu'on se penche sur le cas des pays de Višegrad (Hongrie, Pologne, République tchèque et Slovaquie) avant leur intégration dans l'Union. Suite à des accords de réadmission conclus avec les Etats membres au début des années 1990, ces pays ont en effet été poussés à exercer une forme filtrage des migrants et demandeurs d'asile se dirigeant vers l'Europe occidentale. Ces Etats ont opéré un déplacement *de facto* de la frontière extérieure de l'Union et agi comme des avant-postes afin de « préserver l'Occident de la « menace de

[1134] - C.E.D.H., 2 février 2012, *affaire Hirsi Jamaa and other c.Italie*, requête n° 27765/09.

l'Est » »[1135]. Le cas de la Pologne est de ce point de vue révélateur. En raison d'un accord multilatéral signé avec les Etats Schengen en 1991, ce pays s'est vu dans l'obligation de vérifier si les personnes traversant ses frontières à destination du territoire Schengen remplissaient les conditions d'entrée prévues par la Convention d'application Schengen. Cette obligation a entraîné une charge importante (financière, technique et politique) pour la Pologne qui a dû renforcer considérablement ses structures de contrôle migratoire. Elle a conduit ce pays à négocier lui aussi des accords de réadmission avec ses voisins, mettant ainsi en place le jeu de dominos évoqué plus haut[1136].

Loin de faire disparaître cette disjonction entre la frontière extérieure de l'Union et la « ligne de front » de la lutte contre l'immigration clandestine, l'élargissement a tout simplement entraîné un nouveau glissement de cette ligne de front vers l'Est. Ce sont désormais la Moldavie, l'Ukraine, mais également des Etats du bassin méditerranéen tels que la Libye ou le Maroc qui exercent le rôle dévolu dix ans plus tôt aux nouveaux membres de l'Union[1137].

Compte tenu des graves déficiences de certains de ces pays en matière de protection des droits fondamentaux – Human Rights Watch et Amnesty International épinglaient la Libye, le Maroc et l'Ukraine aussi fréquemment que sévèrement[1138] -, il ne fait aucun doute que cette évolution s'accompagne d'une réduction importante du niveau de sécurité personnelle garanti aux clandestins interceptés sur le territoire de ces pays ou réadmis vers ceux-ci au départ d'un Etat membre de l'Union.

En premier lieu, parce que ces accords de réadmission ne prennent pas en compte les demandeurs d'asile au moment de renvoi. La réadmission se fait avant que certains étrangers aient pu déposer leur demande d'asile, remettant ainsi en cause le principe même de l'asile.

De surcroît, avec la logique du « premier pays tiers d'accueil », les demandeurs d'asile sont renvoyés vers les « pays tampons » de l'Europe, alors que ces Etats ne disposent pas toujours des moyens financiers pour analyser les demandes et en supporter la charge. En ce sens, ce

[1135] - KING (M.), « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », *Cultures et Conflits*, 26-27, 1997, p.41-42.
[1136] - CREPEAU (Fr.), *Droit d'asile*. De l'hospitalité aux contrôles migratoires, Bruxelles, Bruylant, 1995, p.283.
[1137] - *HUMAN RIGHTS WATCH, European Union. Managing Migration Means Potential EU Complicity in Neighboring States' Abuse of Migrants and Refugees*, 2, 2006, p.7-17.
[1138] - Ibid., p.7-10 et AMNESTY INTERNATIONAL, « EU-Italy : deportations to Libya. Amnesty International calls on the European Commission to take action against Italy », 21 March 2005 ; ID., « Espagne/Maroc- Les pressions exercées au sein de l'Union européenne pour « ne laisser entrer personne » engendrent de graves violations des droits des migrants », EUR 41/016/2005, 26 octobre 2005. Voir également AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport annuel 2006*. *La situation des droits humains dans le monde*, Efai, 419 p.

processus de « *délocalisation des responsabilités d'asile a de grave conséquences sur la protection du réfugié* »[1139], et crée un « *cordon sécuritaire* »[1140] aux portes de l'U.E.

Ensuite, comme le soulignent Henri Labayle, Daphné Paquet-bouteillet et Anne Wewemberg, « *le nombre de reprises reste relativement modeste par rapport à l'importance supposée des flux et les parties contractantes se montrent relativement tatillonnes dans l'appréciation des éléments de preuves. La lourdeur bureaucratique explique qu'une proportion importante de personnes « disparaît » en cours de procédure* »[1141]. Ainsi, la conclusion d'accords de réadmission avec l'ensemble des partenaires de la Communauté n'est pas réaliste, tant en nombre[1142] que sur le fond.

En second lieu, la nécessité de conclure rapidement des accords de réadmission afin de pallier l'afflux de clandestins conduit parfois à des solutions peu satisfaisantes, sans « *que l'on s'interroge longtemps sur l'état des droits fondamentaux dans les Etats tiers* »[1143]sollicités. L'accord de réadmission avec la Russie est, à ce titre, significatif[1144]. La Russie a obtenu un délai transitoire de trois ans afin que la réadmission des ressortissants d'Etats tiers, ayant

[1139] - LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), *op. cit*., p.95.

[1140] - PAQUET-BOUTEILLET (D.), *L'Europe et le droit d'asile, la politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, éd. L'Harmattan, 2001, p.267.Cf. analyses très pertinentes sur les conséquences des accords de réadmission et sur le fardeau de l'asile au sein des pays d'Europe centrale, p.283-299.

[1141] - LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), *op. cit*., p.94 bis.

[1142] - A la fin de l'année 2010, onze accords étaient conclus entre la Communauté européenne et les pays tiers : Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la république populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L. 17/25 du 24.01.2004 ; Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 143/99 du 30.04.2004 ; Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 124/22 du 17.05.2005 ; Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 124/43 du 17.05.2005 ; Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Russie, JO L129/40 du 17.05.2007 ;Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, JO L 332/48 du 18.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/7 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/26 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission de personnes en séjour irrégulier, JO L 334/46 du 19.12.2007, Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/66 du 19.12.2007 ; Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 334/149 du 19.12.2007

[1143] - LABAYLE (H.), « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *R.A.E-L.E.A*, 2006/1, pp.93-109, sp. p.98.

[1144] - L'accord de réadmission avec la Russie n'est pas le seul à avoir suscité des craintes quant au respect des droits fondamentaux. L'accord conclu avec Hong-Kong avait fait l'objet d'un rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, daté du 7novembre 2002. Cf. Rapport sur la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et les gouvernement de la région administrative spéciale de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, 7 novembre 2002, A5-0381/2002 final. Le rapport préconisait des mécanismes permettant de contrôler régulièrement la situation des droits fondamentaux.

transité sur le territoire de la Russie soit effective. Cette période ne s'appliquera pas aux ressortissants d'Etats tiers avec lesquels la Russie a conclu des accords de réadmission bilatéraux. Par ailleurs, cette obligation de réadmission ne s'appliquera pas lorsque le ressortissant d'Etat tiers aura juste transité par un aéroport russe.

Autre difficulté rencontrée, la durée maximale de réponse aux demandes de réadmission dépasse les délais de rétention administrative prévus dans certains Etats membres, à l'instar de la France, de l'Espagne ou bien encore du Portugal. L'accord de réadmission prévoit, en effet, un délai maximum de 60 jours alors que la législation française prévoit une durée maximale de rétention administrative de 32 jours. Elle est de 40 jours en Espagne et de 60 jours au Portugal. Afin de pallier cette difficulté, la France, l'Espagne et le Portugal ont signé chacun, un protocole bilatéral avec la Russie. Ainsi, lorsqu'une demande de réadmission sera formulée par la France, la Russie disposera d'un délai de 25 jours pour y répondre.

Le recours à ces protocoles est regrettable puisque cela revient à établir une coopération à deux vitesses entre les Etats membres qui prévoient des délais courts de rétention administrative et les autres. Il aurait été préférable que la Commission accepte de renégocier cette partie afin de fixer des délais raisonnables pour répondre à une demande de réadmission[1145]. Traduisant « *une nette dégradation de la qualité des obligations imposées* »[1146], cet accord apparaît comme étant « *le plus mauvais des six accords de réadmission négociés à ce jour par la Commission européenne* »[1147].

L'importance de la lutte contre l'immigration clandestine est telle qu'elle ne peut, et ne doit, se réduire à une « négociation de marchands de tapis » en abaissant les niveaux des obligations pesant sur les Etats tiers afin de s'assurer de leur coopération. Le rappel du nécessaire respect des droits fondamentaux ainsi que de la Convention de Genève au sein des accords ne doit pas entraîner, en contrepartie, une décharge de la part de l'Union sur les Etats tiers du respect des droits fondamentaux. Or, telle semble être la voie, « *l'Union européenne se [dérobant] en toute connaissance de cause à ses responsabilités* »[1148].

[1145] - Le caractère raisonnable des délais ne devant pas être considéré au regard des législations française, espagnole ou portugaise mais également, et surtout, au regard de la protection des droits fondamentaux des ressortissants étrangers en situation irrégulière en attente de réadmission.
[1146] - Assemblée Nationale, Compte rendu n° 14 de la délégation pour l'Union européenne, 27 octobre 2007, sp. p.4.
[1147] - Communication de Monsieur Yves Pozzo di Borgo devant la délégation du Sénat pour l'Union européenne lors de la réunion du 8 février 2007.
[1148] - LABAYLE (H.), « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *op. cit*., note 135, sp. p.98.

L'Union, à travers ces accords, se doit d'élever vers le haut les garanties à offrir aux ressortissants d'Etats tiers, et non de les abaisser. A ce titre, il est intéressant de relever que les accords de réadmission avec les pays des Balkans occidentaux, présentent une qualité supérieure[1149] par rapport avec la Russie. Il reste à espérer que la raison de cette amélioration ne réside pas seulement dans la vocation de ces Etats à adhérer à l'Union européenne. Si tel était le cas, il y aurait alors un risque de voir se développer une politique de rapatriement à deux vitesses, cette situation entraînant une différence de traitement entre les ressortissants d'Etats tiers qui serait inacceptable au regard des valeurs que l'Union entend véhiculer.

D'autres remarques sont soulevées comme l'absence de consultation des sociétés civiles (dans les pays d'émigration et d'immigration) lors de la négociation et la mise en œuvre de ces accords, ou encore l'utilisation des procédures accélérées de réadmission.

La Commission n'est aujourd'hui pas en mesure d'attester de l'efficacité des accords de réadmission, mais prend acte des problématiques dénoncées depuis longtemps par les associations de défense des droits de l'homme, à savoir l'opacité, le déficit démocratique et le potentiel de violation des droits humains qu'entraînent de tels accords. Pourtant, la Commission appelle à la poursuite de la réadmission qui doit désormais être impliquée dans tout accord extérieur de l'UE, avec l'aide au développement comme outil de négociation.

2- Les clauses de réadmission

Les clauses de réadmission constituent le second volet de la politique. Elles sont intégrées dans le dialogue avec les pays tiers. La clause de réadmission introduit une obligation réciproque de reprise en charge par les Etats parties des ressortissants irrégulièrement présents sur leur territoire. En revanche, elle ne détermine pas les procédures et conditions dans lesquelles ces retours doivent être opérés.

La politique tendant à introduire une clause de réadmission dans chaque accord conclu par la Communauté avec un ou plusieurs pays tiers est renforcée à partir de l'entrée en vigueur du

[1149] -Il est ainsi prévu dans le cadre des accords de réadmission avec les pays des Balkans occidentaux que la réadmission des ressortissants d'autres Etats tiers ou des apatrides aura lieu lorsque la personne concernée aura été en possession, lors de son entrée sur le territoire, d'un visa ou d'une autorisation de séjour en cours de validité délivré par le pays requis (dans le cadre de l'accord avec la Russie, la personne concernée doit être en possession de ces titres lors de la demande de réadmission). Il y aura également réadmission lorsque le ressortissant étranger sera entré illégalement et directement sur le territoire des Etats membres après avoir séjourné sur, ou transité par le pays requis. Autre différence importante, aucune période transitoire n'est aménagée aux fins de l'application des dispositions de l'accord. La période transitoire est, en revanche, de trois ans pour la Russie et de deux ans pour l'Ukraine.

Traité d'Amsterdam. C'est ainsi que dans l'accord d'association entre la Communauté européenne et la Tunisie de 1995[1150], un chapitre deuxième est consacré au dialogue dans le domaine social[1151], qui dispose dans l'article 69 que le dialogue est « *l'instrument de la recherche des voies et conditions des progrès à réaliser pour la circulation des travailleurs, l'égalité de traitement et l'intégration sociale des ressortissants tunisiens et communautaires résidant légalement sur les territoires des Etats hôtes* ». Ce dialogue devant notamment avoir pour objet « *l'immigration clandestine et les conditions de retour des personnes en situation irrégulière au regard de la législation relative au séjour et à l'établissement applicable dans le pays hôte* »[1152].

Ainsi, le Conseil JAI, du 2 décembre 1999, soulignait la nécessité d'intégrer des clauses types de réadmission « *dans tous les futurs accords communautaires et accords entre la CE, ses Etats membres et des pays tiers* »[1153]. Ce que rappelait avec vigueur le Conseil européen de Séville[1154]. En conséquence, des clauses de réadmission ont été introduites dans les accords conclus par la Communauté avec l'Arménie[1155], l'Azerbaïdjan[1156], la Géorgie[1157], l'Ouzbékistan[1158], les pays ACP[1159], le Chili[1160], l'Egypte[1161], l'ancienne République yougoslave de Macédoine[1162] et la Croatie[1163].

[1150] - Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, JO L 97, 30.3.1998, p. 2.
[1151] - *Ibid.*, chapitre II du titre VI intitulé : « coopération sociale et culturelle ».
[1152] - Cf. dans un sens comparable le nouvel accord euro- méditerranéen passé entre la Communauté européenne et le Maroc, le 1er mars 2000 (art. 69§3e), *JOCE* L 70, 18 mars 2000, p.2.
[1153] - Conseil Justice et affaires intérieures du 2 décembre 1999, Doc. 13461/99.
[1154] - « Le Conseil européen demande instamment que, dans tous futur accord de coopération, accord d'association ou accord équivalent que l'Union européenne ou la Communauté européenne conclura avec quelque pays que ce soit, soit insérée une clause sur la gestion conjointe des flux migratoires ainsi que sur la réadmission obligatoire en cas d'immigration illégale »,Conclusions du Conseil européenne de Séville, 21et 22 juin 2002, Bull-CE n°6-2002, pp. 8-24, sp.13, paragraphe 33.
[1155] - Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Arménie, d'autre part, JO L 239/3 du 09.09.1999.
[1156] - Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Azerbaïdjan, d'autre part, JO L 246/3 du 17.09.1999.
[1157] - Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, JO L 205/3 du 04.08.1999.
[1158] - Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Ouzbékistan, d'autre part, JO L 229/3 du 31.08.1999.
[1159] - Accord de partenariat entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JO L 317/3 du 15.12.2000.
[1160] - Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, avec la République du Chili, d'autre part, JO du 30.12.2002, p.3.
[1161] -Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Egypte, d'autre part, JO L 304/39 du 30.09.2004.
[1162] - Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, JO L 84/13 du 20.03.2004.
[1163] - Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part, JO L 26/3 du 28.01.2005.

Toutefois, et malgré une volonté politique forte, certains accords nouvellement conclus[1164] ne contiennent toujours pas une telle clause, comme le démontrent les accords conclus avec Israël[1165], la Jordanie[1166] et le Liban[1167] qui envisagent simplement un dialogue dans le domaine de l'immigration clandestine et des conditions de retour.

Les clauses de réadmission s'accompagnent généralement d'une disposition prévoyant la conclusion ultérieure d'un accord de réadmission à la demande de l'une des parties[1168].

Avant Amsterdam, les clauses envisageaient la conclusion d'accords bilatéraux, désormais les accords peuvent être communautaires, comme l'indique une décision annexée au Conseil JAI du 2 décembre 1999[1169]. Puis, le 7 décembre 1999, la Finlande a présenté une proposition de règlement du Conseil, visant à fixer les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission[1170]. Cette proposition reprenait l'ensemble des travaux entrepris jusqu'à alors. Elle déterminait les critères de responsabilité d'un Etat membre en matière de réadmission (s'il peut être prouvé qu'une personne en provenance d'un pays tiers a franchi illégalement la frontière d'un Etat membre, l'obligation de réadmission incombe à cet Etat en cas de séjour de plus de six mois dans un autre Etat membre). Elle dressait la liste des documents qui déterminent la preuve de l'entrée du ressortissant tiers irrégulier. Cette proposition n'a pas eu de suite, les Etats ne l'ont pas adoptée.

[1164] - Nous prenons comme point de repère de l'analyse le Conseil JAI de décembre 1999. Si certains accords conclus intérieurement contiennent de telles clauses, ce n'est pas toujours le cas. Voir par exemple l'accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République Kirghize, d'autre part, JO L 196/48 du 28. 07. 1999, qui instaure un simple engagement à la coopération.

[1165] - Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'Etat d'Israël, d'autre part, JO L 147/3 du 21.06.2000.

[1166]- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, JO L 129/3 du 15.05.2002.

[1167] - Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République Libanaise, d'autre part, *Doc*. 7293/02 du 18.04.2002.

[1168] - Par exemple, l'article 72, paragraphe 2, de l'accord de partenariat entre la Communauté et l'Arménie :

(…)

2. « La République d'Arménie convient de conclure des accords bilatéraux avec les Etats membres qui le souhaitent, réglementant les obligations spécifiques pour la réadmission et comprenant une obligation de réadmission de ressortissants d'autres pays et d'apatrides arrivés sur le territoire d'un tel Etat membre à partir de la République d'Arménie ou arrivés sur le territoire de la République d'Arménie à partir d'un tel Etat membre ».

[1169] - Elle mentionnait que « Les parties conviennent de conclure, à la demande de l'une d'entre elles, un accord entre l'Etat X et la Communauté européenne régissant les obligations spécifiques incombant à l'Etat X et aux Etats membres de la Communauté européenne en matière de réadmission, y compris une obligation de réadmission des ressortissants d'autre pays et des apatrides », *Doc*. 13461/99.

[1170] - Proposition de règlement du Conseil *relative aux obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission*, CNS1999/0823, JOCE C 353, 7 décembre 1999.

Toutefois, la possibilité de conclure des accords bilatéraux demeure possible, sinon envisagée à l'image de l'article 69 de l'accord euro-méditerranéen établissant une association avec l'Egypte qui envisage la négociation et la conclusion d'accords « bilatéraux » de réadmission. Cette formulation n'évacuant pas l'hypothèse de l'ouverture de négociations communautaires avec ce pays tiers.

Paragraphe deuxième : Le retour volontaire ou la naissance d'une politique

Alternative du renvoi

Le retour volontaire s'est d'abord développé dans le cadre national, au cas par cas, selon les contraintes économiques du pays **(A)**. Les politiques nationales de chaque pays tentent d'être mises en commun pour réagir face à l'augmentation de l'immigration irrégulière vers l'Europe **(B)**.

A- Les politiques nationales du retour volontaire

La politique de retour a été pour quelques Etats membres, et notamment pour la France[1171], une politique incitative, utilisée au début des années quatre-vingts pour renvoyer les immigrés économiques qu'elle avait fait venir avant la crise pétrolière de 1974. Cette pratique remonte à avant 1914 et surtout des années 1920 et 1930. Cette approche relègue aussi au second plan les voies alternatives comme les régularisations. Elle se fait au détriment des autres volets de la politique européenne de l'immigration, notamment des stratégies d'intégration des migrants et de la lutte contre la discrimination.

Monsieur Gp. Rellini rappelle que cette pratique était un « *phénomène normal* »[1172]. Il évoque que la politique de retour a été utilisée par l'Allemagne nazie et l'Italie de Mussolini : « *les mesures restrictives de l'immigration et de la protection des marchés nationaux de travail contribuèrent à rechercher des solutions purement nationales à la question de l'emploi. C'est à peu près à ce moment que les idées de l'encouragement aux retours prirent corps dans l'action concrète des deux régimes fascistes européens* »[1173].

[1171] - Giscard d'Estaing a décidé le retour au pays des immigrés non européens en 1977 ; Voir WEIL (P.), *La France et ses étrangers, l'aventure d'une politique de l'immigration à nos jours*, éd. Folio Gallimard, Paris, 1991.
[1172] - RELLINI (G.), « Les politiques des retours », *in Colloque de Clermont Ferrand, les travailleurs étrangers et le droit international*, éd. Pedone, 1979, p.138-163.
[1173] - *Ibid*., p.139-140.

La véritable politique de retour organisé débute essentiellement après la crise économique de 1974. Elle a été utilisée, en France, comme un moyen de réduire les effectifs de main d'œuvre après la crise pétrolière, et ce, en complément des pratiques administratives limitant déjà en amont l'entrée de primo-arrivants. L'Allemagne a eu également recours à la politique des retours volontaires. Un accord du 7décembre 1972 organisait des actions pour le retour de migrants vers la Turquie. Si le retour était accepté par le migrant, il bénéficiait alors, dans son pays d'origine, d'une formation professionnelle[1174].

En effet, en Allemagne comme en France, les tentatives de retour des migrants se sont succédées ; toutefois, les résultats concrets de ces politiques ont été très réduits.

En France, il existe deux principaux dispositifs d'aide au retour. Le premier est le programme d'aide à la réinsertion des étrangers invités à quitter le territoire mis en œuvre depuis 1991 par l'agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, en liaison avec les préfets et les représentations diplomatiques[1175]. Dans le cadre de l'organisation du retour, l'étranger se voit remettre un pécule au moment du départ. Il pourrait bénéficier également d'un accompagnement pour un projet professionnel dans le pays d'arrivée.

Entre 1991 et 2006, environ 14 000 personnes, soit moins de 1000 par an, ont bénéficié de ce programme dont le coût s'élevait à plus de quatre millions d'euros en 2004. D'après une commission d'enquête du Sénat, l'échec du dispositif s'explique par le faible intérêt financier et la brièveté du délai de dépôt de la demande de réinsertion (un mois à compter de la notification de l'invitation à quitter le territoire)[1176]. Certaines restrictions législatives limitent également le nombre de migrants irréguliers pouvant bénéficier du programme. Conformément à l'article L. 511-1 du CESEDA, l'étranger qui fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire français ne peut pas solliciter le dispositif d'aide au retour s'il a été placé en rétention[1177]. Il en est de même du demandeur d'asile débouté ressortissant d'un « pays d'origine sûr »[1178].

Le second programme est celui de rapatriement humanitaire défini par le *Circulaire n° 92-21 du 14 septembre 1992* du ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville. Un

---

1174 - *Ibid*., p.148.

1175 - Circulaire interministérielle n° 91-11 du 14 août 1991 *relative au programme d'aide à la réinsertion des étrangers invités à quitter le territoire…*

1176 - Sénat, Rapport de la commission d'enquête (1) *sur l'immigration clandestine*, n° 300, Paris, 6.04.2006, pp. 198-199.

1177 - Décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006 *modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative*, JORF, 29.12.2006.

1178 - Circulaire interministériel n° 2006-522 du 7 décembre 2006 *relative au dispositif d'aide au retour pour les étrangers en situation irrégulière ou en situation de dénuement*.

programme de rapatriement de mineurs roumains est mis en place en 2003 en vertu d'un accord bilatéral, avec pour objectif d'atteindre une quarantaine de retours chaque année[1179].

En ce qui concerne le Royaume-Uni, les dispositifs d'aide au retour volontaire visent prioritairement les demandeurs d'asile qu'ils soient déboutés ou pas. Ainsi, le programme de retour volontaire et réintégration assistée (*Voluntary Assisted Return and Reintegration Programme*) (VARRP) financé en partie par le Fond européen des réfugiés, a été mis en place en juillet 2000. Le bénéficiaire se voit remettre une aide financière maximale de 3000 livres sterling dispensée à 1200 personnes en 2002. Si le nombre des récipiendaires atteint 5328 en 2006[1180], il ne cesse cependant de diminuer depuis. En outre, une aide à la réintégration, d'un montant de 500 livres sterling par personne, est offerte pour la première fois en 2002[1181]. Le VARRP s'inscrit dans le cadre des programmes de retour volontaire assisté (*Assisted Voluntary Return programmes*) dont fait partie un dispositif destiné aux migrants irréguliers (*Assisted Voluntary Return for Irregular Migrants*). Celui-ci a une efficacité limitée : en 2006, seules dix personnes en ont bénéficié[1182].

L'Organisation Internationale pour les Migrations est le partenaire privilégié des autorités britanniques qui font également appel à l'organisation non-gouvernementale, Refugee Council, pour des campagnes de sensibilisation des groupes communautaires[1183]. D'autres mesures de retour volontaire visent certaines nationalités comme les Afghans. Le programme « Retour vers l'Afghanistan » lancé en août 2002 n'est pas ouvert aux demandeurs d'asile déboutés[1184]. 70 personnes sont rapatriées en 2003 et 2004[1185]. Certaines primes leur sont accordées (600 livres sterling par personne, 2500 livres sterling pour la famille), mais l'aide est dispensée, avant tout, pour les projets de réintégration comme la formation professionnelle et la création de petites entreprises dans l'Etat d'origine.

[1179] - *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains en difficulté sur le territoire de la République française et à leur retour dans leur pays d'origine ainsi qu'à la lutte contre les réseaux d'exploitation*, signé à Paris le 4 octobre 2002.

[1180]- National Audit Office, *Management of asylum applications by the UK Border Agency*, Londres, 23.01.2009, p.26.

[1181]- European Commission, *Staff working document accompanying the Communication from the Commission on Policy priorities in the fight against illegal immigration of third-country nationals*, SEC (2006) 1010, Bruxelles, 19.7.2006.

[1182] - VOLLMER (B.), *Undocumented migration :counting the uncountable*. Data and trends across Europe, Country report on UK prepared by the research project Clandestino, décembre 2008, p.26.

[1183] - National Audit Office, *Returning failed asylum applicants*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 76 Session 2005-2006, Londres, 14.7.2005, p.20.

[1184] - « Cash offered to encourage rejected as to leave voluntarily so that Prime minister's target can be met », *Migration News Sheet*, février 2006, p. 17.

[1185] - National Audit Office, *Returning failed asylum applicants,* op.cit., p.50.

En octobre 2007, l'Agence britannique des Frontières introduit un plan de retour individuel (*individual return plan*) adapté aux besoins des familles, comprenant une somme de 500 livres sterling plus des aides destinées à financer des projets spécifiques, versées directement aux fournisseurs des services dans le pays de destination. En 2006 et 2007, la moitié des projets de retour volontaire auraient échoué en raison principalement de la réticence des personnes concernées. Par ailleurs, 23% des demandes ont été refusées par l'Agence en raison de la qualité médiocre des projets individuels[1186]. En outre, à ce jour, le nombre des bénéficiaires de divers programmes demeure faible comparé à celui sans cesse croissant des migrants irréguliers.

Parallèlement aux politiques nationales des Etats, dès 1967, le Conseil de l'Europe a émis une Recommandation sur la question des retours volontaires ; d'autres organisations internationales ont également lancé des programmes et des études sur les différentes politiques nationales de retours volontaires (OCDE)[1187].

Comme le soulignent Henri Labayle, Daphné Paquet-Bouteillet et Anne Weyembergh, cette façon de procéder permet aux Etats membres de faire « *respecter la dignité des migrants, (...) mais également de concilier leur politique d'éloignement avec les politiques de partenariats et de co-développement* »[1188]. Autrement dit, la pratique des retours volontaires constitue « une alternative plus humaine »[1189] à la politique du retour forcé.

B- Les perspectives de développement d'une politique commune de retour volontaire

Aujourd'hui, les Etats membres s'intéressent à la politique de retours volontaires des migrants. Ainsi, cette politique qui semblait être organisée uniquement dans le cadre national en fonction des besoins nationaux de l'emploi, est en train de devenir un objectif commun à développer au plan européen. Les avancées sont encore timides mais les perspectives laissent penser qu'une politique commune de retours volontaires deviendra une véritable politique complémentaire aux renvois forcés des migrants.

1186 - National Audit Office, *Management of asylum applications by the UK Border Agency*, pp.26-27.
1187 - RELLINI G., *op.cit*., p. 155 et s.
1188 - LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), *op.cit*., p.96 bis.
1189 - *Ibid*.

En effet, la politique de retours volontaires a été impulsée par des actions communes[1190] et une décision du Conseil Justice Affaire Intérieure (JAI). Cette dernière décision, du 26 mai 1997, relative à l'échange d'informations concernant l'aide au retour volontaire des ressortissants de pays tiers[1191], établit des mesures pour mettre au point des programmes d'aide au retour volontaire. Elle renseigne sur les démarches essentielles que doivent entreprendre les Etats membres. Les actions communes entreprises par les Etats membres ont concerné les modalités de financement du retour[1192] et quelques programmes pilotes d'accompagnement au retour volontaire[1193].

Jusqu'ici les projets d'aide effectués portaient sur « *la formation professionnelle, la préparation au retour par le financement de visites exploratoires et l'offre de conseils généraux concernant la situation de visites exploratoires dans le pays d'origine* »[1194]. Ces programmes se sont adressés essentiellement aux demandeurs d'asile et non aux migrants expulsés ou reconduits à la frontière.

Il est intéressant de constater que, contrairement aux initiatives entreprises jusque là au niveau national, les Etats membres se sont mis d'abord d'accord pour aider en urgence des populations en détresse et non des migrants « indésirables ». L'urgence de la crise du Kosovo a bien sûr accéléré ces programmes de retour communs. Cependant, des programmes de retours ont aussi concerné des migrants « indésirables ». D'ailleurs cette approche tend à se développer davantage et laisse penser que ces programmes de retours volontaires compléteront le dispositif déjà existant du renvoi forcé des étrangers « indésirables ».

Ces programmes d'aide au retour volontaire ont permis de renvoyer 87 628 personnes en 2000. Le Livre Vert incite les Etats à coopérer davantage dans cette voie, car une politique commune permettrait d'augmenter le nombre de retours. Afin d'y parvenir, le Livre Vert

---

[1190] - Position commune du 26 avril 1999, concernant une action commune adoptée par le Conseil sur la base K. 3 du l'ex. Traité sur l'Union européenne (TUE), *établissant des projets et des mesures à soutenir concrètement l'accueil et le rapatriement volontaire de réfugiés, de personnes déplacées et de demandeurs d'asile, y compris une aide d'urgence aux personnes ayant fui en raison des événements du Kosovo*, JOCE L 114 du 1er mai 1999, p. 2 ; Action commune du 27 avril 1998 (304) adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du TUE *en vue d'un financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les membres et des demandeurs d'asile*, JOCE L 138 du 9/05/1998.

[1191] - Décision du Conseil relative à l'échange d'informations concernant l'aide au retour volontaire des ressortissants de pays tiers, JOCE, n°L147, 5 juin 1997, p.3-4.

[1192] - Le Fonds européen pour le retour des réfugiés, Décision du Conseil du 28 septembre 2000 *portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés*, JO L 252 du 6octobre 2000, p.12 à 18.

[1193] - Le projet de la Bosnie : le projet de retour est accompagné d'opérations de reconstruction.

[1194] - Livre Vert *relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, 10/04/2002, COM (2002), 175 final, Bruxelles, p.23.

suggère de confier ces projets de retour à des organismes compétents, ayant une bonne connaissance du pays d'origine, condition nécessaire pour mener à bien le projet[1195].

Les candidats au retour seraient alors sélectionnés en fonction de l'offre et du projet, leur retour serait accompagné et évalué dans la durée afin de mesurer l'efficacité des mesures mises en œuvre[1196]. Par ailleurs, le Livre Vert encourage les Etats membres à créer des programmes européens de retour autonome incluant le retour forcé, le retour volontaire et l'aide au retour d'étrangers dans les pays de transit.

Très vite les 8 et 9 mai 2003, le Conseil Justice et Affaires Intérieures a adopté un plan européen de retour intégré vers l'Afghanistan. Ce premier programme a été très critiqué[1197] ; l'insécurité générale, la situation économique ne permettaient pas de penser qu'une réinsertion des Afghans était possible. La légitimité de ce plan européen était en conséquence contestable. En avril 2005, la Commission européenne a proposé de créer un Fond pour le retour des immigrants irréguliers pour la période 2008-2013[1198].

De plus, les Etats membres estiment que « *lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire.* »[1199]. Ce point est réitéré dans le Pacte européen sur l'immigration et l'asile dans lequel les Etats membres sont invités, avec le concours des instruments de l'Union, à se doter de dispositifs incitatifs concernant l'aide au retour volontaire et à s'informer mutuellement à ce sujet en vue notamment de prévenir le retour abusif, dans l'UE, des personnes ayant bénéficié de ces aides[1200].

Toutefois, aujourd'hui, malgré, un désir de coopérer dans ce domaine, les Etats membres n'ont pas encore adopté d'instrument commun. Jusqu'ici, les programmes de retour se sont surtout réglés au cas par cas, afin d'éviter les procédures de retour forcé en nombre, trop « visible » et impopulaires dans l'opinion publique. Autrement dit, l'Union est, à ce jour, peu impliquée dans le retour volontaire des étrangers en séjour irrégulier. A la demande du Conseil européen de Séville, un programme global d'aide au retour est adopté le 28 novembre 2002,

---

1195 - *Ibid*., p.23 et s.
1196 - *Ibid*., p.24.
1197 - Site Amnesty international, 6 mai 2003 SF03R21, Commentaire d'Amnesty International concernant le plan européen de retour à l'occasion du Conseil Justice et Affaires Intérieures des 8et 9 mai 2003.
1198 - Proposition de Décision du Conseil portant création du Fonds européen de retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « solidarité et gestion des flux migratoires », SEC (2005) 435/COM/2005/0123 final.
1199 - Directive 2008/115/CE, considérant (10) et article 7.
1200 - *Pacte européen sur l'immigration et l'asile*, Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008, Bruxelles, p.8.

ainsi qu'un premier programme-pilote spécifique en faveur de l'Afghanistan[1201]. Le 27 juillet 2005, quarante demandeurs d'asile afghans déboutés par la France et le Royaume-Uni devenaient le premier groupe de personnes volontaires renvoyées en application du programme. L'action de l'Union est actuellement limitée à une contribution financière, à travers le Fonds européen des réfugiés, aux programmes conçus par les Etats.

[1201] - Commission européenne, *Communication au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique. Le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier*, COM (2003) 323 final, Bruxelles, 3.6.2003, p.9.

CONCLUSION DE TITRE II

Ainsi, il ressort clairement de ce dernier titre que les Etats poursuivent, désormais, l'objectif de combattre la migration irrégulière par recours à de nouvelles institutions déployant de nouvelles méthodes. L'Union leur fournit un cadre institutionnel qui légitime, facilite et uniformise les pratiques étatiques. Elle instaure de nouvelles structures de coopération opérationnelle permettant aussi la dissémination de ces pratiques vers les pays tiers. Le but principal des nouveaux dispositifs est de réduire le nombre de migrants irréguliers par un renforcement des contrôles en amont. Les mesures d'interception deviennent plus efficaces. Cependant, elles comportent des risques d'atteinte aux droits humains, notamment en empêchant les étrangers d'accéder au droit d'asile et en les exposant à des risques de traitements inhumains ou dégradants.

En outre, la politique du retour constitue un enjeu important. A travers la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement et l'idée des interdictions de réadmission sur le territoire de l'Union, c'est le concept de l'espace commun qui prévaut. La solidarité entre les Etats membres prend une dimension très concrète. Il serait néanmoins bon qu'elle ne serve pas seulement à l'efficacité de l'éloignement.

L'action de l'Union doit donc, contribuer à harmoniser les protections et les garanties offertes par les droits nationaux aux étrangers. L'U.E. a certes mis en place, en quelque sorte, une politique d'accompagnement de la personne éloignée en favorisant le retour volontaire. Mais elle se montre aussi prête à recourir à des signaux forts, comme l'organisation de vols communs de retour, afin de dissuader les immigrés clandestins potentiels de pénétrer sur le territoire européen. Et dans les négociations avec les Etats tiers en matière de réadmission, c'est encore la volonté de parvenir à des résultats rapides qui semble l'emporter.

Ainsi, les clandestins sont perçus au pire comme de dangereux criminels ou des délinquants transgressant la législation des Etats membres, au mieux comme des victimes manipulées qui ne sont pas maîtres de leurs destinées[1202]. De même, la migration est considérée comme un problème est non pas une opportunité pour la société. Nombreux sont les

[1202] - FELLER (E.), « Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promise of things to come », (2006) 18 IJRL 509, 518.

européens qui l'associent à la criminalité et qui estiment qu'il faut lutter contre la migration irrégulière par des politiques proactives ou réactives[1203]. Face à la détérioration des droits humains des migrants irréguliers, l'Assemblée générale des Nations Unies a jugé nécessaire d'affirmer en 2009 qu'il importe que les réglementations et les législations relatives à la migration irrégulière soient conformes aux obligations des Etats au regard du droit international, notamment du droit international relatif aux droits de l'homme[1204].

En outre, le dispositif commun de contrôle des flux migratoires et de gestion intégrée des frontières renvoie l'image d'une citadelle assiégée, menacée par des vagues d'immigrés clandestins déferlant depuis le Sud et l'Est. Cette impression ressort d'un déséquilibre crucial au sein du cadre politico-juridique de la lutte contre l'immigration irrégulière. Ce déséquilibre contribue à construire et à diffuser auprès des populations européennes des représentations sociales du migrant irrégulier marquées par la suspicion et la peur.

L'UE opère plus précisément une inversion de la relation menaçant-menacé et tend à se présenter sous les seuls habits de la victime dont la sécurité serait mise en péril par le phénomène de l'immigration irrégulière. Ce faisant, l'Union minimise, voire légitime, les conséquences humaines de ses choix politiques. La sécurisation des frontières entraîne en effet pour les clandestins une prise de risque accrue lors de tentatives de passage en Europe qui se révèlent coûteuses en vies humaines. Les choix politiques de l'Union justifient également de manière indirecte des violations des droits fondamentaux des migrants, tant au sein des Etats membres que dans les pays de transit, et posent des entraves non négligeables à l'exercice du droit d'asile.

Finalement, la politique de l'Union vise bien davantage à faire obstacle aux déplacements de personnes collectivement présentées comme indésirables *a priori* - car considérées comme menaçantes pour les structures sociales, politiques et culturelles européennes – et à organiser leur retour « efficace, en temps voulu et durable »[1205] lorsqu'elles sont arrivées aux frontières extérieures de l'Union ou sur le territoire d'un Etat membre.

Le droit international établit clairement le principe selon lequel les étrangers dont le seul tort est d'avoir enfreint les dispositions relatives à l'immigration ne doivent pas être traités comme des délinquants avérés ou en puissance par les Etats de transit ou d'accueil. Pourtant,

---

[1203] - THE GERMAN MARSHALL FUND OF THE UNITED STATES, *Transatlantic trends, Immigration, Key findings 2008*, novembre 2008, en ligne: http://www.transatlantictrends.org/trends/ .

[1204] - *Protection des migrants*, Rés. AG 63/183, Doc. Off. AGNU, 63e session, 17 mars 2009, Préambule, paragraphe 9 et 11.

[1205] - Proposition relative à un programme d'aide au retour, 14673/02 limite, Bruxelles, 25 novembre 2002, p.5.

les Etats ont tendance à faire exactement le contraire : la criminalisation des migrations est de plus en plus répandue. Or, les mesures répressives ciblent non seulement les migrants irréguliers, mais également les demandeurs d'asile. L'asile étant perçu par les Etats comme une voie alternative à la migration économique. La frontière qui sépare les réfugiés des migrants n'est pas facile à tracer, tout particulièrement dans un monde où l'instabilité politique et la guerre civile sont intimement liées au sous-développement économique.

Ainsi, l'entrée clandestine et le séjour irrégulier d'un étranger devraient en principe constituer une infraction administrative et non pénale. La criminalisation de ces faits est tout à fait dommageable et aboutit à des situations inextricables, dans lesquelles les migrants, qui ne sont en rien assimilables à des délinquants, sont traités comme des coupables. Les pays qui ont mis en place des dispositions pénales relatives à l'entrée et au séjour irréguliers d'étrangers devraient donc s'employer à dépénaliser ces infractions.

Il importe que les Etats membres n'emploient pas les termes d'« immigrés illégaux » et d'« immigration illégale » dans leurs communiqués de presse et dissuadent de manière générale les médias d'en faire usage. Il appartient aux ministres et aux autres agents publics de se montrer vigilants en la matière dans l'ensemble de leurs déclarations et débats publics et semi-publics. Cette formule est en effet erronée et va à l'encontre du but recherché. Des personnes ne peuvent pas être « illégales » ; elles peuvent ne pas être en situation régulière vis-à-vis des pouvoirs publics, mais elles n'en perdent pas pour autant leur humanité.

Bref, malgré les principes et les mécanismes de protection en place, le migrant irrégulier ne bénéficie pas d'une protection effective de ses droits et libertés dans l'Union. Il n'a, cependant, pas pour ambition d'explorer les limites du paradigme de souveraineté territoriale, ni du paradigme des droits humains. La prérogative étatique de contrôler l'entrer et le séjour des étrangers sur son territoire n'est pas contestée. Le droit souverain de l'Etat de renvoyer de son sol l'étranger qui ne remplit pas les conditions d'entrée ou de séjour, n'est pas, non plus, remis en question.

Néanmoins, il est soutenu que les contrôles migratoires doivent se dérouler dans des conditions conformes aux principes des droits humains tels que codifiés dans les droits nationaux et internationaux. Autrement dit, l'équilibre entre les deux paradigmes devient plus difficile à atteindre et que toutes les institutions démocratiques doivent se mobiliser pour veiller au respect des droits fondamentaux des étrangers quel que soit leur statut juridique. Les organisations non gouvernementales et les associations de défense des droits humains et des

réfugiés jouent un rôle primordial dans la sensibilisation du public et la défense des droits devant les instances judiciaires nationales et européennes.

Ultimement, il incombe aux tribunaux de promouvoir la primauté du droit menacée par les mesures communes parce que la lutte contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier fait, aujourd'hui, l'objet d'une attention prioritaire, voire d'un « *enthousiasme particulier* » manifesté par les Etats membres.

En outre, on peut conclure ce titre en notant que la détention est un dispositif pivot dans la « gestion » des opérations de renvoi des migrants irréguliers. Initialement conçu comme un régime d'exception pour faire face à une situation d'urgence (arrivée en grand nombre d'étrangers), l'enfermement est devenu une mesure ordinaire. L'incorporation en droit interne de la Directive « retour » aura pour effet de banaliser davantage le recours à la détention avant renvoi des étrangers. Cet instrument est susceptible d'inciter les pays tiers à suivre l'exemple des Etats membres de l'Union.

Conclusion de partie II

Ainsi, il ressort clairement de cet exposé que la protection concrète des migrants n'en est qu'à ses débuts, en Europe, et que les enjeux et besoins auxquels il faut répondre relèvent d'une problématique complexe.

L'accent mis sur le contrôle des flux migratoires a des conséquences néfastes sur les migrants. On constate donc deux phénomènes parallèles :1) les travailleurs migrants non qualifiés (le plus grand nombre) sont les laissés-pour-compte des politiques migratoires des Etats membres, lesquels concentrent leurs énergies sur le blocage des flux migratoires plutôt que sur les politiques d'insertion des étrangers sur le marché du travail ; 2) certaines mesures adoptées ou renforcées après le 11 septembre 2001 attentent sévèrement aux droits et libertés traditionnellement reconnus aux migrants irréguliers.

De plus, la constatation du besoin d'un accroissement des migrations de main-d'œuvre n'a pas été accompagnée de politiques clairvoyantes sur l'intégration des travailleurs migrants et leurs familles dans l'U.E. La possibilité d'acquérir un statut sûr de résidence et l'accès à l'ensemble des droits économiques et sociaux en sont des aspects importants, pourtant encore largement sous-estimés par les Etats membres.

L'accès au logement, aux soins médicaux, à la sécurité sociale, au respect des normes de sécurité et de santé au travail, aux protections contre le chômage, à la représentation syndicale constituent autant de droits fondamentaux pour les travailleurs migrants, souvent ignorés en pratique.

En outre, on a remarqué qu'il existe une nette hiérarchie dans le domaine des droits et avantages des migrants. Les immigrants permanents bénéficient d'un traitement très supérieur à celui des migrants temporaires. Les travailleurs migrants de certains secteurs d'emploi et les migrants irréguliers sont exposés aux pires conditions de travail, « *conséquence d'une politique visant à dissuader les migrants de s'établir durablement dans le pays d'accueil* »[1206].

[1206] - Voir OIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Rapport VI, Conférence internationale du travail, 92ème session, Genève, Bureau international du Travail, 2004, p.50 ; CHOLEWINSKI (R.), *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi- Etude comparative sur les législations et pratiques dans certains Etats européens*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005.

De plus, les migrants clandestins qui peuvent être soit des travailleurs peu qualifiés, soit des travailleurs qualifiés ne pouvant accéder au secteur correspondant à leur formation, travaillent majoritairement dans le bâtiment, l'agriculture, la restauration ou les services de nettoyage et d'entretien, souvent recrutés pour les emplois « 3D » (dirty, dangerous and demanding) refusés par la main-d'œuvre locale[1207]. Leur statut irrégulier les rend vulnérables : incapables de s'organiser sur leur lieu de travail, ils ne bénéficient d'aucune protection sociale ou juridique accordée aux migrants réguliers. Enfin, les migrants irréguliers sont une variable d'ajustement qui peut être réduite lors des périodes de récession économiques[1208].

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de signaler que la sécurisation des contrôles migratoires, imposée par les pays européens, se révèle extrêmement nocive envers les migrants quoique inefficace eu égard à l'objectif de réduction de l'immigration irrégulière. Dans l'U.E., le renforcement des contrôles migratoires sécuritaires s'inscrit dans tous les politiques d'immigration et d'asile. Ainsi, ce sont les partenariats pour le contrôle de la migration qui constituent une condition *sine qua non* à tout accord de coopération avec l'Union européenne.

Ces politiques migratoires des Etats européennes connaissent de sérieuses limites, car elles ne tiennent compte que des intérêts de ces derniers. Autrement dit, les droits fondamentaux des migrants, qui devraient servir de guide dans l'application de telles politiques, sont relégués à l'arrière-plan des objectifs étatiques.

Ces analyses démontrent le caractère intrinsèquement instable des catégories créées parce que la situation des migrants est souvent appelée à évoluer. Mais, l'on peut déplorer surtout le manque de clarté de la situation juridique dans laquelle ils placent les migrants, du fait de la relativité de leur contenu et de la porosité due à leur trop grand nombre : trop de catégories tue la catégorie…

[1207] - *Ibid.*, p. 52.

[1208] - NAKACHE (D.), « L'intégration économique régionale, un outil efficace de blocage de l'immigration illégale pour les Etats- Unis et l'Union européenne ? », in CATIN (M.), REGNAULT (H.) (éd.), *Les pays du Sud de la Méditerranée face au défi du libre-échange*, Paris, L'Harmattan, 2005.

CONCLUSION GENERALE

Il n'existe donc pas aujourd'hui, dans le droit de l'Union un statut des étrangers mais des statuts. Cependant, l'étude du contenu matériel des actes adoptés met en exergue l'apparition d'un corpus de normes qui, quoiqu'imparfait, tend à devenir complet. Celui-ci apparaît iEtats membres.

Ainsi, si le statut des étrangers, a été initié par son volet externe, le franchissement des frontières, devrait logiquement s'achever par le volet interne, à savoir la condition des étrangers dans l'UE.

le contrôle des flux migratoires demeure l'une des préoccupations majeures de l'UE. La crise économique et le chômage qui sévit en Europe pourraient se traduire par une réduction de l'immigration de travail dans les Etats membres. Par ailleurs, les problèmes sociaux et les difficultés à réussir l'intégration de tous les immigrés ne militent pas dans le sens d'une ouverture des frontières. Aussi, la priorité donnée à la lutte contre l'immigration irrégulière se conjugue aujourd'hui avec des dispositifs destinés à sélectionner les travailleurs migrants en fonction des seuls besoins des pays d'accueil et à attirer les travailleurs hautement qualifiés des pays tiers.

Pourtant, le nombre de demandeurs d'asile est constant progrès dans l'Union[1209] (il résulte aussi de l'amélioration de la situation politique dans certains Etats d'Europe centrale et orientale, à l'origine, au début des années quatre-vingt dix, de flux importants de demandeurs d'asile « économiques ».

Parallèlement à cela, les entrées de migrants économiques se sont stabilisées. Les questions essentielles, pour les Etats membres, ont donc trouvé une réponse satisfaisante.

[1209] - L' UE 27 a enregistré 301 000 demandeurs d'asile en 2001. Selon les estimations, près de 90% d'entre eux étaient de nouveaux demandeurs tandis qu'environ 10% réitéraient leur demande. En 2010, 259 000 demandeurs d'asile avaient été enregistrés. Eurostat Communiqué de presse, 46/2012-23 mars 2012 et le nombre de demandeurs d'asile enregistrées dans l'U 27 était en hausse a plus de 330 000 en 2012.
En comparaison avec la population de chaque Etat membre, les taux les plus élevés de demandeurs d'asile ont été observés à Malte (5 000 demandeurs par million d'habitants), en Suède (4 600), au Luxembourg (3 900), en Belgique (2 500) ainsi qu'en Autriche (2 100), et les plus faibles au Portugal (30), en Estonie et en Espagne (55 chacun) ainsi qu'en République tchèque (70).
Dans certains Etats membres, une grande proportion des demandeurs d'asile provenait d'un seul pays. Les Etats membres présentant les plus fortes concentrations étaient Malte (60% des demandeurs provenaient de Somalie), la Pologne (57% de Russie), la Lettonie (51% de Géorgie), la Lituanie (48% de Géorgie), l'Estonie (45% de Géorgie) et la Hongrie (41% d'Afghanistan).

Il n'en n'est pas de même en ce qui concerne l'intégration des étrangers légalement présents sur le territoire de l'Union. Le dispositif restrictif mis en place par les Etats membres pour contrôler l'entrée des étrangers n'a que très faiblement été contrebalancé par un mécanisme d'intégration. Cette question ne constitue pas, cependant, une priorité pour les Etats. Il semble qu'elle s'inscrive dans un mouvement secondaire de la politique menée à l'égard des étrangers.

En outre, la mise en place progressive, d'un ensemble normatif tendant à devenir complet à l'égard des ressortissants de pays tiers ne peut manquer d'avoir des répercussions sur la nature même de l'U.E. Le statut des étrangers relève, en effet, traditionnellement des prérogatives régaliennes des Etats. Du fait de son étroite connexion avec la notion de souveraineté, il se prête difficilement à la mise en place de normes à caractère supranational.

Autrement dit, la juxtaposition des ordres juridiques étatiques et communs aboutit nécessairement à un partage des compétences à chaque étape de la mise en place d'une législation nouvelle. Cette situation constitue, à n'en pas douter, une des difficultés majeures dans la recherche d'une application uniforme du droit de l'Union, car chaque ordre se considérant légitime pour agir.

Le contexte des flux migratoires, démultiplie ce type de démarches, il devient le miroir grossissant des lacunes de la construction européenne.

En effet, noyau dur de la souveraineté étatique, la politique d'immigration s'est construite au fil du temps, selon l'histoire, les intérêts économiques et politiques de chaque pays. Dès lors, le droit régissant l'entrée et le séjour des étrangers présente de fortes disparités.

L'objet du droit de l'Union consiste justement à combler ces différences, à limer ces aspérités, mais le plus souvent avec des matériaux juridiques déficients et une volonté politique altérée des Etats.

C'est pourquoi, la législation de l'Union connaît aujourd'hui d'innombrables failles, laissant place aux normes étatiques, créant ainsi une forme de pointillisme juridique au terme duquel, l'étranger se trouve trop fréquemment ballotté. En effet, selon la qualification juridique (immigré économique, réfugié), sa durée de séjour (plus ou moins trois mois), sa situation familiale (célibataire, marié avec un citoyen européen), la norme juridique applicable varie tant sur le plan du droit national qu'européen et la fragmentation du régime juridique de l'étranger laisse en application une multitude de textes nationaux.

En outre, le traitement différencié de la situation des étrangers montre non seulement la nécessité d'aboutir rapidement à la mise en place d'une politique commune de l'immigration, mais révèle également l'impact désastreux qu'elle engendre dans les populations d'origine étrangère. Leur difficile intégration tient pour partie à l'incapacité de l'Union à dépasser sa conception purement sécuritaire et catégorielle de l'immigration. Aussi, l'image d'une Europe ouverte s'en trouve ternie.

Pour être pertinentes, efficaces et durables, les politiques devraient être conçues pour répondre aux aspirations et aux problèmes des personnes concernées. Il importe dès lors de donner aux migrants les moyens de prendre en main leur destin en leur permettant d'accéder à toutes les informations dont ils ont besoin sur les possibilités qui s'offrent à eux, ainsi que sur leurs droits et obligations.

Dans un espace européen unique, la politique commune d'immigration doit s'ancrer plus profondément sur un renforcement de la protection des droits fondamentaux des personnes. Il s'agit d'assurer un juste équilibre entre les intérêts collectifs de l'Union et les intérêts de chaque individu parce que les migrants font partie du peuple ; tous ceux qui habitent le même territoire, qui y travaillent et qui y vivent, y compris les étrangers. Nier leur appartenance se traduirait assez vite par la négation de toute la diversité qui constitue la richesse de toute culture et s'oppose à la logique de la purification ethnique. Ce serait surtout affaiblir le camp de tous ceux qui ont intérêt à changer ensemble la société.

De plus, avec l'élargissement du système-monde, la citoyenneté prend de nouvelles formes. La citoyenneté de résidence est une de ces formes. La mondialisation n'annule pas les identités nationales et les solidarités entre les pays, elle n'annule pas non plus les frontières mais elle en modifie l'acceptation. Les solidarités s'appuient sur la diversité culturelle et les inscrivent dans une unité, celle d'un avenir commun librement assumé.

Les solutions ont le sait ne résident pas dans une baisse drastique de l'immigration en raison du viellessement de la population européenne qui entraîne un recul du nombre d'actifs et donc un risque de pénurie de main d'œuvre susceptible de conduire à un déclin économique en Europe. Les entrées de personnes venant de pays tiers devraient donc être logiquement favorisées, du moins s'il s'agit d'une immigration économique[1210].

[1210] - Entretien avec Philippe Fargues, démographe. *Le Monde* 1er novembre 2005, supplément Economie, page III.

L'immigration clandestine demeure aussi un problème sans réelle solution[1211]. Les clandestins deviennent les composantes les plus vulnérables de la société au niveau socio-économique et juridique. Nombreux sont ceux qui travaillent dans l'économie souterraine en occupant des emplois dans des secteurs peu couru par la population locale tels que la construction, l'agriculture, la restauration, les services d'entretien et d'aide domestique.

Depuis les années 1970, certaines organisations internationales attirent l'attention sur les abus dont sont victimes ces personnes[1212]. Les migrants irréguliers sont moins aptes à résister à l'exploitation. Souvent, ils méconnaissent leurs droits ou bien ont une capacité réduite à dénoncer les injustices de peur d'être renvoyés chez eux. La Commission mondiale sur les migrations internationales souligne à quel point les migrants clandestins sont exposés au risque de discrimination et d'exploitation par des gardes-frontières, des policiers, des autorités locales, des recruteurs, des employeurs, des membres de la société d'accueil ainsi que par ceux qui se livrent au trafic des migrants[1213].

Toutes ces remarques renvoient à des interrogations plus générales :

La logique restrictive des contrôles aux frontières ne répond que partiellement et imparfaitement au problème. En effet, alors que de l'autre côté de la méditerranée[1214], les demandeurs d'asile et les candidats à l'immigration attendent de plus en plus nombreux pour pénétrer en Europe, les moyens matériels extrêmement sophistiqués ne semblent pas empêcher ces individus de pénétrer en Europe et que le continent africain génère par milliers des réfugiés et personnes déplacées. Pourtant, la Communauté internationale dans son ensemble, et les Etats européens en particuliers, utilisent les concepts juridiques internationaux mis en place dans les années cinquante (définition de l'asile, pays tiers sûr, pays tiers d'accueil, asile interne, etc.) pour filtrer et traiter les demandes d'asile.

Tôt ou tard, les Etats membres devront faire un choix crucial entre la fermeture des frontières et les dépenses exorbitantes qu'elles nécessitent et l'appel de main d'œuvre étrangère pour faire face au déficit démographique des Etats. Une politique des quotas de

---

[1211] - DUVELL (F.), « undocumented migration in Europe : a comparative perspective », dans DUVELL (F.) (éd.), *Illegal immigration in Europe : beyond control ?*, New York, Palgrave Mamillan, 2006, p. 171.

[1212] - *Exploitation de la main d'œuvre par un trafic illicite et clandestin*, Rés. AG 2920 (XXVI) Doc. off.AGNU, 27e session, (1972) 69 ; *Mesures propres à améliorer la situation des travailleurs migrants*, Rés. AG 3224 (XXIX), Doc.off. AGNU, 29e session, (1974) 90 ; Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution Res (78), 44 *sur les migrations clandestines et l'emploi illégal travailleurs étrangers*, Strasbourg, 26.10.1978.

[1213] - COMMISSION MONDIALE SUR LES MIGRATIONS INTERNATIONALES, *Les migrations dans le monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Genève, octobre 2005, pp.65-66.

[1214] - Lampedusa débarquement record d'immigrants clandestins (25000 personnes dans 3 mois [janvier/février/mars 2011]) ; Cf. d'autres embarcations ont chaviré. Voir aussi « L'afflux de clandestins relance le débat sur l'immigration », Le Monde, 28 juillet 2004.

travailleurs migrants est proposée par certains Etats membres en guise de solution intermédiaire. Le co-développement ou le partenariat avec les pays d'émigrants peut également constituer une solution alternative.

Actuellement, aucune politique d'immigration et d'asile n'a été clairement proposée pour le long terme. Pourtant, les estimations relatives aux futures migrants et demandeurs d'asile sur les cinquante prochaines années sont alarmantes puisque plus de 150 millions[1215] de personnes seraient obligées de quitter leur région ou leur pays d'origine en raison notamment des prochains changements climatiques. Or l'étude du statut de l'étranger, et particulièrement celle du demandeur d'asile, n'a relevé aucune disposition concrète permettant de protéger les personnes fuyant des régions ou des pays touchés par des catastrophes écologiques. Aucun Etat membre n'a encore intégré une définition juridique du réfugié écologique[1216]. Pourtant, les scénarios climatiques plus au moins optimistes des membres du Groupe d'expert intergouvernementaux sur l'évolution du climat (GIEC)[1217] montrent que la planète va connaître des changements climatiques importants entraînant des mouvements de population inévitables.

En définitive, l'UE et ces Etats membres montrent leur incapacité à anticiper l'avenir en matière d'immigration et d'asile alors même que divers rapports[1218] d'experts encouragent l'Europe à ouvrir les frontières à certains étrangers. Si ces Etats continuent dans cette voie, il est certain qu'ils connaîtront de prochaines crises migratoires d'une gravité sans précédent.

En plus, on a vu que le terme d'immigration regroupe de fait plusieurs dimensions : l'immigration irrégulière, l'immigration régulière (immigration de travail, regroupement familial, étudiants, visas, etc.) ; les réfugiés et demandeurs d'asile ; les questions d'intégration. Une politique de l'U.E. en matière d'immigration devrait, alors, adopter une approche multidimensionnelle ou, au contraire, être spécifique pour chacune de ces réalités ?

[1215] - OIM parle d'un milliard de personnes. Marina JULIENNE parle de 25 millions de réfugiés écologiques ou « écoréfugiés » en 2000, *in Québec, Science*, juin 2002.

[1216] - Les réfugiés de l'environnement sont définis comme « (…) des personnes qui ont été forcées de quitter leurs habitations traditionnelles de façon temporaire ou permanente, en raison d'un dérangement environnemental majeur (naturel et/ou engendré par les humains) qui a mis en danger leur existence et/ou qui a endommagé sérieusement leur qualité de vie », El-Hinnawi ; ESSAN., « Environmental Refugees », 1985. Pour plus de détails sur le problème des réfugiés écologiques, voir : KEANE (D.), The environmental Causes and consequences of migration : a search for the Meaning of environmental refugees », Georgetown international environmental law review, winter 2004, 16, p. 209-223.

[1217] - GIEC, Bilan 2001 des changements climatiques : conséquences, adaptation et vulnérabilité, rapport du Groupe de travail II GIEC, p.14.

[1218] - Le rapport sur *les migrations de remplacement de la division* « Population » des Nations Unies, janvier 2000 ; OCDE, *Système d'observation permanente des migrations*, Rapport 2002 ; GEVREY (M.), *Les défis de l'immigration future*, Conseil économique et social, novembre 2003.

A coup sûr, il faut une approche spécifique pour chacune de ces réalités. L'immigration irrégulière renvoie au problème de surveillance des frontières et à la traque des organisations criminelles de passeurs. L'immigration régulière exige une meilleure connaissance des marchés du travail encore trop cloisonnés et une politique plus ouverte s'agissant notamment des étudiants. Quant à la politique d'asile, elle correspond à un devoir absolu. Mais il est vrai qu'une bonne gestion des flux migratoires exige un partenariat de confiance avec les pays d'origine. Dans ce dialogue, il faut privilégier une approche globale comportant l'aide européenne au développement.

Enfin, la solution aux problèmes liés à l'immigration ne saurait être garantie, en aucun cas, par le conditionnement des aides publiques au développement et par la collaboration des partenaires dans la gestion des mouvements migratoires.

La révision de Lisbonne est, sur ce plan, importante. L'aptitude de l'U.E. à forger, dans un espace propre, des règles déterminant la condition des étrangers, met en exergue l'apparition de prérogatives caractéristiques de la personnalité juridique internationale. La politique des étrangers est appelée à compléter les dispositions du traité relatives à la citoyenneté, pour former un dispositif cohérent relatif à la condition des personnes dans l'U.E. Ceci permettra à l'Union, il faut l'espérer, de franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne, créant ainsi de nouvelles « *assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix* »[1219].

[1219] - Déclaration de M. Schuman, Ministre des Affaires Etrangères, faite à Paris le 9 mai 1950, in Cothard (C.A.) et Manin (P.) : *Droit international et histoire diplomatique*, Paris, Montchrestin, 1970.

BIBLIOGRAPHIE

I/DOTRINE :

A- : Ouvrages :

1- Ouvrages généraux :

Les ouvrages généraux sont classés suivant l'ordre alphabétique du nom des auteurs.

AKANDJI- KOMBE (J.F.), « ETRANGER », Encyclopédie Dalloz- Répertoire communautaire Dalloz, éd. Dalloz, Paris, février 1999.
ALLAND (D.), Droit international public, PUF, collection droit fondamentaux, 1ére éd., mars 2000.
ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
ALLAND (D.) et TEITGEN- COLLY (C.), « Traité du droit de l'asile », PUF, 2002.
ANDRIEN (D.), BATSELE (D.), DERRIKS (E.) et SCARCEZ (M.), « Comprendre les statuts et les droits des étrangers par les textes », Bruylant, Bruxelles, 1997.
BERGER (V.), jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 9e éd. Sirey, 2004.
CARLIER (J. Y.), «La condition des personnes dans l'Union européenne », coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles : Larcier, 2007.
D'ALTEROCHE (B.), *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume (XIe- XVe siècle)*, LGDJ, Paris, 2002.
FULCHIRON (H.), « La réforme du droit des étrangers », Litec, Paris, 1999.
GILISSEN (J.), L'étranger, Recueil de la société de Jean Bodin, éd. Librairie encyclopédique de Bruxelles, 1958.
HUMBERT (M.), « Institutions politiques et socials de l'Antiquité», Dalloz, Paris, 7e éd., 1999.
JADOUL (P.) et MIGNON (E.), « Droits des étrangers : statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux », Faculté universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1993.
KANT (E.), Projet de paix perpétuelle, Hachette, réedition, 1998.
KISSANGOULA (J.), *Les droits fondamentaux des étrangers*, LGDJ, 2001
LAFERRIERE (J.F.), « Droit des étrangers », Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2000.
LAGARDE (P.), *l'étranger*, Travaux de l'association Henri Capitant, journée luxembourgeoise, tome XLVIII 1997, éd. LGDJ, Paris, 2000
LE PORS (A.), « Le droit d'asile, Que sais-je ? », PUF, 2004.
LOCHAK (D.), « étrangers de quel droit ? », Paris, P.U.F. 1985.
NIBOYET (M-L) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé, LGDJ*, 2007
RENUCCI (J.F.), « Droit européen des droits de l'homme », 3ème édition, Paris, L.G.D.J, 2002.
SAROLEA (S.), *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruylant, 2006, Préface J.-Y.Carlier

2- **Ouvrages spécialisés**

Les ouvrages spécialisés sont classés suivant l'ordre alphabétique du nom des auteurs.

ALSTON (Ph.) (sous la dir.), L'Union Européenne et les droits de l'homme ; Bruxelles, Bruylant, Académie de droit européen/ Institut universitaire européen, 2001.
BAROU (J.), « Europe, terre d'immigration- Flux migratoires et intégration », Presse universitaires de Grenoble, 2e édition 2006.
BELGUENDOUZ (A.), « Le Maroc non africain, gendarme de l'Europe ? », Rabat, 2003.
BEL HADJ ZEKRI (A.), *La dimension politique de la migration irrégulière en Tunisie*, CARIMAS 2008/53, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): Institut universitaire européen, 2008.
BEL HADJ ZEKRI (A.), *La migration de transit en Tunisie : état des lieux et impacts et avancement de la recherche sur la question*, CARIM-AS 2009/16, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): Institut universitaire européen, 2009.
BEN CHEIKH (F.) et CHEKIR (H.), *Présentation des principales dispositions juridiques tunisiennes relatives a la migration des personnes*, CARIM-AS 2006/03, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): Institut universitaire européen, 2006.
BEN CHEIKH (F.) et CHEKIR (H.), *La migration irrégulière dans le contexte juridique tunisien,* CARIM-AS 2008/64, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): Institut universitaire européen, 2008.
BEN HADID (S.), « L'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élargissement de l'Union Européenne », Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit communautaire et relations Maghreb-Europe, année universitaire : 2005-2006.
BEN LETAIEF (M.), « L'étranger et le droit administratif », *in L'étranger dans tous ses états*, Faculté de Droit et de sciences politiques de Tunis, Laboratoire de droit des relations internationales, des Marchés et des négociations (Driman) 3,4 et5 février 2005, publié par le Driman 2005.
BERGER (N.), « La politique européenne d'asile et d'immigration : enjeux et perspectives », Bruxelles, Bruylant, 2000.
BICHARA (K.), L'Europe pour la Méditerranée, Editions L'Harmattan, 2009
BIGOT (D.) (sous la dir.), « L'Europe des polices et de la sécurité intérieure », Paris complexe, 1992.
BLANCA VILA COSTA, « L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du fractionnement du droit de l'Union Européenne : à la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers non communautaire ».
BOGUSZ (B.), CHOLEWINSKI (R.), CYGAN (A.) et SZYSZCZAK (E.) (éd.), *Irregular migration and human rights : theoretical, European and international perspectives*, Leiden/Bosten, Martinus Nijhoff Publishers, 2004
BONNEAU (N.), « *Le travail illégal des ressortissants de pays tiers dans l'Union européenne* », thèse de droit, Université des sciences sociales de Toulouse 1, 2001
BOUBAKRI (A.), « L'adhésion de la Tunisie aux instruments internationaux protégeant les réfugiés », *Etudes Internationales* (Tunis), 2007.
BOUBAKRI (H.) & MAZZELLA (S.), *La Tunisie entre transit et immigration : politiques migratoires et conditions d'accueil des migrants africains à Tunis*, Editions de l'Aube, 2005.
BOUTEILLET- PAQUET (D.), « L'Europe et le droit d'asile », L'Harmattan, 2004.

BOUTEILLET- PAQUET (D.), « La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément de la convention de Genève ? », (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. Faculté droit de l'Université libre de Bruxelles, publication par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, 2002.
BRIBOSA (E.) et REA (A.), « Les nouvelles migrations, un enjeu européen », éditions complexe, Université libre de Bruxelles, 2002.
BRISBOSIA (E.), DARDENNE (E.), MAGNETTE (P.) et WEYEMBERGH (A.), dir. Union Européenne et nationalités, le principe de non discrimination et ses limites, Bruxelles, Bruylant, 1999.
BRIBOSIA (E.) et HENNEBEL (L.) (dir), Classer les droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2004.
CARLIER (J.-Y.) et DE SCHUTTER (O.) (sous la dir.) : La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2002.
CATIN (M.), REGNAULT (H.) (éd.), *Les pays du Sud de la Méditerranée face au défi du libre-échange*, Paris, L'Harmattan, 2005
CHAUVIER (S.), *Du droit d'être étranger, essai sur le concept Kantien d'un droit cosmopolitique*, éd. L'Harmattan, 1996.
CHETAIL (V.), (dir.), La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives, Bruxelles, Bruylant, coll. Publication de l'institut international des droits de l'homme/institut René Cassin de Strasbourg, 2001.
CHETAIL (V.), (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007
CHOLEWINSKI (R.), *Le statut juridique des migrants admis à des fins d'emploi- Etude comparative sur les législations et pratiques dans certains Etats européens*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005
CHOLEWINSKI (R.), PERRUCHOUD (R.) et MAC DONALD (E.) (edited by) *« International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges »*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2007
CLOCHARD (O.) (éd.), Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires, Armand Colin, 2009
COLEMAN (N.), « European Readmission Policy. Third Country Interest and Refugee Rights », *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-Boston, 2009
COMMISSION MONDIALE SUR LES MIGRATIONS INTERNATIONALES, *Les migrations dans le monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, Genève, octobre 2005
COURNIL (CH.), « Le statut interne de l'étrangers et les normes supranationales », l'Harmattan, 2005.
CREPEAU (F.), *Droit d'asile*. De l'hospitalité aux contrôles migratoires, Bruxelles, Bruylant, 1995
CREPEAU (F.) et CARLIER (J.-Y.), « Intégration régionale et politique migratoire. Le « modèle » européen entre coopération et communautarisation », *JDI*, 1999
DE BRUYCHER (PH.), « Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne », Bruxelles, Bruylant, 2000.
DE BRUYCKER (Ph.) et DE SOUSA (U.), (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile,* Bruxelles, Bruylant, 2004.
DECHAUX (R.), « Le droit au regroupement familial », *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, Bruylant, 2008.
DE LOBKOWICZ (W.), « *l'Europe et la sécurité intérieure »*, Paris, La documentation française, Coll. Les études, 2002.

DIAS URBANO DE SOUSA (C.), « Emergence d'une politique européenne d'asile », Bruylant, 2004.
DI MANNO (T.) et ELIE (M.-P.), « L'étranger : sujet du droit et sujet de droits », Bruylant, Bruxelles, 2008.
DUBOUT (E.), « L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations », Bruxelles : Bruylant, 2006, coll. Droit de l'Union européenne.
DUEZ (D.), « Politique d'asile et d'immigration dans l'Union Européenne », La Grande Europe, Institut d'études Européennes, 2004.
DUEZ (D.), « L'Union Européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique », Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, *coll. Etudes européennes*, 2008.
DUVELL (F.) (éd.), *Illegal immigration in Europe : beyond control ?*, New York, Palgrave Mamillan, 2006.
FARGUES (Ph.), (sous la dir. de), *Migrations méditerranéennes* - Rapport 2008-2009, sous la direction de, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): Institut universitaire européen, 2009.
FULCHIRON (H) et autres, « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, L.G.D.J., 1999.
FULCHIRON (H.), « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », LGDJ, 1999.
GALLIE (M.), « L'accord de Cotonou et les contradictions du droit international, l'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE », Thèse, Université Paris XI et Université de Montréal, 8juin 2006.
GENEVOIS (B.), Le Conseil constitutionnel et les étrangers, *in Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998
GRECIANO (Ph.), « Le droit d'asile des Palestiniens », Dalloz 2008.
GROENENDI (K.), GUILD (E.) et DOGAN (H.), « Sécurité et résidence des immigrés de longue durée », Strasbourg, édition du Conseil de l'Europe, décembre 1998.
GUILD (E.) & MINDERHOUD (P.), *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member states on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2006
GUILLON (M.), LEGOUX (L.) et MA MUNG (E.), *Asile politique entre deux chaises. Droits de l'homme et gestion des flux migratoires*, Paris, L'Harmattan, 2003
GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité, Etude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2000, préface de François Terré
HAILBRONNER (K.), EU Immigration and Asylum Law: A Commentary, 2010.
HUGUENET (S.), *Droit de l'asile : le projet britannique d'externalisation*, L'Harmattan, 2004
HUYSMANS (J.), « The European Union and the securitization of migration » (2000) 38 *JCMS 751*
KAYA (B.), « Une Europe en évolution- Les flux migratoires au XXème siècle », éditions du Conseil de l'Europe, avril 2002.
LAFERRIERE (J. F.), LABAYLE (H.) et EDSTRM (R.), « La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam », Bruxelles, Bruylant, coll. Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 2005.
LAMBERT (E.), « La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme, n°8, 2e éd., 2001.
LAMBERT (P.) et PETTITI (C.) (éds.), les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2003.

LAZZEM (M.R.), « La condition des résidents des Etats tiers dans l'Union Européenne », Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit communautaire et relations Maghreb-Europe, année universitaire : 2004-2005.
LECUCQ (O.), *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, thèse Aix-Marseille III, 1999.
MABROUK (M.), *Voiles et Sel*: *Culture, Foyers et Organisation de la migration clandestine en Tunisie*, Editions Sahar, janvier 2010.
MEFTAH (S.), « le principe de non-discrimination entre les personnes physiques en fonction de la nationalité en droit communautaire », faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit communautaire et relations mahreb-europe, année universitaire : 2001-2002.
MEZIOU (K.), *Migrations et relations familiales, Académie de droit international de La Haye*
MONNIN (I.), « Des clandestins ? Non, des réfugiés », Le nouvel observateur, février 2001.
MOURGEON (J.), « Barbares et Métèques », *AJDA*, mai 1978.
NERAUDAU (E.), « Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne », BRUYLANT, Bruxelles, 2006.
NEVEU (C.), « Nation, frontières et immigration en Europe », Paris, l'Harmattan, 1995.
PAQUET-BOUTEILLET (D.), *L'Europe et le droit d'asile, la politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, éd. L'Harmattan, 2001
PASCOUAU (Y.), « La politique migratoire de l'Union européenne : de Schengen à Lisbonne », Col. Des thèses, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, n° 34, 2010.
PEERS (S.)& ROGERS (N.) (edited by) « EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary », *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-Bosten, 2006.
POELEMANS (M.) « La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union Européenne », BRUYLANT-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2004
PREUSS-LAUSSINOTTE (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, éd. LGDJ, bibliothèque de droit public, tome 209, 2000
REYNOLDS (S.) et MUGGERIDGE (H.), *Remote controls: how the UK border controls are endangering the lives of refugees*, Londres, Refugee Council, décembre 2008.
REZEK (J.F.), « Le droit international de la nationalité », RCADI, 1986, III, t.198.
TANDONNET (M.), « Le grand basar ou l'Europe face à l'immigration », Paris, l'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2001.
TARCHOUNA (M.), « Le travailleur étranger », in HORCHANI, Farhat et BOSTANJI, Sami (sous la direction de): L'étranger dans tous ses états, Tunis, Laboratoire de Droit des Relations Internationales, des Marchés et des Négociations, 2006, pp. 57-64.
TELO (M.) et MAGNETTE (P.) (sous la dir.), de Maastricht à Amsterdam : l'Europe et son nouveau traité, Bruxelles, Bruylant, 1998.
VALLUY (J.), « rejet des exilés : le grand retournement du droit de l'asile », Collection TERRA, éd. du Croquant, janvier 2009
WEIL (P.), *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours, Paris*, Gallimard, coll. Folio histoire, 2004
WITHOL DE WENDEN (C.), « L'immigration en Europe », La documentation française, Paris, 1999.
WITHOL DE WENDEN (C.), « Les nouvelles migrations : lieux, homme, politique », Ellipses, 2013.

ZORRAGA (M.), « Le droit communautaire et les ressortissants des Etats tiers », Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit communautaire et relations Maghreb-Europe, année universitaire : 2003-2004.

B- Articles, Actes de colloques, Conférences et journées d'études :

1- Articles spécialisé :

Les articles sont classés suivant l'ordre alphabétique du nom des auteurs.

ABECASSIS (A.), « La délocalisation du traitement de l'asile et les centres d'accueil de réfugiés hors de l'UE », juillet 2005 : http://www.migreurop.org/article903.html
ABDELMOULEH (M.), « Droits de l'homme et partenariat euro- méditerranéen. Raisons et blocages d'une ambition », Rev. Infos juridiques, n°16/17, janvier 2007
ACOSTA (D.), « The Good, the Bad and the Ugly in EU Miration Law : is the European Parliament Becoming Bad and Ugly ? », *EJML 2009*, pp. 19-39.
AKANDJI- KOMBE (J.F.), « le droit des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaires », les cahiers de droit européen, 1995.
AMNESTY INTERNATIONAL, *Seeking Asylum is not a Crime*, juin 2005 : http://www.amnesty.org.uk/uploads/documents/doc_16178.pdf
ATAK (I.), « Quels droits pour les étrangers dans les nouvelles politiques de l'immigration et de l'asile de l'Union européenne ? », Recension de : Jean-Yves CARLIER et Philippe DE BRUYCKER (dir.), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, RQDI, janvier 2007, en ligne :http://www.sqdi.org/import/2007-01.rec.idilatak.pdf
BALDACCINI (A.), « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law : An Analysis of the Return Directive », *EJML*, *2009*, pp.1-17
BAQUERO CRUZ (J.), « Khalil E.A : Les réfugiés et les apatrides face au droit communautaire », C.D.E, 2002, n°3-4.
BARBOU DES PLACES (S.) « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *EUI Working Paper Law*, n° 2004/6, http://www.iue.it/PUB/law04-6.pdf
BARBOU DES PLACES (S.), "La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers ", *REVUE Asylon(s),* N°4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, url de référence: http://www.reseau-terra.eu/article762.html
BEAUDU (G.), « La mise à l'écart des étrangers : la logique de visa Schengen, la politique européenne de visas de court séjour », http://www.conflits.org/article
BEN ACHOUR (S.), « Le cadre juridique des migrations clandestines en droit tunisien », Annales des sciences juridiques, 2008, p. 105.
BEN BEKHI (N.), le droit d'asile et l'Union Européenne, actualité et droit international, octobre 2002, http://www.ridi.org/adi
BIETLOT (M.), « Le camp, révélateur d'une logique inquiétante de l'étranger », *Cultures et Conflits*, 2005, http://www.conflits.org/document1763.html
BIGO (D.), « Sécurité et immigration : vers une gouverne mentalité par l'inquiétude ? », *in sécurité et immigration*, (Sous la direction de BIGO D.), Cultures et Conflits, éd. L'Harmattan, 1998

BIGO (D.) et GUILD (E.), « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police » à distance », (2003) 49-50, *Cultures & Conflits.*
BLANCHARD (E.) et RODIER (C.), « L'Europe des camps », Plein Droit, n°58, décembre 2003.
BLANCHARD (E.) et RODIER (C.), « Malte, un laboratoire pour enterrer le droit d'asile, Plein Droit, juillet 2005.
BODART (S.), « Réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apports et apories d'une directive européenne », *Journal des tribunaux*, 2005, p. 245
BOSWELL (C.), « Des politiques européennes pour prévenir les causes des flux migratoires et de réfugiés : une approche intégrée ? », Migrations Société, vol14, n°83, Septembre- octobre 2002.
BOUBAKRI (H.), Migration pour le travail décent, la croissance économique et le développement : le cas de la Tunisie. Cahiers des migrations internationales n°102. BIT. Genève.78p. http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/imp/imp102f.pdf
BOUBAKRI (H.), Migration et développement en Tunisie ; in CARIM. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18481/CARIM_ASN_2011_55.pdf?sequence=1
BOUBAKRI (H.), Femmes et migrations en Tunisie. In CARIM. Note de synthèse et d'analyse. 2011/17. 16 p. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15614/CARIM_ASN_2011_17.pdf?sequence=1
BOUBAKRI (H.), Migrations Internationales et Révolution en Tunisie, RAPPORT DE RECHERCHE, MPC RR 2013/01, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Migration Policy Centre (MPC), 2013.
BOUBAKRI (H.), BEN JEMIAA (M.) et CHEKIR (H.), « Les migrants et leurs droits en Tunisie », *in Les migrants et leurs droits au Maghreb avec une référence spéciale à la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants*, UNESCO, SHS/2004/MC/4, 9 septembre 2004.
BOUBAKRI (H.) & POTOT (S.), Exode et migrations en Tunisie : Quand la société civile se réveille. In Blog Médiapart & Lettre de l'IRMC N°6. Avril-mai 2011.
http://blogs.mediapart.fr/blog/swpotot/100311/exode-et-migrations-en-tunisie-quand-la-societecivile-se-reveille, http://www.irmcmaghreb.org/IMG/pdf/Lettre_IRMC_no_6.pdf
BOUBAKRI (H.) & MAZZELLA (S.), L'horizon transnational d'une famille tunisienne élargie. In : « Autrepart » (Revue de sciences sociales du Sud). N° 57-58. Année 2011. (La famille transnationale dans tous ses états). IRD Editions & Les Presses SciencesPo. Pp. 111-126.
BOUBAKRI (H.) & POTOT (S.), De l'élan citoyen à la mise en place d'une politique migratoire en Tunisie : l'accueil des réfugiés libyens en 2011. In Migrations et Société. Volume 24, n° 143. Septembre-octobre 2012. Pp. 121-137.
BOUCHAT (D.), « De Luxembourg à Strasbourg : quelle famille pour l'étranger ? », Revue du droit des étrangers, 2003, n°125.
BRIBOSIA (E.), « La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination », Revue du droit des étrangers, 2003, n°125.
BRUN (F.) et LAACHER (S.), « De la régularisation à l'intégration : stratégies, atouts, obstacles… », *Migrations Etudes*, n°97, janvier- février 2001.
BURGORGUE-LARSEN (L.), « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, fasc. I, pp. 25-46, p. 29-31.
CARLIER (J.-Y), « Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales ? A propos des sanctions à charge des transporteurs qui prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination », *in Liber Amicorum Jacques PUTZEYS, Etudes de droit des transports*, Bruylant, Bruxelles, 1996

CARLIER (J.Y.), «Les bénéficiaires fragilisés de la directive », Revue du droit des étrangers, 2003, n°125.
CARLIER (J.Y.), « La directive retour et le respect des droits fondamentaux », *E.D.L.*, n° 26, mai 2008, pp.13-19.
CASSARINO (J.-P.), Priorités migratoires d'hier et vrais enjeux d'aujourd'hui. In Maghreb Magazine N° 8. 30 avril 2012.
CHEDLY (L.), « Migrations clandestine, vers l'Europe et droits de l'homme », in Droits de l'homme et gouvernance de la sécurité (sous la dir.), l'Harmattan, 2007.
CHEMILLIER- GENDREAU (M.), « Pour un droit de vote universel », in Manière de voir, *Histoire (s) d'immigration*, n°662, mars – avril 2002.
CHETAIL (V.), « Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis de Schengen », Europe, Août-Septembre 2006.
COHEN- JONATHAN (G.), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in Mélanges de l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public, Paris, Dalloz, 2002.
COMTE (F.), « Une nouvelle agence dans le paysage institutionnel de l'Union : le Bureau d'appui en matière d'asile européen », Revue du Droit de l'Union européenne, 2/2010
CORTES MARTIN (J. M.), « Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne : un droit à géométrie variable ? », R.D.U.E., 4/2005.
COURNIL (CH.), « Les réfugiés écologiques : quelle (s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », RDP 2006.
DAILLIER (P.), « Limites et frontières droits et libertés. La forteresse Europe : un excès d'honneur ou d'indignité ? », in frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, Paris : LGDJ, 2007, coll. Droit et société, Recherches et travaux.
DANIELLE (F.), « Nouvelles tendances et enjeux des politiques euro- méditerranéennes en matière de migrations clandestines », Doc.10763 du 13 décembre 2005, n°8, disponible sur le site Internet : http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/Fdoc10763.htm
DE BRUYCHER (PH.), « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », in l'Emergence d'une politique européenne d'immigration, ouvrage collectif du réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, coll. de la Faculté de Droit, Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2003.
DE BRUYCKER (Ph.) « Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la C.A.A.S » in CARLIER J.-Y& DE BRUYCKER P. (sous la direction de*) « Immigration and Asylum Law of the EU :Current Debates/ Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile »,* Bruylant, Bruxelles, 2005
DE BRUYCKER (P.), La mise en place d'un Système européen commun d'asile, étude pour le Parlement européen, PE 425.622, 2010, disponible sur le site internet www.europarl.europa.eu/studies
DELOUVIN (P.), « La responsabilisation d'un seul Etat membre pour l'examen d'une demande d'asile », Migrations- Société, vol.14, n°83, septembre- octobre 2002.
DELOUVIN (P.), « Pour l'asile, un calendrier européen cahotique », *Hommes et migrations*, n°1242, mars- avril 2003.
DELOUVIN (P.), « Europe : vers une externalisation des procédures d'asile ? », *Hommes et Migrations*, n°1243, mai- juin 2003.
DENOEL (X.), « Les accords de réadmission du Benelux à Schengen et au-delà », *RTDE*, 29 (4) oct.-déc. 1993
DEWITTE (P.), « Les indésirables », *Hommes et Libertés*, n°1238, juillet- août, 2002.
DOCQUIR (P. F.), « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers une mise au point d'une protection floue du droit au séjour », Rev. trim. D. H, 6/2004.

DUBOUIS (L.), L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats de la Communauté européenne, *RFDA*, 1991
ERRERA (R.), « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, vol.74
EUZEBY (C.), « Pour une redéfinition des droits à la protection sociale en Europe », *RMCUE*, n°491, septembre 2005, p. 505.
FARGUES (Ph.), 2011, Voice after Exit - Revolution and Migration in the Arab World, http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?ID=839
FARGUES (Ph.) & FANDRICH (Ch.), Migration after the arab spring. MPC report 2012/09. 27 p.
FELLER (E.), « Asylum, migration and refugee protection: realities, myths and the promise of things to come », (2006) 18 IJRL 509, 518
FERRAN (N.), « La politique de maîtrise des flux migratoires et respect des droits et libertés constitutionnels » à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003- 484 DC du 20 nov. 2003, *RDP* 2004 (1).
FLAMAND (C.), « La directive retour et la protection des droits fondamentaux », *RDE*, 2008, n°148, pp.177-192
FLAUSS (J.F.), « L'action de l'Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie, *RTDH*, 2001, n°46
GAUTIER (Y.), « Droit au séjour des étrangers », *Europe*, mars, 2004
GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993
GHAILANI (D.), L'extension de la coordination des régimes de sécurité sociale aux ressortissants des Etats tiers : la fin d'un périple, *Revue belge de sécurité sociale*, 2003
GONZALEZ (G.), « Le protocole additionnel n°12 à la convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », R.F.D.A , janvier- février 2002.
GUILD (E.), « L'état d'exception, le juge, l'étranger et les droits de l'homme : trois défis des cours britanniques », (2005) 58 Cultures & Conflits, en ligne :http://www.conflits.org/document 1834. html
GUILD (E.), « The Europeanisation of Europe's asylum policy », (2006) 18 *IJRL* 630, 644
HAMMARBERG (Th.), « Demande l'asile est un droit, pas un crime », article publié le 30 octobre 2006, consulté sur le site : http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/061030_fr.asp
HATHAWAY (J.C.) et FOSTER (M.), « The casuel connection (nexus) to a Convention ground », *IJRL*, 2003, vol. 15, n°3, p. 470. Cet article est également disponible sur internet à l'adresse suivante : http://ijrl.oxfordjournals.org
HEYMANN-DOAT (A.), « Les étrangers : quels droits ? Les immigrés et l'Europe », in : Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, Paris : LGDJ, 2007, coll. Droit et société, Recherche et travaux.
ICARD (Ph.), « Immigration, mondialisation : histoire d'un paradoxe communautaire », R.D.U.E., 2/2003.
ICARD (Ph.), « L'immigrant en droit communautaire : histoire d'espaces traversés de frontières », *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2009.
INSEL (I.), « Pourquoi la candidature turque n'est pas acceptée par l'Union », *Hommes & Migrations*, novembre-décembre 1998.
INTRAND (C.), « La politique du donnant- donnant », Plein Droit, n°57, juin 2003.
INTRAND (C.) et PERROUTY (P.A.), « La diversité des camps d'étrangers en Europe », L'Europe des camps, *Cultures et Conflits*, n°57, 2005, http://www.conflits.org/document1727.html

JOUANT (N.), « Harmonisation du droit au regroupement familial dans l'Union Européenne », Revue du droit des étrangers, 2003, n°125.
KADHER (B.), « L'impact de l'élargissement sur les flux migratoires Sud-Méditerranéen », *in « Le partenariat Euro- Méditerranéen, le processus de Barcelone : Nouvelles perspectives »*, ISBN, 2003
KAUFF-GAZIN (F.), « La directive « retour » : une victoire du réalisme ou du tout-répressif ? », *Europe*, février 2009
KEFI (R.), « Guichets d'accueil ou camps de réfugiés ? », L'Humanitaire, n°8, janvier 2005.
KING (M.), « Le contrôle des différences en Europe : l'inclusion et l'exclusion comme logiques sécuritaires et économiques », *Cultures et Conflits*, 26-27, 1997
KLOTGEN (P.), « Les accords de réadmission, une approche comparée franco- allemande », Rev. Crit. DIP (2), avril- juin 2003.
LABAYLE (H.), « L'Union Européenne et les droits fondamentaux (Un espace véritable de liberté ?) », in Mélanges de l'honneur de Louis Dubouis ; Au carrefour des droits, Paris, Dalloz, 2002.
LABAYLE (H.), « le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'U.E », *cahiers de droit européen*, 2004, n°5-6.
LABAYLE (H.), « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union Européenne, l'équation impossible », *R.A.E-L.E.A*, 2006/1, pp.93-109
LABAYLE (H.), PAQUET-BOUTEILLET (D.), WEYEMBERGH (A.), « La lutte contre l'immigration irrégulière, Rapport général », *in Summer School Book*, éd. ULB, Bruxelles, 2001
LAFERRIERE (F.J.), « Les difficultés d'accès des demandeurs d'asile au territoire », Cultures et Sociétés, n°7, été 1996.
LAFERRIERE (J.F.), « Frontières juridiques, frontières géographiques », *in Dossier : « L'accessibilité à un territoire d'asile », in Economie et humanisme*, n°345, juillet 1998
LAFERRIERE (F.J), « La loi Villepin relative au droit d'asile », Regard sur l'actualité, La Documentation Française, mars, 2004
LAURAIN (M), vers des normes minimales européennes concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié, réflexions sur une proposition de directive, Actualité et droit international, janvier 2003, http://www.ridi.org/adi
LAVENEX (S.), « Migration and the EU's New Eastern Border :Between Realism and Liberalism », *Journal of European Public Policy*, 2001
LEGOUX (L.), « Vers une redéfinition du droit d'asile », Les migrations internes, éd. La documentation française, n°307 mars-avril, 2002.
LIMOUSIN (A.), « L'histoire de l'immigration en France: une histoire impossible », *Revue française d'études constitutionnelles et politiques, Pouvoirs, l'immigration 47*, 1997.
LOCHAK (D.), Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites?, *Droit social*, n° 90, janvier 1990
MALLOL (F.), « La régularisation du statut administratif des étrangers dépourvus de titres de séjour », *Recueil Dalloz*, chronique, 1997, p.84
MARINESE (V.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : indice d'un désengagement de l'Etat dans la protection des droits fondamentaux ? », in Lochak (Danièl) (sous la direction de), Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme, Nanterre : Presse universitaires de Paris 10/Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2006.
MARZO (C.), « Aux frontières de l'Europe : comparaison de la situation des résidents, ressortissants de différents Etats tiers, à celle des citoyens de l'Union Européenne », *RMCUE*, n°538, mai 2010, p.292

MASSON (B.), « L'harmonisation des conditions de regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE », *RTD*., 2006, p.674
MAVRIDIS (P.), « La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union Européenne », *Cahiers de droit européen*, 2002, fasc. 5-6, pp.634-677
MEHDI (R.), « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu… », RTDE 2003
MODERNE (F.), « droit des étrangers », *in libertés et droits fondamentaux*, (sous la dir.) de M.DELMAS MARTY et C. LUCAS DE LEYSSC, éd. du Seuil, 1996
MONOD (J. C.), «Quelle(s) politique(s) d'intégration au sein de l'Union Européenne », Fondation Robert Schuman, Questions d'Europe n°53, 5 mars 2007, http://www.robert-schuman.org
MOREAU (G.), « Maîtriser les flux migratoires », *in « Regards croisés sur les politiques françaises d'immigration »*, Accueillir, n° 243, septembre 2007.
NYS (M.), Conditions de l'octroi de l'aide sociale aux étrangers : nouvelles limitations, nouvelles contraintes en perspectives, *Revue du droit des étrangers*, 1995, p. 367
OLIVIER (C.), YVAN (G.) et RALPH (S.), « Les camps d'étrangers depuis 1938 : continuité et adaptations. Du "modèle " français à la construction de l'espace Schengen », Revue européenne des migrations internationales, 2004 vol.20.
PEERS (S.), Legislative Update : EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon, *European Journal of Migration and Law*, 2008.
QUATREMER (J.), « Les vingt sept à la recherche de l'Union sur l'immigration », article publié le 5 juin 2008, consulté sur le site : http://www.liberation.fr/actualite/monde/329854.FR.php
REZEK (J.F.), « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986, III, t. 198.
RICARD (P.), « Rome et Berlin veulent créer des centres d'accueil hors de l'Union pour les candidats à l'immigration », Le Monde, 3 septembre 2004.
RODIER (C.), « Dans des camps hors d'Europe : exilons les réfugiés », Vacarme, n°24, 2003.
RODIER (C.), « La directive européenne relative au regroupement familial à la lumière du droit comparé », *Revue du droit des étrangers*, 2003, n°125.
RODIER (C.), « Les camps d'étrangers, nouvel outil de la politique migratoire de l'Europe », *Mouvements*, n°30, novembre- décembre 2003.
RODIER (C.), « Le processus a déjà commencé », Le Nouvel Observateur, 19 octobre 2004
RODIER (C.), « L'Europe et l'externalisation. La Libye en première ligne », *in Politiques migratoires- grandes et petites manœuvres* (coll.), éd. Carobella ex-natura, 2005.
RODIER (C.), « Les camps d'étrangers, dispositif clef de la politique d'immigration et d'asile de l'Union Européenne », publié le 6 avril 2005, dans le site de migreurop, http://www.migreurop.org/article801html
ROGER (F.), Europe : droits nouveaux pour les ressortissants d'Etats tiers, *Bulletin social Francis Lefebvre* 2003, n°11, p. 541
ROIG (A.), « l'harmonisation européenne du droit d'asile : une vue critique », R.M.C.U.E., n° 482, octobre novembre 2004.
SABATEKAKIS (E.), « La carte européenne d'assurance-maladie : le nouveau passeport pour la mobilité en Europe », *RMCUE*, n°504, janvier 2007, p.48
SEN (A.C.), « La mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de Tampere à La Haye. Les étapes de l'intégration européenne en matière d'asile et d'immigration », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°189, 22 novembre 2004, http://www.robert-shuman.org
STRUDEL (S.), « Polyrythmie européenne : le droit de suffrage municipal des étrangers au sein de l'Union, une règle électorale entre détournements et retardements », *Revue française de science politique*, 2003/1, volume 53, p. 3-34

TENENBAUM (J.), « vers une protection coordonnée des personnes déplacées au sein de l'U.E. », Europe, janvier 1999.
THOROGOOD (D.) et WINQVIST (K.), « Migrations de femmes et d'hommes en provenance et à destination de l'Union Européenne », Eurostat, Statistiques en bref, thème 3, 2/2003.
THYM (D.), « Respect for private and family life under article 8 ECHR in immigration cases: a human right to regularize illegal stay? », *International and Comparative Law Quarterly,* Vol 57, n° 1, janvier 2008
TORPEY (J.), « Aller et venir : le monopole étatique des moyens légitimes de circulation », *in sécurité et immigration, Cultures et Conflits*, éd. L'harmattan, 1998.
TRAVAGLIA (B.), « La non-conformité à l'égard de certains droits fondamentaux de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial des ressortissants des pays tiers ; Quelques considérations sur un arrêt de la Cour de Justice », R.M.C.U.E., n°518, mai 2008.
TSOUKALA (A.), « La criminalisation des immigrés en Europe », in Sainati (G.) et Bonelli (L.) (dir.), La machine à punir : Pratiques et discours sécuritaires, L'esprit frappeur, Paris, nouvelle édition 2004.
TURPIN (D.), « Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et de la mondialisation », in Rev. crit. DIP, 2, 2004.
VENTURINI (A.), « Les immigrés clandestins concurrencent- ils les travailleurs nationaux ? », *in Problèmes économiques*, Dossier immigration, n°2851.
VILA COSTA (B.), « L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du franchissement du droit de l'Union Européenne. A la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers (non communautaires) », in Alston Philip (sous la dir.), L'Union Européenne et les droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, Académie de droit européen/ Institut universitaire européen, 2001.
VIPREY (M.), « L'insertion des jeunes d'origine étrangère », étude du Conseil économique et social du 9 juillet 2002, éditions des Journaux officiels, n°41102-12.
VOLLMER (B.), *Undocumented migration : counting the uncountable*. Data and trends across Europe, Country report on UK prepared by the research project Clandestino, décembre 2008
WEIL (P.), « Immigration : un cadre flexible pour une Europe plurielle », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°23, 3 avril 2006, http://www.robert-schuman.org
WIDGREN (J.), « Les politiques de prévention de la migration illégale et du trafic de migrant », Hommes et Migrations, n°1230, mars-avril 2001.
WIHTOL DE WENDEN (C.), « L'asile en crise », presse de Sciences Politiques, mars 2004.
WIHTOL DE WENDEN (C.), « Les politiques d'immigration européennes », Paris, Les cahiers de la sécurité intérieure, n°19, 1995.
WOLF (P.), « de l'authentification biométrique », *in Infosécu* (CNRS), n°46, octobre 2003. http://www.cnrs.fr/Infosecu/num 46.pdf

2- Actes de colloques et journées d'études

Les contributions sont classées suivant l'ordre alphabétique du nom des auteurs.

ABDERRAZEK (H.), « Aspects juridiques d'immigration et de transit dans la région du Maghreb avec une attention spéciale sur l'exemple tunisien », *in Les nouvelles orientations de l'émigration dans la région Méditerranée*, actes de la Conférence annuelle de l'UGTT, Hammamet, 5-7 novembre 2007.
GALINDO VELEZ (F.), « Calais, un problème européen et international », in Mineurs isolés étrangers Des enfants en quête de protection, 1ère assisse européenne du 17 décembre 2009 à Lille, FTDA, Le Département du Pas-de Calais et le Conseil Général du département Nord

GAUDU (F.), « Le séjour et la situation sur le marché du travail : aspects juridiques », in Immigration, marché du travail, intégration, rapport du séminaire du Commissariat général du plan, la Documentation française, novembre 2002.
GAZZANIGA (J-L.), « Le droit d'asile religieux : évolution historique », *in droit d'asile, devoir d'accueil*, VIIIe colloque de la fondation Jean- Rodhain, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.
HERAN (F.), « Immigration, marché du travail, intégration », rapport du séminaire du Commissariat général du Plan, la Documentation française, novembre 2002.
LAVENEX (S.), «Europeanization and Asylum Policy», communication à la 2ème Conférence ECPR, Marburg, septembre 2003 http://www.essex.ac.uk/ECPR/events/generalconference/marburg/papers/symposia/2/Lavenex.pdf
PEREZ (S.), La multiplication des catégories de migrants et de refugiés », *in l'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés* (sous la direction d'Anne-Sophie Millet-Devalle), Colloque Nice, 17-18 juin 2010, éditions A.PEDONE, Paris, 2010
REA (A.) et TRIPIER (M.), Journée d'étude franco-italienne, « L'immigration ouvrière en France, du « Gastarbeiter », au « sans papiers », *in « Immigration et marchés du travail »*, Aix en Provence, 8 avril 2008.
RELLINI (G.), « Les politiques des retours », *in Colloque de Clermont Ferrand, les travailleurs étrangers et le droit international*, éd. Pedone, 1979, p.138-163.
RUBIO-LLORENTE (F.), Espagne, *in Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière*, Table ronde internationale organisée par le CDPC Jean- Claude Escarras de l'Université du Sud Toulon Var, le GERJC de l'Université d'Aix- Marseille III et l'IEJIIA de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, 11-12 septembre 1998, AIJC, 1998
TREVISANUT (S.), « La fragmentation des droits protégés des migrants en droit de l'Union européenne : entre différenciation nécessaire et besoins d'harmonisation », *in L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, (sous la dir.), Colloque Nice 17-18 juin 2010, éditions A. PEDONE.
VALLUY (J.), «Le droit de l'asile contre le droit d'asile et la liberté de circuler» Communication au colloque international «La liberté de circuler de l'Antiquité à nos jours : concepts et pratiques», Collège de France et Ecole Normale Supérieure, Paris, 21-24 mars 2007. Il a été actualisé ultérieurement dans l'ouvrage : Rejet des exilés - Le grand retournement du droit de l'asile, Broissieux : Editions Du Croquant, 20 janvier 2009.
WIHTOL DE WENDEN (C.), « La mondialisation des flux migratoires », in VIIe congrès de l'Association française de science politiques, Lille, 18, 19, 20 et 21septembre 2002, table ronde n°1, *la Mondialisation*, sous la direction de Josépha Laroche.

C- RAPPORTS ET DOCUMENTS SPECIALISES :

1) Documents issus de l'Assemblée Nationale Française

Les sources sont classées par ordre chronologique

BALARELLO (J.), MASSON (P.), Commission d'enquête sur la régularisation d'étrangers en situation irrégulière, rapport 470, Assemblée Nationale (97/98) tome I.
BOCKEL (J.M.), Rapport d'information *sur l'immigration clandestine : approche européenne et réponses nationales*, n°3683, 27 mars 2002.
MARIANI (Th.), Rapport d'information *sur la politique européenne d'asile*, n°817, 29 avril 2003.

MARIANI (Th.), Rapport d'information *sur la politique européenne d'immigration*, n°1238, 19 novembre 2003.
MARIANI (Th.), Rapport d'information *sur la politique européenne d'immigration*, n° 3042, 12 avril 2006.
MARIANI (Th.), Rapport d'information *sur la proposition de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (E2948)*, n° 3763, 21 février 2007.
MARIANI (Th.), Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi N° 57 *relatif à la* maîtrise *de* l'immigration*, à l'*intégration *et à l'*asile *(urgence déclarée)*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 septembre 2007 n° 160.
GUIBAL (J-C), Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi adopté par le Sénat, *autorisant l'approbation de l'accord cadre relatif à la* gestion concertée *des* migrations *et au* développement solidaire, *du protocole relatif à la gestion concertée des migrations et du protocole en matière de développement solidaire entre le Gouvernement de la* République française *et le Gouvernement de la* République tunisienne*,* Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 février 2009, n° 1472.
LAMBERT (J.) et QUENTIN (D.), Rapport d'information, n° 4155, déposé par la Commission des affaires européennes (1) *sur* l'examen des propositions visant à réformer certaines réglementations applicables à l'espace Schengen (E 5843, E 6293, E 6612 et E 6626), Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 janvier 2012.

2) Documents issus du Sénat

Les sources sont classées par ordre chronologique

MASSON (P.), Rapport d'information, *L'Europe face à l'immigration : quels objectifs ? Quels moyens ?* , n°438, 22 juin 2000.
COURTOIS (J-P), 2003/2004, Rapport n°1 du Sénat français,
BRANGER (J.G), Rapport d'information, Migrations et intégration : un défi pour l'Europe ?, n°273, 27 avril 2004.
COURTOIS (J.P.), Rapport sur la proposition de règlement du Conseil établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, n° 170, Sénat, 2 février 2005.
DEL PICCHIA (R.), Rapport d'information *sur la politique européenne d'immigration*, n°385, 8 juin 2005.
ETUDE DE LEGISLATION COMPAREE, n°159, février 2006, relative à la lutte contre les mariages de complaisance, http://www.senat.fr/elc/html.

DAVID (A.), PEYRONNET (J.-C.) et PORTELLI (H.), Rapport d'information, n° 107 fait *au nom de la commission des affaires européennes (1) sur le* citoyen *au* centre *de l'*espace européen *de* liberté*, de* sécurité *et de* justice *(programme de Stockholm),* Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 novembre 2009.

SUEUR (J.-P), Rapport d'information, n° 279, fait *au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur les* projets européens *de* réforme *de* Schengen *et du* droit pénal, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 janvier 2012.

3) Documents issus du Conseil de l'Union Européenne

Conseil de Séville, Conclusions de la présidence du conseil européen de Séville 21 et 22 juin 2002, *Cultures & Conflits* [En ligne], 45 | printemps 2002, mis en ligne le 22 mars 2006, http://conflits.revues.org/791

4) Documents issus de la Comité Economique et Social Européen

Les sources sont classées par ordre chronologique

- Avis *sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine*, Bruxelles, 25 avril 2002.
- Comité économique et social européen, « *Immigration, le rôle de la société civile dans l'intégration* », conférence organisée conjointement avec la Commission européenne, Bruxelles, 9-10 septembre 2002, CES 365/2002.
- Avis *sur l'accès à la citoyenneté de l'union européenne*, Bruxelles, 14-15 mai 2003, CESE 593/2003.
- Avis sur *La coopération entre les organisations de la société civile et les collectivités locales et régionales en matière d'intégration des immigrants* (supplément d'avis), (2011/C 318/11), JOUE n° C 318/69, 29.10.2011.

5) Documents issus de la Commission :

Les documents issus de la Commission sont classés par ordre chronologique.

- Communication de la Commission, *vers un espace de liberté, de sécurité et de justice,* Bruxelles, le 31 juillet 1998, COM (1998) 459 final.
- Communication de la Commission, Une politique communautaire en matière d'immigration, COM (2000) 757 final, le 21 novembre 2000.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration, Bruxelles, COM (2001)387 final.
- Communication de la Commission, *Evaluation de la Convention de Dublin*, Bruxelles, COM (2001) 756 final, 13 juin 2001.
- Communication de la Commission, *Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier*, Bruxelles, COM (2002) 175 final du 10 avril 2002.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *vers une gestion intégrée des frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles 7 mai 2002, COM (2002)233 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Intégrer les questions liées aux migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers, Bruxelles, le 3 décembre 2002, COM (2002) 703 final.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, l'Europe élargie-voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud, COM (2003)104 final.
- Communication de la Commission au Conseil sur la politique commune d'asile et l'Agenda pour la protection, 26 mars 2003, COM (2003) 152 final.

- Communication de la Commission en vue de la présentation d'un plan d'action pour la collecte et l'analyse des statistiques communautaires dans le domaine des migrations, Bruxelles, COM (2003)179 final, 15 avril 2003.
- Vers un régime d'asile plus accessible, équitable et organisé, communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM (2003) 315 final, 3 juin 2003, p.6.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, Bruxelles, COM (2003) 306 final, 3 juin 2003.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2003) 323 final, Bruxelles, 3 juin 2003.
- Communication de la Commission sur la gestion de l'entrée gérée dans l'U. E. des personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine, 4 juin 2004, COM (2004) 410 final.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Etude sur les liens entre immigration légale et immigration clandestine, Bruxelles, le 4.6.2004, COM (2004) 412 final.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Premier rapport annuel sur la migration et l'intégration, Bruxelles, COM (2004) 508 final, juillet 2004.
- Commission européenne, Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, COM (2004) 811final, Bruxelles, le 11janvier 2005.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Programme commun pour l'intégration- Cadre relatif à l'intégration des ressortissants de pays tiers dans l'union européenne*, COM (2005) 389 final, Bruxelles, le 01.09.2005.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Migration et développement : des orientations concrètes*, Bruxelles, COM (2005)390 final, 01.09.2005.
- Communication de la Commission *sur « le renforcement de la coopération pratique- nouvelles structures, nouvelles approches : améliorer la qualité des décisions prises dans le cadre du régime d'asile européen commun* », Bruxelles, le 17 février 2006, COM (2006) 67 final.
- Communication de la Commission *sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers*, Bruxelles, COM (2006) 402 final, le 19.7.2006.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Deuxième rapport annuel sur la migration et l'intégration, Bruxelles, SEC (2006) 892 final, juin 2006.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Troisième rapport annuel sur la migration et l'intégration*, Bruxelles, COM (2007) 512 final, 11.9.2007.
- Manuel sur l'intégration à l'intention des décideurs politiques et des praticiens, Deuxième édition, mai 2007, Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes.

- Proposition de Directive du Conseil établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié du 23 octobre 2007, COM (2007) 637 final.
- Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une politique commune de l'immigration pour l'Europe: principes, actions et instruments,* Bruxelles, COM (2008) 359 final du 17.6.2008.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières de l'Union européenne », COM (2008) 69 final du 13.02.2008.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 juin 2009 – Méthode de suivi pour le contrôle de la mise en œuvre du Pacte européen sur l'immigration et l'asile COM (2009) 266 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 22 octobre 2009 sur le développement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) – Rapport sur l'état d'avancement janvier 2009 – juin 2009, COM (2009) final.
- Communication de la Commission, *plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*, COM (2010) 171, 20 avril 2010.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 6 mai 2010 – Premier rapport annuel sur l'immigration et l'asile (2009), COM (2010) 214 final.
- Document de travail des services de la Commission du 6 mai 2010 – Premier rapport annuel sur l'immigration et sur l'asile (2009) accompagnant le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Premier rapport annuel sur l'immigration et sur l'asile (2009) SEC (2010) 535 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 6 mai 2010 sur le développement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) – Rapport sur l'état d'avancement des travaux juillet 2009 – décembre 2009, COM (2010) 221 final.
- Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur l'application de la directive 2004/81/CE relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, Bruxelles, COM (2010) 493 final, du 15.10.2010.
- Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions sur la migration, COM (2011) 248 final, Bruxelles, le 4.5.2011.
- Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil sur l'application de la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, Bruxelles, COM (2011) 585 final, du 28.9.2011.

6) documents du HCR

HCR, Publications, site officiel sur internet :

- http://www.unhcr.ch/french/issues/asylum/frm09905.htm
- http://www.unhcr.ch/french/pubs/rm101/fm10101.htm
  - HCR, Les réfugiés dans le monde, l'enjeu de la protection, éd. La Découverte 1993.
  - HCR, Les réfugiés dans le monde, cinquante ans d'action humanitaire, Collection Autrement, 2000.

- Comité exécutif du programme du haut commissaire, Interception de demandeurs d'asile et de réfugié : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale, 9 juin 2000, EC/50/SC/CRP.17.
- Comité exécutif du programme du haut commissaire, Formes complémentaires de protection : nature et lien avec le régime de protection internationale des réfugiés, 9 juin 2000, EC/50/SC/CRP.17.
- HCR, « Notes de fond sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », 4 septembre 2003
- HCR, The Dublin II Regulation, A UNHCR Discussion Paper, avril 2006, et Conseil Européen sur les Réfugiés et les Exilés/European Legal Network on Asylum, Report on the application of the Dublin II Regulation in Europe, mars 2006.
- HCR, *Asylum in the European Union. A study of the implementation of Qualification Directive*, Genève, novembre 2007.
- HCR, 2008 Global Trends: Refugees, Asylum Seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons, Country Data Sheets, 16 juin 2009, http://www.unhcr.org/4a375c426.html
- HCR delegation visits detention centre on Greek island, urges closure Greece, 23 octobre 2009, www.unhcr.org/4ae1af146.html
- HCR, information note on national practice in the application of article 3 (2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece, 16 juin 2010
- HCR (2011) *Lever les barrières: Mobilité et développement humains,* Rapport mondial sur le développement humain; *Global Trends*.

Conclusions du Comité exécutif du HCR

N° 6 relative au principe de non- refoulement, 28ème Session, 1977, recueil des conclusions du Comité exécutif du Haut Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies, p.14.
N° 8 La détermination du statut de réfugié.
N° 15 Réfugiés sans pays d'asile.
N° 22 Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivée massive.
N° 30 Le problème des demandes manifestement infondées
N° 44 La détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile.
N° 58 Sur les problèmes des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée.

7) Documents de l'ONU

- Séminaire sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, Tunis, 12-24 novembre 1975, éd. Nations Unies, ST/TAO/HR/50.
- Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, E/CN.4/1998/44, 19 décembre 1997.
- Rapport sur les migrations de remplacement de la division « Population » des Nations Unies, janvier 2000.
- Rapport présenté par Mme Gabriela Rodriguez Pizarro, conformément à la résolution 1999/44 de la commission des droits de l'homme, Groupes et individus particuliers : travailleurs migrants, E/CN 4/2000/82, 6 janvier 2000.

8) Rapport d'Amnesty international

Rapport sur le centre de Sangatte, 30 janvier 2002, SF02R03.
Rapport, Sangatte : la fermeture n'est pas une solution, 1er février 2002, SF02R05.

Rapport sur l'asile dans l'Union européenne, commentaire et articles, 2003, SF03R32.
Rapport annuel 2006. La situation des droits humains dans le monde, Efai.

9) Rapport de l'OIT

Conférence internationale du travail, 87ème session, Travails migrants, éd. Bureau international du travail, Genève, 1999.
Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, Rapport VI, Conférence internationale du travail, 92ème session, Genève, Bureau international du Travail, 2004.

10) Divers

GIEC, Bilan 2001 des changements climatiques : conséquences, adaptation et vulnérabilité, rapport du Groupe de travail II GIEC.
OCDE, 2003, Tendances des migrations internationales, Pénuries de main-d'œuvre et recours à l'immigration : panorama des recherches récentes.
Rapport de synthèse sur les droits fondamentaux dans l'UE en 2003, document disponible sur le site internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm
Rapport de synthèse, 2004, réseau d'experts indépendant en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne, document disponible sur le site internet de la Commission européenne: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm
GISTI, Communiqué,Couverture médicale des sans-papiers : la France rappelée à l'ordre par le Conseil de l'Europe, 13 mai 2005, http://www.gisti.org/doc/actions/2005/ame/index.html
NATIONAL AUDIT OFFICE, *Returning failed asylum applicants*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 76 Session 2005-2006, Londres, 14.7.2005
HUMAN RIGHTS WATCH, *European Union. Managing Migration Means Potential EU Complicity in Neighboring States' Abuse of Migrants and Refugees*, 2, 2006, p.7-17.
HAMMARBERG (T.) (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe), Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière en Europe, Strasbourg, 17 décembre 2007, Comm. DH/Issue Paper (2007)1.
CONSEIL DE L'EUROPE, *Digest de la jurisprudence du Comité des droits sociaux*, Strasbourg, 2008.
HAMMARBERG (T.) *(Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe), Rapport à la suite de sa visite en Turquie du 28 juin au 3 juillet 2009*, Strasbourg, 1er octobre 2009 (en anglais), Comm DH(2009)31.
HAMMARBERG (T.) (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe), La criminalisation des migrations en Europe: quelles incidences pour les droits de l'homme?, Strasbourg, 4 février 2010 (en anglais), Comm. DH/Issue Paper (2010)1.
CIMADE, Le visa refusé. Enquête sur les pratiques des consulats en France en matière de délivrance de visas, 8 juillet 2010.
MIGREUROP, argumentaire *sur l'évaluation de la Commission européenne sur les accords communautaires de réadmission*, rendu public le 23 février 2011
CIMADE, Migrations, état des lieux 2012, Janvier 2012.

II/ Publications officielles

A- Normes de l'Union Européenne

1°/ Droit originaire de l'Union européenne :

Les sources sont classées par ordre chronologique

- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, *ETS,* 5, et : http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005.htm
- Accords entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale allemande et de la République française relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, fait à Schengen le 14 juin 1985, JORF du 5août 1986.
- Traité de Maastricht instituant les Communautés européennes, J.O.C.E, n° C224 du 31 août 1992.
- Convention signée le 15 juin 1990 à Dublin, relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, entrée en vigueur le 1er septembre 1997, JOCE n° C254 du 19 août 1997, p.1-12.
- Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, J.O.C.E, n° C340 du 10 novembre 1997.
- Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, J.O.C.E, n° L239 du 22 septembre 2000.
- Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, J.O.C.E, n° C80 du 10 mars 2001.
- Traité sur l'Union européenne TUE (version consolidée), JOCE n° 325 du 24 décembre 2002.
- Traité d'adhésion, signé à Athènes le 16 avril 2003, J.O n° L236 du 23 septembre 2003.

2°/ Droit dérivé :

Les sources sont classées par ordre chronologique

A- Normes sur les visas

- Règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa du 14 juillet 1995, JOCE L 164/1, modifié par le règlement (CE) n° 334/2002 du Conseil, JOCE 23 février 2002, L53/7.
- Règlemet (CE) n°2317/95 du Conseil du 25 septembre 1995, determinant la liste des pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontiers extérieures des Etats members, JOCE, n° L234 du 3 octobre 1995, p.1-3; modifié par le règlement (CE) n° 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontiers extérieures des Etats members (JO L 072, 18.03.1999 p.2), modifié par le règlement n°539/2001 du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de

visa pour franchir les frontières extérieures des Etats members et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, (JO L081 21.03.2001 p.1), modifié par le règlement (CE) n° 2414/2001 du Conseil du 7 décembre 2001, modifiant le règlement (CE) n°539/2001, JOCE L327/2, 12.12.2001. De nouveau modifié dans plusieurs reprises.

- Règlement (CE) n° 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999, determinant les pays tiers don't les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontiers extérieures des Etats members, JOCE L072 18 mars 1999, remplacé par JOUE L081 du 21 mars 2003, p.1.
- Règlement (CE) n°789/2001 du Conseil du 24 avril 2001 réservant au Conseil des pouvoirs d'exécution en ce qui concerne certaines dispositions détaillées et modalités pratiques relatives à l'examen des demandes de visa, JOCE L 116/2, 26 avril 2001.
- Décision du Conseil du 28 mai 2001, relative à l'adaptation des parties V et VI et de l'annexe 13 des instructions consulaires communes ainsi que l'annexe 6 a) du Manuel commun pour les cas des visas de long séjour ayant valeur concomitante de visa de court séjour, 2001/420/CE, JOCE 6 juin 2001, L150/47.
- Règlement (CE) n° 1091/2001, du 28 mai 2001, relatif à la libre circulation avec un visa de long séjour, JOCE 6 juin 2001, L150/4.
- Règlement (CE) 333/2002 du 18 février 2002 établissant un modèle uniforme et sécurisé de feuillet pour l'apposition d'un visa délivré par les Etats membres aux titulaires d'un document de voyage non reconnu par l'Etat membre qui établit le feuillet, JOCE, L53, 23février 2002, p.4.
- Règlement (CE) n°415/2003 du Conseil du 27 février 2003 relatif à la délivrance de visa à la frontière, y compris aux marins en transit, JOUE, 7 mars 2003, L64/1.
- Règlement (CE) n°1295/2003 du Conseil du 15 juillet 2003 relatif à des mesures visant à faciliter les procédures de demande et de délivrance de visa pour les membres de la famille olympique participants aux jeux Olympiques et/ou paralympiques de 2004 à Athènes, JOUE L183/1 du 27 juillet 2003.
- Décision du 8 juin 2004 portant création du système d'information visa (VIS), 2004/512/CE, L213/5, JOUE du 15 juin 2004.
- Règlement n°2133/2004 du Conseil, du 13 décembre 2004 concernant l'obligation pour les autorités compétentes des Etats membre de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la CAAS et le mauel commun, 2004 JOUE L369 du 16 décembre 2004.
- Règlement (CE) n°851/2005 du Conseil du 2 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n°539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation en ce qui concerne le mécanisme de réciprocité, JOUE, n°L141 du 04/06/2005, p.3-5.
- Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union Européenne et de la Fédération de Russie, *JO n° L 129* du 17/05/2007 p. 0025 – 0037.
- Règlement n° 767/2008 du 9 juillet 2008 sur le fonctionnement de VIS, JOUE, n° L 218, 13 août 2008.
- Décision n° 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant les conditions dans lesquelles les autorités désignées des Etats membres et Europol peuvent avoir accès en consultation au VIS, JOUE n° L 218, 13 août 2008.

- Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un Code communautaire des visas, JO L 243 du 15 septembre 2009.
- Règlement (CE) n°1244/2009 du 30 novembre 2009 qui a modifié le Règlement de mars 2001 afin d'exempter de visa les ressortissants de l'ancienne République Yougoslave de Macédoine, du Monténégro et de la Serbie, *JOUE* n° L 336, 18 décembre 2009.
- Règlement (UE) n° 265/2010 du Parlement Européen et du Conseil du 25 mars 2010 modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et le règlement (CE) n° 562/2006 en ce qui concerne la circulation des personnes titulaires d'un visa de long séjour.
- Règlement (UE) n° 1091/2010 du Parlement européen et du Conseil 24 novembre 2010 qui a modifié le Règlement de mars 2001 afin d'exempter de visa les citoyens albanais et de Bosnie-Herzégovine.
- Règlement (UE) n° 1211/2010 du 15 décembre 2010 qui a modifié le Règlement de mars 2001 afin d'exempter de visa les ressortissants de Taiwan, *JOUE* n° L 339, 22 décembre 2010.

B- Normes sur le SIS

- Décision du Conseil du 20 mai 1999, déterminant, conformément aux dispositions pertinentes du traité instituant la communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, 1999/439/CE, JOCE 10/7/1999, L176/17.
- Décision 2001/886/JAI du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du SIS deuxième génération, JOUE L328 du 13 décembre 2001, p.4.
- Règlement 2424/2001/CE du Conseil, du 6 décembre 2001, relatif au développement du Système d'Information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOUE L328 du 13 décembre 2001, p.1.
- Règlement (CE) n°871/2004 du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'Information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JOUE, L 162/29 du 30 avril 2004.
- Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381 du 28.12.2006.
- Décision de la Commission 2008/333/CE du 4 mars 2008 portant adoption du manuel Sirene et d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 123 du 8.5.2008.
- Règlement (CE) n° 1104/2008 du Conseil du 24 octobre 2008 relatif à la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 299 du 8.11.2008.
- Décision n° 2008/839/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 299 du 8.11.2008.
- Décision 2010/261/UE de la Commission du 4 mai 2010 établissant un plan de sécurité pour le SIS II central et l'infrastructure de communication, JO L 112 du 5.5.2010.

C- Normes sur le franchissement du territoire extérieur

- Directive 2004/82/CE du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO, n°L261, 06.08.2004, p.24.

- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 *portant création d'une agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, *JO* L 349 du 25.11. 2004, préambule
- Règlement (CE) n° 2133/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 concernant l'obligation, pour les autorités compétentes des Etats membres, de procéder au compostage systématique des documents de voyage des ressortissants de pays tiers lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres, et modifiant à cette fin les dispositions de la convention d'application de l'accord de Schengen et le manuel commun, JO L 369/5 du 16.12.2004.
- Règlement (CE) n°562/2006 du 15 mars 2006, concernant les fonts baptismaux et abrogeant les articles 2 à 8 de la Convention d'application des accords de Schengen, JOUE n° L 105 du 13 avril 2006.
- Décision n° 895/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la République tchèque, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 167/1 du 20.06.2006.
- Décision n° 896/2006/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un régime de contrôle simplifié des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les Etats membres de certains titres de séjours délivrés par la Suisse et le Liechtenstein aux fins du transit par leur territoire, JO L 167/8 du 20.06.2006.
- Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des Etats membres et modifiant les dispositions de la Convention de Schengen, JO L 405/1 du 30.12.2006.
- Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 405/23 du 30.12.2006.
- Décision 2007/801/CE du Conseil du 6 décembre 2007 sur l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen à la République tchèque, à la République d'Estonie, à la République de Lettonie, à la République de Lituanie, à la République de Hongrie, à la République de Malte, à la République de Pologne, à la République de Slovénie et à la République Slovaque, JO L 323/34 du 08.12.2007.
- Décision 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JO L144/22 du 6.6.2007.
- Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, *JO* L 199/30 du 31.7.2007.
- Décision n° 582/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par la Bulgarie, Chypre et la Roumanie de certains documents comme équivalents à leurs visas nationaux aux fins de transit par leur territoire, JO L 116/30 du 20. 06.2008.

- décision n° 586/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 modifiant la décision n° 896/2006/CE établissant un régime simplifié de contrôle des personnes aux frontières extérieures, fondé sur la reconnaissance unilatérale par les Etats membres, aux fins de transit par leur territoire, de certains titres de séjour délivrés par la Suisse et le Liechtenstein, JO L 162/27 du 21.06.2008.
- Décision 2008/903/CE du Conseil du 27 novembre 2008 relative à l'application de la totalité des dispositions de l'acquis de Schengen dans la Confédération suisse, JO L 327/15 du 05.12.2008.

D- Normes sur le regroupement familial

- Résolution du Conseil 97/C382/01 du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JOCE C382, 16 décembre 1997.
- Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, J. O. n°L251du 03.10.2003, P.12-18.

E- Normes sur les travailleurs ressortissant de pays tiers

- Résolution du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, JOCE n° C274/3, 19/09/1996.
- Résolution du 30 novembre 1994, concernant la limitation de l'admission des ressortissants tiers sur le territoire des Etats membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JOCE, n° C274/7 du 19 septembre 1996.
- Résolution du 30 novembre 1994, relative à l'admission des ressortissants tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'études, JOCE, n° C274/10, 19 septembre 1996.
- Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002, *établissant un modèle uniforme de permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers,* JOCE, L 157/1 du 15 juin 2002.
- Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *JO* L 155 du 18.6.2009.
- Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat member, JOUE n° L 343 du 23.12.2011.

F- Normes sur l'immigration à fin d'études, de formation et de recherches

- Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échanges d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, J.O. n° L375 du 23.12.2004, p.12-18.
- Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifiques, JO, n° L 289 du 3.11.2005, p.15-22.

G- Normes sur les victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine

- Action commune adoptée par le Conseil le 29 novembre 1996, établissant un programme d'encouragement et d'échange destiné aux responsables de l'action contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants. JOCE L322, 12 décembre 1996, p.7 et s.
- Résolution relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JOCE, L 63 du 4 mars 1997, p. 2 et s.
- Décision-cadre, relative à la traite des êtres humains est adoptée pour rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale COM/2000/0854 final/2, adoptée le 19 juillet 2002, JOCE L 203/1 du 1er août 2002.
- Directive 2004/81/CE du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou font l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JOUE n°L261, 6 août 2004
- Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168/24 du 30.06.2009.

H- Normes sur le statut des résidents de longue durée

- Action commune du 16 décembre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, relative à un modèle uniforme de permis de séjour, JOCE n° L007 du 10 janvier 1997, p.1-4.
- Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002, établissant un modèle uniforme de permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JOCE, L 157/1 du 15 juin 2002.
- Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE. n°L16 du 23 janvier 2004, p.44-53.
- Directive 2011/51/UE du 11mai 2011 modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre aux étrangers bénéficiant d'une protection internationale le statut de résident de longue durée, *JOUE* n° L 132 du 19 mai 2011.

I- Normes sur l'éloignement

- Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001, relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE 2 juin 2001, L 149/34.
- Directive adoptée le 25 novembre 2003 relative à l'assistance au transit dans le cadre des mesures d'éloignement par voie aérienne, JOUE L 321, 6 décembre 2003.
- Décision du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et modalités de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, 2004/191/CE, JOUE L60/55, 27 février 2004.
- Décision 2004/573 du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux Etats membres ou plus, J. O. n°L261 du 6 août 2004, p.28.

- Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O*. n° L 348, 24 décembre 2008, p.98.

J- Normes sur les accords de réadmission

- Accord communautaire de réadmission avec Hong Kong, signé le 27 novembre 2002 approuvé par le Conseil le 17 décembre 2003, entré en vigueur le 1er mars 2004, JOUE L64, 2 mars 2004.
- Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JO L 143/99 du 30.04.2004
- Accord entre la communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, le 3 mars 2005, JOUE 17 mai 2005, L 124, p.22.
- Accord entre la communauté et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE 17 mai 2005, L124, p.43.
- Décision 2007/341/CE du Conseil, du 19 avril 2007, concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, *JOCE* L 129, 17 mai 2007, pp.38-60.
- Accord entre la Communauté européenne et l'Ukraine sur la réadmission des personnes, *JO* L 332/48 du 18/12/2007.
- Accord entre la Communauté européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/7 du 19.12.2007.
- Accord entre la Communauté européenne et la République de Monténégro concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/26 du 19.12.2007.
- Accord entre la Communauté européenne et la République de Serbie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/46 du 19.12.2007.
- Accord entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/66 du 19.12.2007.
- Accord entre la Communauté européenne et la République de Moldova concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO* L 334/149 du 19.12.2007.

K- Normes sur le retour volontaire

- Décision du Conseil relative à l'échange d'information concernant l'aide au retour volontaire des ressortissants de pays tiers, JOCE, n° L147, 5 juin 1997, p.3-4.
- Position commune du 26 avril 1999, concernant une action commune adoptée par le Conseil sur la base K. 3 du traité sur l'Union européenne, établissant des projets et des mesures à soutenir concrètement l'accueil et le rapatriement volontaire de réfugiés, de personnes déplacées et des demandeurs d'asile, y compris une aide d'urgence aux personnes ayant fui en raison des événements du Kosovo, JOCE L114 du 1er mai 1999, p.2.
- Action commune du 27 avril 1998 (304) adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne en vue d'un financement de projets spécifiques en faveur des personnes déplacées qui ont trouvé une protection temporaire dans les Etats membres et des demandeurs d'asile, JOCE L 138 du 9 mai 1998.
- Action commune du 27 avril 1998 (305) adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne en vue du financement des projets en faveur des demandeurs d'asile et des réfugiés, JOCE L 138 du 9 mai 1998.

L- Normes sur les accords d'association

- Accord d'association d'Ankara signé le 12 septembre 1963 conclu au nom de la communauté par la décision 64/732/CEE du Conseil du 23 décembre 1963, JOCE 29 décembre 1964, p.3687.
- Protocole additionnel annexé à l'accord créant une association entre la CEE et la Turquie, 23 novembre 1970, JOCE, L293, 29 décembre 1972, p.4.
- Décision n° 2/76 du 20 décembre 1976.
- Décision n° 1/80 du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association entre la CEE et la Turquie, non publiée.
- Décision n°3/80 du 19 septembre 1980 du Conseil d'association relative à l'application des régimes de sécurités sociale des Etats membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, JOCE n° C 110, 25 avril 1983.
- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, JO L 97, 30.3.1998, p. 2.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Arménie, d'autre part, JO L 239/3 du 09.09.1999.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Azerbaïdjan, d'autre part, JO L 246/3 du 17.09.1999.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part, JO L 205/3 du 04.08.1999.
- Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Ouzbékistan, d'autre part, JO L 229/3 du 31.08.1999.
- Accord euro- méditerranéen passé entre la Communauté européenne et le Maroc, le 1er mars 2000 (art. 69§3e), *JOCE* L 70, 18 mars 2000, p.2.
- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'Etat d'Israël, d'autre part, JO L 147/3 du 21.06.2000.
- Accord de partenariat entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JO L 317/3 du 15.12.2000.
- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République Libanaise, d'autre part, *Doc*. 7293/02 du 18.04.2002.
- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et le Royaume hachémite de Jordanie, d'autre part, JO L 129/3 du 15.05.2002.
- Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, avec la République du Chili, d'autre part, JO du 30.12.2002, p.3.
- Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République d'Egypte, d'autre part, JO L 304/39 du 30.09.2004.
- Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'ancienne République yougoslave de Macédoine, d'autre part, JO L 84/13 du 20.03.2004.

- Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part, JO L 26/3 du 28.01.2005.
- Règlement (CE) n° 1638/2006 *du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat*, JO L 310/1, 9.11.2006.

M-Normes sur le droit d'asile

- La déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial, adoptée le 14 décembre 1967, par une résolution de l'assemblée générale des Nations Unies, n° 2312 (XXII).
- Résolution du 30 novembre 1992 sur les demandes d'asile manifestement infondées adoptée par les Ministres chargés de l'immigration, Londres, 30 novembre-1er décembre 1992, document 10579/92 IMMIG 2.
- Convention signée le 15 juin 1990 à Dublin, relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, entrée en vigueur le 1er septembre 1997, JOCE n° C254 du 19 août 1997 p. 1-12.
- Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JOCE C 274, 19 septembre 1996.
- Décision du Conseil 96/198/JAI, du 4 mars 1996, relative à une procédure d'alerte et d'urgence pour la répartition des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, à titre temporaire, des personnes déplacées.
- Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JOCE, n°L31/18 du 6 février 2003.
- Règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE, n° L50 du 25 février 2003 (Dublin II).
- Règlement n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présenté dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, J.O.U.E, n° L222 du 5 septembre 2003.
- Règlement 491/2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), J.O.L.80 du 18 mars 2004, p.1.
- Règlement n° 439/2010 du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, J.O.U.E.

N- Normes sur EURODAC

- Règlement n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « EURODAC » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JOCE L 316 du 15.12.2000.
- Règlement n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JOCE, n°L62 du 5 mars 2002.

O- Normes sur le statut du réfugié

- Convention de Genève relative au statut de réfugié, adoptée le 28 juillet 1951 par une conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides ; convoquée par l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 429 (V) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1950. Entrée en vigueur le 22 avril 1954, conformément aux dispositions de l'article 43.
- Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, 10 septembre 1969, entrée en vigueur le 20 juin 1974.
- Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autre raisons, ont besoin d'une protection internationale, J. O. n°L304 du 30/09/2004, p.12.
- Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JOCE, n° L326, 2005, pp.13-34.

P- Normes sur la protection subsidiaire

Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autre raisons, ont besoin d'une protection internationale, J. O. n°L304 du 30/09/2004, p.12.

Q- Normes sur le fond européen relatif aux réfugiés et aux personnes déplacées

- Décision 2000/596/CE du Conseil du 28 septembre 2000 portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, JOCE, n° L252 du 6 octobre 2000, p.12-18.
- Décision de la Commission du 20 mars 2001 portant sur les modalités d'exécution de la décision 2000/596/CE du Conseil en ce qui concerne l'éligibilité des dépenses et les rapports de mise en œuvre dans le cadre des actions cofinancées par le Fonds européen pour les réfugiés 2001/275/CE, JOCE n° L95 du 5avril 2001, p.27-40.
- Décision de la Commission du 18 décembre 2001 portant sur les modalités d'exécution de la décision 2000/596/CE du Conseil en ce qui concerne les systèmes de gestion et de contrôle ainsi que les procédures de mise en œuvre des corrections financières dans le cadre des actions cofinancées par le Fonds européen pour les réfugiés, 2002/307/CE, JOCE, n° L 106 du 23 avril 2002, p. 11-27.
- Décision du Conseil établissant le Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010, n° 2004/904/CE du 2 décembre 2004, JOUE n° L 381 du 28 décembre 2004.

R- Normes sur la protection temporaire

- Position commune du 26 avril 1999, n° 99/290/JAI, concernant une action adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité de l'Union européenne, établissant des projets et des mesures destinées à soutenir concrètement l'accueil et le rapatriement volontaire des réfugiés, de personnes déplacées et de demandeurs d'asile, y compris une aide d'urgence aux personnes ayant fui des événements récents qui se sont produits au Kosovo, JOCE L 114, 1er mai 1999, p.2.
- Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour

accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE, n° L 212 du 7 août 2001, p.12.

A- Normes nationaux

- Décret legislative **(Italie)** n° 286 du 25 juillet 1998 « Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero », appelé loi Turco-Napolitano selon les noms des deux ministres pour la solidarité sociale et l'intérieur, *Gazzetta Ufficiale* n° 191 du 18 août 1998, disponible sur le site du Parlement italien : http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/98286dl.htm
- Loi n°189 du 30 juillet 2002 **(Italie)** « Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo », Gzzetta Ufficiale, n° 199 du 26 août 2002, disponible sur le site du Parlement italien : http://www.parlamento.it/parlam/leggi/elelenum.htm
- Ley Organica 14/2003 **(Espagne**), de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley organica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espana y su integracion social, modificada por la Ley Organica 8/2000, de 22 de diciembre ; de la Ley 7/1985, de 2de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen juridico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comun, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, *BOE* n° 279, 21 novembre 2003.
- Loi n° 2003-1119 **(France)** du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF du 27 novembre 2003, p. 20136.
- Loi n° 02-03 **(Maroc)** relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, *Publications de la Revue marocaine d'administration locale et de développement*, Collection Textes et Documents, 2004, pp.17-37.
- La loi n°2004-6 **(Tunisie)** datée du 3février 2004 complétant la loi du 14 mars 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage*, JORT*, 6 février 2004, n°11, pp, 253-254.
- Loi n° 2006-911 **(France)** du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration,* JOF du 25 juillet 2006.
- Décret n° 2006-1708 **(France)** du 23 décembre 2006 *modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative*, JORF, 29.12.2006.
- La loi n°2007-1631 **(France)** du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JOF, 21 novembre 2007, p. 18993.
- Legge 15 luglio 2009 **(Italie)**, n° 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, Gazetta Ufficiale n° 170 del 24 luglio 2009-Supplemento ordinario n° 128, disponible sur le site : http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090941.htm

III/ JURISPRUDENCE :

A- Les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne

Les arrêts sont classés par ordre chronologique

- **C.J.C.E**, 8avril 1978, *Defrenne*, aff. 43/75*, Rec*., p. 455
- **C.J.C.E**, 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Rec*., p. 3881 ; *RTDE*, p. 357
- **C.J.C.E**, 17 avril 1986, *Ann Florence Reed*, aff.59/85, Rec., p.1283
- **C.J.C.E**, 3 juillet 1986, *Lawrie Blum*, C-66/85, Rec., p. 2121

- **C.J.C.E**, arrêt du 30 septembre 1987, Demirel/Stadt Schwabisch Gmund, aff.12/86, Rec.1987, p.3719
- **C.J.C.E**, 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, Rec. p. I-4265
- **C.J.C.E**, 3octobre 1996, *Hallouzi- Chocho*, aff. C-126/95, *Rec*., p. I-4807.
- **C.J.C.E**, arrêt du 23 janvier 1997, Tetik/Land Berlin, aff. C-171/95, Rec. 1997, p. 1-329
- **C.J.C.E**, 21 septembre 1999, *Florus Ariel Wijsenbeek*, aff. C-378/97, Rec. I-6251.
- **C.J.C.E**, 22 juin 2000, *Safet Eyup c/Landesgeschaftsstelle des Arbeitmarktservice Vorarlberg*, aff. C-65/98, *Rec*. p. I-4797
- **C.J.C.E**, 27 septembre 2001, aff. C-63/99, C-257/99 et C-235/99, *The Queen et SSHD et Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk, The Queen et State Secretary of the Home Department et Julius Barkoci et Marcel Malik, The Queen et SSHD et Eleanora Ivanova Kondova, Rec.* 2001 p. I-06369
- **C.J.C.E,** 11 octobre 2001, aff. Jointes C 95/99 à C98/99 et C. 180/99 : *Rec*. p. I-7413
- **C.J.C.E**, 25 juillet 2002, aff. C-459-99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) c/Etat belge, Rec.*, I-6591
- **C.J.C.E**, 9 janvier 2003, *N. Givane*, C-257/00
- **C.J.C.E**, 23 septembre 2003, *Akrich*, C109/01
- **C.J.C.E,** 30 septembre 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola, C-405/01
- **C.J.C.E**, 6 novembre 2003, Franca Ninni-Orasche, C-413/01
- **C.J.C.E***, Commission c/ Jégo-Quéré*, 1er avril 2004, aff C-263/02
- **C.J.C.E**, 31 janvier 2006, Commission c/Royaume d'Espagne, aff. C-503/03, *Rec. I-1122*
- **C.J.C.E**, *GISTI c/Commission*, 6 avril 2006, aff. C-408/05P
- **C.J.C.E**, 27 juin 2006, Parlement européen c/Conseil de l'Union Européenne, C-540/03, Rec. p. I, AJDA, 2006.
- **C.J.C.E**, 12 septembre 2006, l'affaire C-145/04, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande- Bretagne et d'Irlande du Nord*
- **C.J.C.E**, 9 janvier 2007, aff. C-1/05, *Yunying Jia c/ Migrationsverket*, *Rec*., p. I-9903
- **C.J.C.E**, 18 décembre 2007, Royaume-Uni et Irlande du Nord c/Conseil de l'Union, aff. C-677/05 et C-137/05
- **C.J.C.E,** Grande Chambre, 6 mai 2008, aff. C-133/06, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne
- **C.J.C.E**, *aff. Petrosian e.a*, C-19/08, 29 janvier 2009
- **C.J.C.E**, aff. Elgafaji, C-465/07, arrêt du 17 février 2009
- **C.J.C.E**, 2 avril 2009, *Rafet KQIKU*, aff. C-139/08
- **C.J.U.E***, affaire C-348/09, P.I./Oberburgermeisterin der Stadt Remscheid*
- **C.J.U.E,** 30 novembre 2009, aff. C-357/09 PPU, Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)
- **C.J.U.E**, Grande Chambre, 2 mars 2010, aff. Aydin Salahadin A bdulla,C-175/08
- **C.J.U.E**, Grande Chambre, 17 juin 2010*, aff. C-31/09*, Bolbol
- **C.J.U.E,** 22 juin 2010, aff. C-188/10, Melki et Abdeli
- **C.J.U.E**, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11
- **C.J.U.E,** Deuxième Chambre, 28 juillet 2011, aff. C-69/10, Brahim Samba Diouf contreMinistre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration
- **C.J.U.E,** 6 décembre 2011, aff. C-329/11, Achughbabian
- **C.J.U.E,** 21 décembre 2011, affs. Jointes C-411/10 et C- 493/10- ADL du 29 décembre 2011, N.S contre Secretary of State for the Home Department & M.E.et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform
- **C.J.U.E,** 26 avril 2012, aff. C-508/10, Commission contre Pays-Bas

- **C.J.U.E,** 5 septembre 2012, aff. C-355/10, Parlement européen c. Conseil soutenu par la Commission
- **C.J.U.E,** 5 septembre 2012, aff. C-83/11, Secretary of State for the Home Department contre Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman
- **C.J.U.E,** 18 octobre 2012, Staatssecretaris van Justitie contre Mangat Singh
- **C.J.U.E,** 6 décembre 2012, aff. C-430/11, Sagor
- **C.J.U.E,** 19 décembre 2012, aff. C-364/11, Abed El Karem El Kott et autres
- **C.J.U.E,** 29 janvier 2013, aff. C-396/11, Radu
- **C.J.U.E,** 21 mars 2013, aff. C-254/11, Szabolcs-Szatmar-Bereg Megyei Rendo rkapitanysag Zahony Hatarrendészeti Kirendeltsége contre Oskar Shomodi

B- Les arrêts de la Cour européenne de droit de l'homme

Les arrêts sont classés par ordre chronologique

- **C.E.D.H**, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n°31
- **C.E.D.H**, *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali/Royaume-Uni,* du 28 mai 1985, série A, vol.94, JDI, 1986, p.1081
- **C.E.D.H**, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161
- **C.E.D.H**, *Boyle c. Royaume-Uni*, 8 février 1994, *Recueil des arrêts et décisions*, 1994.
- **C.E.D.H**, 27 octobre 1994, Kroon e.a. c/Pays-Bas, aff.297-C.
- **C.E.D.H**, *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II
- **C.E.D.H**, *Amuur c. France*, 25 juin1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III
- **C.E.D.H** 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. /Autriche*, req. n° 17371/90
- **C.E.D.H**, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
- **C.E.D.H**, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI
- **C.E.D.H**, Matthews c. Royaume-Uni, 18 février 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-I
- **C.E.D.H** (1er section), déc. *Majic c.Suède* du 23 février 1999, req. n°459 18/99.
- **C.E.D.H** (3ème section), décision *T.I. c.Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, req. n°43844/98.
- **C.E.D.H***, Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000 (n°40035/98),
- **C.E.D.H**, arrêt Sen c. Pays-Bas, du 21 décembre 2001, req. n° 31465/96
- **C.E.D.H** (3ème section), arrêt *Conka c.Belgique* du 5 février 2002, req. n°51564/99.
- **C.E.D.H,** arrêt *Boultif c. Suisse* du 11juillet 2002, req. n°54273/00.
- **C.E.D.H,** arrêt *Jakupovic C. Autriche* du 6 février 2003, req. n°36757/97
- **C.E.D.H** (3ème section), arrêt *Benhebba c. France* du 19 juin 2003, req. n°53441/99.
- **C.E.D.H,** arrêt *Mokrani c.France* du 24 juin 2003, req. n°52206/99.
- **C.E.D.H,** arrêt Ylmaz c. Allemagne du 17 juillet 2003, req. n°52853/99.
- **C.E.D.H** (2ème section), arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, req. n°40892/98.
- **C.E.D.H***, Niedzwiecki c. Allemagne*, arrêt du 25 octobre 2005
- **C.E.D.H**, 17 janvier 2006, Aoulmi c. France, req. n°. 50278/99
- **C.E.D.H**, *Gebremedhin c. France*, requête n° 25389/05, 26 avril 2006, *RDE* n°143, p.193
- **C.E.D.H**, 18 octobre 2006, *Uner c/Pays Bas*, req. n° 46410/99
- **C.E.D.H**, 2 décembre 2008, K.R.S/Royaume-Uni, req. n° 32733/08
- **C.E.D.H**, 3ème sect. 12 janvier 2010, *AL-Agha c. /Roumanie*, requête n°40933/02
- **C.E.D.H**, 2 février 2010, Dalea c/France, n° 964/07.
- **C.E.D.H**, 21 janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, req. n° 30696/09

C- **Décisions des juridictions nationales**

- Cour constitutionnelle italienne, *sent*. n° 103 de 1977, comm..
- Tribunal constitutionnelle espagnol, arrêt n°107 du 23 novembre 1984, *JC*, vol. X, 199-211 (209).
- C.E, 28 février 1986, Ngako Jeuga, req. n°41550.
- Jugement du Tribunal administratif du grand-duché du Luxembourg, 27 juin 2001, n° de rôle, 12703
- C.E, 11 juillet 2001M. et Mme Iqbal, req. n°206644
- C.E, Juge des référés, 25 novembre 2003, *Nikoghosyan*, AJDA 2004
- C.E, 26 mai 2004, Abdelli, n° 252508
- Tribunal administratif de Lyon, 26 mai 2004, D., n° 0403670 décisions citées par Forum Réfugiés, Le règlement Dublin : principe et pratiques de la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'Union Européenne, Les notes techniques, n° 1, Villeurbane, octobre 2005.
- C.E, 22 novembre 2006, Khaled A., n° 277373, AJDA 2007, p.94
- Cass. Civ., 9 janvier 2007, AJ Fam. 2007, p. 147, obs. F. Chenède
- C.E, 11 avril 2008, Mme EL Kihel, n° 305231
- Cass. Crim. Fr., 4 mars 2009, Marie-Roseline X, pourvoi n° 08-82727

XI/ SITES INTERNET :

http://european–convention.eu.int Site de la convention européenne

http://europa.eu.int/comm/dgs/justice-home Site de la Direction générale "Justice et affaires intérieures" de la Commission européenne.

http://www.consilium.eu.intSite du Conseil des ministres de l'Union européenne.

http://www.assemblée-nat.fr./euro/ Pages européennes du site de l'assemblée nationale française.

http://www.robert-Schuman.org Site de la Fondation Robert Schuman

http://www.senat.fr./europe Pages européennes du site du Sénat français

http://www.ladocumentationfrançaise.fr/dossier-actualité/justice-Europe/ Dossier sur l'espace judiciaire européen sur le site de la documentation française.

http://www.migreurop.org Site de réseau migreurop.

Table des matières

Sommaire……
Liste des principaux sigles et abréviations…… 1
Introduction……... 3
Partie première : *La multiplicité des conditions d'entrée et des droits au séjour*…… 34
Titre premier *: Le régime commun d'accès et d'admission au séjour dans l'U.E*……37
Chapitre premier : *Les conditions du franchissement des frontières extérieures de l'U.E*…… 38
Section première : Le renforcement des contrôles des étrangers aux frontières extérieures …… 39
Paragraphe premier : Des règles communes relatives au franchissement des frontières extérieures……. 40
A- Les conditions d'accès à l'espace commun……. 40
1- Les contrôles exercés aux frontières extérieures…… 41
a/Les modalités des contrôles du franchissement……. 41
b/Les nouveaux acteurs de contrôles…… 45
b-1 : Les officiers de liaison chargés de l'immigration……... 45
b-2 : FRONTEX : une agence une agence européenne pour l'interception des migrants irréguliers…… 47
2- Les mesures réprimant l'entrée irrégulière…… 50
a/Le champ d'application du dispositif des sanctions…… 51
b/Les conséquences des charges pesant sur les transporteurs…… 54
b-1 : Les entraves potentielles à l'accès à la procédure d'asile…… 54
b-2 : Le développement des filières des passeurs…… 57
B-Les règles relatives aux refus d'entrée…… 59
1- L'obligation de notification d'une décision de refus d'entrée…… 59
2- Les difficultés liées au manque d'harmonisation des voies de recours…… 60
Paragraphe deuxième : L'hétérogénéité des conditions de franchissement des frontières liée à l'absence de coïncidence entre l'ELSJ et l'U.E…… 61
A- La situation spécifique pour certains Etats membres de l'U.E……..... 61
1- Les Etats membres bénéficiant de statuts dérogatoires…… 62
2- Les mesures transitoires applicables aux nouveaux Etats membres…… 63
B-La situation des Etats tiers, membre de l'espace Schengen……..... 65
1- Les mesures de facilitation applicables à la Suisse et au Liechtenstein…… 65
2- Le petit trafic frontalier…….. 67
Section deuxième : Le visa, condition d'entrée contre l'immigration « subie » …… 71
Paragraphe premier : Catégorisation entre les ressortissants de pays tiers…… 72

A- Les étrangers non soumis à l'obligation de visa…… 72
B- Les étrangers soumis à l'obligation de visa……. 74
C- L'émergence d'une définition commune de l'étranger indésirable……. 78
Paragraphe deuxième : Les formalités et les garanties juridictionnelles en matière de visa…… 80
A- Les procédures de demande et de délivrance des visas…… 80
1- Les justificatifs à présenter à l'appui des demandes de visa…… 81
2- Le relevé des identifiants biométriques des demandeurs de visa…….. 85
3- Le fichage des demandeurs de visa par le système d'information sur les visas (VIS)…….. 88
a/ Un fichier aux finalités multiples…….. 88
b/ Un fichier aux garanties incertaines……... 90
B- Les garanties juridictionnelles en matière de refus des visas : Des avancées relatives…….. 92
Chapitre deuxième : La catégorisation des étrangers selon les motifs de séjour…….. 97
Section première : Les différents motifs d'admission au séjour 98
Paragraphe premier : Les mesures liées à l'immigration familiale..... 99
A- Une conception stricte de la cellule familiale……. 100
B- Des conditions strictes d'accès au droit au regroupement familial..... 103
Paragraphe deuxième : Une approche sectorielle selon les catégories de migrants en matière de migration économique…… 109
A- Des mesures pour attirer les migrants qualifiés : la carte bleue européenne.....111
B- Procédure unique de délivrance d'un permis de séjour et de travail pour les travailleurs de pays tiers…… 114
Paragraphe troisième : Admission facilitée des étudiants et des chercheurs…… 116
A- Une admission plus ou moins facilité pour les étudiants…… 116
B- La procédure ouverte aux chercheurs…….. 118
Paragraphe quatrième : Admission au séjour pour les victimes de la traite des êtres humains…… 120
Section deuxième : La reconnaissance d'un statut au profit des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ……. 123
Paragraphe premier : Un titre de séjour de longue durée pour les résidents tiers de longue durée …… 123
A- Les conditions de délivrance du statut de résident longue durée..... 124
B- Le statut du résident de longue durée……. 125
Paragraphe deuxième : L'extension aux réfugiés du statut de résident de longue durée : la directive du 11 mai 2011……..... 127
Conclusion de titre I Partie I …… 130
Titre deuxième : Le régime d'accès des demandeurs d'asile à l'U.E……134
Chapitre premier : Des règles et procédures communes

afin de gérer les demandes d'asile…… 136
Section première : Un mécanisme commun de détermination du pays responsable de l'examen des demandes d'asile…… 137
Paragraphe premier : Les critères de détermination…… 138
A- Le critère du regroupement de la famille…… 139
B- Le critère de responsabilité de l'Etat qui a autorisé l'entrée…….. 142
C- Critère de l'entrée irrégulière ou de la responsabilité de l'Etat défaillant…. 143
Paragraphe deuxième : Les clauses dérogatoires…… 147
A- La clause humanitaire…….. 147
B- La clause du traitement national…….. 148
Section deuxième : Des instruments juridiques et techniques au service d'une politique d'asile européenne commune…… 149
Paragraphe premier : Les procédures de prise et reprise en charge des demandeurs d'asile…… 150
A- La prise en charge des demandeurs d'asile présents sur le territoire dans lequel ils ont déposé leur demande…… 150
B- La procédure de la « reprise en charge »…… 155
Paragraphe deuxième : La technique du système EURODAC au service de la gestion des demandes d'asile…… 158
A- Le fichage massif des demandeurs d'asile…… 159
B- Le contrôle détourné des flux migratoires…… 161
Paragraphe troisième : La création du Bureau européen d'appui en matière d'asile…… 166
Chapitre deuxième : Un système complexe et à géométrie variable de recevabilité et d'accueil des demandes d'asile…… 168
Section première : La diversification des procédures…… 169
Paragraphe premier : L'interférence des concepts « d'Etats sûrs » sur les conditions d'examen…… 170
C- La définition des concepts d'Etats sûrs…… 170
1- La notion de « pays d'origine sûr »…… 170
2- La notion de « pays tiers sûr »……. 171
3- La notion de « premier pays d'asile »…… 172
D- La portée des concepts d'Etats sûrs…… 172
Paragraphe deuxième : Les divers types de procédure et les garanties envisagées..176
A- Les différentes procédures envisagées…… 176
1-La procédure normale…… 176
2- La procédure accélérée……178
B- Des garanties minimales entourant les procédures d'asile……. 182
Section deuxième : Le traitement des demandes d'asile à l'extérieur de l'U.E ou l'externalisation de l'asile…… 184
Paragraphe premier : La genèse et les pratiques de l'externalisation…… 185
Paragraphe deuxième : Les implications juridiques de l'externalisation…... 188
Conclusion de Titre II Partie I…… 194

Conclusion de la première Partie …… 197
Partie deuxième : L'hétérogénéité des statuts de l'étranger « résident »……... 198
Titre premier : L'évolution des statuts du migrant établi régulièrement sur le territoire de l'U.E…….. 200
Chapitre premier : Le régime commun……..…… 201
Section première : L'alignement des droits des étrangers sur ceux des citoyens européens dans le domaine sociale..... 202
Paragraphe premier : La reconnaissance du principe d'égalité de traitement en matière de droits sociaux……. 202
A- Une lutte croissante mais insuffisante contre les discriminations…… 202
B- La construction progressive d'une « citoyenneté de résidence »…….. 212
Paragraphe deuxième : L'émergence de catégories des étrangers favorisés…… 214
A- Des statuts résultant d'un lien contractuel entre l'Etat tiers et l'U.E…..……. 214
B- Le cas d'un membre de la famille d'un citoyen européen……. 219
Section deuxième : Le droit à une vie privée et familiale normale : un droit à géométrie variable……...…… 222
Paragraphe premier : La consécration de la liberté de mariage des étrangers… 222
A- Une protection juridique importante du principe de la liberté de mariage…… 223
B- Des limites factuelles relatives à l'exercice de ce droit pour les étrangers…… 225
Paragraphe deuxième : Le droit au regroupement familial : un droit inconsistant. 228
A- L'atteinte au droit à une vie familiale normale…… 229
B- L'atteinte au principe de non discrimination…… 232
Section troisième : Un régime défavorable dans le domaine politique et économique…… 235
Paragraphe premier : Une protection insuffisante au niveau des droits économiques……..... 236
A- L'affirmation de l'identité européenne…….. 236
B- Les entraves à l'accès aux emplois……. 239
Paragraphe deuxième : La persistance des inégalités en matière des droits politiques…….. 248
A- L'exclusion de principe du droit de vote des étrangers…….. 250
B-La reconnaissance exceptionnelle de certains droits électoraux par certains Etats membres……. 253
*Chapitre deuxième : Des statuts propres pour les demandeurs d'asile……..*256
Section première : Une approche européenne commune du statut du réfugié au niveau de l'U.E.…..…… 257
Paragraphe premier : Une harmonisation européenne des motifs d'éligibilité du réfugié…… 258
A- Les critères de reconnaissance du statut de réfugié…… 258
1- La nature et la gravité des actes…….. 258
2- Les motifs des actes…… 260

3- Les auteurs des actes…… 262
4- L'évolution du risque encouru par le demandeur…….. 263
a- Existence ou absence d'alternative à la protection internationale……264
b- Les caractéristiques du risque……..… 267
c- La preuve du risque……...… 267
B- Les motifs d'exclusion du statut de réfugié…….. 268
C- Emergence d'un nouveau statut du réfugié……. 272
Paragraphe deuxième : Les implications d'une définition européenne du réfugié..... 274
Section deuxième : De nouvelles protections dans le droit de l'U.E ……. . 277
Paragraphe premier : Une protection subsidiaire commune,
alternative au statut du réfugié…… 279
A- Les raisons d'une protection subsidiaire…… 279
1- Les faiblesses des instruments internationaux relatifs à l'asile…… 279
2- La nécessité d'harmoniser les différentes protections
internes mises en place par les Etats membres…… 282
B- Les enjeux et la portée de la protection subsidiaire du demandeur d'asile……. 283
1- Les motifs d'octroi de la protection subsidiaire…….. 284
2- Un statut mitigé…… 287
Paragraphe deuxième : La mise en œuvre d'une protection temporaire
en cas d'afflux massif de personne…… 290
A- Une procédure à caractère exceptionnel……. 290
B- La procédure de mise en œuvre……. 292
C- Les effets de la mise en œuvre……. 293
Conclusion du Titre I Partie II…… 295
Titre deuxième : L'absence d'un statut pour le résident en situation irrégulière.....…… 298
Chapitre premier : Une approche répressive de l'immigration irrégulière… 299
Section première : L'hétérogénéité des mesures de répression…… 300
Paragraphe premier: la tendance vers la criminalisation des migrantsirréguliers.301
A- Le dispositif répressif……..... 301
B- Les enjeux en matière de droit de l'homme…… 307
Paragraphe deuxième : le développement de nouvelles règles
de lutte contre l'immigration irrégulière…… 309
A- La lutte contre l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier…….. … 310
B- Les sanctions à l'encontre des employeurs de personnes
en séjour irrégulier…… 316
Section deuxième : La protection des droits fondamentaux des migrants
en séjour irrégulier : un défi majeur pour l'U.E…… 319
Paragraphe premier: Une protection insuffisante pour les migrants irréguliers.. 320
C- Les migrants irréguliers : une catégorie d'étrangers délaissée
par le droit de l'U.E……... 320
D- La consécration « minimum » de certains droits fondamentaux…… …. 323
Paragraphe deuxième : La régularisation des migrants irréguliers :

une méthode délaissée par le droit de l'U.E…… 328
C- Des programmes nationaux de régularisation……..... 329
D- La tendance de l'Union vers des régularisations ponctuelles……. 331
Chapitre deuxième : L'exclusion des migrants irréguliers…….. 334
Section première : Des garanties minimales en cas d'éloignement
des étrangers en situation irrégulière : La directive « retour »…… 335
Paragraphe premier : Un champ d'application accompagné
de nombreuses incertitudes……. 336
Paragraphe deuxième : Les décisions de retour et/ou
d'éloignement restent dépendantes de l'attitude des Etats membres…….. 339
A- La décision de retour……. 339
B- L'interdiction d'entrée…….. 341
Paragraphe troisième : Les garanties et les contraintes à l'occasion
de l'exécution des décisions d'éloignement……. 343
C- Les contraintes et la rétention…… ……. 343
D- Les garanties juridictionnelles et procédurales…… …….. 346
1-Les garanties procédurales imposées par la directive…….. 346
2- Report et recours…….. 347
Section deuxième : L'accélération des renvois des étrangers
en situation irrégulière……. 351
Paragraphe premier : La réadmission comme instrument prioritaire
de la politique du retour…… 351
A- Les programmes d'aide visant à augmenter la capacité
opérationnelle des Etats tiers……. 352
B- Les accords et clauses de réadmission……..... 355
1- Les accords de réadmission…… 355
2- Les clauses de réadmission…….. 365
Paragraphe deuxième : Le retour volontaire ou la naissance
d'une politique alternative du renvoi……... 368
C- Les politiques nationales du retour volontaire……. 368
D- Les perspectives de développement d'une politique commune
de retour volontaire…….. 371
Conclusion de Titre II Partie II…… …. 375
Conclusion de deuxième Partie …….. 379
Conclusion générale……...…… 381
Bibliographie…….. 387
Table des matières …… 420