



HAL
open science

Migrations internationales et justice constitutionnelle

Caterina Severino

► **To cite this version:**

Caterina Severino. Migrations internationales et justice constitutionnelle. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2017, XXXIIe Table ronde internationale de justice constitutionnelle, 32, pp.307-364. hal-01699399

HAL Id: hal-01699399

<https://hal.science/hal-01699399v1>

Submitted on 18 Mar 2023

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

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

Copyright

Institut Louis Favoreu
Groupe d'Études et de Recherches
comparées sur la Justice Constitutionnelle
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)
Aix-en-Provence

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

XXXII

**2016
(extraits)**

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2017

TABLE RONDE
MIGRATIONS INTERNATIONALES
ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

FRANCE

*par Caterina SEVERINO**

I.- INTRODUCTION : LES SOURCES ET LE CONTEXTE DE LA POLITIQUE
MIGRATOIRE DES ÉTATS

Quelles sont les normes applicables dans les États en matière de politique migratoire ?

Pendant une longue période, allant essentiellement de la III^e République à la fin des années 1970, le droit des étrangers en France a largement été dominé par le droit administratif : de nombreux décrets, circulaires et arrêtés adoptés par les gouvernements successifs ainsi qu'une jurisprudence importante du Conseil d'État ont constitué les fondements essentiels de cette matière. Le droit des étrangers a ainsi toujours été considéré en France, comme un pan de la police administrative spéciale, constamment caractérisé, mis à part quelques courtes parenthèses, par une empreinte répressive.

Depuis le début des années 1980, la source principale dans ce domaine est devenue la loi. Parallèlement à cette tendance à une « légalisation » du droit des étrangers, une progressive constitutionnalisation de la matière a eu lieu, grâce notamment à l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Elle s'est accompagnée d'une « européanisation », due à la montée en puissance de la source supranationale, en particulier du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

**Le droit des étrangers : un « infra-droit » évoluant au gré
des contingences politiques et du contexte économique**

Le droit des étrangers a pendant longtemps été dominé par le droit administratif. Il a longtemps été considéré comme faisant partie des missions régaliennes de l'État. Sa réglementation (notamment des décrets et des circulaires) avait pour but principal de délimiter le pouvoir de l'administration laquelle, par

* Maître de conférences HDR à l'Université de Toulon, CDPC Jean-Claude Escarras, Université de Toulon, Aix Marseille Univ, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Toulon, France.

ailleurs, avait le choix ultime concernant l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers du territoire national, ce domaine relevant uniquement de la souveraineté de l'État.

L'ordonnance du 2 novembre 1945¹, adoptée en réaction aux actes du Gouvernement de Vichy, marque une première mutation juridique importante en ce domaine. Contrairement à l'optique suivie par la réglementation précédente, cette ordonnance visait l'insertion des étrangers au sein de la collectivité française, assoiffée, à l'époque, de main-d'œuvre suite aux dégâts de la Seconde Guerre mondiale, et reflétait l'idée selon laquelle il fallait faciliter l'accès des étrangers à l'emploi, sans discrimination avec les nationaux. Le système mis en place par cette ordonnance était complété par l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité, laquelle considérait l'assimilation entre Français et étrangers comme un objectif à atteindre et l'attribution de la nationalité comme le résultat logique de ce processus d'assimilation.

À partir des années 1970, avec la crise économique et la suspension conséquente de l'immigration liée à l'emploi décrétée par le gouvernement français², la réglementation de la matière, à nouveau marquée par une forte connotation répressive, s'est faite une nouvelle fois à coups de circulaires et de décrets³ (ce qui a pu conduire une partie de la doctrine à définir la situation des étrangers comme une situation d'« infra-droit »⁴), jusqu'à ce que le Conseil d'État censure cette pratique par des arrêts devenus célèbres et rétablisse ainsi une forme d'équité⁵. C'est surtout par le biais des « principes généraux du droit » que le juge administratif a pu rétablir une véritable protection des droits et des libertés des étrangers. À titre d'exemple, le droit de mener une vie familiale normale a été consacré dans le célèbre arrêt *GISTI* du 8 décembre 1978⁶.

1 Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

2 La « suspension provisoire » de l'immigration des travailleurs en France a été décrétée par une délibération du Conseil des ministres du 3 juillet 1974. Après quarante-deux ans, cette suspension « provisoire » n'a jamais été remise en cause publiquement. Pour une analyse critique et originale de cette décision gouvernementale, considérée comme un tournant de la politique d'immigration française, voir S. LAURENS, « "1974" et la fermeture des frontières. Analyse critique d'une décision érigée en *turning-point* », *Politix*, 2008/2, n° 82, p. 69-74 (<https://www.cairn.info/revue-politix-2008-2-page-69.htm#re12no12>).

3 Voir par exemple, la lettre-circulaire du 29 juillet 1968 supprimant la procédure de régularisation pour les travailleurs non qualifiés, (cette procédure restait toutefois admise pour l'immigration des familles, des Portugais, des employés de maison et de certains travailleurs qualifiés). Voir aussi les circulaires "Marcellin" (ministre de l'Intérieur) – "Fontanet" (ministre du Travail) des 23 février et 15 septembre 1972 subordonnant la politique de recrutement des travailleurs étrangers à la situation de l'emploi en liant l'autorisation de séjourner en France à la détention d'un emploi : la perte de l'emploi impliquant la perte de la carte de séjour. Voir également le décret du 10 novembre 1977 par lequel le gouvernement (qui un an et demi auparavant avait reconnu officiellement le droit au regroupement familial par un décret du 29 avril 1976) décide de suspendre pour une période de trois ans l'admission des membres de familles, à moins qu'ils ne renoncent à occuper un emploi.

4 D. LochÉack, « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, mai 1976, n° spécial relatif aux étrangers, p. 43.

5 CE, 13 janvier 1975, *Da Silva et Confédération démocratique du travail*, *Rec.*, p. 6 ; CE, 24 novembre 1978, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix*, *Rec.*, p. 464 ; CE, Ass. 8 déc. 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (GISTI), CFDT et CGT*, *Rec.*, p. 493.

6 CE, Ass. 8 déc. 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, *op. cit.* dans lequel le Conseil d'État affirme qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs ».

L'adoption de la loi *Bonnet* du 10 janvier 1980 dont l'intention était de durcir les règles « adoucies » par la jurisprudence du Conseil d'État en matière de droit des étrangers, marque le début d'une ère nouvelle pour la réglementation juridique française. Cette loi constitue la première d'une longue série de modifications législatives de l'ordonnance de 1945.

D'une quasi-totale absence de lois à une « frénésie législative », source de confusion

L'évolution des sources dans le domaine du droit des étrangers depuis 1945 semble pouvoir être découpée en deux périodes : une première de trente-cinq ans (depuis l'ordonnance du 2 novembre 1945 jusqu'à la loi du 10 janvier 1980), caractérisée par la quasi-totale absence de lois en la matière⁷ ; une seconde, de trente-sept ans (de 1980 à 2017), caractérisée, elle, par une très grande abondance de lois (plus d'une trentaine) qui se sont succédé au gré des alternances politiques. Cette frénésie législative, source de nombreuses confusions, a nécessité une codification intervenue en 2004 avec l'entrée en vigueur du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA)⁸.

L'analyse montre toutefois que, malgré l'abondance et la diversité des textes adoptés durant cette seconde période et au-delà des intentions affichées, ces textes traduisent tous une constante : le fait de privilégier quasi systématiquement la préservation de l'ordre public à la garantie des droits des étrangers. En conséquence, le droit des étrangers est avant tout, en France, un droit du contrôle par l'État des flux migratoires et de la préservation de la sécurité intérieure. La question de l'accès des étrangers aux droits fondamentaux ou celle de leur insertion dans le tissu social français est passée au second plan.

Quelle place pour les normes nationales et pour la norme constitutionnelle en particulier ?

Quelle marge de manœuvre pour le juge constitutionnel face aux normes européennes et/ou internationales ?

De la constitutionnalisation du droit des étrangers à son européenisation

Le développement de la source législative depuis les années 1980 et les multiples saisines dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* auxquelles il a donné lieu ont conduit à une montée en puissance de la source constitutionnelle dans cette matière. Alors que les textes constitutionnels étaient quasiment muets en matière de droit des étrangers, mis à part l'alinéa 4 du Préambule de 1946 proclamant le droit d'asile⁹ et l'article 53-1 de la Constitution de 1958, lui aussi

7 Voir, exceptionnellement, la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

8 Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) regroupe les dispositions législatives et réglementaires relatives au droit des étrangers. Il a été institué par l'ordonnance du 24 novembre 2004 (ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004) qui reprend, en particulier, les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ainsi que des dispositions de la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile. Ces deux textes ont par ailleurs été abrogés par l'ordonnance du 24 novembre 2004. Le CESEDA est entré en vigueur le 1^{er} mars 2005. La partie réglementaire a été publiée le 15 novembre 2006.

9 L'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

consacré au droit d'asile¹⁰, le Conseil constitutionnel a pu développer une jurisprudence importante et créer ainsi un véritable statut constitutionnel de l'étranger¹¹.

Ce phénomène de constitutionnalisation du droit des étrangers s'est donc opéré à partir d'une quasi complète absence de l'étranger des textes constitutionnels français, certains auteurs considérant même que « l'étranger est le grand absent du texte constitutionnel de la V^e République »¹² ou que « la Constitution ignore les étrangers »¹³.

La jurisprudence constitutionnelle a progressivement « tricoté » une véritable protection des étrangers, même si l'égalité absolue avec les nationaux est rejetée du fait du régime spécifique auquel les étrangers sont soumis : depuis l'ordonnance du 2 novembre 1945 ce régime place en effet les étrangers « dans une situation différente de celle des nationaux »¹⁴.

Mais, l'œuvre protectrice du Conseil constitutionnel, qui a connu son apogée dans les années 1990, semble connaître un certain recul depuis quelques années.

Ceci est en partie dû à la montée en puissance de la norme européenne. En effet, alors que pendant des années la source nationale a largement prédominé le droit des étrangers, notamment en ce qui concerne la gestion des flux migratoires et la question du contrôle aux frontières, ces deux dernières décennies les normes supranationales, en particulier le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, ont pris de plus en plus d'importance, acculant le législateur français dans un périmètre beaucoup plus restreint.

La source communautaire prend aujourd'hui en France, tout comme dans les autres pays membres de l'Union européenne, une place de plus en plus vaste dans la réglementation du droit des étrangers. Depuis le Traité d'Amsterdam de 1998, l'harmonisation entre les législations nationales dans un domaine demeuré pendant longtemps l'apanage exclusif des États souverains est désormais un objectif, poursuivi aussi bien en matière de droit d'asile qu'en matière de politique d'immigration¹⁵. Avec le Traité de Lisbonne de 2009, le processus de

10 Selon l'article 53-1 de la Constitution de 1958 « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

11 B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, p. 871.

12 F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Existe-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in E. SAULNIER-CASSIA et V. TCHEN (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009, p. 107.

13 E. MILLARD, « La Constitution ignore les étrangers », *Plein droit*, n° 94, octobre 2012, *L'étranger et ses juges* (<http://www.gisti.org/spip.php?article4535>).

14 CC, décis. n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, cons. 7.

15 Conçue à l'origine pour tisser des liens économiques et mettre en place un marché commun entre les divers pays membres, l'Union européenne ne s'est intéressée aux questions migratoires que beaucoup plus tardivement, plus précisément à partir des années 1980, lorsque, devenue l'une des premières destinations mondiales pour l'immigration et l'asile, elle a commencé à développer une politique commune dans ces domaines. Ainsi, avec l'accord de Schengen de 1985, visant à créer un « Espace de liberté, de sécurité et de justice », caractérisé par la suppression des frontières internes, l'Europe s'est donné pour objectifs de faciliter l'accès légal au territoire de ses États membres tout en luttant contre l'immigration illégale. Sur la construction d'une politique européenne en matière d'immigration, voir notamment P. DE BRUYCKER, « L'émergence d'une politique européenne d'immigration », in P. DE BRUYCKER (dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 1 ; H. LABAYLE, « Vers une politique commune de l'asile et de

communautarisation du droit des étrangers s'est consolidé, l'Union européenne recevant une compétence générale pour une politique commune d'asile, de contrôle aux frontières extérieures et d'immigration. La crise migratoire que connaît l'Europe depuis 2015 a conduit les instances européennes à intervenir davantage dans ce domaine, notamment par l'adoption de programmes de répartition entre les différents pays membres de l'Union européenne des personnes ayant besoin d'une protection internationale¹⁶ ou par l'accord concernant la gestion du flux migratoire en provenance de la Syrie établi avec la Turquie le 18 mars 2016¹⁷. La France a ainsi dû adapter sa législation aux normes et aux indications provenant de Bruxelles. Même si cette adaptation ne s'est pas toujours faite sans heurt et n'a pas forcément conduit à une amélioration des droits des étrangers¹⁸.

Le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH) a, lui aussi, élargi progressivement son influence sur le droit national des étrangers. Cette influence découle de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg, mais aussi du contrôle de conventionnalité des lois réalisé par les juges ordinaires français. Ce développement du droit conventionnel en matière de droit des étrangers s'est notamment fondé sur l'article 3 de la CEDH, qui prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants, et son article 8, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.

Les diverses condamnations de la France par la Cour de Strasbourg ont contribué à façonner le droit interne pour l'adapter aux exigences conventionnelles. Rappelons à ce propos que la toute première condamnation de la France à Strasbourg (dans l'affaire *Bozano* de 1986¹⁹) est intervenue dans le domaine du droit des

l'immigration dans l'Union européenne », in F. JULIEN LAFERRIÈRE et alii (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 11.

16 Voir, en particulier, le programme arrêté par le Conseil de l'Union européenne du 14 septembre 2015 visant le transfert vers d'autres États membres de 40.000 migrants entassés en Italie et en Grèce (Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1523>). Voir aussi l'accord adopté le 22 septembre 2015 par les ministres européens en charge de l'Intérieur ou de l'Immigration pour une relocalisation d'urgence de 120.000 personnes ayant besoin d'une protection internationale depuis l'Italie et la Grèce (<http://www.eu2015lu.eu/fr/agenda/2015/09/22-conseil-jai/index.html>).

17 Voir l'accord UE-Turquie sur les migrants adopté par le Conseil européen le 18 mars 2016 (<http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>).

18 Pour ne citer qu'un seul exemple d'une adaptation nationale du droit communautaire moins protectrice à l'égard des étrangers, nous pouvons rappeler celui de la directive « retour » du 16 décembre 2008 en matière d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. En effet, de manière paradoxale, la loi de transposition de la directive adoptée le 16 juin 2011 dite *loi Besson* (loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*) a durci sur certains points le système d'éloignement des étrangers en situation irrégulière, en allongeant, par exemple, la durée maximale de rétention de 32 jours à 45 jours. Remarquons par ailleurs que la France n'est pas le seul pays à avoir agi de la sorte. Ainsi, l'Espagne et l'Italie ont également allongé la durée maximale de rétention à l'occasion de la transposition de la directive « retour » : la durée maximale de rétention est passée de 40 jours à 60 jours pour l'Espagne et de 6 mois à 18 mois pour l'Italie. Sur la transposition de la directive « retour » en France, en Espagne et en Italie qu'il nous soit permis de renvoyer à C. SEVERINO (dir.), *La transposition de la directive « retour »*. France, Espagne et Italie, Bruxelles, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2015, 272 p.

19 CEDH, 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, n° 9990/82. Dans cette affaire, la France fut condamnée pour avoir réalisé une extradition déguisée (rapt de policiers français sur un italien conduit à la frontière franco-suisse après le refus de la justice française d'autoriser l'extradition).

étrangers et a conduit le système français à se doter d'un recours suspensif sur les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière²⁰.

L'abondante jurisprudence des juges ordinaires a par ailleurs conduit à une large diffusion des droits issus de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les interactions contemporaines entre le droit interne, le droit communautaire et le droit européen se révèlent donc de plus en plus complexes, laissant désormais au juge constitutionnel un rôle, somme toute, assez faible.

L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a, certes, ouvert d'autres possibilités pour le juge constitutionnel de se prononcer dans ce domaine. Toutefois la portée de ce nouveau mécanisme doit être relativisée en matière de droit des étrangers (voir *infra*).

La Constitution ou la justice constitutionnelle reconnaissent-elles différentes catégories de migrants ?

Les « citoyens européens » et les « étrangers » *stricto sensu*

Bien que le CESEDA n'opère pas de distinction entre différentes catégories de migrants et considère comme étrangers « les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité »²¹, la Constitution reconnaît, elle, depuis 1992 et l'intégration dans l'ordre juridique français du Traité de Maastricht, une catégorie particulière d'étrangers : les citoyens de l'Union européenne (anciennement appelés « ressortissants communautaires »). L'article 88-3 de la Constitution, résultant de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992²², dispose en effet que « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ».

Cette disposition, qui s'ajoute aux textes communautaires ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE), consacre ainsi une différence juridique essentielle et donc un statut juridique différent entre les ressortissants des pays membres de l'Union européenne et les ressortissants de pays tiers, lesquels sont, désormais, en France, les étrangers *stricto sensu*²³.

L'insertion dans le texte constitutionnel français d'une nouvelle catégorie de « citoyens » ou, de manière spéculaire, d'une nouvelle catégorie d'« étrangers », qui jouissent notamment de la liberté de circulation sur le territoire de l'État et du droit de participer, dans une certaine mesure, à la vie politique, constitue un véritable bouleversement dans l'ordre juridique français²⁴. En effet, pour la première fois depuis la Révolution, le lien, jusque-là indissociable, entre la nationalité et la citoyenneté est rompu et le principe de non-discrimination va jouer sur deux plans

20 Remarquons à ce propos que le Conseil d'État avait déjà fait évoluer sa jurisprudence depuis 1974, concédant la possibilité de demander le sursis à l'étranger frappé d'un arrêté d'expulsion (CE Ass., 23 juillet 1974, *Ferrandiz Gil Ortéga*, Rec. 448).

21 Article L. 111-1 du CESEDA.

22 Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ».

23 Et ce, malgré le fait que le CESEDA, de manière étonnante à l'heure actuelle, ne distingue toujours pas les deux catégories d'« étrangers ».

24 En ce sens, voir notamment E. AUBIN, *Droit des étrangers*, Gualino-Lextenso éditions, 3^e éd., 2014, p. 55.

différents selon la catégorie d'étranger considérée. Cette réforme juridique crée en fait, pour la première fois, deux catégories d'étrangers : les étrangers « privilégiés »²⁵, à savoir les citoyens de l'Union européenne qui deviennent tels à partir du moment où ils possèdent la nationalité de l'un des pays membres²⁶ et les autres étrangers qui, d'un point de vue de leur statut, de leurs droits et de leurs libertés, sont placés dans une situation d'infériorité par rapport aux premiers²⁷. Le principe qui sous-tend cet édifice est, bien évidemment, le principe de libre circulation des personnes. Ce principe, associé à la citoyenneté de l'un des États membres, conduit à exclure les citoyens européens de la plupart des discriminations qui touchent les autres étrangers, le principe d'égalité de traitement revêtant dans ce cas-là, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, un caractère impératif²⁸.

Saisi du contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht avant sa ratification, en vertu de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a censuré, dans la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992²⁹, la disposition du Traité de l'Union qui conférerait le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales aux citoyens de l'Union. Cette censure, avec les autres prononcées dans cette décision, a rendu nécessaire la révision de la Constitution afin d'insérer le Traité sur l'Union dans l'ordre juridique français. Bien que la partie de la décision consacrée à cette disposition ait été nommée « Sur l'instauration d'une citoyenneté de l'Union », le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel pour censurer la disposition contestée ne s'est nullement fondé sur un refus de toute catégorisation d'étrangers au sein de notre Charte fondamentale, mais, plus simplement, sur la disposition constitutionnelle (article 3, alinéa 4) qui confère aux seuls « nationaux » le droit de vote et d'éligibilité aux élections d'organes qui participent à la souveraineté nationale³⁰. Selon le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité ne s'oppose donc pas à la création (constitutionnelle ou législative) de différentes catégories d'étrangers et il semble avoir implicitement considéré que les ressortissants de l'Union européenne et les « autres étrangers » se trouvent dans une situation différente qui justifie un traitement différent.

Comment la justice constitutionnelle a-t-elle réagi dans le temps face à l'évolution des politiques migratoires ?

Comme nous l'évoquons ci-dessus, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit des étrangers a connu une évolution, ou, pourrait-on dire, une « involution » ou une « régression »³¹, qui n'a, d'ailleurs, pas

25 D. DERO-BUGNY, « L'étranger », in J.B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 382.

26 En vertu de l'article 20 du TFUE « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

27 À ce propos, E. Aubin remarque que l'influence du droit de l'Union sur la notion interne d'étranger place le citoyen de l'Union dans une situation intermédiaire, « entre le national et l'étranger » (E. AUBIN, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 55).

28 CJUE, 12 mai 1998, *Martinez Sala c/ Freistaat Bayern*, aff. C-85-96 ; CJUE, 20 septembre 2001, *Grelczyk c/ Centre public et d'aide sociale d'Ottignies Louvain-la-Neuve*, aff. C-184-99. Sur ce point, voir notamment l'analyse de Ph. DE BRUYCKER, « Les politiques d'harmonisation du statut administratif des ressortissants d'États tiers en Europe », in P. JADOUL, E. MIGNON (dir.), *Le droit des étrangers. Statuts, évolutions européennes, droits économiques et sociaux*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 212.

29 CC, décis. n° 92-308 DC du 9 avril 1992.

30 *Ibidem*, cons. 26-27.

31 Selon le terme employé par O. Lecucq dans son analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit des étrangers : « Le Conseil constitutionnel et les étrangers :

forcément été en phase avec les différentes politiques migratoires qui se sont succédé en France, depuis le début des années 1980 jusqu'à nos jours.

Le Conseil constitutionnel s'est montré, dans un premier temps, très protecteur à l'égard des étrangers. Il a bâti un véritable statut constitutionnel des étrangers par sa seule activité prétorienne, à partir d'un texte constitutionnel muet ou presque à l'égard des droits et des libertés de ces personnes.

Déjà amorcé dans les années 1980, lorsque le Conseil constitutionnel a dû se pencher sur des lois fortement sécuritaires³², partiellement censurées par ses décisions³³, ce processus jurisprudentiel protecteur des droits et libertés des étrangers connaît son apogée avec la « grande décision » n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*. Il est significatif de remarquer que dans cette décision, relative à la seconde loi *Pasqua* des 23 et 24 août 1993³⁴, visant à durcir davantage la réglementation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, le Conseil constitutionnel a prononcé pas moins de 11 déclarations d'inconstitutionnalité (touchant 8 articles de la loi) et une douzaine de réserves d'interprétation dont trois qualifiées de « strictes ». Il a, en d'autres termes, enfermé le législateur français dans un cercle bien délimité, en lui indiquant précisément les limites à ne pas dépasser pour ne pas violer le statut des étrangers et en ouvrant en même temps la voie à la reconnaissance de ce statut, composé de droits et libertés constitutionnellement garantis. Par l'intermédiaire d'une quinzaine de décisions adoptées entre les années 1980 et le début des années 2000 en matière de droit des étrangers, le Conseil constitutionnel a ainsi souvent privilégié la logique des droits face à celle de la protection de l'ordre public et à celle de la souveraineté de l'État, n'hésitant pas à censurer le législateur lorsqu'il dépassait les limites que le Conseil constitutionnel lui-même lui avait indiquées et en précisant au fur et à mesure les contours des droits et libertés reconnus aux étrangers, qu'ils fussent en situation régulière ou pas.

Rappelant systématiquement la nécessaire conciliation entre « la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle » et « le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »³⁵, le Conseil constitutionnel s'est attaché à faire respecter le droit de mener une vie familiale normale (inconstitutionnalité de la limitation du droit au regroupement familial au détriment des étudiants) ; le droit à obtenir des prestations sociales (inconstitutionnalité de la non-reconnaissance de ces prestations au profit des étrangers en situation régulière) ; la liberté individuelle (garanties nécessaires en cas de rétention administrative) ; la liberté de mariage (inconstitutionnalité du lien mis en place par la loi entre l'irrégularité du séjour et la volonté d'un mariage frauduleux) ; le droit d'asile (reconnaissance d'un droit au séjour pour l'étranger demandeur d'asile, le temps de traitement de sa demande).

Depuis quelques années, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble reculer, elle semble plus timide à l'égard de la protection des droits des étrangers, pour laisser une place plus grande à la marge d'appréciation du législateur. Pour sa part, le législateur des années 2000 ne semble guère avoir changé d'état d'esprit par rapport à celui qui avait été censuré par le Conseil constitutionnel dans les années 1980 ou 1990. En effet, les diverses lois qui se sont succédé en 2006, 2007 ou encore

processus de constitutionnalisation et de « déconstitutionnalisation », in M. REYDELLET, *L'étranger entre la loi et les juges*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 164.

32 Il s'agit de la loi *Bonnet* (loi n° 80-9 du 10 janvier 1980) et de la première loi *Pasqua* (loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986).

33 CC, décis. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 ; décis. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.

34 Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

35 CC, décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 10.

en 2011, ont globalement durci la réglementation concernant l'entrée et le séjour des étrangers en France ou les conditions de la rétention administrative finalisée à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière ou encore celles relative aux mariages. L'attitude jurisprudentielle du Conseil constitutionnel ne s'explique donc pas forcément par « l'ère du temps » ou le contexte politique de l'époque.

Au-delà de la lecture chronologique de la jurisprudence constitutionnelle, son analyse générale semble révéler une volonté de protection différente selon la nature des droits de l'étranger invoqués devant lui et les exigences en cause. Ainsi, si, d'un côté, le Conseil constitutionnel semble consacrer volontiers des droits et libertés aux étrangers et s'attacher à les protéger lorsque, en face, aucune exigence ne relève de la protection de l'ordre public ou de la lutte contre l'immigration irrégulière ou de la gestion des flux migratoires, de l'autre côté, le Conseil constitutionnel assouplit son contrôle à l'égard du législateur et affaiblit, par conséquent, le niveau de contrainte découlant de la protection des droits et libertés des étrangers, lorsque la mesure législative contestée répond à une politique de lutte contre l'immigration irrégulière ou de protection de l'ordre public ou encore à une politique de maîtrise de l'immigration.

Le Conseil constitutionnel insiste, par exemple, sur les garanties juridictionnelles et les conditions matérielles devant être accordées par la loi aux étrangers retenus dans des centres de rétention, mais a validé à plusieurs reprises l'allongement de la durée de rétention (lors de l'examen des lois de 1997, 2003 et 2011)³⁶. Il exige la reconnaissance de prestations sociales à l'égard des étrangers, en censurant d'éventuelles discriminations par rapport aux nationaux non fondées sur une différence de situation ou sur des raisons liées à l'intérêt général³⁷, mais ne s'est pas opposé au durcissement des conditions nécessaires à l'entrée et au séjour des étrangers, ni à l'aggravation des conditions qui conduisent au regroupement familial, ni au durcissement des conditions pour acquérir la nationalité par le mariage³⁸.

L'introduction de la QPC ne change guère ce constat. L'utilisation de cette nouvelle procédure en contentieux des étrangers peut, certes, en théorie, représenter un outil formidable de protection *a posteriori* des droits et libertés des étrangers, mais en pratique, son impact doit être relativisé³⁹.

Cette procédure est en effet difficilement utilisable en contentieux des étrangers, compte tenu de l'urgence qui caractérise ce dernier, mais aussi en raison du fait que la réglementation applicable à ce contentieux a déjà été largement contrôlée par le Conseil constitutionnel de manière préventive.

En outre, lorsqu'une QPC parvient tout de même à lui être posée, le Conseil constitutionnel adopte la même attitude jurisprudentielle que celle constatée dans le contentieux *a priori*. Face à la protection des droits et libertés, les exigences liées à la sauvegarde de l'ordre public, à la lutte contre l'immigration régulière et à la maîtrise des flux migratoires priment toujours. Les droits et libertés ne sont véritablement

36 CC, décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 50 à 52 ; décis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 62 à 71 ; décis. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 74-75. Les lois de 1997, 2003 et 2011 avaient allongé la durée maximale du placement en rétention respectivement de 10 à 12 jours ; de 12 à 32 jours et de 32 à 45 jours.

37 CC, décis. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, cons. 9.

38 CC, décis. n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 ; décis. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007.

39 En ce sens, voir notamment D. Lochak, « La QPC, une protection efficace des droits et des libertés ? Un impact limité pour protéger les droits des étrangers », *JCP, G.*, supplément au n° 29-34, 15 juillet 2013, p. 15.

protégés que s'ils ne rentrent pas en collision avec ces objectifs qui, désormais, ont tous été élevés au rang d'objectifs d'intérêt général, à valeur constitutionnelle⁴⁰.

I.- LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT LORS DE L'ENTRÉE ET DE LA SORTIE DU TERRITOIRE

A.- L'entrée sur le territoire

Des quotas migratoires ont-ils été instaurés ? Le juge constitutionnel s'est-il prononcé sur la constitutionnalité de ces quotas migratoires ?

Si, dans l'histoire de l'immigration française, des quotas d'ouvriers étrangers ont été prévus par une loi de 1932 afin de préserver la main-d'œuvre nationale au sein des entreprises, ce n'est que sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy que la question de l'insertion dans la Constitution de quotas migratoires a été ouvertement abordée, sans toutefois parvenir à se concrétiser dans une prévision normative.

Ce changement de cap s'est traduit par la création, en janvier 2008, d'une commission présidée par l'ancien Président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud. Cette commission avait pour mission de réfléchir à une révision constitutionnelle visant notamment à rendre possible des quotas migratoires⁴¹. Cependant, en prenant le contre-pied des souhaits exprimés par le Gouvernement, la commission Mazeaud, dans son rapport rendu le 11 juillet 2008, rejeta fermement l'idée de quotas migratoires, en estimant que ces quotas étaient « inefficaces, irréalisables ou sans intérêt »⁴². Elle estima en particulier que ce dispositif, qui n'était par ailleurs prévu nulle part au sein des pays voisins de la France, était « moralement condamnable », « inutile pour la maîtrise des flux de l'immigration professionnelle », « inefficace contre l'immigration irrégulière » et « impossible à réaliser, d'un point de vue constitutionnel et conventionnel, pour l'immigration familiale ». Afin de maîtriser les flux migratoires, la commission préconisa en revanche de mieux contrôler et de définir plus strictement les conditions d'exercice du droit au séjour et de mieux lutter contre l'immigration irrégulière, « dans le respect des principes constitutionnels de la France et de ses engagements conventionnels ».

Remarquons par ailleurs que même si le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi de questions concernant la mise en place de quotas migratoires et bien qu'il ait toujours rattaché le contrôle de l'entrée des étrangers sur le territoire national à une composante de la souveraineté de l'État⁴³, il aurait sans doute censuré un dispositif de ce type pour violation de droits et principes constitutionnels. C'est d'ailleurs dans le but précis de réviser la Constitution que le Gouvernement Fillon avait constitué, en 2008, la commission Mazeaud.

40 En effet, dans la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel a affirmé que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle ».

41 Commission chargée, en janvier 2008, par le Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire Brice Hortefeux d'une mission sur le cadre constitutionnel de la politique d'immigration, la politique des quotas et la création de tribunaux spécialisés en droit des étrangers.

42 Rapport publié le 11 juillet 2008 intitulé « Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire » (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000446.pdf>).

43 CC, décis. n° 92-307 DC du 25 février 1992, cons. 8, dans lequel il est jugé que « l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle ».

Quel est l'impact des traités et accords passés en fonction du pays de provenance ?

Afin de mieux gérer les flux migratoires et d'encadrer l'immigration familiale en amont, la France a, depuis 2006, conclu plusieurs accords de gestion concertée des flux migratoires avec des pays africains ou européens. Le premier accord de ce type a été signé par le président de la République avec le Sénégal le 23 septembre 2006. Entre 2007 et 2010 d'autres accords ont suivi, avec la Gabon⁴⁴, le Congo Brazzaville⁴⁵, le Bénin⁴⁶, la Tunisie⁴⁷ ou encore la Russie⁴⁸. À ce jour, quinze accords de gestion concertée des flux migratoires ont été signés et onze d'entre eux ont été ratifiés⁴⁹. Le but poursuivi par ces accords est de permettre, d'une part, de contrôler l'immigration légale, en instaurant, sur place, un apprentissage de la langue française et une vérification approfondie des liens familiaux conduisant au regroupement familial. Il s'agit également, d'autre part, de mener une politique solidaire de co-développement avec les pays concernés⁵⁰. Cette politique vise à aider les pays étrangers en voie de développement à améliorer les conditions économiques sur place pour réduire les écarts de niveau de vie et diminuer ainsi l'émigration vers la France. Ceci passe notamment par la création de comptes épargne développement permettant aux étrangers d'investir dans leur pays. Toutefois, des études menées sur ces politiques⁵¹ ont montré que, paradoxalement, l'élévation du niveau de vie peut conduire à une augmentation du désir de s'exiler vers des pays plus fortunés, soit pour parfaire sa formation, soit pour y travailler⁵². L'impact de cette politique reste ainsi très limité.

Comment le juge constitutionnel réagit-il face à la résurgence des contrôles aux frontières à l'intérieur de l'Union européenne (espace Schengen) ? Plus généralement est-il saisi de problématiques liées aux contrôles aux frontières ?

Alors que, au moment de l'aggravation de la crise migratoire au cours de l'année 2015, la France, contrairement à d'autres États européens tels que l'Autriche, l'Allemagne ou l'Italie, n'avait pas souhaité rétablir des contrôles aux frontières pour tenter de freiner l'arrivée de migrants, depuis les attentats du 13 novembre 2015 à Paris, elle a rétabli les contrôles d'identité sur l'ensemble de ses frontières nationales, suspendant, pour une durée indéterminée, la libre circulation à l'intérieur même de l'espace Schengen⁵³. Le but poursuivi par ces mesures « provisoires » est de tenter

44 Accord signé le 5 juillet 2007.

45 Accord signé le 25 octobre 2007.

46 Accord signé le 28 novembre 2007.

47 Accord signé le 28 avril 2008.

48 Accord signé le 27 novembre 2009.

49 Accords signés entre la France et les pays suivants : Bénin, Burkina-Faso, Cap-Vert, Congo, Gabon, Ile Maurice, Monténégro, Russie, Sénégal, Serbie, Tunisie, Cameroun, Géorgie, Liban, Macédoine.

50 Cette politique, déjà présente dans la loi du 24 juillet 2006, est surtout visible dans la loi du 20 novembre 2007 dite *loi Hortefeux*, qui y a consacré un chapitre entier (Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JORF* n°270 du 21 novembre 2007 p. 18993).

51 Voir notamment, J.-P. GUENGANT, « Migrations internationales et développement : les nouveaux paradigmes », *Revue européenne des migrations internationales*, 1996 ; *Idem*, « Quel lien entre migrations internationales et développement ? », *Projet*, n° 272, décembre 2002. Voir également les rapports de l'OCDE sur « Migrations et pays en développement » (<http://www.oecd.org/fr/migrations/migration-d%C3%A9veloppement/>).

52 V. CARRERE, « L'illusion du co-développement », in GISTI, *Liberté de circulation, un droit, quelles politiques ?*, 2010 (http://www.gisti.org/publication_som.php?id_article=2126#2vc).

53 Par un communiqué du ministre de l'Intérieur datant du 13 novembre 2015, le rétablissement des contrôles aux frontières a été initialement prévu pour une durée d'un mois (dans le cadre de la COP21). Cette mesure a par la suite été renforcée et étendue au-delà de ce délai, lors de la

d'endiguer la menace terroriste. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi à cette occasion.

Mais au-delà de ce cas précis, le Conseil constitutionnel a pu se prononcer à plusieurs reprises sur des questions liées aux contrôles aux frontières et à la politique de visas. Par une jurisprudence constante, il a rattaché le régime de l'entrée des étrangers sur le territoire national à la souveraineté de l'État et ainsi préservé, au profit de ce dernier, une large marge de manœuvre dans ce domaine. Déjà en filigrane dans la décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986⁵⁴, l'idée que l'étranger ne détient pas un droit au séjour est clairement exprimée dans la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 dans laquelle le juge constitutionnel affirme que « l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle »⁵⁵. Le Conseil constitutionnel a donc admis, dans son principe, la possibilité pour le législateur d'apporter des restrictions à l'entrée et au séjour en France des étrangers. Il a par ailleurs estimé que même lorsque l'État s'engage, par des conventions internationales, à limiter sa souveraineté, il doit toujours pouvoir respecter les conditions essentielles d'exercice de cette même souveraineté. C'est en partie pour cette raison qu'il a estimé, lors de l'introduction du Traité de Maastricht dans l'ordre juridique interne, qu'une révision de la Constitution était nécessaire, ce Traité prévoyant que la politique commune des visas au sein de la Communauté européenne serait soustraite, à compter du 1^{er} janvier 1996, à la règle de l'unanimité⁵⁶.

C'est également en suivant ce même type de raisonnement que quelques années auparavant, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi autorisant l'application de la Convention de Schengen, le Conseil constitutionnel avait estimé que la suppression du contrôle des personnes aux « frontières intérieures » ne portait atteinte ni aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, ni au principe de continuité de la nation. La compatibilité des accords de Schengen avec les normes constitutionnelles découlait précisément du fait que la suppression du contrôle étatique n'était pas absolue et que le régime commun de visas de court séjour ne pouvait être modifié que d'un commun accord entre les parties contractantes⁵⁷.

déclaration de l'état d'urgence par le président de la République. Cette possibilité de rétablir les contrôles aux frontières est prévue par les accords de Schengen eux-mêmes, « en cas de menace pour l'ordre public et la sécurité intérieure ». Remarquons par ailleurs qu'à la suite de la vague d'attentats de 1986, le gouvernement français décidait d'adopter plusieurs mesures de circulation transfrontière, parmi lesquelles la soumission de tous les visiteurs étrangers à l'obligation de visa. Seuls alors les ressortissants de la Communauté européenne et les Suisses en étaient dispensés. Sur ce dispositif, dans un sens critique, C. RODIER et N. FERRÉ, « Visa : le verrou de la honte », *Plein droit*, n° 35, 1997, *Des papiers pour tout* (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/35/visas.html>).

54 CC, décis. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, où le Conseil constitutionnel ne trouve rien à redire concernant l'abrogation, par la loi contrôlée, de la disposition qui conférait à l'étranger un droit d'entrer sur le territoire.

55 CC, décis. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *op. cit.*, cons. 8.

56 CC, décis. n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *op. cit.*, cons. 49 : « Considérant que les engagements internationaux souscrits par les autorités de la République française ne sauraient affecter l'exercice par l'État de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté », et cons. 50 : censure de la disposition du Traite sur l'Union qui prévoyait la règle de la majorité qualifiée à la place de l'unanimité pour la politique commune des visas.

57 CC, décis. n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, cons. 14.

Quelles sont les normes constitutionnelles appliquées en matière d'attribution de visas et d'autorisations de séjour ?

Bien que le Conseil constitutionnel ait bâti, au fil de sa jurisprudence, un statut constitutionnel des étrangers caractérisé par la jouissance de droits et libertés fondamentaux, le principe gouvernant cette matière demeure, néanmoins, « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » et que le législateur peut restreindre les conditions d'entrée et de séjour des étrangers « par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques⁵⁸. Comme le souligne O. Lecucq, cette affirmation du Conseil constitutionnel représente « la pierre angulaire du statut constitutionnel des étrangers »⁵⁹. En effet, c'est précisément de cette affirmation de non-existence d'un droit fondamental à l'entrée et au séjour de l'étranger que découlent des conséquences essentielles pour son statut constitutionnel (et, donc, législatif).

L'une de ces conséquences est que le Conseil constitutionnel admet que l'entrée et le séjour des étrangers soient soumis à un régime d'autorisation préalable. Selon la jurisprudence constitutionnelle en effet, cette autorisation et le refus de la délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour ne portent pas atteinte au principe de respect de la dignité de la personne humaine, consacré par le Préambule de 1946, tout comme ne porte pas atteinte à ce principe, par exemple, la prévision de tests ADN visant à vérifier la filiation biologique maternelle dans le cadre du regroupement familial⁶⁰. Le Conseil constitutionnel accepte également que le législateur exige des étrangers « la détention, le port et la production de documents attestant la régularité de leur séjour en France »⁶¹ et que puisse être vérifiée « la mise en œuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public »⁶².

Toutefois, bien que la logique dominante en matière d'entrée et de séjour des étrangers en France soit, à l'évidence, la logique de la souveraineté et de la protection de l'ordre public, des exceptions permettent, d'un point de vue constitutionnel, d'inverser cet ordre, en contraignant le législateur à affirmer un droit d'entrée ou de séjour de l'étranger.

Ces exceptions concernent le droit d'asile, le droit de mener une vie familiale normale et le droit à la santé, respectivement proclamés ou reconnus sur le fondement des alinéas 4, 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Sur ces questions, c'est-à-dire lorsque l'étranger peut demander l'asile, ou qu'il remplit les conditions pour procéder au regroupement familial, ou réside habituellement en France et y a tissé des liens multiples ou lorsque, enfin, il est gravement malade et ne peut accéder à des soins appropriés dans son pays d'origine⁶³, le législateur est contraint d'atténuer, voire de supprimer les limites à l'entrée et au

58 CC, décis. n°93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 2 ; décis. n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *op. cit.*, cons. 6.

59 O. LECUCQ, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1641.

60 CC, décis. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 15 à 18.

61 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 12 à 16.

62 *Ibidem*, cons. 15.

63 CC, décis. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 34 à 36.

séjour de l'étranger, même si des considérations liées à la préservation de l'ordre public sont en jeu (sur la reconnaissance et la protection de ces droits voir *infra*)⁶⁴.

Le placement du migrant en zone d'attente, en « centre fermé » ou en centre de détention ? Quels sont les recours ? Le juge constitutionnel s'est-il prononcé sur ces placements ? Quelles normes constitutionnelles ont été mobilisées ? Existe-t-il un droit à l'interprète ? Dans quelles conditions les migrants disposent-ils de droits de la défense ?

La zone d'attente est une zone internationale, créée par la loi du 6 juillet 1992⁶⁵, dans laquelle l'étranger qui arrive en France par avion, train ou bateau en ne disposant pas d'un document autorisant son entrée dans le territoire national est maintenu pour le temps strictement nécessaire à son départ ou, s'il est demandeur d'asile, à l'examen visant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée.

La zone d'attente est délimitée par le préfet du département ou, à Paris, par le préfet de police. En vertu de l'article L. 221-2 du CESEDA⁶⁶ elle s'étend « des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués le contrôle des personnes » et « peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier ». Une zone d'attente peut donc être créée en tout lieu, même à l'extérieur de la zone ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire⁶⁷.

La loi du 16 juin 2011⁶⁸, dans le but notamment de faire face à l'arrivée massive d'étrangers sur le territoire français, a introduit une nouvelle possibilité de création de zones d'attentes, que l'on peut qualifier de zones d'attente « spéciales » ou de zones d'attente « flottantes » ou « itinérantes »⁶⁹, pouvant être mises en place par le préfet, lorsqu'un groupe de dix étrangers ou plus se présente sur le territoire français en dehors d'une zone frontalière. Cette nouvelle forme de zone d'attente relie donc les lieux de découverte des étrangers au point de passage frontalier le plus

64 Ainsi, par exemple, dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, le Conseil constitutionnel censure une disposition législative qui prévoyait la possibilité de refuser le renouvellement de plein droit de la carte de séjour si l'étranger représentait une menace pour l'ordre public, en s'appuyant sur le droit de mener une vie familiale normale associé au droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel juge ici que « au moment où il formule une demande de renouvellement de sa carte de résident, l'étranger peut se prévaloir d'une présence régulière sur le territoire français d'une durée de dix ans au moins ; qu'en raison d'une telle stabilité, de nature à avoir fait naître entre l'étranger et le pays d'accueil des liens multiples, une simple menace pour l'ordre public ne saurait suffire à fonder un refus de renouvellement de ce titre de séjour sans atteinte excessive au droit de l'intéressé de sa vie familiale et privée » (cons. 45).

65 Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF* n° 158 du 9 juillet 1992, p. 9185.

66 Article modifié par 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, *JORF* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

67 Il existe en France 122 zones d'attente dont 98 en Métropole. Celles de la région parisienne et notamment des aéroports de Roissy et d'Orly concentrent 88 % de leur activité. Selon les chiffres fournis par le ministère de l'Intérieur, le nombre de personnes maintenues en zone d'attente est en diminution constante : 17 103 en 2008, 13 180 en 2009, 9 229 en 2010 et 8 541 en 2011. Cette baisse correspond à la baisse simultanée du nombre des demandes d'asile enregistrées aux frontières : 5 099 en 2008, 3 285 en 2009, 2 624 en 2010 et 2 430 en 2011. Voir le Rapport annuel d'activité sur les zones d'attente réalisé par l'ANAFE, novembre 2016, (<http://www.anafe.org/spip.php?article363>).

68 Loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

69 Cette qualification est de V. Tchen, « Etrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Droit administratif*, n° 8, août 2011, étude 17.

proche, où sont généralement réalisés les contrôles⁷⁰. Le maintien dans cette zone d'attente ne peut durer plus de vingt-six jours.

Selon la loi, trois catégories d'étrangers peuvent être placées en zone d'attente : ceux qui ne sont pas autorisés à entrer sur le territoire⁷¹, ceux qui demandent l'asile à la frontière⁷² et les étrangers qui sont en transit en France mais qui ne peuvent se rendre dans le pays de destination choisi. Les mineurs isolés, c'est-à-dire non accompagnés par leur représentant légal, peuvent être placés en zone d'attente. Dans ce cas, le procureur de la République est immédiatement avisé par l'administration et leur assigne un administrateur *ad hoc*. La loi du 29 juillet 2015 relative au droit d'asile a consacré une nouvelle garantie pour ces personnes vulnérables, en disposant que leur placement en zone d'attente n'interviendra que « de manière exceptionnelle » et sera limité à quatre hypothèses énumérées par la loi⁷³.

Concernant le régime des zones d'attente, le CESEDA dispose que dans ces lieux doit être aménagé un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers. Sauf cas de force majeure, cet espace est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat.

Par ailleurs, l'article L. 221-4 du CESEDA prévoit que l'étranger maintenu en zone d'attente est informé, dans les meilleurs délais, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France. L'étranger doit également être informé des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile et toutes ces informations doivent lui être communiquées dans une langue qu'il comprend. Depuis 2007⁷⁴, le contrôleur général des lieux de privation de libertés, autorité indépendante, peut contrôler les conditions de placement en zone d'attente de l'étranger et le respect de leurs droits fondamentaux. La loi du 29 juillet 2015 sur le droit d'asile a également rendu possible l'accès des journalistes aux zones d'attente, ce qui peut être considéré comme une avancée dans la garantie des libertés des étrangers⁷⁵.

70 Selon l'article L. 221-1 du CESEDA modifié par l'article 10 de la loi du 16 juin 2011 : « Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche ».

71 Le refus peut découler de trois raisons : en raison de l'absence de documents permettant l'accès au territoire français ; en raison d'une interdiction du territoire ; en raison de risque de menace pour l'ordre public.

72 Les demandeurs d'asile n'ont pas à justifier d'une entrée régulière sur le territoire français. Le maintien en zone d'attente vise donc uniquement à déterminer si la demande d'asile n'est pas manifestement infondée (par exemple, si la demande a pour seul but de pénétrer sur le territoire français malgré l'absence de visa). Notons par ailleurs que la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile (*JORF* n° 0174 du 30 juillet 2015 p. 12977), conditionne le maintien en zone d'attente des demandeurs d'asile au « temps strictement nécessaire pour vérifier si l'examen de sa demande relève de la compétence d'un autre État en application du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, ou en application d'engagements identiques à ceux prévus par le même règlement, si sa demande n'est pas irrecevable ou si elle n'est pas manifestement infondée ». Cette loi est applicable dans toutes ses dispositions depuis le 1^{er} janvier 2017.

73 A l'article L. 723-2 du CESEDA.

74 Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007.

75 Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, *op. cit.*, nouvel article L. 221-6 et nouvel article L. 553-7 du CESEDA.

Quant à la durée du maintien de l'étranger en zone d'attente, ce maintien est prononcé par la police aux frontières (PAF) pour une durée initiale de quatre jours. Afin de prolonger ce maintien (pour huit jours au plus), l'administration doit demander l'autorisation au juge des libertés et de la détention (ci-après JLD). À l'expiration de ce délai, l'administration peut à nouveau lui demander une prolongation « exceptionnelle » qui peut atteindre au maximum huit jours supplémentaires. Ainsi, en principe et sauf exception, un étranger ne peut être maintenu plus de vingt jours au total.

Quelle que soit la situation de l'étranger (non-admis, demandeur d'asile ou en transit interrompu), la police aux frontières lui notifie une décision de maintien en zone d'attente, qui est datée et précise les raisons de son placement. Ces mesures administratives sont de la compétence du juge administratif. Le contentieux relatif au maintien dans les zones d'attente est en fait partagé (comme cela arrive souvent en matière de droit des étrangers), entre le juge administratif et le juge judiciaire. Le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité de l'arrêté de placement en zone d'attente et pour se prononcer sur les mesures administratives prononcées à son encontre, tel le refus d'entrée en France. Depuis la loi du 16 juin 2011, le juge judiciaire (JLD) est, quant à lui, compétent pour intervenir à compter du 4^e jour de maintien de l'étranger dans ces zones⁷⁶.

Si l'étranger se voit notifier un refus d'entrée, il peut être renvoyé vers son pays d'origine ou vers le pays par lequel il a transité. Selon la loi, cette décision ne peut être mise à exécution avant le délai d'un jour franc : c'est-à-dire un délai dans lequel est comprise une journée de 0 à 24 heures. Contre la décision de refus d'entrée, l'étranger dispose d'un délai de deux mois pour former un recours devant le Tribunal administratif⁷⁷. S'il est demandeur d'asile, il dispose d'un délai de 48 heures (à compter de l'heure de la notification de la décision de rejet) pour déposer devant le Tribunal administratif un recours contre son refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile⁷⁸.

Le Conseil constitutionnel, saisi, une première fois, en 1992, sur la constitutionnalité du régime des zones de transit (pratiquement des zones d'attente), a accepté ce dispositif dans son principe, en estimant que les effets du maintien dans de telles zones sont moins contraignants, à l'égard de la liberté individuelle, que ceux d'une rétention administrative⁷⁹. C'est la raison pour laquelle il n'a pas exigé que la décision de placement en zone d'attente soit confiée, en vertu de l'article 66 de la Constitution, à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Il a en revanche exigé que cette autorité intervienne après quatre jours, car ce maintien, par l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, conduit tout de même à « affecter la liberté individuelle »⁸⁰.

Par la suite, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi du 16 juin 2011, le Conseil constitutionnel a validé, sans réserve, l'article 10 de cette loi qui instaurait des zones d'attente exceptionnelles⁸¹. Bien au contraire, il a même souligné les « difficultés » de l'administration à faire face à des « groupes d'étrangers arrivés en

76 L'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui est notifiée immédiatement à l'étranger, est susceptible d'appel devant la Cour d'appel à l'initiative de l'étranger, du ministère public ou du préfet de département. La déclaration d'appel doit être faite dans les vingt-quatre heures suivant le prononcé de l'ordonnance de première instance. L'appel ne suspend pas l'exécution d'un éventuel refoulement. Par contre, la loi du 26 novembre 2003 a introduit un appel suspensif mais seulement en faveur du ministère public.

77 Article L. 213-2 du CESEDA.

78 Article L. 213-9 du CESEDA.

79 CC, décis. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *op. cit.*, cons. 14.

80 *Ibidem*, cons. 15.

81 CC, décis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 20 à 22.

France en dehors des points de passages frontaliers »⁸². Le Conseil constitutionnel a ainsi fait primer des considérations liées à la gestion des migrants sur le territoire national et à la prévention des atteintes à l'ordre public sur une logique davantage tournée vers la garantie des droits des étrangers.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est, elle, montrée davantage protectrice.

En se séparant de la motivation adoptée par le Conseil constitutionnel quatre ans auparavant⁸³, elle a ainsi condamné la France dans l'arrêt *Amuur* du 25 juin 1996⁸⁴, au motif que le placement en zone d'attente des demandeurs d'asile faisait subir aux personnes concernées une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne.

Elle a également jugé dans l'arrêt *Gebremedhin* du 26 avril 2007⁸⁵, que la procédure en urgence (référé-liberté) ouverte à l'étranger maintenu en zone d'attente contre un rejet de demande d'asile ne garantissait pas un « recours effectif » au sens de l'article 13 de la Convention, puisque le recours n'était pas suspensif de plein droit. Cette condamnation a mis en lumière la situation particulièrement difficile des demandeurs d'asile à la frontière, car ils pouvaient être renvoyés vers leur pays d'origine après seulement un jour franc, avant donc que n'intervienne une décision du juge de la zone d'attente et sans que la réalité des persécutions dans leur pays ait pu être vérifiée par l'OFPRA⁸⁶.

Pour corriger le droit français sur ce point, la loi *Hortefeux* du 20 novembre 2007 a institué un recours suspensif pour les demandeurs d'asile maintenus en zone d'attente.

Il faut cependant souligner (à regret) que ce recours suspensif n'est reconnu qu'aux seuls demandeurs d'asile alors que rien n'est prévu pour les autres étrangers maintenus, qu'ils soient non-admis, en transit interrompu, mineurs, malades ou victimes de violences.

Par ailleurs, le délai de 48 heures dans lequel le demandeur d'asile peut former un recours contre le rejet de sa demande semble être fortement contraignant et ne pas laisser de chances réelles pour former un recours en bonne et due forme.

Le juge constitutionnel est-il saisi de questions liées au refoulement à la frontière, au refus de visas ou de titre de séjour ?

Au-delà des décisions évoquées ci-dessus rendues à propos des zones d'attente ou de celles qui ont affirmé le principe du large pouvoir d'appréciation de l'État sur les questions concernant l'entrée et le séjour des étrangers, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé précisément sur des questions liées au refoulement à la frontière, aux refus de visas ou de titres de séjour. Il s'agit d'ailleurs d'un contentieux où l'urgence domine, ce qui laisse peu de chances aussi à la formation de questions prioritaires de constitutionnalité.

Rappelons, en revanche, que la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie de demandes de mesures provisoires dans cette matière. La Cour européenne peut en effet être saisie d'une action présentée en urgence (article 39 du Règlement de la Cour) tendant à ce qu'une mesure de refoulement soit suspendue pendant le temps nécessaire à l'instruction au fond de la requête présentée

82 CC, déc. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 21.

83 CC, déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *op. cit.*, cons. 14.

84 CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, req. n° 19776/92.

85 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c./ France*, req. n° 25389/05.

86 Voir l'analyse de la situation critique des demandeurs d'asile à la frontière réalisée par l'Anafe (<http://www.anafe.org/spip.php?mot2>).

parallèlement qui a pour objet de faire condamner l'État incriminé. Les mesures provisoires sont des mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable.

Saisie à plusieurs reprises notamment par l'association française Anafé, la Cour européenne des droits de l'homme a, depuis la mise en application de la loi du 20 novembre 2007, ordonné à plusieurs reprises des mesures provisoires au titre de l'article 39 du règlement de la Cour à l'encontre de la France. Tout étranger maintenu en zone d'attente qui a fait l'objet d'un refus d'admission et qui présente un risque de refoulement imminent peut donc directement saisir les juges de Strasbourg sans avoir saisi la juridiction administrative, qu'il soit demandeur d'asile ou non. Selon les cas, il peut invoquer la violation d'une ou plusieurs dispositions de la Convention, telles que les articles 3, 5, 8 ou 13.

Le migrant a-t-il droit à un recours juridictionnel quant aux conditions dans lesquelles son entrée sur le territoire s'est déroulée ?

Mis à part le recours contre une mesure d'interdiction du territoire français (ITF), peine complémentaire prononcée par le juge pénal à l'encontre d'un étranger ayant été reconnu coupable de certains crimes ou délits sur le territoire français, dont le contentieux est logiquement confié au juge judiciaire, les recours dont dispose l'étranger au moment de son entrée sur le territoire relèvent de la juridiction administrative.

Le refus de visa peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif (depuis 2010, le Tribunal administratif de Nantes)⁸⁷. Mais avant de saisir ce juge, l'étranger doit obligatoirement saisir la Commission de recours contre les refus de visas (CRRV). Il s'agit d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) introduit par un décret de novembre 2000⁸⁸, qui a pour but de désengorger la juridiction administrative. Si la CRRV rejette le recours de l'étranger, celui-ci dispose d'un délai de deux mois pour saisir le tribunal administratif et tenter d'obtenir l'annulation de la décision de refus de visa⁸⁹. Toutefois, en matière de délivrance de visa, le juge administratif laisse à l'administration un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, le Conseil d'État a de longue date reconnu le large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités diplomatiques et consulaires dans la délivrance de visas⁹⁰. Son contrôle se limite du reste au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, bien que la portée de ce contrôle semble avoir tendance, aujourd'hui, à se renforcer. En 2010, par exemple, le Conseil d'État est passé d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à un contrôle normal concernant l'appréciation portée par l'administration quant à l'adéquation entre l'emploi proposé à l'étranger et le profil professionnel de celui-ci. Un contrôle normal est également réalisé lorsqu'il s'agit de concilier les pouvoirs de l'administration et les libertés individuelles, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner si la décision de refus de visa ne porte pas une atteinte excessive au droit de mener une vie familiale normale consacrée par l'article 8 de la CEDH⁹¹.

87 Un recours gracieux devant le consulat est également possible pour l'étranger qui se voit notifier un refus de visa.

88 Décret n° 2000-1093, 10 novembre 2000, *JORF* n° 262 du 11 novembre 2000, p. 17891.

89 Contre la décision du TA de Nantes il est possible de faire appel devant la Cour administrative d'appel nantaise et il est possible enfin de se pourvoir en cassation devant le Conseil d'État.

90 CE, 28 février 1986, Y, n° 41550.

91 CE, 10 avril 1992, X, n° 75006 ; CE, 17 décembre 1997, *Préfet de l'Isère c/ Y*, n° 171201. La délivrance de visa se trouve également davantage encadrée par le Conseil d'État s'agissant des familles de réfugiés : le juge administratif a jugé, par exemple, que les autorités consulaires ne peuvent refuser de délivrer aux conjoints et enfants mineurs d'un réfugié statutaire les visas qu'ils

Notons enfin que l'étranger dispose également des procédures administratives d'urgence, à savoir les référés administratifs qui lui permettent de suspendre les décisions administratives adoptées à son encontre. Le contentieux des étrangers est particulièrement propice à de telles procédures eu égard à l'urgence et aux délais très courts qui le caractérisent. C'est d'ailleurs dans le cadre des référés utilisés dans le contentieux des étrangers que des notions essentielles de ces procédures⁹², telle la notion de « liberté fondamentale »⁹³ ou celle d'« urgence »⁹⁴ ont été précisées et peaufinées par le juge administratif.

Un national sorti du territoire peut-il être empêché d'y entrer à nouveau ?

La législation française, en l'état actuel, ne permet pas qu'un national sorti du territoire français soit empêché d'y entrer à nouveau, alors qu'elle permet, depuis 2014, une interdiction *de sortie* du territoire français pour les nationaux (voir *infra*).

La question de la possibilité d'interdire le retour à un ressortissant français s'est posée avec une particulière acuité au lendemain des attentats terroristes de janvier et de novembre 2015, lorsque certains membres de la communauté politique française ont évoqué cette possibilité, en particulier, pour les ressortissants français partis rejoindre le mouvement terroriste *Daech*⁹⁵. C'est également pour cette raison que le Président de la République François Hollande a annoncé, dans son allocution au Congrès réuni à Versailles du 16 novembre 2015, son souhait d'étendre l'interdiction de retour aux citoyens français disposant d'une double nationalité⁹⁶.

Pour l'heure, les mesures d'interdiction du territoire ne sont applicables qu'à l'étranger. Il s'agit de l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF), de l'interdiction (judiciaire) du territoire français (ITF) et d'une nouvelle mesure, introduite en 2014 : l'interdiction administrative de territoire (IAT).

L'interdiction de retour sur le territoire français est une mesure d'éloignement prise par le préfet⁹⁷. Elle peut être prononcée à l'encontre de l'étranger non européen en même temps que l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) ou après une telle obligation. L'IRTF peut être annulée par le juge administratif ou abrogée par l'administration. L'étranger qui ne respecte pas une telle interdiction risque des sanctions pénales⁹⁸.

L'interdiction du territoire français (ITF) est, en revanche, une mesure prononcée par le juge pénal, et non par le préfet, à l'encontre d'un étranger ayant été

sollicitent pour mener une vie familiale normale que pour un motif d'ordre public (CE, 3 février 2012, *ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, n° 353952).

92 Prévu par les articles L 521-1 et L. 521-2 du code de la justice administrative.

93 Il en a été ainsi pour le droit d'asile, qualifié par le Conseil d'État de « liberté fondamentale » dans l'ordonnance de référé *Mme Hyacinthe* (CE, ord. réf., 12 janvier 2001, req. n° 229039).

94 Voir par exemple CE, ord. réf., 9 juillet 2014, n° 382145, dans laquelle le juge estime que le refus de délivrer un visa à un étranger devant épouser un ressortissant français constitue « une situation d'urgence caractérisée rendant nécessaire l'intervention dans les 48 heures du juge des référés », alors que le refus de délivrance d'un visa d'entrée ne constitue pas, en tant que tel, une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative.

95 A.-L. Fremont, « Interdire le retour des djihadistes, une mesure difficilement applicable », *Le Figaro*, 19 janvier 2015 (<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/01/19/01016-20150119ARTFIG00423-interdire-le-retour-des-djihadistes-une-mesure-difficilement-applicable.php>).

96 « Comment Hollande souhaite réformer la loi sur la déchéance de la nationalité », *Le Monde*, 16 novembre 2015 (http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/11/16/comment-hollande-souhaite-reformer-la-loi-sur-la-decheance-de-la-nationalite_4811364_4355770.html).

97 Article L. 511-1 du CESEDA.

98 La personne qui revient illégalement en France en violation de son interdiction de retour peut être condamnée par le juge pénal : à une peine de 3 ans maximum de prison et, éventuellement, à une interdiction judiciaire du territoire français (ITF).

reconnu coupable de certains crimes ou délits sur le territoire français⁹⁹. Certaines catégories d'étrangers sont protégées, tel le parent d'un enfant français ou la personne mariée à un français ou encore l'étranger vivant en France depuis plus de 10 ans. Le juge judiciaire est compétent lors de l'appel contre cette mesure.

Enfin, l'article 2 de la loi du 13 novembre 2014 renforçant la lutte contre le terrorisme¹⁰⁰ a introduit la possibilité de prononcer une interdiction administrative du territoire (IAT). Cette mesure est prononcée par le ministre de l'Intérieur, sans procédure contradictoire, à l'encontre d'une personne présentant « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». Seuls les étrangers, y compris s'ils sont issus de l'Union européenne, peuvent faire l'objet de cette mesure. L'étranger peut former un recours administratif devant le ministre de l'Intérieur ou déposer un recours devant le Tribunal administratif de Paris.

Le Conseil constitutionnel a pu préciser les différences qui existent, d'un point de vue de la protection des droits, entre ces diverses mesures. Par exemple, les droits-garanties n'ont pas la même intensité selon qu'il s'agisse d'une interdiction de retour ou d'une interdiction de territoire français prononcée par le juge pénal. L'interdiction de retour étant une mesure de police administrative, elle ne revêt pas le caractère d'une sanction pénale. Ainsi, les moyens tirés de la violation des droits de la défense¹⁰¹ ou du principe de la légalité des délits et des peines ou, encore, du principe du contradictoire sont inopérants¹⁰². Tandis que, concernant l'interdiction (judiciaire) du territoire, s'agissant d'une sanction ayant le caractère d'une punition, au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Conseil constitutionnel l'entoure de nombreuses précautions. Il a, par exemple, censuré la disposition législative qui attachait de plein droit cette mesure à un arrêté de reconduite à la frontière¹⁰³.

B.- La sortie / l'éloignement du territoire

Quelles sont les normes constitutionnelles que le juge est amené à appliquer en matière de contrôle d'identité ?

Le droit français prévoit trois types de contrôles d'identité : les contrôles d'identité de police judiciaire (répressifs), les contrôles d'identité de police administrative (préventifs) et les contrôles frontaliers (« contrôles Schengen »). Les premiers interviennent lorsqu'une infraction a été commise et visent la recherche de l'auteur de l'infraction ou la recherche de personnes utiles à l'enquête. Les seconds sont en revanche exercés dans un but préventif, ils visent la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment à la sécurité des personnes ou des biens. Les troisièmes, les « contrôles Schengen », sont effectués dans une bande de 20 km entre la frontière terrestre et l'intérieur du territoire français et permettent de vérifier le respect des

99 Article 131-30 du nouveau code pénal.

100 Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

101 Les droits de la défense sont considérés par le Conseil constitutionnel comme « un droit fondamental à caractère constitutionnel » pouvant être exercé par « toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides » (CC, décis. n° 93-325 DC su 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 84).

102 CC, décis. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *op. cit.*, cons. 51 à 53.

103 CC, décis. n° 93-325 DC su 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 49.

obligations liées aux titres et documents (ils concernent donc, spécifiquement, les étrangers)¹⁰⁴.

Le régime juridique des contrôles d'identité s'est essentiellement forgé autour de deux lois : la loi *Sécurité et liberté* du 2 février 1981¹⁰⁵, qui a notamment légalisé les contrôles d'identité préventifs, et la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité du 10 août 1993¹⁰⁶, qui a notamment introduit les contrôles à la frontière, institués dans le but de compenser la disparition des frontières et donc des contrôles intérieurs dans l'espace Schengen.

Le Conseil constitutionnel, saisi *a priori* sur ces deux textes de loi, s'est appuyé sur la protection de la liberté individuelle, consacrée par l'article 66 de la Constitution, pour entourer le régime des contrôles d'identité d'un certain niveau de protection. Cependant, cette protection a révélé ses failles, comme l'a notamment montré un arrêt de la CJUE de 2010 concernant les contrôles d'identité à la frontière. Plus récemment, à l'occasion de l'examen de deux QPC soulevées par la Cour de cassation, le juge constitutionnel s'est penché sur la question très délicate des contrôles d'identité dits « au faciès ».

Les contrôles d'identité prévus par la loi *Sécurité et liberté* ont été considérés par le Conseil constitutionnel parfaitement conformes à la Constitution, dans la mesure où la procédure était entourée de garanties suffisantes et où existait la possibilité d'intervention des autorités judiciaires et administratives qui devaient veiller au respect intégral de ces garanties¹⁰⁷.

En 1993, le Conseil constitutionnel s'est montré légèrement plus exigeant concernant les contrôles d'identité préventifs, car s'il a admis la conformité à la Constitution de ces contrôles, il ne l'a fait qu'au prix d'une réserve d'interprétation, en jugeant que si « la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle », « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ». Ainsi, selon le Conseil, même si le législateur peut prévoir que le contrôle d'identité d'une personne « peut ne pas être lié à son comportement », « il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ». Ce n'est donc que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé, selon le Conseil, « comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties »¹⁰⁸.

Concernant les contrôles frontaliers institués par la loi de 1993, le juge constitutionnel s'est en revanche limité à ne censurer que la disposition qui permettait aux autorités réglementaires françaises d'étendre de 20 à 40 km la zone à l'intérieur de laquelle les interpellations pouvaient être effectuées. Mais, il a validé la disposition législative qui permettait à la police d'opérer des interpellations sans justification appropriée. Il a considéré que ces vérifications ne rompaient pas l'équilibre entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle, dans la mesure où « ces contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents » et en considération du fait que « les zones concernées,

104 Si le contrôle a lieu sur l'autoroute ou dans un train, la zone s'étend jusqu'au 1^{er} péage ou l'arrêt après les 20 kilomètres, ou dans un port, un aéroport ou une gare accessible au public et ouverte au trafic international.

105 Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

106 Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité.

107 CC, décis. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, cons. 64.

108 CC, décis. n° 93-323 DC du 5 août 1993, cons. 9.

précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes »¹⁰⁹.

Prenant le contre-pied de ces affirmations du Conseil constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne a condamné, en 2010, dans le célèbre arrêt *Melki et Abdeli*, le dispositif français de vérifications d'identités frontalières¹¹⁰. La CJUE a en fait jugé contraire à l'article 67 § 2 TFUE et aux articles 20 et 21 du « Code frontières Schengen »¹¹¹ les contrôles d'identité frontaliers. Selon le juge de Luxembourg, les normes communautaires « s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler [...] l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public ». Ainsi, pour satisfaire les exigences des normes communautaires, la CJUE indique que la réglementation de l'État membre « doit prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence ».

Plus récemment, le Conseil constitutionnel s'est prononcé, par une décision QPC¹¹², sur la conformité à la Constitution d'une catégorie hybride de contrôles d'identité, ceux réalisés sur réquisition du procureur de la République, et sur leur possible utilisation « au faciès ». Les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République, prévus par le septième alinéa de l'article 78-2 du CPP, sont réalisés par la police judiciaire, sur réquisition écrite du procureur de la République. Ils ont à la fois un caractère répressif (puisqu'ils visent à rechercher et à poursuivre les auteurs d'infractions) mais aussi préventif, car ils permettent à la police de mener des opérations d'envergure, afin de sécuriser un lieu précis. Ils peuvent ainsi prendre la forme de contrôles généralisés, sans que le risque d'une atteinte à l'ordre public soit à démontrer dans la réquisition.

Or, dans deux QPC soulevées par la Cour de cassation, les requérants considéraient que les dispositions du code de procédure pénale, avec celles du CESEDA qui permettent de vérifier les titres de séjour des personnes qui circulent sur le territoire¹¹³, sont utilisées par la police pour mener concrètement des contrôles "au faciès", c'est-à-dire visant en priorité des personnes qui semblent étrangères, indépendamment de tout indice d'infraction, et dans le but de rechercher des étrangers en situation irrégulière, alors que le séjour irrégulier ne constitue plus une infraction pénale.

Le Conseil constitutionnel a adopté une décision qui peut être considérée, selon le point de vue, soit comme très prudente, soit relativement protectrice des droits. En effet, il a déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées, mais au prix de deux réserves d'interprétation. Il a ainsi considéré d'une part, que le procureur de la République ne peut retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions et, d'autre part, qu'il ne peut autoriser la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans

109 *Ibidem*, cons. 15.

110 CJUE, 22 juin 2010, affaires C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*. Voir notamment, S. Slama et N. Hervieu, « Validation sous réserves du mécanisme de la QPC et non-conformité des contrôles de la bande des 20 km Schengen », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 22 juin 2010.

111 Règlement (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

112 CC, décis. n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autre*.

113 Articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du CESEDA.

l'espace (par exemple, les contrôles systématiques dans certains quartiers)¹¹⁴. Relevons aussi que le Défenseur des droits a publié, quatre jours avant la décision du Conseil constitutionnel, soit le 20 janvier 2017, une enquête qui confirme que cette pratique policière vise surtout des jeunes hommes issus de minorités visibles, accréditant ainsi l'idée de contrôles "au faciès"¹¹⁵.

Dans quelles conditions l'étranger est-il renvoyé ? Quels sont ses droits ? Peut-il exercer un recours contre les conditions dans lesquelles ce renvoi s'est déroulé ? La juridiction constitutionnelle s'est-elle prononcée sur ces questions ?

L'éloignement de l'étranger du territoire national est une question qui relève essentiellement, en France, du droit de la police des étrangers.

L'éloignement forcé de l'étranger est la conséquence soit de l'irrégularité de l'entrée et du séjour de l'étranger, soit d'un comportement qui en justifie l'expulsion.

Ainsi, en France, depuis 2011, deux procédures principales conduisent au départ forcé de l'étranger : 1) l'obligation de quitter le territoire (OQTF) et 2) l'expulsion¹¹⁶. Les deux mesures sont mises en œuvre par une autorité administrative.

1.- L'obligation de quitter le territoire (OQTF)

L'OQTF est la principale mesure d'éloignement de l'étranger. Elle concerne, depuis la réforme du 16 juin 2011 (loi de transposition de la directive « retour »), les situations qui étaient auparavant résolues par la reconduite à la frontière et celles qui conduisaient à l'obligation de quitter le territoire.

Cette procédure peut être mise en œuvre par le préfet à l'encontre de l'étranger qui n'est pas entré régulièrement en France, ou qui s'y est maintenu au-delà de l'expiration de son visa, ou à qui on a refusé la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour ou qui n'en a pas fait la demande. L'OQTF peut également frapper l'étranger auquel la reconnaissance de la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire a été refusé¹¹⁷. Neuf catégories d'étrangers sont protégées contre une OQTF, comme les mineurs (à moins que leurs parents n'aient pas fait l'objet d'une OQTF) ou ceux qui résident en France depuis 10 ans ou ceux qui ont tissé des liens familiaux en France.

114 CC, décis. n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, *op. cit.*, § 23.

115 Voir le rapport sur le site internet du Défenseur des droits : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-enquete_relations_police_population-20170111_1.pdf.

116 À côté de ces deux procédures principales, d'autres procédures particulières d'éloignement de l'étranger existent en France, à savoir la reconduite à la frontière d'office Schengen (article 531-3 du CESEDA), la procédure de remise de l'étranger à un État dans le cadre de la Convention Schengen (article L. 531-1 du CESEDA) et l'interdiction judiciaire du territoire (article 131-30 du code pénal ; voir *supra*). La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016, tirant les conséquences de la progressive réduction du champ d'application de la procédure de reconduite à la frontière, a définitivement supprimé les reconduites à la frontière résiduelles, en intégrant les deux derniers motifs qui subsistaient (menace à l'ordre public ou exercice illégal d'une activité professionnelle par un étranger présent irrégulièrement en France depuis moins de trois mois) dans la liste de ceux qui peuvent justifier une OQTF.

117 En réalité, l'OQTF est une mesure administrative unique mais qui regroupe deux décisions administratives concomitantes : d'une part, la décision qui refuse ou retire le titre de séjour ; d'autre part, celle qui impose à l'étranger l'obligation de quitter le territoire français (et qui fixe également le pays de destination de l'étranger si celui-ci ne respecte pas le délai de départ volontaire). Puisqu'elle poursuit une double finalité, le Conseil d'État a précisé que l'OQTF est une mesure divisible (CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n° 306821).

L'étranger qui se voit notifier une OQTF dispose normalement d'un délai de 30 jours pour quitter volontairement le territoire. Au-delà de ce délai, la décision est exécutoire d'office, à moins qu'elle ait fait l'objet d'une contestation devant le TA compétent.

Toutefois, ce délai de départ volontaire peut être supprimé dans six cas énumérés par la loi. Par exemple, s'il y a un risque de fuite ou si le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public¹¹⁸.

Notons à ce propos que dans sa décision relative à la loi du 16 juin 2011, le Conseil constitutionnel a validé l'OQTF sans délai de départ volontaire, en considérant que dans l'identification des six cas justifiant une telle mesure, le législateur avait retenu des critères objectifs qui n'étaient pas incompatibles avec la directive communautaire que la loi avait pour objet de transposer¹¹⁹.

L'OQTF doit être motivée par le préfet, sauf lorsqu'elle vise un étranger dont la délivrance ou le renouvellement du titre de séjour a été refusée.

Concernant le régime contentieux de l'OQTF, l'article L. 512-1 du CESEDA dispose que lorsqu'il s'agit d'une OQTF assortie d'un délai de départ volontaire, l'étranger peut former un recours devant le TA compétent dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la mesure ; tandis que s'il s'agit d'une OQTF sans délai, l'étranger ne dispose que de 48 heures pour former un recours devant le président du TA compétent. La loi du 7 mars 2016 a, en outre, ajouté un troisième régime contentieux pour l'OQTF fondée sur l'entrée irrégulière ou sur un maintien dans la clandestinité¹²⁰ : le délai pour former un recours est ici de quinze jours.

Dans ces hypothèses, le même recours peut être dirigé contre le refus du séjour, l'arrêté mentionnant le pays de destination et, le cas échéant, l'interdiction de retour.

En revanche, si l'étranger est placé en rétention ou a été assigné à résidence, une autre procédure contentieuse s'applique (voir *infra*).

Les recours engagés à l'encontre des OQTF sont suspensifs : l'administration doit donc attendre la décision du juge avant d'exécuter ces mesures. En revanche, la suspension de l'exécution de l'OQTF ne fait pas obstacle au placement de l'étranger en rétention administrative.

Enfin, le jugement peut être contesté devant la cour administrative d'appel et, en cassation, devant le Conseil d'État. L'appel n'est, en revanche, pas suspensif.

2.- L'expulsion

L'expulsion est une mesure d'éloignement de l'étranger motivée par la protection de l'ordre public. Tout comme l'OQTF, l'expulsion n'est pas considérée comme une sanction, mais comme une mesure de police administrative exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics¹²¹. Elle est donc adoptée par le préfet (ou par le ministre de l'Intérieur) et son régime relève de la police des étrangers.

Selon les dispositions du CESEDA, l'expulsion vise à éloigner un étranger (qui séjourne pourtant de manière régulière en France) lorsqu'il représente « une menace grave pour l'ordre public »¹²². Le préfet doit évaluer la dangerosité de

118 Article L. 511-1, § II, du CESEDA.

119 CC, décis. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *op. cit.*, cons. 48.

120 Article L. 511-1, I, °, 2°, 4° et 6° (entrée irrégulière ; maintien au-delà de la durée du visa ou d'un délai de trois mois après l'entrée ; absence de demande de renouvellement de titre de séjour et maintien en France ; maintien en France d'un candidat à l'asile débouté de sa demande).

121 CE, 20 mars 1988, *Min. int. c./ El Fenzi, Rec.*, p. 17.

122 Article L. 521-1 du CESEDA.

l'étranger sur la base d'un jugement d'ensemble. Il ne peut se limiter à considérer le passé pénal de l'étranger, bien que ce passé ait une importance dans l'évaluation de la situation. Certains crimes ou délits sont particulièrement visés par la procédure d'expulsion, tel l'homicide volontaire, les violences sexuelles, ou le trafic de stupéfiants.

Par ailleurs, le CESEDA protège cinq catégories d'étrangers contre la mesure d'expulsion, sauf si l'expulsion « constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »¹²³. Les personnes protégées sont, par exemple, celles qui ont tissé des liens familiaux en France, ou qu'y résident de façon stable et régulière depuis plus de dix ans ou les citoyens de l'Union européenne ou encore les étrangers qui suivent des traitements médicaux en France dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité.

La procédure de l'expulsion est régie par les articles L. 522-1 et suivants du CESEDA. Elle est scindée en différentes étapes, obligatoires, sauf s'il y a urgence absolue.

En premier lieu, l'étranger doit être avisé par un bulletin spécial qu'une procédure d'expulsion est engagée à son encontre¹²⁴. Cette notification doit mentionner les raisons de l'expulsion, les droits dont il bénéficie ainsi que la convocation devant une commission départementale, afin d'être entendu. L'étranger peut être assisté d'un conseil ou de toute personne de son choix et peut se faire aider par un interprète. Devant la commission réunie par le préfet, l'étranger peut faire valoir les arguments contraires à son expulsion. La commission dispose d'un délai d'un mois pour rendre un avis motivé qui ne peut faire l'objet d'aucun recours. Le préfet peut passer outre l'avis de la commission, mais dans tous les cas les droits de la défense de l'étranger doivent être respectés, sous peine d'annulation de l'arrêté d'expulsion.

S'il y a urgence absolue, une procédure dérogatoire d'expulsion s'applique, dans laquelle les garanties évoquées ci-dessus sont suspendues. La compétence pour prononcer ce type d'expulsion, dispensée de l'exigence de motivation, revient au ministre de l'Immigration (aujourd'hui ministre de l'Intérieur). Le critère de l'urgence absolue est interprété de manière stricte par le juge administratif. Par exemple, il y a urgence absolue lorsque l'étranger incarcéré risque d'être libéré dans l'immédiat et avant le terme prévu¹²⁵ ou s'il entretient des liens étroits avec une mouvance islamiste radicale, dont plusieurs membres ont participé à des camps d'entraînement au Pakistan et en Afghanistan et ont commis ou tenté de commettre des actes terroristes¹²⁶. En revanche, le Ministre ne peut invoquer l'urgence absolue si, par exemple, l'étranger purge une longue peine de prison et que sa libération prochaine n'est pas certaine¹²⁷.

Comme pour l'OQTF, si l'étranger n'exécute pas volontairement l'arrêté d'expulsion, il peut y être obligé par la force. À la différence d'une OQTF toutefois, l'arrêté d'expulsion conduit forcément à une interdiction de retour de l'étranger expulsé, tant que la mesure n'a pas été rapportée ou annulée.

Pour ce qui concerne le contentieux de l'expulsion, l'étranger peut former un recours pour excès de pouvoir devant le TA compétent, dans un délai de deux mois suivant la notification de l'arrêté d'expulsion, s'il est encore en France, ou de quatre mois, s'il se trouve à l'étranger. Puisque l'arrêté d'expulsion, à la différence de

123 Article L. 521-2 du CESEDA.

124 L'absence de notification du bulletin spécial entraîne l'annulation de l'arrêté d'expulsion, sauf si l'étranger a pu exercer ses droits de la défense (CE, 31 juillet 1996, *M. Chikh*, req. n° 153875).

125 CE, 16 octobre 1998, *M. Dris X.*, req. n° 171333.

126 CE, ord. réf., 20 avril 2012, *M. Ali A.*, req. n° 358631.

127 CE, 30 mars 1998, *Abmed X.*, req. n° 170987.

l'OQTF, peut être exécuté à tout moment (le recours n'est pas suspensif), l'étranger a intérêt à assortir son recours d'un référé-suspension, et ce même s'il a déjà quitté le territoire, car l'arrêté d'expulsion lui interdit de retourner en France, tant que cet arrêté n'a pas été abrogé. Contre la décision du TA, l'étranger peut former un appel devant la cour administrative d'appel.

L'étranger peut également utiliser la procédure du référé-liberté, notamment lorsqu'est en jeu son droit de mener une vie familiale normale, considéré, par le juge administratif, comme une « liberté fondamentale », au sens de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative¹²⁸.

Si l'expulsion est annulée, l'arrêté disparaît de manière rétroactive et l'étranger doit donc être mis dans la possibilité de revenir en France sur la base de son ancien titre de séjour, à moins qu'il n'ait expiré. Dans ce cas, l'administration n'est pas tenue de lui délivrer une nouvelle autorisation de séjour.

L'étranger intéressé peut également, à tout moment, demander à l'administration (et non pas au juge) l'abrogation de l'arrêté d'expulsion¹²⁹. La loi a également introduit un réexamen de la mesure d'expulsion tous les cinq ans à compter de l'exécution de celle-ci, même si l'étranger se trouve encore en France. Ce réexamen est automatique et tient compte de l'évolution de la menace à l'ordre public que l'étranger représente, des changements intervenus dans sa situation personnelle et des garanties de réinsertion professionnelle ou sociale. Si l'étranger ne se trouve pas en France et demande l'abrogation de la mesure d'expulsion passé un délai de cinq ans, l'administration doit obligatoirement saisir, pour avis, la commission d'expulsion.

Un recours contre le refus d'abrogation de l'arrêté d'expulsion est possible devant le TA compétent.

Si l'abrogation est prononcée, l'étranger bénéficie d'un visa pour rentrer en France.

*

Bien que le Conseil constitutionnel ait consacré la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir des étrangers¹³⁰ et bien qu'il leur ait reconnu les droits-garantie découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³¹, il a tout de même admis que des mesures restrictives de ces libertés (telle que l'OQTF ou l'expulsion) puissent être adoptées par l'administration sans violer de tels principes, au motif que « les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente »¹³² et au motif qu'il s'agit de mesures n'ayant pas le caractère d'une sanction et n'entrant donc pas « dans le champ d'application de l'article 8 de la déclaration de 1789 »¹³³.

Il a essentiellement suivi une approche similaire en ce qui concerne les mesures de mise en œuvre des départs forcés des étrangers : la rétention administrative et l'assignation à résidence (voir ci-dessous).

128 CE, 30 octobre 2001, *Min. int. c/ Mme Nabiba X.*, req. n° 238211.

129 Article L. 524-1 et s. du CESEDA.

130 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3.

131 *Ibidem*, cons. 46-47. L'article 8 de la DDHC dispose : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

132 *Ibidem*, cons. 15.

133 *Ibidem*, cons. 57, en ce qui concerne, en particulier, les décisions d'expulsion.

Le migrant est-il placé en zone d'attente ? En rétention (de quel type) ? Peut-il être placé sous contrôle policier ou judiciaire ? Peut-il être assigné à résidence ?

Afin de mettre en œuvre les décisions d'éloignement forcé de l'étranger et permettre à l'administration de préparer concrètement son départ, le système juridique français prévoit deux mesures administratives : 1) l'assignation à résidence et 2) la rétention administrative.

1.- L'assignation à résidence

L'assignation à résidence est une mesure moins coercitive que la rétention administrative. Elle est prononcée à l'égard d'un étranger qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou qui ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, et s'il existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation.

Cette mesure consiste concrètement à astreindre la personne à résider dans un lieu qui lui est fixé, avec l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie¹³⁴.

Conformément aux vœux de la directive « retour » de 2008, l'assignation à résidence est désormais la règle en France, tandis que la rétention administrative devrait devenir l'exception. Cette inversion de logique remonte déjà à la loi de transposition de la directive « retour » : la loi Besson du 16 juin 2011. Elle a été renforcée par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France¹³⁵ qui a complètement réécrit les articles du CESEDA consacrés à ces deux mesures administratives.

Désormais, les hypothèses dans lesquelles les étrangers peuvent être assignés à résidence ou placés en rétention sont énumérées à l'article L. 561-2 du CESEDA¹³⁶. L'administration doit prioritairement assigner à résidence l'étranger en attente de départ, et seulement si cette personne présente un risque de fuite ou fait obstacle à son départ, elle pourra le placer en rétention (article L. 551-1 du CESEDA).

La décision prononçant l'assignation à résidence est adoptée par le préfet et doit être motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois¹³⁷, renouvelable une fois pour la même durée, par une décision également motivée.

Par ailleurs, la loi du 7 mars 2016 vise également à renforcer les pouvoirs des forces de l'ordre lorsqu'elles interviennent auprès d'un étranger assigné à résidence. Si, par exemple, l'étranger n'a pas déferé à une demande de présentation aux autorités consulaires du pays dont il a probablement la nationalité afin de retirer le document nécessaire au voyage, l'autorité administrative peut le faire conduire de force par les services de police ou de gendarmerie¹³⁸. En outre, si l'étranger utilise

¹³⁴ Il doit également se présenter, lorsque l'autorité administrative le lui demande, aux autorités consulaires, en vue de la délivrance d'un document de voyage (article L. 561-1 du CESEDA).

¹³⁵ Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

¹³⁶ Sept hypothèses sont prévues par cette disposition : si l'étranger doit être remis aux autorités d'un État membre de l'Union européenne ou transféré vers l'État responsable de sa demande d'asile ; s'il fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ; s'il fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire ; s'il est signalé par un État signataire de la Convention Schengen ; s'il fait l'objet d'une OQTF prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ; s'il est visé par une interdiction de retour ou par une interdiction de circulation sur le territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire, si, ayant fait l'objet d'une décision d'assignation à résidence ou de placement en rétention administrative, n'a pas déferé à la mesure d'éloignement dont il fait l'objet ou, y ayant déferé, est revenu en France.

¹³⁷ Alors qu'auparavant la durée maximale était de 45 jours renouvelable une fois.

¹³⁸ Nouvel article L. 513-5 du CESEDA.

l'inviolabilité du domicile pour s'opposer à l'exécution de la mesure d'éloignement, le préfet peut demander au JLD l'autorisation de requérir la force pour intervenir au domicile de l'intéressé¹³⁹.

2.- La rétention administrative

En vertu de la réforme législative du 7 mars 2016, lorsque l'assignation à résidence ne peut être prononcée puisqu'il y a un risque de fuite de l'étranger ou une obstruction avérée à son départ forcé, le préfet ordonnera le placement en rétention.

La rétention administrative, prévue par les articles L. 551-1 à L. 556-2 du CESEDA, est une mesure qui permet de maintenir dans un lieu fermé un étranger qui fait l'objet d'une décision d'éloignement, dans l'attente de son renvoi forcé¹⁴⁰.

Mais, même si le maintien en zone d'attente et le placement en rétention administrative conduisent à un effet concret équivalent, à savoir l'enfermement d'une personne dans un centre fermé et donc à une privation de liberté, les deux mesures sont différentes. En effet, le maintien en zone d'attente est prononcé à l'encontre de l'étranger qui n'a pas le droit d'entrer sur le territoire national et qui peut ensuite faire l'objet d'un refoulement, tandis que le placement dans un centre de rétention est ordonné à l'encontre de l'étranger déjà présent sur le territoire national en attendant que l'administration organise son éloignement forcé.

Les « centres de rétention administrative » (CRA) sont des bâtiments fermés, autres que les prisons (bien que la différence soit très subtile), surveillés par la police ou la gendarmerie nationale.

Apparue en 1978 sans texte, légalisée avec la loi Questiaux du 29 octobre 1981, la rétention administrative devait constituer, depuis la réforme du 16 juin 2011 et encore plus depuis la loi du 7 mars 2016, une mesure exceptionnelle, tandis que l'assignation à résidence représenterait, la règle. Cependant, les statistiques montrent que dans la réalité ce n'est toujours pas le cas, le nombre des placements en rétention dépassant largement celui des assignations à résidence¹⁴¹.

La loi du 7 mars 2016 est venue renforcer la logique qui veut faire de l'assignation à résidence la priorité. Cette loi précise que la rétention n'est possible que si l'étranger, qui se trouve dans l'un des cas énumérés par la loi (article L. 561-2 du CESEDA), « ne présente pas de garanties de représentation effective propres à prévenir le risque de fuite ». La rétention peut également être prononcée en cas d'obstruction avérée de l'étranger à l'exécution de son départ forcé.

Le placement en rétention est ordonné par le préfet par une décision écrite et motivée.

Le législateur de 2016 a également voulu réformer le contentieux de la rétention pour anticiper l'intervention du juge judiciaire (le juge des libertés et de la détention) et éviter qu'un étranger soit éloigné du territoire avant que ce juge ait pu se prononcer. Ainsi, selon le nouveau dispositif, le préfet reste toujours compétent pour ordonner la mesure de placement en rétention, mais la prolongation de cette mesure doit désormais intervenir au-delà de 48 heures (et non plus après 5 jours,

139 Nouvel article L. 561-2, § II.

140 O. LECUCQ (dir.), *La rétention administrative des étrangers*, Paris, L'Harmattan, 2011 ; C. Severino (dir.), *La transposition de la directive « retour »*. France, Espagne et Italie, *op. cit.*, *passim*.

141 En 2013 par exemple, on comptait en France 1.600 assignations à résidence contre plus de 24.000 placements en rétention. En 2015, le nombre de placement en rétention a encore augmenté, soit près de 48.000 placements (le nombre d'assignation à résidence n'est en revanche pas connu, bien qu'il apparaisse en hausse). Voir le rapport 2015 sur les centres de rétention administrative réalisé par la Cimade, association spécialisée dans la défense des étrangers, paru sur le site internet le 28 juin 2016 (<http://www.lacimade.org/publication/rapport-2015-sur-centre-et-locaux-de-retention-administrative/>).

comme cela était la règle depuis la loi du 16 juin 2011) et elle doit être décidée par le JLD. Par ailleurs, le juge administratif ne pourra plus se prononcer sur la légalité de l'arrêté de placement en rétention, cette compétence revenant au JLD au bout de 48 heures¹⁴².

Contre le jugement du JLD l'étranger peut former un appel qui n'est pas suspensif.

La loi a également modifié la durée des prolongations accordées par le JLD : après deux jours de rétention (intervention du JLD), la première prolongation est de 28 jours, la seconde de 15 jours, pour une durée totale de 45 jours de rétention (cette durée avait déjà été prévue par la loi de 2011 laquelle, en transposant de manière ambiguë la directive « retour », avait allongé la durée maximale de rétention de 32 à 45 jours)¹⁴³.

Dès le début de son maintien, l'étranger retenu a droit à un conseil, à un interprète ainsi qu'à un médecin. Il est également informé qu'il peut communiquer avec son consulat ou avec une personne de son choix. Un espace doit également être aménagé pour permettre aux avocats de s'entretenir avec les étrangers.

Toutefois, malgré la prévision de ces garanties, les contrôles réalisés dans les centres de rétention ont permis de constater de graves insuffisances concernant tant les conditions de rétention que les conditions nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Ces insuffisances ont été signalées et dénoncées notamment par les associations de défense des étrangers¹⁴⁴. Elles ont par ailleurs été relevées dans le rapport du Défenseur des droits publié en mai 2016 consacré aux droits fondamentaux des étrangers en France¹⁴⁵.

Les mineurs étrangers peuvent, eux aussi, être placés dans des centres de rétention. Les pratiques françaises de rétention des mineurs ont soulevé de nombreuses critiques et de nombreux recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Condamné une première fois en 2012, par l'arrêt *Popov c/France*¹⁴⁶, l'État français a essuyé cinq nouvelles condamnations le 12 juillet 2016, à propos du placement d'enfants dans des centres de rétention administrative¹⁴⁷. Dans les cinq décisions, les magistrats de Strasbourg n'ont pas condamné en tant que tel le recours à des mesures de placement de mineurs en centre de rétention. Mais, après avoir vérifié l'existence de « la conjonction de trois facteurs », à savoir « le bas âge des enfants, la durée de leur rétention et le caractère inadapté des locaux concernés à la présence d'enfants », ils en ont conclu que ces enfants avaient fait l'objet de mauvais traitements en violation de l'article 3 de la Convention qui prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants.

La loi du 7 mars 2016 poursuit, quant à elle, l'objectif d'éviter, dans la mesure du possible, le placement en rétention des mineurs accompagnant un

142 Le Conseil constitutionnel n'a pas relevé de raisons d'inconstitutionnalité concernant cette disposition (CC, décis. n° 2016-728 DC du 3 mars 2016).

143 Sous la loi de 2011, les délais étaient de 5 jours (intervention du JLD) + 20 + 20.

144 Voir le rapport 2015 sur les centres de rétention administrative réalisé par la Cimade (<http://www.lacimade.org/publication/rapport-2015-sur-centre-et-locaux-de-retention-administrative/>), *op. cit.*

145 Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, rapport publié le 9 mai 2016 (<http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actus/actualites/les-droits-fondamentaux-des-etrangers-en-france>).

146 CEDH, 5e Sect., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07. Sur cette condamnation de la France par la Cour de Strasbourg, voir N. Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 janvier 2012.

147 CEDH, 12 juillet 2016, affaires *A.B. et autres c. France* (n°11593/12); *R.M. et M.M. c. France* (n° 33201/11); *A.M. et autres c. France* (n° 24587/12); *R.K. c. France* (n° 68264/14); *R.C. c. France* (n° 76491/14).

représentant légal. Elle limite désormais cette possibilité à trois hypothèses énumérées par l'article L. 551-1 du CESEDA¹⁴⁸. Elle précise par ailleurs que dans ces cas, la durée de rétention doit être « la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ » et que la rétention doit être effectuée « dans des chambres isolées et adaptées à l'accueil des familles »¹⁴⁹.

Toutefois, cette loi a été critiquée sur ce point tant par le Défenseur des droits que par des avocats et associations de défense des étrangers. Le Défenseur des droits a demandé dans un communiqué qu'il soit « immédiatement mis fin à la rétention des enfants » et a affirmé que la loi du 7 mars 2016 est « contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ». Les avocats et associations de défense des étrangers ont relevé que cette loi « censée encadrer l'enfermement des enfants, le légalise »¹⁵⁰.

*

En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les mesures de placement en rétention, plusieurs éléments nous semblent devoir être remarqués.

Il faut souligner tout d'abord et d'une manière générale, que dans ce domaine, le Conseil constitutionnel semble être davantage à l'écoute des exigences de l'administration relatives à la protection de l'ordre public et à la lutte contre l'immigration irrégulière, que des exigences découlant de la protection constitutionnelle des droits des étrangers¹⁵¹. Il est significatif, à ce propos, de constater que dans les décisions qui traitent de la rétention administrative, le Conseil utilise volontiers la fameuse phrase selon laquelle « aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »¹⁵² ou encore celle selon laquelle « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle »¹⁵³. Par ailleurs, dans ces décisions, le Conseil constitutionnel n'a censuré que des détails, et a laissé essentiellement intact le dispositif de placement en rétention.

Notons à ce propos que dès la première décision en matière de rétention administrative, intervenue en 1980¹⁵⁴, le Conseil constitutionnel a admis dans son

148 L'article L. 551-1 du CESEDA admet la rétention d'un mineur qui accompagne son représentant légal : 1° Si le représentant légal n'a pas respecté l'assignation à résidence ; 2° S'il a pris la fuite ou opposé un refus à son éloignement ; 3° Si, en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger dans les quarante-huit heures précédant le départ programmé préserve l'intéressé et le mineur qui l'accompagne des contraintes liées aux nécessités de transfert. Cette dernière hypothèse étant très large, elle pourrait être utilisée par l'administration pour justifier de nombreux placements en rétention de mineurs.

149 Article L. 551-1 du CESEDA.

150 Propos reportés par l'article de J.-B. Jacquin, « La France sévèrement condamnée pour la rétention d'enfants d'étrangers », *Le Monde*, 13 juillet 2016. Selon les chiffres donnés par la Cimade, le nombre d'enfants enfermés dans les CRA est reparti à la hausse depuis deux ans. En 2015, 105 enfants ont été placés avec leurs parents en centre de rétention, soit plus du double des 45 recensés en 2014. Sur les premiers mois de 2016, 67 enfants ont déjà connu le même sort. Ces données concernent la métropole et ne tiennent pas compte, par exemple, de la situation dramatique de Mayotte, où quelque 4.300 enfants sont passés en 2015 par des centres de rétention.

151 Voir, en ce sens, les analyses de E. Aubin, *Droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 479 ; O. Lecucq, « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », in O. Lecucq (dir.), *La rétention administrative des étrangers*, *op. cit.*, p. 157.

152 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 2 ; décis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 28 ; décis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 64.

153 CC, décis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 23 ; décis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 64.

154 CC, décis. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980.

principe l'intervention initiale de la seule autorité administrative pour ordonner le placement de l'étranger en rétention, en ne la jugeant pas contraire aux exigences découlant de l'article 66 de la Constitution qui garantit la liberté individuelle. Selon le raisonnement suivi par le Conseil, le placement initial en rétention, à l'instar du placement en zone d'attente, n'affecte que la liberté d'aller et venir et ne requiert donc pas l'intervention du juge judiciaire¹⁵⁵.

Cette orientation peut toutefois sembler très surprenante, notamment, et précisément, eu égard à l'article 66 de la Constitution qui exige que l'autorité judiciaire intervienne lorsqu'il y a atteinte à la liberté individuelle, car l'étranger retenu est bel et bien enfermé, donc privé de sa liberté.

En revanche, le Conseil constitutionnel, dans le but de faire respecter la liberté individuelle, a exigé du législateur que l'autorité judiciaire intervienne « dans le plus court délai possible »¹⁵⁶, sans toutefois jamais préciser à quelle durée correspond ce délai. En d'autres termes, pour le Conseil constitutionnel, si l'intervention de la seule autorité administrative suffit pour le placement initial d'une personne en rétention, la prolongation au-delà d'un certain délai nécessite l'intervention de l'autorité judiciaire. Ainsi, il a jugé qu'une rétention de sept jours sans l'intervention du juge judiciaire était « excessive » et contraire à l'article 66 de la Constitution¹⁵⁷, tandis qu'un délai de cinq jours, prévu par la loi du 16 juin 2011, n'a pas été considéré comme contraire à cette liberté¹⁵⁸.

Par ailleurs, la durée du placement en rétention en elle-même ne doit pas dépasser un certain délai. Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition qui permettait de maintenir en rétention un étranger pendant un délai de 18 mois, dans l'hypothèse où la personne avait été condamnée à une peine d'interdiction du territoire pour actes de terrorisme¹⁵⁹. Mais, le Conseil a accepté que la durée maximale de rétention soit étendue d'abord à 32 jours¹⁶⁰, ensuite à 45 jours¹⁶¹, sous la réserve que l'étranger ne soit maintenu en rétention « que pour le temps strictement nécessaire à son départ », et que « l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention [...] lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient »¹⁶².

Existe-t-il un droit à la migration pour les nationaux lorsqu'ils souhaitent sortir du territoire ? Un national peut-il être empêché de sortir du territoire ?

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « la liberté d'aller et venir », qui « figure au nombre des libertés constitutionnellement garanties protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 »¹⁶³, et qui est

155 *Ibidem*, cons. 3. Le juge constitutionnel a maintenu cette orientation dans sa jurisprudence ultérieure : CC, décisis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 ; décisis. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 ; décisis. n° 2016-728 DC du 3 mars 2016.

156 CC, décisis. n° 79-109 DC, *op. cit.*, cons. 4 ; décisis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 63.

157 CC, décisis. n° 79-109 DC, *op. cit.*, cons. 4 ; décisis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 73, à propos du placement en rétention prononcé à l'issue d'une mesure de garde à vue.

158 CC, décisis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 71 à 73.

159 *Ibidem*, cons. 76.

160 Nouveau délai prévu par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

161 Délai prévu par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, *op. cit.*

162 CC, décisis. n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 75 et décisis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 66. Sur le délai de rétention, voir aussi CC, décisis. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, cons. 21-22 ; décisis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 100 ; décisis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 52.

163 CC, décisis. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 8 ; décisis. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 4.

reconnue « à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », « n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter »¹⁶⁴. En principe donc, le national français a le droit, constitutionnellement garanti, de quitter librement le territoire national et d'y retourner, sans aucune limitation possible. Jusqu'à 2014 d'ailleurs, aucun dispositif ne pouvait empêcher à un ressortissant français, à l'exception des mineurs, de quitter le territoire national.

Ce *statu quo* juridique a connu un changement important avec la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme¹⁶⁵. Adoptée dans le but de faire face à la recrudescence du phénomène terroriste sur le territoire national, cette loi a introduit un dispositif inédit d'interdiction administrative de sortie du territoire visant les ressortissants français qui projettent de participer à des activités terroristes à l'étranger¹⁶⁶.

Bizarrement, cette loi n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, faute de saisine de la part de l'opposition parlementaire. Toutefois, comme on pouvait s'y attendre, le Conseil constitutionnel a très vite été saisi par une QPC transmise par le Conseil d'État, dans laquelle était soulevé, entre autres, le grief d'inconstitutionnalité de l'interdiction administrative de sortie du territoire du ressortissant français pour violation de sa liberté d'aller et venir.

Dans la décision n° 2014-490 QPC¹⁶⁷, le Conseil constitutionnel a rejeté tous les griefs et considéré les dispositions attaquées conformes à la Constitution. Le juge a en particulier considéré que par la création de l'interdiction administrative de sortie du territoire, le législateur a entendu renforcer les pouvoirs de police administrative de l'État en matière de lutte contre le terrorisme et a ainsi poursuivi l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public. Le Conseil a ensuite mis en évidence l'ensemble des garanties prévues par le législateur¹⁶⁸ et estimé que la loi avait assuré une conciliation équilibrée entre la liberté d'aller et venir et la protection des atteintes à l'ordre public.

Cette décision de conformité à la Constitution d'une loi qui pour beaucoup était « liberticide », montre une nouvelle fois que dans la difficile conciliation entre l'objectif de protection de l'ordre public et la garantie des droits, entre sécurité et liberté, le Conseil constitutionnel a plutôt tendance à faire pencher la balance vers le premier des deux impératifs, tout comme le font, souvent, ses homologues européens.

164 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 103 ; décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 10.

165 Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

166 En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 13 novembre 2014, « Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ».

167 CC, décis. n° 2015-490 QPC du 14 octobre 2015.

168 Des garanties prévues par la loi, telles que la nécessité que l'interdiction ne soit mise en œuvre pour des motifs liés à la prévention du terrorisme, ou la possibilité que la personne présente ses observations dans un délai de huit jours après la décision, ou encore le fait que la durée maximale de la mesure ne puisse pas excéder six mois, ou que la personne puisse exercer un recours devant le juge administratif.

II.- LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT RÉSIDENT

Existe-t-il différentes catégories de migrants résidents ?

La loi française distingue entre différents types de migrants résidents, en fonction de la raison qui les conduit à résider sur le territoire français. Ces différences comportent également des distinctions quant à la durée du séjour de l'étranger sur le territoire.

Il faut rappeler, tout d'abord, que lorsque l'étranger non européen souhaite entrer sur le territoire français, trois types de visas peuvent lui être délivrés : le visa de transit aéroportuaire limité à cinq jours ; le visa d'une durée inférieure à trois mois et le « visa de long séjour », d'une durée maximale d'un an, délivré à toute personne qui séjourne en France pour une durée supérieure à trois mois¹⁶⁹. À l'échéance de la période transitoire couverte, le cas échéant, par un visa, le maintien de l'étranger sur le territoire français est subordonné à la détention d'un titre de séjour qui peut revêtir plusieurs formes¹⁷⁰.

Jusqu'à la récente réforme opérée par la loi du 7 mars 2016¹⁷¹, qui a notamment introduit et généralisé une carte de séjour pluriannuelle d'une durée maximale de quatre ans (voir ci-après), la loi française a pour l'essentiel prévu deux types de titres de séjours : la carte de séjour temporaire et la carte de résident.

La carte de séjour temporaire est valable pour une durée maximale d'un an renouvelable. Elle est délivrée à l'étranger dont la présence en France ne constitue pas une menace pour l'ordre public. En fonction de la situation de l'étranger, il existait, jusqu'à la réforme de 2016, plusieurs types de cartes temporaires : la carte mention « Visiteurs » ; la carte mention « Étudiants » ; la carte mention « Stagiaires » ; la carte mention « Scientifiques » ; la carte mention « Profession artistique et culturelle » ; la carte mention « Salariés et travailleurs temporaires » ; la carte mention « Commerçants, industriels et artisans » ; la carte mention « Non salariés » ; la carte mention « Travailleurs saisonniers » ; la carte mention « Salariés détachés », et, enfin, la carte mention « Vie privée et familiale ».

La carte de résident est, quant à elle, délivrée pour une durée de dix ans renouvelable. Elle est délivrée en l'absence de menace pour l'ordre public et à la condition d'une résidence en France ininterrompue et régulière de cinq ans. Par ailleurs, l'article L. 314-2 du CESEDA exige également, pour la délivrance de la première carte de résident, une « intégration républicaine » de l'étranger dans la société française, appréciée au regard du respect des « principes qui régissent la République française » et de la « connaissance suffisante de la langue française ».

À ces deux principaux types de cartes de séjour, se sont ajoutés : la carte de séjour « compétences et talents », d'une durée de trois ans, introduite par la loi du 24 juillet 2006 dans le but de faciliter l'immigration d'étrangers susceptibles de participer au rayonnement économique, sportif, intellectuel ou culturel de la France ; la « carte bleue européenne », d'une durée de trois ans, introduite par la loi du 16 juin 2011¹⁷² afin de faciliter l'accueil d'étrangers hautement qualifiés au sein de

169 Article L. 211-2-1 du CESEDA.

170 Voir les articles L 311-1 et suivants du CESEDA.

171 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016, *op. cit.*

172 Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, *op. cit.*, transposant la directive européenne 2009/50/CE du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié.

l'UE¹⁷³ et la carte de séjour portant la mention « retraité », valable pour une durée de dix ans et renouvelable de plein droit.

La loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a en partie modifié la réglementation de cette matière, dans le but de stabiliser le séjour des étrangers avant la délivrance d'une carte de résident et afin d'éviter des passages répétés de ces personnes dans les préfectures françaises en vue du renouvellement de leurs titres de séjour. La loi de 2016 a ainsi introduit une « carte de séjour pluriannuelle »¹⁷⁴.

Cette carte est délivrée à l'étranger qui a déjà bénéficié d'un « visa de long séjour » d'un an et sous réserve que l'intéressé continue de remplir les conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire. Elle est valable pour une durée maximale de quatre ans. Toutefois, cette durée peut être modulée différemment en fonction de la catégorie d'étrangers intéressés. Ainsi, les étudiants peuvent en bénéficier jusqu'à la fin de leur cycle d'études, sous réserve du caractère réel et sérieux des études ; les parents d'un enfant français mineur peuvent en bénéficier pour deux ans, tout comme les conjoints de français, ainsi que les étrangers qui résident en France au titre du droit au respect de la vie privée et familiale. Enfin, les étrangers malades peuvent en bénéficier pendant toute la durée des soins.

La loi de mars 2016 a par ailleurs laissé en vigueur la carte de séjour temporaire d'une durée maximale d'un an en particulier pour les visiteurs, les stagiaires, les travailleurs temporaires et les victimes de la traite des êtres humains¹⁷⁵.

Parallèlement, la loi de 2016 crée une carte pluriannuelle d'une durée maximale de quatre ans, portant la mention « passeport talent », délivrée aux étrangers qui contribuent au rayonnement de la France et dont la liste inclut notamment : le salarié diplômé d'un Master ou recruté dans une jeune entreprise innovante ; l'étranger occupant un emploi hautement qualifié et justifiant au moins d'une licence ou d'une expérience professionnelle significative (carte mention « carte bleue européenne ») ; le titulaire d'un master menant des travaux de recherche ou dispensant un enseignement universitaire (carte mention « chercheur ») ; l'investisseur économique direct ; ou encore l'artiste-interprète¹⁷⁶.

Cette loi a aussi simplifié la typologie des titres de séjour délivrés aux étrangers travailleurs, en distinguant entre les contrats à durée indéterminée, qui bénéficient désormais de la carte mention « salarié »¹⁷⁷ et les contrats à durée déterminée ou de détachement, lesquels bénéficient de la carte mention « travailleur temporaire »¹⁷⁸.

La loi a également rendu de plein droit l'ensemble des cartes de résident et permet la délivrance automatique d'une carte de résident permanent après l'obtention de deux cartes de résident.

Enfin, la loi de mars 2016 a assoupli les conditions de délivrance d'un titre de séjour aux étrangers malades. Alors que la réglementation antérieure prévoyait sa délivrance en cas « d'absence d'un traitement approprié » dans le pays d'origine de l'étranger, désormais le texte pose une condition d'accès effectif aux soins, indépendamment de l'existence ou pas du traitement dans le pays de l'étranger¹⁷⁹.

173 La délivrance de cette carte est subordonnée aux conditions de rémunération proposées à l'étranger (salaire annuel au moins égal à 1,5 fois le salaire minimum) et au niveau d'études de l'étranger (formation d'au moins trois années après le bac ou expérience significative).

174 Articles L. 313-17 et s. du CESEDA.

175 Article L. 316-1 du CESEDA.

176 Article L. 313-20 du CESEDA.

177 Article L. 313-10, 1^o du CESEDA.

178 Article L. 313-10, 2^o du CESEDA.

179 Nouvel article L. 313-11, 11^o du CESEDA.

Comment est appliqué le principe d'égalité entre nationaux et étrangers ?

D'une manière générale, le système juridique français consacre le principe d'égalité et de non-discrimination. L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 interdit en effet toute distinction « d'origine, de race ou de religion » et sur le fondement de ce principe, le Conseil constitutionnel a reconnu aux étrangers les « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁸⁰.

Toutefois, en analysant de près la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apparaît que le principe d'assimilation entre français et étrangers doit être nuancé eu égard, d'une part, aux exigences relatives à la sauvegarde de l'ordre public et à la gestion des flux migratoires, lesquelles peuvent conduire le législateur à différencier le traitement des étrangers par rapport à celui réservé aux nationaux ; et, d'autre part, à la situation administrative dans laquelle se trouvent les étrangers présents sur le territoire national, laquelle peut conduire le législateur à traiter différemment les étrangers en situation régulière de ceux qui se trouvent en situation irrégulière.

Le Conseil constitutionnel a consacré ces principes et leurs exceptions tout au long de sa jurisprudence.

Il a ainsi rejeté de manière constante le principe d'une égalité absolue entre étrangers et nationaux, en affirmant qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire », et que le législateur peut restreindre « les conditions de leur entrée et de leur séjour [...] par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus »¹⁸¹.

Parallèlement, le Conseil constitutionnel a posé un principe d'assimilation entre les nationaux et les étrangers en situation régulière, concernant la jouissance de certains droits. Ainsi, dès la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a reconnu aux étrangers en situation régulière le bénéfice de certaines prestations sociales normalement réservées aux nationaux. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a relevé d'office l'inconstitutionnalité d'une disposition législative qui écartait les étrangers « résidant régulièrement en France » du bénéfice d'une allocation, en motivant sa décision par une violation du principe d'égalité¹⁸². Ainsi faisant et en même temps, le juge constitutionnel a opéré une distinction entre les étrangers en situation régulière (qui peuvent bénéficier de certains droits prévus pour les ressortissants français) et les étrangers en situation irrégulière lesquels, en revanche, ne peuvent bénéficier que d'un nombre de droits plus limité.

Notons également que le principe d'égalité entre français et étrangers, tel qu'interprété par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, semble revêtir une portée double. Le juge constitutionnel affirme, en effet, de manière constante, que si « le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques » destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, il lui appartient de concilier cet objectif de valeur constitutionnelle avec le respect « des engagements internationaux souscrits par la France et des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁸³. Or, cette formulation

180 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3.

181 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 2 ; décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 36 ; décis. n° 2006-539 DC, cons. 6.

182 CC, décis. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, cons. 35.

183 CC, décis. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *op. cit.*, cons. 33 ; décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3 ; décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 10 et 43 ; décis. n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 13 et 14.

du principe d'égalité semble exprimer à la fois une norme constitutionnelle « immédiate » – le principe d'égalité étant ici un droit fondamental en soi – mais aussi une norme constitutionnelle « médiate », le principe d'égalité permettant aux étrangers de bénéficier indirectement d'autres droits fondamentaux¹⁸⁴.

Parmi ces droits, figurent notamment, selon le Conseil constitutionnel, « la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté de mariage, le droit de mener une vie familiale normale »¹⁸⁵. Les étrangers peuvent jouir aussi « des droits à la protection sociale », dès lors, cependant, « qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français »¹⁸⁶, tout comme des droits-garanties, parmi lesquels le droit à un recours effectif, finalisé à protéger de manière effective les autres droits et libertés dont les étrangers sont titulaires à l'instar des nationaux¹⁸⁷.

Les migrants peuvent-ils choisir de résider où ils le souhaitent ? Le migrant résident bénéficie-t-il d'une liberté de circulation sur le territoire national ? Le migrant résident peut-il accéder facilement aux États frontaliers de l'État de résidence ?

Le principe posé par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, ainsi que par l'article 2 du Protocole n° 4 de 1963 additionnel à la CEDH, ainsi que par l'article R. 321-1, 1^{er} alinéa, du CESEDA est que l'étranger qui séjourne régulièrement sur le territoire jouit de la « liberté d'aller et venir »¹⁸⁸. Il peut ainsi « circuler librement » sur le territoire¹⁸⁹, « y choisir librement sa résidence »¹⁹⁰ et il peut également « quitter n'importe quel pays »¹⁹¹.

Toutefois, parmi ces différents aspects liés à la liberté d'aller et venir, seul celui relatif à la possibilité de quitter le territoire est réellement reconnu à l'étranger, sans restriction et sans autorisation préalable. Pour le reste, la réglementation française, tout comme la jurisprudence du Conseil constitutionnel ainsi que le droit conventionnel, permettent de limiter cette liberté de l'étranger, si des exigences, en particulier celles relatives au maintien de l'ordre public, le rendent nécessaire. La liberté d'aller et venir de l'étranger s'avère donc assez encadrée.

Ainsi, le droit français permet au ministre de l'Intérieur de désigner par arrêté certains départements dans lesquels les étrangers (pourtant séjournant de manière régulière) ne peuvent se rendre sans autorisation préalable du préfet¹⁹². De même, un étranger non titulaire d'une carte de résident peut, « en raison de son attitude ou de ses antécédents », être interdit de résider dans un département ou être obligé de résider dans une ou plusieurs circonscriptions à l'intérieur du département¹⁹³. Lorsque l'étranger est soumis à de telles restrictions, mention en est faite sur son titre de séjour et il ne peut se déplacer en dehors de la zone de validité de son titre de séjour sans être muni d'un sauf-conduit, délivré par le commissariat de police ou par la gendarmerie du lieu de résidence¹⁹⁴.

184 En ce sens, voir L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 2012, p. 172.

185 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3.

186 *Ibidem*.

187 *Ibidem*.

188 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 3.

189 Article R. 321-1, 1^{er} alinéa, du CESEDA et article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la CEDH.

190 Article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la CEDH.

191 *Ibidem*.

192 Article R. 321-1, 2^e alinéa, du CESEDA.

193 Article R. 321-2 du CESEDA.

194 Article R. 321-5 du CESEDA.

En outre, lorsque l'étranger décide de changer le lieu de sa résidence, il est tenu d'en faire la déclaration, dans les huit jours de son arrivée, au commissariat de police ou, à défaut, à la mairie, en indiquant très exactement le lieu de son ancienne résidence ainsi que sa profession¹⁹⁵. Le non-accomplissement de ces diligences peut avoir un impact sur le renouvellement de son titre de séjour.

Enfin et de manière significative, la réglementation française exige que les aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maison fassent remplir et signer à chaque étranger accueilli une fiche individuelle de police. Ces fiches doivent être conservées pendant une durée de 6 mois et remises, sur leur demande, aux services de police et unités de gendarmerie¹⁹⁶.

Les accords bilatéraux ou traités entre États sur la libre circulation peuvent-ils concerner les migrants résidents sur l'un des deux États concernés ?

Depuis la fin des années 1960 et encore jusqu'à nos jours, la France a conclu de nombreux accords bilatéraux avec plusieurs pays d'Afrique (tels que le Bénin, le Cameroun, le Congo, la Mauritanie, le Niger ou encore le Sénégal), les pays du Maghreb (l'Algérie, le Maroc et la Tunisie) ainsi qu'avec le Royaume d'Espagne et la Principauté d'Andorre¹⁹⁷. Le but de ces accords, qui se ressemblent pour la plupart, car ils suivent en majorité une convention-type, est de mettre en place des régimes spéciaux concernant l'entrée et le séjour des ressortissants de ces pays sur le territoire français. Ces règles dérogatoires visent généralement à faciliter les conditions d'entrée et de séjour des migrants originaires de ces pays. Toutefois, même si le but est celui-ci, le plus souvent ces accords prévoient une clause de réciprocité, selon laquelle l'exercice d'un droit en France est conditionné par la prévision du même droit dans le pays étranger à l'égard des citoyens français qu'y résident. Notons également qu'il existait souvent, surtout dans les accords établis dans les années 1960, des clauses d'assimilation au national. Peu à peu, ces clauses ont disparu au profit de conventions-type qui se limitent à renvoyer au droit national ou qui conditionnent l'exercice d'un droit à une autorisation préalable. Ainsi, la différence entre le droit prévu par ces accords et le droit commun des étrangers a tendance à s'estomper aujourd'hui.

Une mention particulière doit être faite pour les accords conclus entre la France et l'Algérie depuis 1968. À la suite de ces accords, les Algériens se sont vus appliquer un régime spécifique qui a cependant tendance, lui aussi, aujourd'hui, à s'aligner sur le droit commun. Toutefois, des différences subsistent encore : ainsi, les ressortissants algériens se voient délivrer, par exemple, non une carte de résident mais un certificat de résidence, au bout de trois ans de résidence régulière ininterrompue (au lieu de cinq ans). Les ressortissants algériens sont exonérés de la taxe due à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), perçue lors de la première délivrance d'un titre de séjour. De même, les conditions du regroupement familial sont plus souples que celles prévues par le droit commun des étrangers et les cas de refus du regroupement sont limités. En outre, les étudiants algériens se sont vus appliquer un régime plus favorable qui leur permet, par exemple, d'exercer une activité professionnelle compatible avec la poursuite de leurs études, non subordonnée à une autorisation préalable.

195 Article R. 321-8 du CESEDA.

196 Article 6 du décret du 18 août 2015 portant diverses mesures de simplification et d'adaptation dans le secteur du tourisme.

197 Aujourd'hui on dénombre en tout seize accords de ce type, énumérés à l'article D. 131-1 du CESEDA.

Rappelons enfin que dans le cadre de la politique d'immigration choisie, le gouvernement français a conclu des accords bilatéraux visant à contractualiser la gestion des flux migratoires. Ces accords reconnaissent des facilités à certains ressortissants étrangers souhaitant étudier ou travailler en France et, en échange, ils imposent des contrôles plus stricts aux frontières ainsi qu'un engagement des pays étrangers à rapatrier leurs nationaux en situation irrégulière (sur ces accords, voir *supra*).

Peuvent-ils faire valoir un droit au regroupement familial, sous quelles conditions ?

Le droit au regroupement familial a été reconnu pour la première fois en France par le célèbre arrêt *GISTI* du Conseil d'État, en 1978. Dans cette décision, la Haute juridiction administrative s'était référée aux « principes généraux du droit » pour affirmer que « les étrangers résidant régulièrement en France ont le droit de mener une vie familiale normale et notamment de faire venir leur conjoint et leurs enfants mineurs »¹⁹⁸. En 1993, le Conseil constitutionnel confère pleine valeur constitutionnelle au droit de mener une vie familiale normale et à son corollaire, le droit au regroupement familial. En se fondant sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946 qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », le juge constitutionnel affirme que la procédure de regroupement familial est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale. Pour le Conseil, « ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle » et « il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit »¹⁹⁹.

Les conditions pour bénéficier du droit au regroupement familial sont prévues par le livre IV du CESEDA (articles L. 411-1 et suivants). Ces conditions ont évolué au cours des législations qui se sont succédé pour être durcies dans leur ensemble.

En principe, tout étranger qui réside de manière stable et régulière sur le territoire français a le droit de faire venir auprès de lui son conjoint (s'il est âgé de 18 ans au moment de la demande) ainsi que ses enfants mineurs (leur minorité s'appréciant aussi au moment de la demande et non au moment de leur entrée effective sur le territoire français, laquelle peut se réaliser bien des mois après). Les enfants bénéficiaires du regroupement familial peuvent être légitimes, naturels ou adoptés. La demande doit inclure d'un seul coup l'ensemble de la famille : le regroupement partiel est interdit, sauf pour des cas exceptionnels liés, par exemple, à l'état de santé des membres de la famille, au cycle de scolarité des enfants ou encore à la taille du logement de l'étranger qui fait la demande de regroupement.

Depuis la loi du 24 juillet 2006 qui a, d'une manière générale, rendu plus difficiles le regroupement familial, le délai de séjour préalable au dépôt de la demande est de 18 mois, au lieu d'un an jusqu'alors.

Par ailleurs, l'étranger qui demande le regroupement familial doit répondre à des conditions relatives aux ressources et au logement. Les ressources doivent être « stables » et « suffisantes » pour subvenir aux besoins de la famille, sans recourir à

¹⁹⁸ CE, Ass., 8 décembre 1978, *Gisti, Rec.*, p. 493.

¹⁹⁹ CC, décisis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 69 et 70 ; décisis. n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *op. cit.*, cons. 13.

des aides sociales. Le logement doit, lui, être considéré comme « normal » pour une famille vivant « dans la même zone géographique »²⁰⁰.

L'autorité compétente pour se prononcer sur la demande de regroupement familial est le préfet. Il peut refuser la demande pour des motifs tenant à l'ordre public ou à la santé publique.

Il est intéressant à ce propos de rappeler la manière dont le Conseil constitutionnel a interprété l'exigence de sauvegarde de l'ordre public face au droit de mener une vie privée et familiale découlant de l'alinéa 10 du Préambule de 1946. Le Conseil a jugé qu'une simple menace à l'ordre public ne saurait fonder un refus de renouvellement d'un titre de séjour d'un étranger qui vit de manière stable et régulière en France, sauf à porter une atteinte excessive au droit au respect de sa vie familiale et privée. Selon le juge, si la menace est avérée et qu'elle revêt un degré suffisant de gravité, il est toujours loisible à l'autorité administrative de prononcer l'expulsion de l'intéressé du territoire²⁰¹.

Soulignons enfin que la loi du 7 mars 2016 a mis fin à l'obligation faite, depuis la loi 20 novembre 2007, aux bénéficiaires du regroupement familial de procéder à une évaluation préalable de leur niveau de connaissance de la langue française et des valeurs de la République. De plus, cette loi consacre un droit au séjour véritable pour les bénéficiaires du regroupement familial, car désormais la carte de résident leur est délivrée de plein droit (et non plus sur demande) à l'issue d'une résidence ininterrompue de trois ans, au lieu de cinq normalement, sur le territoire.

Quelles sont les règles applicables en matière de mariage ?

Depuis la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté de mariage (qui est une composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la DDHC) et a reconnu cette liberté aux étrangers, indépendamment du caractère régulier ou pas de leur séjour²⁰².

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a été conduit à censurer le législateur notamment lorsqu'il a mis en place des obstacles au mariage de l'étranger en situation irrégulière²⁰³.

Mais, inversement, la liberté de mariage s'accommode aussi de restrictions et de contrôles finalisés à durcir les conditions d'acquisition de la nationalité française par le mariage et à lutter contre les mariages frauduleux, c'est-à-dire les mariages contractés uniquement à des fins étrangères à l'union matrimoniale.

1.- Le durcissement des conditions pour acquérir la nationalité par le mariage

Pour ce qui concerne l'acquisition de la nationalité française, le Conseil constitutionnel affirme que « ni le respect de la vie privée ni aucune autre exigence

200 La réglementation impose ainsi une superficie minimale de 16 m² pour un couple sans enfants.

201 CC, décisis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 44 et 45 ; décisis. n° 2005-528 du 15 décembre 2005, *op. cit.*, cons. 13 et 14.

202 CC, décisis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 107 ; décisis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *op. cit.*, cons. 94.

203 Ainsi, en 1993, il a jugé que le maire ne pouvait pas sursoir à célébrer le mariage au motif que l'étranger était en situation irrégulière (CC, décisis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 107). En 2003, il a également censuré la disposition qui faisait obligation à l'officier de l'état civil d'informer le préfet qu'un candidat au mariage se trouvait en situation irrégulière (CC, décisis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *op. cit.*, cons. 96).

constitutionnelle n'impose que le conjoint d'une personne de nationalité française puisse acquérir la nationalité à ce titre »²⁰⁴. Sur la base de ce principe, le juge constitutionnel a donc permis au législateur de rendre au fur et à mesure plus contraignantes les conditions pour acquérir la nationalité française par le mariage.

Ces conditions ne s'appliquent, tout d'abord, qu'à l'étranger ou à l'apatride qui a épousé un ressortissant français (article 21-2 du Code civil). La notion de mariage est entendue dans ce cas-là au sens strict : le PACS n'est pas assimilé à un mariage et ne produit donc aucun effet sur la nationalité.

Par ailleurs, un certain délai est exigé entre la date de célébration du mariage et celle de la souscription de la déclaration de nationalité. D'abord fixé à 6 mois par la loi du 7 mai 1984, ce délai a été modifié à plusieurs reprises : il est passé à deux ans en 1993 ; de nouveau à un an en 1998, puis à deux, voire à trois ans en 2003. La loi du 24 juillet 2006 l'a de nouveau allongé en le faisant passer à quatre ans, et même 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 France²⁰⁵.

Il faut ensuite que le mariage, s'il a été célébré à l'étranger, ait été transcrit sur les registres de l'état civil français. Il faut, en outre, que « la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage »²⁰⁶. Avant la loi de 2006, il suffisait que la « communauté de vie », sans autres précisions, n'ait pas cessé à la date de la déclaration. Dorénavant, une interruption de la vie commune de quelques mois, voire de quelques semaines ou jours, suffit, en principe, à fermer la voie de la nationalité.

Il faut enfin que le conjoint étranger justifie d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française.

2.- Le renforcement de la lutte contre les mariages frauduleux

Pour ce qui concerne les contrôles finalisés à lutter contre les mariages frauduleux, plusieurs législations se sont succédé (en 2003, 2006 et 2011), depuis la loi *Pasqua* de 1993, afin de renforcer ces contrôles, sans par ailleurs que le Conseil constitutionnel n'ait censuré ces nouvelles dispositions. Ce juge a en effet rappelé, dans sa décision n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, que « 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 »²⁰⁷. Il a ainsi affirmé à plusieurs reprises la constitutionnalité des dispositifs de contrôle *a priori* de la véritable intention matrimoniale par le ministère public, pourvu qu'ils soient susceptibles d'un recours juridictionnel effectif et rapide²⁰⁸.

Aujourd'hui, les mariages de complaisance peuvent être détectés au cours de diverses formalités préalables et postérieures au mariage, tant pour les mariages célébrés en France que pour ceux célébrés à l'étranger. Des contrôles peuvent donc être exercés tant *a priori*, c'est-à-dire avant la célébration du mariage, qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après l'union.

Concernant les mariages célébrés en France, le maire, agissant au nom de l'État en qualité d'officier de l'état civil, peut vérifier préalablement la réalité du consentement des époux en procédant à une audition. Si des doutes sérieux

204 CC, décis. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, cons. 8 ; décis. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, cons. 6.

205 Article 21-2 du code civil.

206 *Ibidem*.

207 CC, décis. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 4.

208 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.* ; décis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *op. cit.* ; décis. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012.

persistent, il peut saisir le procureur de la République qui doit, dans les quinze jours, laisser célébrer le mariage, ou faire opposition ou surseoir à sa célébration pour un délai d'un mois renouvelable une fois. À l'issue du sursis, il fait connaître par une décision motivée s'il s'oppose au mariage ou laisse procéder à la cérémonie. L'un ou l'autre des futurs époux peut contester la décision du procureur devant le président du TGI qui statue dans les dix jours. Un appel peut être formé contre cette décision. Il doit l'être devant la Cour d'appel qui statue dans les mêmes délais.

En ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger (qui représentent près d'un tiers des mariages mixtes), les lois de 2003 et de 2006 ont renforcé les contrôles. Le mariage doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage²⁰⁹. Ce certificat permet de lever le doute sur la validité du mariage et doit donc être délivré par l'autorité consulaire *avant* l'union entre un citoyen français et un ressortissant étranger. Par ailleurs, la délivrance de ce certificat est désormais précédée de l'audition des époux, ensemble ou séparément, par l'autorité diplomatique ou consulaire pour s'assurer de leurs intentions matrimoniales.

Lorsque des « indices sérieux » laissent présumer que le mariage encourt la nullité, les autorités consulaires ou diplomatiques en informent sans délai le procureur de la République qui peut s'opposer à la célébration (dans un délai de deux mois), se prononcer sur la transcription de l'acte de mariage étranger sur les registres de l'état civil français et poursuivre l'annulation de ce mariage²¹⁰. Le procureur dispose d'un délai de six mois pour prononcer l'annulation du mariage.

Enfin, la loi pose la condition de la transcription sur les registres de l'état civil français du mariage célébré à l'étranger, pour qu'il puisse produire ses effets en France. La transcription permet de s'assurer de la validité du mariage par le contrôle réalisé à cette occasion, et elle contribue aussi à lutter contre la fraude documentaire.

Qu'en est-il de la liberté d'association, d'expression, de manifestation ?

Les étrangers, à l'instar des nationaux, bénéficient de la liberté d'association, d'expression et de manifestation en France.

En effet, les normes qui auparavant limitaient ces libertés pour les étrangers ont été abrogées.

Il s'agissait, concernant la liberté d'association, du décret-loi du 12 avril 1939 qui subordonnait la création de toute association étrangère à une autorisation préalable du ministre de l'Intérieur. Alors que le juge administratif n'exerçait qu'un contrôle limité sur les mesures administratives prises à l'encontre de l'association étrangère²¹¹, il a fallu attendre une loi du 9 octobre 1981 pour voir disparaître cette norme qui violait également, par ailleurs, l'article 11 de la CEDH.

Concernant la liberté d'expression, il s'agissait d'un décret du 6 mai 1939, remontant donc, lui aussi, à la période de l'avant-guerre, lequel interdisait en France les publications en langue étrangère ou de provenance étrangère. Avant même que n'intervienne, enfin, une norme visant à abroger ce décret²¹², la jurisprudence administrative²¹³ ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁴

209 Article 171-2 du code civil, introduit par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages.

210 Article 171-4 du code civil, introduit par la loi du 14 novembre 2006 *op. cit.*

211 CE, 22 avril 1955, *Assoc. franco-russe Rousky-Dom*, Rec., p. 202 ; CE, 6 mai 1957, *Assoc. des étudiants chinois*, Rec., p. 287.

212 Il a fallu attendre le décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004 pour voir disparaître le décret du 6 mai 1939.

213 CAA Paris, 22 janvier 2002, n° 98PA04225, *Reynouard* ; CE, 7 février 2003, n° 243634, *GISTI*, cet arrêt constituant un revirement de : CE, 9 juillet 1997, *Assoc. Ekin*, Rec., p. 300.

avaient condamné ce régime d'interdiction préalable, au motif d'une violation de l'article 10 de la Convention EDH.

Peuvent-ils accéder facilement à la propriété ?

En principe, il n'existe pas de limitations, dans la législation française, concernant l'accès à la propriété (notamment l'accès à la propriété immobilière) des étrangers, qu'ils soient résidents ou pas sur le territoire français. Le droit de propriété a, en France, une valeur constitutionnelle, il est consacré par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Il faut savoir cependant que si l'étranger qui souhaite acquérir un bien en France ne réside pas dans ce pays, il peut rencontrer des difficultés pratiques, telles que celles qui concernent le déplacement des fonds nécessaires à l'acquisition du bien depuis l'étranger ou le contrôle de la provenance de ces fonds.

Concernant la taxation du bien, c'est la loi française qui s'applique. Le propriétaire étranger payera ainsi les taxes étatiques et locales liées à la propriété du bien, même s'il réside à l'étranger.

Enfin, le fait de posséder un bien immobilier en France, par exemple un appartement ou une maison, n'a pas d'influence sur le droit au séjour de l'étranger-propriétaire, celui-ci ne pouvant pas se prévaloir de son droit de propriété pour bénéficier d'un titre de séjour sur le sol français.

Peuvent-ils accéder librement à l'emploi ? Disposent-ils de la liberté d'entreprendre ?

L'accès des étrangers au marché de l'emploi est encadré, en France, en fonction de multiples facteurs. Ce marché est encadré, tout d'abord, dans une logique protectionniste ou, même, dans une logique de souveraineté, lesquelles conduisent à ce que certaines professions soient réservées aux nationaux. Ensuite, ce marché est plus ou moins ouvert ou fermé aux étrangers en fonction des besoins de la France en termes de main-d'œuvre et de compétences professionnelles spécifiques. Enfin, la question de la gestion et du contrôle des flux migratoires entre, elle aussi, en ligne de compte lorsqu'il s'agit de réglementer l'accès des étrangers à l'emploi. Dans cette optique policière, la réglementation française limite l'accès et le séjour sur le territoire des étrangers qui souhaitent y exercer un métier et exige aussi l'accomplissement de nombreuses formalités administratives.

Ainsi, suivant une logique protectionniste ou, pour les emplois du secteur public, dans une logique de souveraineté, certains métiers ont pu être réservés aux seules personnes ayant la nationalité française. Il en est ainsi pour une liste d'environ cinquante professions du secteur privé, lesquelles sont soumises à une exigence de nationalité, ou bien pour des professions soumises à une condition de diplôme français²¹⁵. Concrètement, toutefois, ces limitations ne sont souvent ni connues, ni réellement respectées dans les faits. Il est significatif à ce propos d'évoquer le cas de

214 CEDH, 18 janvier 2000, n° 39288/98, *Ass. Ekin c/ France* ; CEDH, 27 juillet 2001, n° 39288/98, *Ass. Ekin c/ France*.

215 Selon une étude publiée en 2000, 31 métiers étaient soumis à une condition de diplôme français (environ 625.000 emplois), *Rapport du Groupe d'étude sur les discriminations*, 14 mars 2000, *Le Monde* des 19 et 20 mars 2000 et 11 avril 2000.

la Régie autonome des transports parisiens (RATP) qui a décidé, en 2002, de ne plus réserver ses 45 000 emplois aux seuls citoyens français²¹⁶.

Saisi par une QPC sur une disposition législative qui subordonne, justement, l'exercice de certaines activités privées de sécurité ou le fait de diriger, gérer ou être l'associé de société exerçant de telles activités à l'obtention d'un agrément, subordonné à son tour à une condition de nationalité²¹⁷, le Conseil constitutionnel n'a pas relevé de violation du principe d'égalité. Selon le juge constitutionnel, la différence de traitement instaurée par la disposition contestée « est fondée sur un critère en rapport direct avec l'objectif de la loi » qui est celui d'assurer un contrôle strict des personnes qui, sur le fondement d'un agrément préalable, « sont associées aux missions de l'État en matière de sécurité publique »²¹⁸. Le juge constitutionnel a ainsi avalisé ce genre de discriminations, même si dans ce cas précis il s'agissait d'une activité particulière, liée à des missions réservées normalement à l'État.

Concernant, justement, l'accès aux emplois publics, cet accès est réservé, lui aussi, par principe, aux nationaux. L'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose en effet que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne possède la nationalité française »²¹⁹. Une dérogation importante à ce principe est néanmoins celle qui concerne les ressortissants de l'Union européenne lesquels, au nom du principe de libre circulation, ont accès aux emplois du secteur public, sauf à ceux qui « ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté » ou comportent « une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques »²²⁰.

En revanche, dans le but de répondre aux besoins du marché français de l'emploi et souvent pour faire face à de véritables pénuries, des facilités de séjour sont accordées aux étrangers qui souhaitent exercer certains métiers. Tel est le cas pour des métiers ou pour des zones géographiques particulières, comme de nombreuses zones rurales, « caractérisées par des difficultés de recrutement » (articles L. 121-2 et L. 313-10, 3° du CESEDA).

Toujours dans cette optique et au nom d'une politique d'« immigration choisie », la France a conclu des accords avec plusieurs pays, finalisés à faciliter l'accès sur le territoire français et l'exercice de certaines professions à certains de leurs ressortissants particulièrement qualifiés. Par ailleurs, un arrêté du 18 janvier 2008 a dressé une liste de métiers « sous tension » pour lesquels l'administration française peut délivrer aux étrangers une carte de séjour temporaire mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour.

Concernant, enfin, les formalités nécessaires pour pouvoir exercer un métier salarié en France, la loi exige qu'au-delà d'un titre de séjour, l'étranger obtienne du préfet une autorisation administrative de travail²²¹. À cette fin, il doit produire un certificat médical. L'autorisation de travail peut être retirée si l'étranger ne présente pas le certificat médical dans les trois mois qui suivent sa délivrance. Si, par ailleurs, l'étranger manifeste la volonté de s'installer durablement sur le territoire français afin d'y travailler, il doit attester d'une connaissance suffisante de la langue française ou s'engager à acquérir une telle connaissance après son installation sur le

216 *Le Monde* du 7 décembre 2002, p. 11.

217 L'article L. 612-7, 1° du Code de la sécurité intérieure.

218 CC, décis. n° 2015-463 QPC du 9 avril 2015, cons. 5.

219 En revanche, les étrangers peuvent exercer les emplois des agents non titulaires de l'État et des collectivités territoriales.

220 Article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (statut des fonctionnaires), tel que modifié par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005.

221 Article L. 5221-2 du Code du travail.

territoire²²². La loi punit sévèrement les employeurs d'étrangers non munis d'une autorisation de travail ainsi que les employeurs d'étrangers en situation irrégulière.

En revanche, pour exercer un métier non salarié, à savoir une profession commerciale, industrielle ou artisanale, l'étranger doit obtenir du préfet une autorisation différente. Toutefois, ne sont pas concernés par ces formalités les étrangers ressortissants de certains pays tels que l'Algérie, Andorre ou Monaco, ni les étrangers titulaires d'une carte de résident.

Peuvent-ils bénéficier d'un droit à l'instruction ?

Au nom du principe d'égalité, consacré par le Conseil constitutionnel dans la décision *Taxation d'office* du 27 décembre 1973²²³ et appliqué par le Conseil d'État aux usagers de services publics dans l'arrêt *Denoyez et Chorques* du 10 mai 1974²²⁴, les enfants étrangers ont le droit d'accès au service public de l'enseignement scolaire, au même titre que les enfants français, toute discrimination fondée sur la nationalité étant, dans ce domaine, interdite. Ainsi, selon une jurisprudence administrative constante, la distinction entre Français et étrangers résidant régulièrement en France pour l'accès aux services publics²²⁵, y compris les services de l'enseignement scolaire²²⁶, est illégale.

Par ailleurs, le droit à l'instruction des enfants étrangers reçoit une protection accrue découlant du fait que la législation française, conformément au droit de l'Union européenne, permet de régulariser les étrangers dont les enfants sont scolarisés en France.

Concernant la situation des étudiants étrangers, ils peuvent bénéficier, depuis 2006, d'un visa de long séjour pour poursuivre leurs études supérieures en France. En outre, depuis la loi du 7 mars 2016, ces étudiants peuvent prétendre au titre de séjour pluriannuel valable jusqu'à la fin de leur cycle d'études. En outre, afin d'attirer les étudiants étrangers dans une logique d'immigration choisie, le législateur a mis en place un mécanisme, placé sous l'égide de l'Agence Campus France, visant à faciliter l'accès et le séjour d'étrangers provenant de 97 pays et souhaitant suivre de longues études en France. Ce mécanisme s'ajoute aux dispositifs de gestion concertée des flux migratoires (évoqués ci-dessus) développés au sein d'accords bilatéraux conclus entre la France et plusieurs pays étrangers.

Les migrants disposent-ils de droits en matière de santé ?

Considéré par le Conseil constitutionnel comme un droit fondamental protégé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, le droit à la santé occupe une place privilégiée parmi les droits fondamentaux car il est « profondément lié à des droits ou des principes consubstantiels à l'homme », comme le principe de la dignité humaine, et concerne « la protection de l'homme dans son essence ou son existence »²²⁷.

Pourtant et malgré cela, le droit à la santé n'est considéré ni par le Conseil constitutionnel ni par le législateur français comme un droit absolu, reconnu à tous

222 Article L. 5221-3 du Code du travail.

223 CC, décis. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973.

224 CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032 88148.

225 CE, 26 juillet 1981, *GISTI, Lebon*, p. 285.

226 TA BORDEAUX, 1^{er} juin 1988, *El Rbazouani*.

227 B. MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. À propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *Cahiers du Cons. const.*, 1999, n° 6, p. 59.

les étrangers de manière inconditionnelle, quelle que soit leur situation à l'égard de l'administration, mais il est subordonné, pour l'essentiel, à une condition de régularité et/ou d'ancienneté de séjour²²⁸.

Ainsi, bien que l'aide médicale d'état (AME), instituée en 1998, ait été reconnue aux étrangers démunis et se trouvant en situation irrégulière, depuis la loi du 31 décembre 2003, le bénéfice de cette aide médicale gratuite est subordonné à l'exigence d'un séjour continu d'au moins trois mois. Pour sa part, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré cette modification législative pour violation du droit à la santé de l'étranger, en estimant que le législateur pouvait modifier ou même abroger des dispositions antérieures qui prévoyaient des droits et des prestations, « dès lors qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles » et dans la mesure où l'étranger ayant besoin de soins urgents peut tout de même accéder au système de santé français²²⁹.

De même, en 2011, le législateur français a très bien pu instituer un droit de timbre de 30 euros pour pouvoir bénéficier de l'AME, sans que le Conseil constitutionnel n'y trouve rien à redire²³⁰. Finalement, ce forfait de 30 euros a été abrogé par une loi du 16 août 2012 qui a restauré la gratuité, ce qui a été critiqué par une partie des parlementaires au motif que cette aide créerait *de facto* « un appel d'air à l'immigration clandestine ».

Parallèlement, certaines situations particulièrement graves peuvent conférer aux étrangers malades un droit d'accès aux soins urgents et vitaux ainsi qu'un droit de rester en France pour se faire soigner, même s'ils se trouvent en situation irrégulière et même avant le délai de trois mois. Ainsi, l'accès au système de santé s'impose immédiatement dès lors que l'absence de soin met en jeu « le pronostic vital » ou risque de conduire à « une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître »²³¹. Dans cette même logique, l'article L. 313-11, 11° du CESEDA impose au préfet de délivrer une carte de séjour à l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité ». Depuis la loi du 7 mars 2016, la condition de l'absence d'un traitement approprié dans le pays d'origine de l'étranger a été supprimée, pour laisser la place à une condition d'accès effectif aux soins de la personne dans son pays, indépendamment de l'existence ou pas du traitement médical dans ce pays.

Toujours en présence de graves raisons de santé, le préfet ne peut procéder à l'éloignement forcé de l'étranger. Bien évidemment, ce droit au séjour pour des raisons médicales est très précaire, car il prend fin lorsque l'état de santé de l'étranger s'améliore, ce qui a pu conduire Danièle Lochak à affirmer de manière sarcastique que « l'étranger n'a pas forcément « intérêt » à guérir, puisque la guérison (quand elle est possible) signifie la fin du droit au séjour »²³².

En revanche, les étrangers en situation régulière bénéficient, en principe, des mêmes prestations sanitaires et du même système de santé que les nationaux, tout comme des autres prestations sociales non liées à la santé.

228 Sur cette question voir H. ALCARAZ, « Le droit à la protection de la santé des étrangers en France. À la recherche de l'action des collectivités territoriales », in O. LECUCQ (dir.), *État, collectivités territoriales et droits sociaux. Étude de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 93-113.

229 CC, décis. n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, cons. 16 à 18.

230 CC, décis. n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, cons. 36.

231 Article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles (CASF).

232 D. LOCHAK, « La dignité dans la lutte pour les droits des étrangers : une expérience au GISTI », in Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Puf, 2008, p. 281.

Peuvent-ils bénéficier d'aides ou d'allocations liées à un minimum vital ?

Depuis la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel reconnaît un droit aux prestations sociales des étrangers, fondé sur un principe d'égalité avec les nationaux, sous réserve cependant de la régularité de leur séjour. Le Conseil constitutionnel a réaffirmé ce principe dans la célèbre décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, lorsqu'il refusait de censurer la disposition qui instaurait un contrôle de la régularité du séjour de l'étranger demandeur d'une prestation d'aide sociale et affirmé que « les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation », ce qui peut justifier une différence de traitement²³³.

Ainsi, les étrangers qui séjournent de façon régulière sur le territoire de la République peuvent percevoir les allocations familiales dès lors qu'ils justifient de la régularité du séjour de leurs enfants. Selon une jurisprudence de 2013 de la Cour de Cassation, ces « allocations familiales » incluent les trois allocations, à savoir l'allocation familiale, l'allocation de logement familial et l'allocation de rentrée scolaire²³⁴.

En outre, selon l'article L. 111-2 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), les étrangers bénéficient de quatre types de prestations sociales : l'aide sociale à l'enfance ; l'aide en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale ou dans un centre d'accueil des demandeurs d'asile (CADA) ; l'aide médicale d'État ainsi que les allocations aux personnes âgées.

Les étrangers en situation régulière peuvent également bénéficier du RSA (Revenu de solidarité active) qui a remplacé, depuis 2009, le RMI (Revenu minimum d'insertion). Il s'agit d'un revenu minimum versé aux personnes qui se trouvent dans une situation économique précaire, avec, en contrepartie, une obligation de la part de ces personnes de chercher un emploi ou de définir un projet professionnel visant à améliorer leur situation financière. Cependant, pour pouvoir bénéficier du revenu minimum, les étrangers en situation régulière doivent aussi répondre à une condition de stabilité de leur séjour en France. Ils doivent en effet prouver qu'ils résident de manière ininterrompue depuis au moins cinq ans sur le territoire (alors que, jusqu'à la loi du 24 juillet 2006, ce délai était de trois ans) et leur titre de séjour doit les autoriser à exercer une activité professionnelle (article L. 262-4 du CASF).

Le Conseil constitutionnel s'est montré très peu exigeant à l'égard du législateur concernant les conditions (supplémentaires) d'attribution du RSA aux étrangers. Dans une décision QPC du 17 juin 2011, il a en effet jugé conforme à la Constitution, en particulier au principe d'égalité, la disposition du CASF qui exige la détention d'un titre de séjour depuis au moins cinq ans pour pouvoir bénéficier de cette allocation. Le juge constitutionnel a ici considéré que le législateur avait pu estimer « que la stabilité de la présence sur le territoire national était une des conditions essentielles à l'insertion professionnelle »²³⁵. Toutefois, comme le souligne E. Aubin, cette décision contraste de manière « inquiétante »²³⁶ avec celle du 22 janvier 1990²³⁷, dans laquelle ce même juge avait censuré le législateur pour avoir exclu du bénéfice d'une prestation sociale les étrangers en situation régulière.

233 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 118.

234 Cass., Ass. plén., 5 avril 2013, n° 11-17.520 et 12 juillet 2013, n° 11-17.520.

235 CC, décis. n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, cons. 5.

236 E. AUBIN, *Droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 417.

237 CC, décis. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *op. cit.*

Bénéficient-ils de droits politiques (s'agissant notamment du droit de vote national/local) ?

Contrairement aux citoyens de l'Union européenne, lesquels bénéficient, depuis 1992, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, les étrangers *stricto sensu* ne jouissent pas de droits politiques. Ils n'ont donc pas le droit de participer à la vie politique du pays dans lequel ils résident : ni à la vie politique nationale, ni à la vie politique locale.

Les droits politiques sont ainsi réservés, en France, aux seuls nationaux. L'article 3, alinéa 4 de la Constitution de 1958 dispose, en effet, que « sont électeurs les nationaux français majeurs des deux sexes ». C'est ici, d'ailleurs, que réside la principale différence entre le statut des nationaux et le statut des étrangers en situation régulière.

Pourtant, la question de l'attribution de droits politiques aux étrangers fait débat depuis plus de trente ans en France. Elle a été posée depuis la fin des années 1970, du moins à chaque fois que la gauche est arrivée au pouvoir. Lors des élections présidentielles de 2012, le candidat François Hollande en faisait l'une de ses propositions de campagne, sans toutefois y donner suite une fois élu Président de la République.

Malgré la récurrence du débat, une telle réforme n'a jamais abouti.

Elle supposerait en effet une révision de la Constitution, pour le moins en ce qui concerne les élections nationales. Toutefois, les conditions matérielles nécessaires pour une telle révision n'ont jamais été véritablement réunies, et, au regard du contexte actuel, elles semblent loin de l'être.

Concernant les élections locales, compte tenu de la réglementation prévue pour les citoyens de l'Union européenne et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ce domaine²³⁸, il semblerait plus aisé de réaliser une telle réforme²³⁹, peut-être même sans passer par une révision de la Constitution. On pourrait envisager, par exemple, que le législateur introduise un droit de vote et d'éligibilité aux élections locales pour les étrangers qui résident de manière stable et régulière sur le territoire, en déconnectant complètement ces scrutins des élections nationales, les seules dans lesquelles s'exprime la souveraineté réservée aux citoyens français. Mais, une telle idée aussi semble être fortement compromise à l'heure actuelle, compte tenu du contexte particulièrement tendu dans lequel nous sommes.

238 CC, décis. n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et décis. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992. Il semble que pour le Conseil constitutionnel, l'octroi aux citoyens de l'Union du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales n'est contraire à l'article 3, alinéa 4 de la Constitution qu'en raison de la connexion qui existe entre ces élections et les élections sénatoriales, par lesquelles s'exprime la souveraineté nationale. Le Conseil constitutionnel semble ainsi opérer une distinction entre les élections nationales, qui participent de l'exercice de la souveraineté nationale et les élections locales, qui n'y participent pas, en principe, sauf en ce qu'elles sont connectées aux élections sénatoriales.

239 En ce sens, voir notamment O. LECUCQ, « Point de vue en faveur du droit de vote des étrangers en France », in O. LECUCQ et H. ALCARAZ (dir.), *Collectivités territoriales et intégration des étrangers. Perspectives de droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 193 et s. Voir également, sur ce point, D. MAUS, qui estime qu'à partir du moment où le droit de vote a été accordé, en France, aux ressortissants de l'UE, rien n'empêcherait qu'un droit de vote puisse être accordé aux autres étrangers, à condition, toutefois, que la réciprocité avec les pays d'origine soit prévue, tout comme elle l'est pour les ressortissants des pays membres de l'UE (D. MAUS, « Le droit de vote des étrangers supposerait la réciprocité », *Le Monde*, 21 septembre 2012). *Contra*, J.-P. SUEUR, qui estime que la comparaison avec les ressortissants de l'UE n'est pas appropriée et que des exigences démocratiques comme celles de l'intégration et de la participation à la vie politique de l'étranger nécessiteraient que le droit de vote puisse être accordé aux étrangers résidents, sans forcément prétendre la réciprocité, c'est-à-dire sans prétendre le même niveau de démocratie de la part du pays d'origine de l'étranger (J.-P. SUEUR, « Le droit de vote des étrangers n'exige pas forcément la réciprocité », *Le Monde*, 3 octobre 2012).

III.- LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT DEMANDEUR D'ASILE

Asile conventionnel et asile constitutionnel : le droit d'asile est-il reconnu par la Constitution ? Est-ce que les conditions d'octroi de l'asile et la protection assurée ont évolué au fil du temps ? Est-ce sous l'influence des normes internationales ou du contexte national ou régional ?

Asile constitutionnel et asile conventionnel

Il existe, en France, une différence importante (qui a tendance pourtant à s'estomper dans les faits) entre deux notions d'asile qui découlent de deux bases juridiques différentes : l'asile constitutionnel et l'asile conventionnel (le statut de réfugié *stricto sensu*).

L'asile constitutionnel est le droit, proclamé par l'alinéa 4 du Préambule de 1946 et consacré solennellement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁴⁰, de recevoir accueil sur le territoire de la République si l'on est « persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ».

L'asile conventionnel (ou « refuge »), proclamé par la Convention de Genève du 28 juillet 1951, est un statut juridique accordé, plus largement, aux étrangers persécutés pour des raisons politiques, raciales, ethniques, ou religieuses²⁴¹.

La différence entre ces deux notions - différence qui a tendance à disparaître notamment sous l'influence du droit européen - concerne le champ d'application de la protection, mais aussi les conséquences qui s'y rattachent. En effet, le champ d'application n'est pas le même : l'asile conventionnel vise, certes, un nombre plus large de bénéficiaires, mais l'asile constitutionnel, lui, peut être accordé au « combattant pour la liberté », sans que sa persécution soit forcément le fait de l'État²⁴². Les effets non plus ne sont pas les mêmes : alors que l'asile constitutionnel confère au demandeur d'asile le droit de rester sur le territoire français pendant le temps nécessaire à l'instruction par l'administration de sa demande²⁴³, l'asile conventionnel se limite à interdire aux États parties de la Convention de Genève de renvoyer les réfugiés vers les frontières où ils craindraient d'être persécutés²⁴⁴. Ainsi, un étranger peut être demandeur d'asile au sens de l'alinéa 4 du Préambule sans toutefois recevoir le statut de réfugié au sens de la Convention de 1951.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ce domaine a évolué au fil du temps.

240 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 81.

241 La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés vise l'étranger qui craint avec raison d'être « persécuté dans son pays du fait de sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un groupe social ou ses opinions politiques ».

242 En ce sens, voir notamment B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 269 et s. Sur le fondement de l'asile constitutionnel, une protection a ainsi pu être accordée, par exemple, à une personne connue dans son pays pour son engagement dans un mouvement associatif (CNDA, 21 octobre 1999, *Bouidbagen*, in *Rapport du Conseil d'État 2000*, p. 200) ; ou à un membre d'un parti d'opposition (CNDA, 22 décembre 1998, *Haddadou*, req. n° 328683). En 2003 pourtant, cette différence entre les deux formes de protection a été supprimée (voir *infra*).

243 Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel en 1993, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 84.

244 Sur la distinction entre les deux notions, voir notamment, B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », *op. cit.*, p. 269 et s. ; O. Lecucq, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », *op. cit.*, p. 1644 et s. ; F. Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997.

Alors que dans un premier temps, le Conseil constitutionnel rattachait la protection du droit d'asile à la Convention de Genève de 1951 et refusait de reconnaître toute autonomie et tout effet direct à l'asile constitutionnel²⁴⁵, en 1993 il a affirmé l'autonomie du droit d'asile « constitutionnel » découlant de l'alinéa 4 du Préambule ainsi que son applicabilité directe. Ceci a eu pour conséquence immédiate la reconnaissance d'un droit au séjour provisoire du demandeur d'asile, le temps que l'administration statue sur sa demande²⁴⁶, ainsi que la possibilité de protéger des personnes qui autrement n'auraient pu recevoir le statut de réfugié sur le fondement de la Convention de Genève.

Mais, le Conseil constitutionnel a par la suite changé d'orientation, en opérant, parallèlement aux évolutions législatives qui allaient dans le même sens, une assimilation entre les deux formes de protection. Le juge constitutionnel a justifié cette assimilation par la nécessité d'harmoniser et de rationaliser les procédures, dans un but d'intérêt général²⁴⁷, ce qui n'a pas manqué d'être critiqué par une partie de la doctrine. Par ailleurs, cette assimilation entre les deux formes de protection est aussi le résultat de l'intervention des normes européennes qui ont conduit à grignoter certaines garanties prévues, en particulier, par le droit d'asile constitutionnel, sans que le Conseil constitutionnel n'y trouve rien à redire. Ainsi, ce juge a avalisé la notion insérée par la loi de 2003 de « pays d'origine sûrs »²⁴⁸ ainsi que celle d'« asile interne »²⁴⁹ justifiant un examen prioritaire des demandes.

L'asile dans le cadre du droit de l'Union européenne

La distinction entre les deux notions d'asile a été fortement brouillée par l'introduction des normes européennes. Celles-ci, depuis la signature des conventions de Schengen et de Dublin en 1990, en passant par le règlement de 2003, jusqu'à l'adoption du « paquet asile » de 2013²⁵⁰, visent en effet à unifier le traitement des

245 CC, décis. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *op. cit.* ; décis. n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 ; décis. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.

246 CC, décis. n° 93-325 DC, *op. cit.*, cons. 81 à 84. Sur cette jurisprudence du Conseil constitutionnel ainsi que sur son évolution, voir notamment, L. Favoreu et L. Philip (ouvrage créé par), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e édition, Paris, Dalloz, décis. n° 32, §§ 11 à 14.

247 CC, décis. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 19, 24 à 26.

248 En 2003, une liste de pays dits « pays d'origine sûrs » pour des pays « veillant » au respect de la liberté et des droits de l'homme a été créée. Cette liste a été modifiée en 2005, puis en 2015, par une décision de l'OFPRA du 9 octobre 2015 (*JORF* du 17 octobre 2015, n° 241, p. 19372, texte 20). Cette dernière décision, qui retirait de la liste la Tanzanie et y ajoutait le Kosovo, a été contestée devant le Conseil d'État à cause de l'insertion dans la liste du Kosovo et de la persistance de la Géorgie. Le Conseil d'État a toutefois validé la décision de l'OFPRA par un arrêt du 16 décembre 2016. Ainsi, grâce à cette notion de « pays d'origine sûrs », l'administration peut invoquer la provenance d'un des pays de la liste pour traiter la demande de façon prioritaire et refuser l'admission sur le territoire.

249 Cette notion permet à l'OFPRA de rejeter la demande d'une personne ayant pu avoir « accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine » et, à l'autorité française, de l'y renvoyer. CC, décis. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *op. cit.*, cons. 12.

250 Le « paquet asile » du 26 juin 2013 constitue l'aboutissement du processus d'unification du traitement des demandes d'asile (le « régime d'asile européen commun » (RAEC)) décidé par le sommet européen de Tampere en 1999. Il se compose de quatre textes européens : la directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003) [date limite de transposition juillet 2015] ; la directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte de la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005) [date limite de transposition juillet 2015, à l'exception des paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 31 dont la transposition est prolongée jusqu'en juillet 2018] ; le règlement n° 604/2013 du 26 juin 2013 - dit « Dublin 3 » - établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte du règlement n° 343/2003, dit

demandes d'asile et changent ainsi fortement les éléments dont il faut tenir compte pour l'étude du droit d'asile en France.

Les normes de l'Union donnent désormais une interprétation large de la notion d'asile et font même disparaître le terme de « réfugié », pour le remplacer par celui de « personne demandant une protection internationale »²⁵¹. Cette définition vient ainsi s'ajouter aux deux notions d'asile que l'on peut trouver en France. Elle vient en complexifier le régime. Par ailleurs, tout en prévoyant des garanties supplémentaires (telle que l'inscription du droit d'asile à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE²⁵²), ces normes conduisent également à grignoter certains droits des demandeurs d'asile, car elles s'inscrivent dans une démarche sécuritaire et visent l'accélération (et donc un examen expéditif et sommaire) du traitement des demandes.

L'influence du droit européen sur le système français en matière d'asile peut être relevée à plusieurs niveaux. Nous nous limiterons ici à n'évoquer que les cas d'influence propres à ce système, sans développer notre analyse sur le droit commun de l'Union en matière de droit d'asile.

Ainsi et tout d'abord, sous l'influence du droit européen, la France a dû réviser sa Constitution, en 1993²⁵³, pour faire échec à une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en appliquant de manière stricte l'alinéa 4 du Préambule de 1946, avait affirmé l'obligation pour les autorités françaises de procéder à l'examen de la demande d'un étranger qui se proclamait persécuté en raison de son combat pour la liberté, bien que le traitement de la demande revienne à un autre État partie des Conventions de Schengen et de Dublin²⁵⁴. La révision constitutionnelle de 1993 a inséré l'article 53-1 dans la Constitution française permettant désormais à l'État français de se libérer des obligations découlant de l'alinéa 4 du Préambule et ainsi de ne pas traiter les demandes qui relèvent d'un autre État membre de l'Union. En conséquence, le droit au séjour provisoire du demandeur d'asile qui découlait de son droit d'asile constitutionnel se trouve réduit et fortement relativisé.

Toujours sous l'influence des normes européennes, la France a adopté la loi du 10 décembre 2003²⁵⁵ qui a instauré la « protection subsidiaire » visant à protéger les étrangers qui ne satisfont pas les conditions de la Convention de Genève ou du Préambule de 1946, mais qui encourent la peine de mort ou un traitement inhumain ou dégradant ou la torture. La loi de 2003 a par ailleurs fait disparaître l'une des singularités de l'asile constitutionnel, à savoir le critère de l'origine étatique de la persécution. Désormais, l'étranger peut invoquer l'application de la Convention de Genève même si les persécutions ne sont pas le fait de l'État. La réforme de 2003 a également mis en place la procédure « prioritaire » pour les demandeurs provenant

« Dublin 2 ») [directement applicable en décembre 2013]; le règlement n° 603/2013 du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement n° 604/2013 (« Dublin 3 ») (refonte du règlement 2725/2000 du 11 décembre 2000) [directement applicable en décembre 2013].

251 Cette expression désigne désormais tout étranger formant sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne une demande de protection pour se voir reconnaître la qualité de réfugié, ou d'apatride ou pour pouvoir bénéficier de la protection subsidiaire réglementée par les normes européennes dites « paquet asile » du 26 juin 2013.

252 Ce nouveau fondement juridique a pu être utilisé, par exemple, par l'avocat Trstenjak dans ses conclusions du 22 septembre 2011, pour s'opposer au transfert de demandeurs d'asile vers la Grèce en raison de la saturation du système d'asile grec (CJUE, 21 décembre 2001, aff. C-411/10, *N.S. c./ Secretary of State for the Home Department*).

253 Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

254 CC, décisis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*

255 Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

d'un « pays d'origine sûr » et a enfin créé un « guichet unique » pour toutes les demandes d'asile. Ainsi, quel que soit le fondement de la demande (conventionnelle, constitutionnelle, ou demande entrant dans le cadre du dispositif Dublin), l'Office français pour les réfugiés et apatrides (OFPRA) est la seule autorité compétente pour statuer dans ce domaine, sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et, en cassation, du Conseil d'État.

En outre, sous l'influence des normes européennes, la loi du 29 juillet 2015, visant à transposer le « paquet asile » de 2013, a vu le jour. Ce texte vise en particulier à créer des garanties nouvelles pour les demandeurs d'asile (comme la possibilité systématique d'avoir un entretien devant l'OFPRA, ou la faculté pour l'intéressé d'être accompagné par un avocat lors de cet entretien, ou encore la généralisation de l'effet suspensif des recours devant la CNDA). Ce texte cherche également à repérer plus facilement les situations de vulnérabilité à tous les stades du parcours (personnes malades, femmes victimes de violences, mineurs...). Il vise aussi à accélérer les procédures, conformément aux finalités poursuivies par les directives européennes (il fixe un objectif de délai moyen de traitement des demandes à 9 mois). Enfin, le texte crée un hébergement directif des demandeurs d'asile sur l'ensemble du territoire, pour éviter les concentrations territoriales.

Il ne faut pas oublier, enfin, que l'influence européenne a également pu conduire à apporter des garanties supplémentaires aux demandeurs d'asile. Ainsi, la jurisprudence de la CJUE s'est montrée parfois plus protectrice des droits et libertés de ces personnes que les systèmes juridiques nationaux. Nous pouvons évoquer, à ce propos, l'important arrêt rendu par la CJUE le 27 février 2014, dans lequel la Cour a rappelé aux États membres qu'ils devaient verser une allocation financière visant « à garantir un niveau de vie digne » intégrant la possibilité d'accéder à un logement décent²⁵⁶. Cette exigence qualitative a eu pour effet de tenir en échec la jurisprudence dite « des tentes » du Conseil d'État²⁵⁷, certes justifiée par une situation de saturation du dispositif d'accueil prévu sur le territoire français, mais sûrement incompatible avec un droit de la personne à vivre dans des conditions dignes²⁵⁸. Nous pouvons également évoquer l'arrêt de la CJUE du 27 décembre 2012²⁵⁹ concernant les conditions minimales d'accueil de l'étranger « dubliné ». Dans cette décision, la CJUE a répondu à une question préjudicielle soulevée par le Conseil d'État français, en affirmant que l'étranger se trouvant dans l'un des États membres et dont la demande d'asile est traitée par un autre État doit pouvoir bénéficier des conditions minimales d'accueil prévues par le droit de l'Union ainsi que des aides sociales prévues à cet effet. Ainsi faisant, elle a tenu en échec les tentatives de l'État français de différencier le niveau du droit à un accueil minimal entre les demandeurs d'asile de droit commun et les demandeurs d'asile entrent dans le dispositif Dublin (c'est-à-dire les demandeurs faisant l'objet d'une procédure de réadmission). En emboîtant le pas de cet arrêt, le Conseil d'État a par la suite censuré une circulaire qui prévoyait un dispositif d'accueil différent et moins protecteur pour l'étranger rentrant dans la procédure Dublin²⁶⁰.

256 CJUE, 27 février 2014, *Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile c./ Saciri et a.*, aff. C-79/13, point 40 ; *AJDA*, 2014, p. 479.

257 CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Min. de l'immigration c./ Panokbeel*, req. n° 344286 ; CE, ord. réf., 25 janvier 2011, *Min. de l'Intérieur c./ Chakerabarty*, req. n° 345800, *Lebon* ; *AJDA*, 2011, p. 195.

258 Voir notamment, F. Julien-La ferrière, « Accueil des demandeurs d'asile : la CJUE rappelle les États à l'ordre », *Droit des étrangers*, Bull. n° 232, avril 2014, p. 2 et s.

259 CJUE, 27 septembre 2012, *CIMADE et GISTI c/ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'immigration*, aff. C-179/11, *AJDA*, 2012, p. 1821 et p. 2267

260 CE, 17 avril 2013, *Cimade et Gisti*, req. n° 335924, *AJDA*, 2013, p. 821 et p. 2451.

La juridiction constitutionnelle a-t-elle eu à se prononcer sur les dispositions législatives mettant en œuvre le droit d'asile ?

La juridiction constitutionnelle s'est prononcée à plusieurs reprises sur la législation française en matière de droit d'asile. Sa jurisprudence a évolué au fil du temps, en particulier sous l'influence du droit de l'Union européenne.

Le Conseil constitutionnel a pu se prononcer sur les aspects essentiels de cette matière, de celui qui concerne la définition du droit d'asile en lui-même et la valeur de ce droit (voir *supra*), à celui qui touche aux garanties qui sont rattachées à cette forme de protection.

Concernant ce dernier point, le Conseil constitutionnel a affirmé dès 1993 que le droit d'asile implique « d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande »²⁶¹. Le droit au séjour provisoire a représenté l'une des principales singularités du droit d'asile constitutionnel par rapport à l'asile conventionnel.

Toutefois, on déduit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ce droit n'est pas absolu. Le juge admet, en effet, que ce droit puisse être limité par le respect des exigences liées à la protection de l'ordre public.

Par ailleurs, dans une décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, le Conseil constitutionnel n'a pas estimé devoir se prononcer sur l'absence d'effet suspensif du recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) contre les décisions de refus de la demande d'asile prononcées par l'OFPRA dans le cadre de la procédure « prioritaire ». Cette décision du Conseil constitutionnel a laissé un vide dans la protection des droits du demandeur d'asile, car l'absence d'effet suspensif du recours conduisait dans les faits à annihiler totalement le droit au séjour provisoire de l'étranger demandeur d'asile et à limiter aussi son droit à un recours effectif : la personne se voyait en effet renvoyée dans son pays de provenance (dont elle s'était échappée !) avant même que son recours ne soit examiné par la CNDA.

En revanche, le Conseil constitutionnel s'est montré beaucoup plus attentif à la protection des droits du demandeur d'asile, lorsqu'il a exigé du législateur la prévision de garanties légales attachées à ce droit. Ainsi, il a jugé que « la confidentialité des éléments d'information recueillis par l'OFPRA relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile »²⁶², tout comme constitue une telle garantie l'indépendance de la Commission de recours des réfugiés (ancêtre de la CNDA)²⁶³. Il a également estimé, en 2003, que si certaines garanties attachées à ce droit étaient prévues par les conventions internationales, ceci n'exonère pas le législateur de la nécessité « d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle »²⁶⁴. Parmi ces garanties, le Conseil constitutionnel exige notamment celle du droit à un recours effectif du demandeur d'asile, qui implique l'audition de l'intéressé et le respect de ses droits de la défense²⁶⁵.

261 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*, cons. 84.

262 CC, décis. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *op. cit.*, cons. 26.

263 *Ibidem*. Voir aussi, CC, décis. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *op. cit.*, cons. 40.

264 CC, décis. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *op. cit.*, cons. 2 et décis. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *op. cit.*, cons. 43.

265 CC, décis. n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *op. cit.*, cons. 49 à 53.

Qu'en est-il du traitement des demandes d'asile et du respect des droits fondamentaux (pendant cette période) ? Comment le traitement juridictionnel des demandes est-il assuré ?

Quelles sont les instances chargées du traitement de la demande ? Est-ce que l'examen des demandes est assuré de manière indépendante ? Est-il prévu des traitements/procédures prioritaires ?

Les règles de droit interne relatives au droit d'asile se trouvent pour l'essentiel inscrites dans le Livre VII du CESEDA. Ces règles ont été récemment modifiées par la loi du 29 juillet 2015 transposant les nouvelles normes européennes en la matière.

Les bénéficiaires du droit d'asile

Actuellement, une personne qui sollicite l'asile en France peut obtenir l'une ou l'autre des deux formes de protection reconnues aujourd'hui en France, à savoir le statut de réfugié ou la protection subsidiaire.

Le statut de réfugié est reconnu, conformément à l'article L. 711-1 du CESEDA, à l'étranger qui se trouve dans l'une des hypothèses prévues par la Convention de Genève de 1951 ou dans l'hypothèse prévue par l'alinéa 4 du Préambule ou encore à toute personne sur laquelle le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut (« mandat strict »).

La protection subsidiaire, quant à elle, est octroyée, conformément à l'article L.712-1 du CESEDA, à la personne qui ne remplit pas les critères évoqués ci-dessus mais qui établit « qu'elle est exposée dans son pays à la peine de mort, à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou, s'agissant d'un civil, à une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».

La qualité de réfugié et le bénéfice de la protection subsidiaire sont reconnus sans considération de l'auteur des persécutions ou des mauvais traitements qui peut donc être un acteur non étatique, dès lors que les autorités ne sont pas en mesure d'apporter une protection.

La procédure et les recours

Depuis la loi du 10 décembre 2003, la France connaît le principe du « guichet unique ». En vertu de ce principe, toutes les demandes d'asile sont traitées par l'OFPRA, seule instance compétente, et ce quel que soit le fondement juridique de la demande. Ce principe, qui vise l'accélération du traitement des demandes d'asile, n'a pas été remis en question par la loi du 29 juillet 2015.

L'OFPRA, établissement public créé par la loi du 25 juillet 1952, a donc compétence pour reconnaître la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire, sous le contrôle d'une juridiction administrative, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)²⁶⁶. S'il est administrativement rattaché au Ministère de l'intérieur, l'OFPRA exerce ses missions en toute indépendance et ne peut recevoir d'instructions. Les demandes sont examinées par des officiers de protection spécialisés et répartis en divisions géographiques.

²⁶⁶ Anciennement Commission des recours des réfugiés. Cette Commission est devenue Cour nationale du droit d'asile en vertu de l'article 29 de la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

L'OFPPRA instruit les demandes d'asile en examinant, au vu des critères d'obtention du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire, les motifs avancés par le demandeur dans sa demande écrite et à l'occasion d'une audition, laquelle, depuis la loi du 29 juillet 2015, est désormais généralisée. Depuis cette loi par ailleurs, l'étranger a droit systématiquement à un avocat devant l'OFPPRA.

En cas de rejet de la demande par l'OFPPRA, le demandeur dispose d'un mois pour introduire un recours devant la CNDA.

La CNDA est une juridiction administrative spécialisée, relevant en cassation du Conseil d'État. Il s'agit d'une juridiction de plein contentieux qui, à l'occasion du recours, réexamine l'ensemble du dossier et peut annuler la décision de l'OFPPRA ou au contraire la confirmer. Les requérants peuvent être entendus assistés d'un conseil et/ou d'un interprète.

Le principe de l'indépendance de la CNDA a été affirmé à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel (voir *supra*).

La loi du 29 juillet 2015 a fixé à 5 mois le délai de jugement de la CNDA en procédure normale.

Il est important de remarquer aussi que jusqu'à la loi du 29 juillet 2015, le recours devant la CNDA contre la décision de refus de l'asile prononcé par l'OFPPRA dans le cadre de la « procédure prioritaire » n'était pas suspensif, d'après une jurisprudence constante de la CNDA, et le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, n'avait pas levé le doute concernant l'inconstitutionnalité de cette norme (voir *supra*). Heureusement, la loi de juillet 2015 a généralisé l'effet suspensif des recours contre les décisions refusant l'asile (à l'exception des recours portant sur les procédures d'asile en rétention), ce qui peut sans doute être considéré comme une réelle avancée dans la protection des droits fondamentaux des personnes cherchant une protection en France.

La procédure « accélérée », anciennement dite « prioritaire »

Dans le but de rendre plus rapides les procédures de traitement des demandes d'asile et de faire face à l'afflux grandissant de demandes d'asile que connaît la France depuis quelques années²⁶⁷, la loi du 29 juillet 2015 institue une nouvelle procédure « accélérée » de traitement des demandes, qui remplace la « procédure prioritaire » créée en 2003. La nouvelle procédure vise non seulement à traiter plus rapidement les premières demandes, mais aussi à améliorer le traitement, de sorte à faire baisser le nombre de recours contre les décisions de refus de l'OFPPRA.

Contre la décision de l'OFPPRA, la loi met également en place une nouvelle procédure contentieuse « accélérée » : il s'agit d'un recours suspensif devant un juge unique de la Cour nationale du droit d'asile, jugé en cinq semaines.

Quel statut reconnu aux demandeurs d'asile le temps du traitement de leur demande ? Les demandeurs d'asile disposent-ils d'un droit au maintien sur le territoire et est-il effectif ? Quelles sont les conditions d'accueil du demandeur d'asile pendant la durée du traitement de la demande ? Les demandeurs d'asile sont-ils susceptibles d'être placés dans des centres d'accueil ?

²⁶⁷ Depuis le début du XXI^e siècle, le nombre de demandeurs d'asile en France a fortement augmenté. Entre 1997 et 2003, les demandes d'asile ont quadruplé en cinq ans, passant de 20 000 à plus de 50 000. En 2008, la France était le premier pays destinataire des demandes d'asile dans l'Union avec plus de 42 000 demandes déposées. 2013 a même été une année record, avec plus de 60 000 demandes d'asile et un stock d'affaires en attente d'être examinées devant l'OFPPRA dépassant les 30 000.

Est-ce que des conditions dignes d'existence sont respectées et quelles sont ces conditions (minima définis) ? Quels sont les droits reconnus (allocation, éducation, santé) ?

Le statut du demandeur d'asile et le droit au maintien sur le territoire

La personne ayant besoin d'une protection en France au titre de l'asile, peut exprimer sa demande dans deux situations différentes : à la frontière ou une fois entrée sur le territoire national.

La décision concernant la demande d'asile à la frontière est confiée au ministre de l'Intérieur qui se prononce après un avis motivé de l'OFPRA²⁶⁸. La loi de juillet 2015 prévoit que l'avis de l'OFPRA lie le Ministre. L'OFPRA procède à l'audition des demandeurs et transmet un avis motivé portant sur le caractère manifestement infondé ou non de la demande, au regard des critères prévus par le CESEDA permettant d'octroyer une protection au titre de l'asile. La décision de refus est susceptible d'un recours en annulation pleinement suspensif devant le juge administratif.

En cas d'admission sur le territoire, la police aux frontières délivre un sauf-conduit, qui donne 8 jours à son bénéficiaire pour formuler une demande d'asile auprès des services préfectoraux. Cette demande sera instruite par l'OFPRA selon les modalités habituelles et pourra faire l'objet aussi bien d'une décision positive que d'une décision de rejet après examen au fond de la demande.

La demande d'asile sur le territoire (que l'étranger s'y trouve de manière régulière ou pas) est adressée au guichet unique de l'OFPRA. La personne peut former sa demande à tout moment, y compris lorsqu'elle est en instance d'éloignement et se trouve en rétention administrative.

L'examen d'une demande d'asile par l'OFPRA est subordonné à la condition que la France soit bien responsable de l'examen de cette demande conformément aux dispositions du règlement européen dit « Dublin III » du 26 juin 2013.

Lorsque la procédure « Dublin » est engagée, c'est-à-dire qu'un autre État que la France est responsable du traitement de la demande, l'intéressé se voit remettre une première attestation, valant droit au maintien sur le territoire, d'un mois renouvelable tous les 4 mois jusqu'au transfert de l'intéressé vers l'État membre responsable de sa demande d'asile.

Si la France est responsable de l'examen de la demande d'asile, le demandeur d'asile bénéficie d'un droit au maintien en France pendant toute la durée de la procédure d'examen de sa demande par l'OFPRA et, en cas de recours contre une décision de rejet de l'OFPRA, jusqu'à la décision de la CNDA.

Ce droit est matérialisé par la délivrance d'une attestation de demande d'asile d'une durée d'abord d'un mois, pour démarches auprès de l'OFPRA, renouvelable pour des durées variables fixées par arrêté (9 puis 6 mois pour la procédure normale, 6 puis 3 mois pour la procédure accélérée), jusqu'à la notification de la décision définitive sur la demande d'asile.

Ainsi, la loi du 29 juillet 2015 a unifié le régime applicable aux demandeurs d'asile et confère un droit au maintien sur le territoire à tous les demandeurs d'asile, que l'examen de leur demande s'effectue en procédure normale ou en procédure accélérée, consacrant dans tous les cas le droit au caractère suspensif du recours devant la CNDA.

²⁶⁸ Le délai moyen de traitement par l'OFPRA (temps écoulé entre l'expression de la demande d'asile et l'avis rendu par l'Office) de ces demandes est inférieur à quatre jours.

Enfin, le droit au maintien sur le territoire ne peut être refusé ou retiré que dans des circonstances limitativement énumérées par la loi aux articles L.741-1 et L.743-2 du CESEDA.

Les conditions d'accueil des demandeurs d'asile et les CADA

Les demandeurs d'asile à la frontière sont placés en zone d'attente le temps qu'il soit statué sur le caractère manifestement fondé ou non de leur demande.

Les demandeurs d'asile entrés sur le territoire (admis au séjour) peuvent être accueillis, le temps de l'examen de leur demande, dans des centres spécialisés pour l'hébergement de ces personnes, les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA). Ces centres ont fait l'objet d'une importante réforme en juillet 2006²⁶⁹. Ils sont dotés désormais d'un statut propre, finalisé à l'hébergement exclusif des demandeurs d'asile en attente d'instruction de leur demande et relèvent des établissements sociaux et médico-sociaux régis par le Code de l'action sociale et des familles.

Les conditions d'hébergement dans les CADA sont prévues par des textes réglementaires qui garantissent, notamment, les conditions d'accueil des personnes hébergées²⁷⁰ ; l'accompagnement dans les démarches administratives, sociales ou médicales²⁷¹ ; la scolarisation des enfants (de trois ans jusqu'à seize ans) ; l'animation du centre (en particulier l'apprentissage du français) ; la gestion de la sortie du centre²⁷².

La loi de juillet 2015 a mis en place un dispositif directif visant à répartir les demandeurs d'asile dans les CADA présents sur le territoire. Cela s'accompagne du développement des places d'hébergement en CADA pour arriver, à terme, à ce que chaque demandeur d'asile qui le souhaite puisse trouver un hébergement de qualité²⁷³.

En revanche, les demandeurs d'asile non admis au séjour (ceux qui entrent dans le cadre de la procédure Dublin), n'ont pas droit à une place dans les CADA. Leur maintien sur le territoire durant l'examen de leur demande relève soit d'éventuelles connaissances pouvant les prendre en charge, soit de structures d'accueil d'urgence qui garantissent l'accueil la nuit, souvent sans le repas. Par ailleurs, à propos de ces personnes, le Conseil d'État²⁷⁴ a emboîté le pas de l'arrêt de la CJUE du 27 septembre 2012 qui exige que le demandeur d'asile dont la demande relève d'un autre État membre puisse bénéficier des conditions minimales d'accueil et des aides sociales prévues à cet effet (voir *supra*). Elles peuvent ainsi bénéficier des mêmes droits que les autres demandeurs d'asile (allocation pour demandeur d'asile,

269 Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

270 Un contrat de séjour, rédigé dans la langue du demandeur d'asile, est signé par celui-ci et par sa famille.

271 Telles que la préparation aux auditions devant l'OFPPA et la CNDA, l'établissement des dossiers de sécurité sociale et d'allocations d'insertion, l'ouverture de compte bancaire, l'obtention de titres de transport ou la réalisation des examens de santé obligatoires.

272 Le CADA doit veiller au respect du délai de sortie qui est d'un mois à compter de la notification d'une décision définitive sur la demande de protection internationale. La sortie du centre est souvent un moment difficile après un séjour prolongé. Les CADA veillent à préparer les personnes hébergées à leur sortie, quelle que soit l'issue de leur demande.

273 Malgré les progrès indéniables réalisés dans le dispositif d'accueil mis en œuvre en France (le nombre de places est passé de 43.000 à 60.000 entre 2012 et 2017), en 2016, 43% des demandeurs éligibles ne pouvaient encore accéder à aucune solution d'hébergement (Projet de loi de finances 2016 – Annexe mission « Immigration, asile, intégration »).

274 CE, 17 avril 2013, *Cimade et Gisti*, req. n° 335924, *AJDA* 2013, p. 821 et 2451, note E. Aubin.

protection maladie, scolarisation des enfants), mais sans le droit à l'hébergement dans les CADA.

Concernant les conditions d'accueil des étrangers demandeurs d'asile admis au séjour, le Conseil d'État a affirmé, dans un arrêt de 2009²⁷⁵, le droit à un accueil décent qui doit être garanti aux demandeurs d'asile ainsi qu'à leurs familles. Ce droit implique, en particulier, la mise en place de conditions matérielles qui garantissent un logement ou un hébergement, la nourriture, l'habillement, ainsi que le versement d'une allocation journalière. Toutefois, une année après cet arrêt, le Conseil d'État a dû revoir à la baisse les exigences attachées au droit à un accueil décent. Confronté à la réalité d'une situation de saturation des centres d'accueil français, il a considéré que « des modalités d'accueil sous forme de tentes ou autres installations comparables » n'étaient « pas contraires à la dignité » et ne privaient pas les étrangers concernés du bénéfice des droits auxquels les demandes d'asile peuvent prétendre²⁷⁶.

La CJUE semble avoir répondu à cette jurisprudence en 2014, par un arrêt dans lequel elle affirme que l'allocation financière versée aux demandeurs d'asile doit être en mesure de leur garantir un « niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile » et qu'en particulier cette allocation doit leur permettre « de disposer d'un logement, le cas échéant, sur le marché privé de la location »²⁷⁷.

Les droits reconnus aux demandeurs d'asile

Au-delà des droits déjà évoqués ci-dessus, d'autres droits et garanties sont reconnus aux demandeurs d'asile par le système juridique français.

Ainsi, la loi du 29 juillet 2015 autorise pour la première fois depuis 1991 l'accès au marché du travail aux demandeurs d'asile lorsque l'OFPRA n'a pas statué sur leur demande dans un délai de neuf mois suivant l'introduction de cette demande.

De plus, les demandeurs d'asile peuvent suivre des études ou une formation.

Sur le plan médical, les demandeurs d'asile peuvent prétendre à l'ouverture de droits à la Couverture médicale universelle (CMU). Celle-ci leur offre une couverture médicale aussi étendue que le régime commun et peut être cumulée avec la couverture médicale complémentaire, ce qui leur assure une prise en charge complète des frais de santé.

Ces personnes bénéficient, en outre, des droits-garanties : droit à l'avocat, à l'interprète, au recours juridictionnel effectif.

Quel statut et quels droits pour les étrangers à qui la qualité de réfugié a été reconnue ? Quelles conséquences sur le statut et les droits des membres de la famille ?

Avant d'analyser les droits reconnus aux réfugiés, il convient de rappeler que les demandeurs d'asile déboutés de leur demande définitivement perdent tous les droits dont ils avaient bénéficié pendant la procédure : leur récépissé de demande de titre de séjour n'est pas renouvelé, ils n'ont plus droit à la CMU et s'ils étaient hébergés dans un CADA, ils doivent le quitter dans un délai d'un mois. De plus,

275 CE, ord. réf., 17 septembre 2009, *Min. Immigration c./ Salab*, req. n° 331950, *AJDA*, 2010, p. 202, note S. Slama.

276 CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Min. de l'immigration c./ Panokbeel*, *op. cit.*

277 CJUE, 27 février 2014, *Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile c./ Saciri et a.*, *op. cit.*, points 40 et 42.

l'administration leur notifiera normalement une obligation de quitter le territoire français dans le délai d'un mois.

En ce qui concerne les droits dont bénéficient les étrangers protégés, une distinction doit être faite entre ceux qui ont la qualité de réfugié et ceux qui bénéficient de la protection subsidiaire.

Si la qualité de réfugié est reconnue au demandeur par l'OFPRA ou la CNDA, une carte de résident valable dix ans lui est délivrée par la préfecture, ainsi qu'à son conjoint et à ses enfants mineurs (L.314-11-8 du CESEDA).

Lorsque la famille du réfugié est restée dans le pays d'origine, le réfugié peut être rejoint par une procédure de regroupement familial simplifiée : aucune condition de ressources, de logement et de durée de résidence en France n'est exigée pour les réfugiés.

Ces personnes ont également accès au marché de l'emploi et aux mêmes droits sociaux que les nationaux.

Pour faciliter leur intégration, les réfugiés sont éligibles au dispositif du Contrat d'Accueil et d'Intégration (CAI) et aux prestations qui lui sont associées (formation linguistique et civique, bilan de compétences, accompagnement social).

Par ailleurs, l'État soutient plusieurs projets d'insertion socioprofessionnelle (emploi, formation, logement) des réfugiés, portés par des associations avec le concours de l'Union européenne.

Les personnes qui bénéficient de la protection subsidiaire, ainsi que leurs familles, reçoivent un titre de séjour d'une validité d'un an renouvelable, si les conditions qui ont permis l'octroi sont toujours actuelles.

Alors qu'initialement les droits qui leur étaient reconnus étaient beaucoup moins étendus que ceux conférés aux réfugiés statutaires, désormais les bénéficiaires de la protection subsidiaires ont accès aux mêmes droits que ces derniers. Ainsi, ils ont accès au marché du travail, aux droits sociaux²⁷⁸ et au CAI dans les mêmes conditions que les réfugiés statutaires.

²⁷⁸ Les bénéficiaires de la protection subsidiaire peuvent désormais prétendre, comme les réfugiés, au RSA et autres prestations familiales versées par la Caisse d'allocations familiales (CAF) selon la composition de leur famille.