



HAL
open science

Fasc. 720 : Droits et libertés des étrangers. -Principes généraux

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Fasc. 720 : Droits et libertés des étrangers. -Principes généraux. Wachsmann, Patrick; Picod, Fabrice. Juris-classeur libertés, LexisNexis, 2007. hal-03696949

HAL Id: hal-03696949

<https://hal.science/hal-03696949>

Submitted on 16 Jun 2022

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.

Fasc. 720 : DROITS ET LIBERTÉS DES ÉTRANGERS . - Principes généraux

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Points-clés

1. - Consacrer une **étude spécifique** aux droits et libertés des étrangers, c'est prendre acte de ce qu'ils n'ont pas la jouissance de l'ensemble des droits et libertés reconnus aux nationaux, ou du moins qu'ils ne peuvent les exercer dans les mêmes conditions que ces derniers (V. n° 1).
2. - Les **conventions relatives aux droits de l'homme**, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme, ont eu un impact déterminant sur la condition des étrangers (V. n° 12 à 16 et 22 à 36).
3. - Sous l'influence des conventions internationales et de la constitutionnalisation des droits fondamentaux, la condition des étrangers a été progressivement appréhendée à la lumière du principe d'égalité. Le principe de **non-discrimination fondé sur la nationalité** n'a toutefois qu'une portée relative (V. n° 21 à 54).
4. - L'évolution de la législation et de la jurisprudence reflète une tendance à l'**assimilation croissante des étrangers aux nationaux**. Cette tendance rencontre toutefois des limites car la jouissance d'un certain nombre de droits reste subordonnée à une condition de nationalité, tandis que d'autres sont subordonnés à une condition de séjour régulier (V. n° 45 à 54).
5. - L'exercice des libertés par les étrangers subit des **entraves** découlant de l'incidence des règles régissant **l'entrée et le séjour des étrangers**. La politique dite de "maîtrise des flux migratoires" conduit par ailleurs à la multiplication des restrictions aux libertés individuelles (V. n° 55 à 63).

Sommaire analytique

Introduction

I. - Sources

A. - Sources de droit interne

B. - Conventions internationales

1° Conventions bilatérales

2° Conventions multilatérales régissant certains aspects de la condition des étrangers

3° Conventions relatives aux droits de l'homme

a) Conventions adoptées sous l'égide des Nations Unies

b) Conventions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe

C. - Droit de l'Union européenne

II. - Jouissance des droits fondamentaux par les étrangers. Portée et limites du principe d'égalité

A. - Place du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité dans les conventions internationales

1° Conventions à portée universelle

2° Conventions passées sous l'égide du Conseil de l'Europe

B. - Portée du principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne

1° Principe de l'égalité de traitement

2° Charte européenne des droits fondamentaux

C. - Droit interne

1° Législation

a) Contenu substantiel de la législation

b) Protection contre les comportements discriminatoires

2° Jurisprudence

III. - Police des étrangers et libertés

A. - Impact de la police des étrangers sur l'exercice des droits fondamentaux

B. - Impact de la dimension répressive des politiques d'immigration sur les libertés

C. - Ambivalence de la fonction dévolue au juge

Introduction

1. - Spécificité de la condition des étrangers - Consacrer une étude spécifique aux droits et libertés des étrangers, c'est prendre acte de ce que, en dépit de l'universalité postulée des droits de l'homme, les étrangers n'ont pas la jouissance de l'ensemble des droits et libertés reconnus aux nationaux, ou du moins qu'ils ne peuvent les exercer dans les mêmes conditions que ces derniers.

Les différences de traitement entre nationaux et étrangers tiennent à deux types de facteurs.

L'État nation réserve aux nationaux l'exercice de la citoyenneté, de sorte que les étrangers sont exclus non seulement des droits politiques mais d'un ensemble de droits "civiques", qu'on considère comme liés à la citoyenneté, tel l'accès à la fonction publique. Au-delà des droits civiques, la conjonction d'une forme de protectionnisme et d'une conception craintive de l'intérêt national aboutit à réserver certains droits et prérogatives aux nationaux. L'exemple de l'activité économique est le plus emblématique puisque, d'une part, un étranger ne peut exercer d'activité professionnelle que s'il y est autorisé, et que, d'autre part, plusieurs dizaines de professions, en France, y compris dans le secteur privé, sont inaccessibles aux étrangers.

Un second facteur contribue à restreindre la possibilité pour l'étranger d'exercer pleinement les droits qui ne lui sont pas expressément refusés : il tient à ce que celui-ci n'a pas un droit inhérent à entrer et demeurer sur le territoire d'un État qui n'est pas le sien. Il en résulte une fragilisation de ses droits, qu'il ne peut exercer qu'à condition d'être admis à résider sur le territoire français et aussi longtemps qu'on l'autorise à y demeurer. L'obtention du droit au séjour apparaît donc comme le préalable et la condition de l'exercice effectif par l'étranger de ses droits fondamentaux. Et, même dans les rares hypothèses où l'étranger se voit reconnaître, parce qu'il remplit certaines conditions, un droit à résider sur le territoire français, il n'est jamais totalement à l'abri d'une mesure d'éloignement.

2. - Sens de l'évolution - L'évolution de la condition des étrangers fait apparaître un contraste frappant. Une conception plus exigeante de l'universalité des droits de l'homme a favorisé, depuis la Seconde Guerre mondiale mais plus encore à partir de la fin des années 1970, l'accès des étrangers à l'égalité de traitement avec les nationaux dans des domaines de plus en plus nombreux. Mais la politique dite de "maîtrise des flux migratoires", inaugurée elle aussi au milieu des années 1970, a empêché cette évolution favorable de produire tous ses effets : elle a mis des obstacles supplémentaires à la liberté de circulation, restreint les possibilités d'accès au séjour régulier, soumis les étrangers à des contrôles de police renforcés, rendu possible l'enfermement des étrangers en dehors de toute procédure pénale. De sorte que si les étrangers jouissent, en principe, de libertés aussi fondamentales que la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté ou le droit au respect de la vie privée et familiale, l'exercice de ces libertés subit d'importantes

restrictions qui découlent de l'incidence des règles de plus en plus sévères qui régissent l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers.

3. - Ressortissants de l'Union européenne - Dans le cadre de la construction européenne, la liberté de circulation des travailleurs et la liberté d'établissement - avec pour corollaire le principe de non-discrimination -, puis la création d'une citoyenneté de l'Union ont progressivement rapproché la condition des ressortissants des États membres de celle des nationaux. La mise en place de l'Espace économique européen (EEE) incluant, outre les États membres de l'Union européenne, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein, puis la Convention signée le 21 juin 1999, entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, la Suisse, d'autre part, ont étendu aux ressortissants de ces États la plupart des avantages accordés aux ressortissants des États membres. En ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits fondamentaux, la ligne de partage décisive passe désormais plus souvent entre les citoyens de l'Union européenne et ceux qui leur sont assimilés, d'un côté, les ressortissants des États tiers, de l'autre, qu'entre nationaux et étrangers. Avec, bien entendu, certaines nuances : les citoyens de l'Union européenne ne sont pas tous égaux en droits, puisque les ressortissants des nouveaux États membres ne jouissent pas encore pleinement de la liberté de circulation, tandis qu'en sens inverse les membres de famille des citoyens de l'Union européenne, même ressortissants d'États tiers, sont assimilés - jusqu'à un certain point - aux premiers. La condition des ressortissants des États membres et des autres États parties à l'Espace économique européen ainsi que de la Suisse, traitée pour l'essentiel dans les fascicules consacrés à la liberté de circulation (*V. Fasc. 1440, D. Martin*) et à la liberté d'établissement (*V. Fasc. 1420, J. Pertek*), ne sera donc abordée ici que dans la mesure où elle excède ces questions.

4. - Droit d'asile - Le droit d'asile a cette particularité d'être, parmi les droits de l'homme, celui dont seuls les étrangers peuvent se prévaloir. Compte tenu de son caractère à part et des développements détaillés qu'il appelle, le choix a été fait de ne pas le traiter en tant que tel dans le cadre de ce fascicule : il n'en sera question qu'incidemment, par exemple à propos de l'accès au territoire des demandeurs d'asile ou du droit au séjour des réfugiés et des bénéficiaires de la protection subsidiaire.

5. - Plan - Ce fascicule, qui entend poser les principes généraux qui gouvernent la matière, comporte un rappel sommaire des principales sources du droit - internes, internationales, communautaires - qui régissent la condition des étrangers (I), avant d'examiner la portée du principe de non-discrimination entre étrangers et nationaux dans le domaine des droits fondamentaux (II), puis l'impact des règles de police administrative relatives à l'entrée et au séjour des étrangers - couramment désignées sous le nom de "police des étrangers" - sur l'exercice de ces droits (III).

Les fascicules suivants seront consacrés respectivement : aux conditions dans lesquelles s'acquiert et se perd le droit au séjour (*V. Fasc. 725*), qui conditionne en grande partie l'exercice d'autres droits fondamentaux, à la liberté individuelle (*V. Fasc. 730*) et à la vie privée et familiale (*V. Fasc. 735*), aux droits économiques et sociaux (*V. Fasc. 740*), enfin aux droits qui s'exercent dans la sphère publique et politique (*V. Fasc. 745*).

I. - Sources

A. - Sources de droit interne

6. - Sources générales, sources spécifiques - D'une façon générale, le corps de règles qui régit la condition des étrangers est le même que celui qui s'applique aux nationaux. C'est à l'intérieur de ce corps de règles que prennent place, le cas échéant, les dispositions prévoyant pour les étrangers un régime qui déroge aux principes posés pour les nationaux. Ainsi, l'autorisation de travail exigée par l'article L. 341-2 du Code du travail déroge au principe de la liberté du travail, tandis que l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse dérogeait au principe de la liberté de la presse. Dans d'autres cas, ces mêmes textes généraux subordonnent l'accès à des droits, des prestations ou des fonctions à une condition de nationalité française, éventuellement atténuée par des exceptions : c'est le cas du Code électoral, bien sûr, mais aussi de multiples dispositions qu'on trouve dans des textes très divers, codifiés ou non, qui fixent les conditions d'accès à telle profession ou telle prestation.

Il existe toutefois des textes qui s'appliquent spécifiquement aux étrangers. Ce sont ceux qui régissent les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire français ainsi que l'éloignement. Ils sont aujourd'hui réunis dans un Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. La partie législative de ce code a été publiée par l'ordonnance du 24 novembre 2004 et est entrée en vigueur le 1er mars 2005 (*Ord. n° 2004-1248, 24 nov. 2004 : Journal Officiel 25 Novembre 2004*). Cette ordonnance a été ratifiée par la loi du 24 juillet 2006 (*L. n° 2006-911, 24 juill. 2006, art. 120 : Journal Officiel 25 Juillet 2006*). La partie réglementaire du code a été publiée par le décret n° 2006-1378 du 14 novembre 2006 (*D. n° 2006-1378, 14 nov. 2006 : Journal Officiel 15 Novembre 2006*).

B. - Conventions internationales

7. - Typologie - Là encore on peut distinguer entre les conventions relatives aux droits de l'homme dotées d'une portée générale et qui peuvent avoir des retombées particulières sur les étrangers et celles qui ont pour objet de régir tel ou tel aspect de la condition des étrangers. Dans ce dernier cas, il peut s'agir soit de conventions bilatérales, liant la France à l'État dont l'étranger a la

nationalité, soit de conventions multilatérales adoptées sous l'égide d'une organisation internationale (ONU, OIT, Conseil de l'Europe...).

1° Conventions bilatérales

8. - Portée - De nombreuses conventions bilatérales ont été passées entre la France et des pays d'émigration. Les conventions de circulation et les conventions d'établissement régissent les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'un des États parties sur le territoire de l'autre partie, généralement sur une base de réciprocité. C'est sur la base de telles conventions que, pendant longtemps, les ressortissants des États d'Afrique sub-saharienne ont bénéficié de la libre circulation et, par la suite, ont été dispensés de visa de long séjour ou ont bénéficié d'un assouplissement des conditions du regroupement familial ou de l'accès à une activité professionnelle. Mais l'ensemble de ces conventions ont été renégociées, et à l'issue de cette renégociation, les conventions relatives à la circulation et au séjour des personnes passées avec les États africains alignent, à quelques nuances près, le régime applicable à leurs ressortissants sur le droit commun.

Deux conventions bilatérales, en revanche, contiennent un ensemble de dispositions relatives aux titres de séjour qui ont pour effet de soumettre les ressortissants algériens et tunisiens à un régime distinct de celui du droit commun prévu par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968, modifié à trois reprises et dernièrement par un avenant du 11 juillet 2001 entré en vigueur le 1er janvier 2003 (*D. n° 2002-1500, 20 déc. 2002 : Journal Officiel 26 Décembre 2002*) et l'Accord franco-tunisien du 17 mars 1988, modifié à deux reprises et en dernier lieu par l'avenant du 8 septembre 2000, entré en vigueur le 1er novembre 2003 (*D. n° 2003-976, 8 oct. 2003 : Journal Officiel 16 Octobre 2003*).

La liste des accords et conventions bilatéraux concernant l'entrée et le séjour en France figure à l'article D. 131-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Enfin, la France a entrepris de négocier avec plusieurs pays d'Afrique des "*accords relatifs à la gestion concertée des flux migratoires*". Cette initiative se réclame de l'"*approche globale sur les migrations*" définie au niveau européen et entend s'inscrire dans un partenariat global entre les pays d'origine, de transit et de destination des migrants, couvrant à la fois le développement et le co-développement, la mobilité des migrants et la lutte contre l'immigration irrégulière.

Ces accords comportent ainsi des dispositions relatives à la délivrance de visas de court séjour à entrées multiples (visas de circulation) à certaines catégories d'étrangers, des dispositions relatives aux étudiants titulaires d'un diplôme équivalent au master, des dispositions relatives à la délivrance de titres de séjour pour motifs professionnels - carte de séjour temporaire portant la mention "salarié" ou "travailleur temporaire" ou carte "compétences et talents" - ainsi que des listes de métiers pour lesquels la situation de l'emploi ne sera pas opposée aux ressortissants des pays concernés. En échange de cette ouverture encadrée du marché du travail français, les États signataires s'engagent à réadmettre sur leur territoire leurs ressortissants en situation irrégulière en France ainsi que les ressortissants d'États tiers ayant séjourné sur leur territoire et se trouvant en situation irrégulière en France.

Les pays concernés par ces accords, dont certains sont déjà entrés en vigueur et d'autres sont en cours d'adoption sont les suivants : Sénégal, Congo-Brazzaville, Tunisie, Gabon, Bénin, Île Maurice, Cap-Vert, Cameroun, Burkina-Faso. Des négociations sont en cours avec le Mali, Haïti, les Philippines, le Nigeria et l'Égypte.

On peut encore signaler l'existence de plus d'une vingtaine de conventions bilatérales de sécurité sociale qui posent le principe de l'égalité de traitement entre les ressortissants des États parties, sur la base de la réciprocité et qui atténuent la portée du principe de territorialité en permettant le versement des prestations sociales aux travailleurs étrangers ou à leurs ayants droit alors même qu'ils résident dans le pays d'origine.

2° Conventions multilatérales régissant certains aspects de la condition des étrangers

9. - Convention de Genève relative au statut des réfugiés - La Convention de Genève de 1951, complétée par le Protocole de New York de 1967, donne une définition du réfugié, en laissant toutefois à chaque État partie le soin, sur la base de cette définition, de reconnaître la qualité de réfugié. En France, la loi du 25 juillet 1952, désormais intégrée au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a dévolu cette compétence à l'OFPRA (Office français de protection des réfugiés et des apatrides). La convention pose un principe de "non-refoulement" qui interdit de renvoyer un réfugié vers un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée et interdit également de sanctionner les réfugiés pour être entrés ou avoir séjourné irrégulièrement sur le territoire d'un État. Enfin, elle énonce un ensemble de règles concernant le statut du réfugié dans le pays d'accueil : garanties entourant l'expulsion, droit syndical, accès à l'emploi et à la sécurité sociale...

10. - Conventions de l'OIT - Plusieurs conventions conclues sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernent spécifiquement les travailleurs migrants. Parmi celles qui ont été ratifiées par la France, on peut citer :

- la Convention n° 19 concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation des accidents du travail (1925) ;
- la Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (1949) qui prévoit notamment l'assimilation des travailleurs migrants aux nationaux dans l'application de la législation du travail et en matière de sécurité sociale ;
- la Convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale (1962) qui interdit toute discrimination entre nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale.

Il faut rappeler toutefois que ces conventions sont fondées sur un principe de réciprocité, de sorte que ne peuvent se prévaloir de leurs dispositions que les ressortissants des États qui les ont eux-mêmes ratifiées.

11. - Conventions relatives aux droits des travailleurs migrants - Sous l'égide de l'ONU a été adoptée en 1990 une Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2003, après avoir été ratifiée par vingt États. Il s'agit d'un texte potentiellement important, mais ni la France, ni aucun de ses partenaires européens ne l'a pour l'instant signé ni ratifié.

La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (1977), adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe et ratifiée par la France en 1983, n'a qu'une portée très limitée : fondée sur un principe de réciprocité, elle ne s'applique qu'aux ressortissants des États qui l'ont ratifiée, dont la plupart sont membres de la Communauté européenne.

3° Conventions relatives aux droits de l'homme

a) Conventions adoptées sous l'égide des Nations Unies

12. - Pactes de 1966 - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques oblige les États parties à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire les droits qu'il proclame. Par ailleurs, l'article 13 prévoit qu'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie ne peut être expulsé, sauf raisons impérieuses de sécurité nationale, sans avoir eu la possibilité de se défendre.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) inclut lui aussi les étrangers parmi ses bénéficiaires. Toutefois, en adhérant au Pacte, le Gouvernement français a précisé que les clauses concernant le droit au travail, à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, et à l'éducation, devaient être interprétées comme ne faisant pas obstacle "*à des dispositions réglementant l'accès des étrangers au travail ou fixant des conditions de résidence pour l'attribution de certaines prestations sociales*".

13. - Convention contre la torture - La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), ratifiée par la France en 1987, interdit aux États non seulement de pratiquer les traitements qu'elle prohibe, mais aussi d'expulser, de refouler ou d'extrader un individu - en pratique, un étranger - vers un État où il risque d'être soumis à de tels traitements (*V. Fasc. 730, n° 73 à 77*).

14. - Convention sur les droits de l'enfant - Par cette convention, adoptée en 1989 et ratifiée par la France en 1990, les États signataires ont souscrit une série d'obligations à l'égard de "*tout enfant relevant de leur juridiction*", donc indépendamment de sa nationalité. Plusieurs d'entre elles peuvent avoir des conséquences spécifiques sur la condition des mineurs étrangers ou de leurs parents, notamment en matière de droit au séjour ou de protection sociale. La convention garantit notamment le droit à vivre dans son milieu familial, le droit de ne pas être séparé de ses parents, le droit à jouir du meilleur état de santé possible, le droit à l'éducation... Autant de droits qui peuvent être affectés par une mesure de refus de séjour ou d'éloignement frappant des parents étrangers ou le fait qu'ils sont en situation irrégulière.

La Cour de cassation a refusé pendant longtemps de reconnaître à cette convention un caractère d'applicabilité directe (bien que les juridictions du fond ne se soient pas toujours alignées sur cette position). Le revirement de jurisprudence opéré en 2005 (*Cass. Ire civ., 18 mai 2005, 2 esp. : JurisData n° 2005-028426 ; Dr. famille 2005, comm. 153 ; Bull. civ. 2005, I, n° 211*) permet désormais de se prévaloir utilement de la convention devant les tribunaux judiciaires.

Le Conseil d'État, de son côté, n'a reconnu un caractère d'applicabilité directe qu'à certains articles : notamment à l'article 16, qui est la réplique de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et protège le droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale (*CE, 10 mars 1995, n° 141083, Demirpence : JurisData n° 1995-041220 ; Rec. CE 1995, tables, p. 610 ; D. 1995, jurispr. p. 617, note Benhamou*) et à l'article 3-1 de la convention qui stipule que "*dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*". En revanche, l'article 9 qui impose aux États de veiller à ce que les enfants ne soient pas séparés de leurs parents n'est pas

considéré comme d'applicabilité directe (sur les conséquences concrètes de ces dispositions, *V. Fasc. 735, n° 38*).

b) Conventions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe

15. - Convention européenne des droits de l'homme - Les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1951 et par ses protocoles sont garantis à toute personne, indépendamment de sa nationalité. Les droits politiques font exception à ce principe, tandis qu'inversement, certaines dispositions conventionnelles protègent spécifiquement les étrangers. Parmi les dispositions garantissant des droits particulièrement susceptibles d'être violés en la personne des étrangers, on peut citer :

- l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme comme impliquant aussi une "*protection par ricochet*" (art. 3) ;
- le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5), impliquant l'existence de garanties de procédure en cas de détention ;
- le droit à un recours effectif (art. 13) ;
- le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ;
- l'interdiction des discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention (art. 14) ;
- l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (Prot. n° 4, art. 2 et 4) ;
- les garanties de procédure en cas d'expulsion d'un étranger (Prot. n° 7, art. 1er).

Sur l'application concrète de ces dispositions, voir les Fascicules 725, 730 et 735.

Concernant l'application de l'article 3 de la convention, il convient de rappeler l'existence du Comité européen contre la torture créé par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987), ratifiée par la France en 1989. Le comité, habilité à visiter l'ensemble des lieux où sont retenues des personnes privées de liberté, inclut régulièrement dans ses rapports des constats et des recommandations visant spécifiquement les zones d'attente et les centres de rétention.

16. - Charte sociale européenne - La Charte sociale européenne, adoptée en 1961 et révisée en 1996, garantit un nombre important de droits économiques, sociaux et culturels. Elle inclut un principe de non-discrimination entre nationaux et étrangers résidant et travaillant légalement sur le territoire des États parties pour l'accès aux droits qu'elle énonce, garantit le droit au regroupement familial et impose des garanties de procédure en cas d'expulsion. Mais la portée de la charte est réduite par quatre facteurs :

- elle ne comporte pas de système de garantie équivalent à celui de la Cour européenne des droits de l'homme, même si le protocole entré en vigueur en 1998 représente à cet égard un progrès réel en permettant aux syndicats mais aussi à des ONG de présenter des réclamations au Comité des droits économiques et sociaux ;
- les États peuvent n'adhérer qu'à certaines de ses dispositions ;
- les dispositions de la charte sont considérées par le Conseil d'État comme n'étant pas d'applicabilité directe (*V. infra n° 31*) ;
- la charte, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, fonctionne selon un principe de réciprocité, de sorte que ne peuvent réclamer le bénéfice des droits qu'elle énonce que les ressortissants des États qui l'ont ratifiée et qui sont par hypothèse membres du Conseil de l'Europe (et sur les trente-neuf États concernés, vingt-sept font de toute façon partie de l'Union européenne).

C. - Droit de l'Union européenne

17. - Ressortissants des États membres - La situation des ressortissants des États membres de l'Union européenne est régie par les dispositions des traités et du droit communautaire dérivé. Les directives prises pour la mise en oeuvre de deux principes fondateurs du Traité de Rome, la liberté de circulation et la liberté d'établissement, ont été abrogées et remplacées par la directive du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui devait être transposée au plus tard le 30 avril 2006 (*PE et Cons. UE, dir. 2004/38/CE, 29 avr. 2004 : Journal Officiel de l'union européenne 30 Avril 2004*).

18. - Extension des bénéficiaires - L'ensemble des dispositions relatives à la liberté de circulation et à la liberté d'établissement sont applicables aux ressortissants des États parties au Traité de Porto du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen, qui bénéficient, depuis l'entrée en vigueur du traité, de ces libertés dans les mêmes conditions que les ressortissants des États membres. Il s'agit de la Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein.

Par ailleurs, un accord sur la libre circulation des personnes, signé le 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, la Suisse, d'autre part, est entré en vigueur le 1er juin 2002 (*Accord de Luxembourg, 21 juin 1999, publié par D. n° 2002-946, 25 juin 2002 : Journal Officiel 2 Juillet 2002*). L'accord confère aux ressortissants suisses ainsi qu'aux membres de leurs familles le droit de séjourner et d'exercer une activité économique sur le territoire des États membres et leur accorde les mêmes conditions de vie, d'emploi, de séjour et de travail qu'aux ressortissants de ceux-ci.

19. - Ressortissants des États tiers - Le transfert des questions d'asile et d'immigration dans la sphère des compétences communautaires par le Traité d'Amsterdam a pour conséquence que la situation des ressortissants des États tiers peut désormais donner lieu à l'édition de règlements et de directives.

Une majorité des textes adoptés concerne la lutte contre l'immigration illégale. On peut citer notamment :

- le règlement, modifié à plusieurs reprises, fixant la liste des pays dont les ressortissants sont soumis à visa (*Cons. UE, règl. (CE) n° 539/2001, 15 mars 2001 : Journal Officiel des communautés européennes 21 Mars 2001, p. 1. - V. Fasc. 730, n° 14*) ;
- une directive relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement (*Cons. UE, dir. 2001/40/CE, 28 mai 2001 : Journal Officiel des communautés européennes 2 Juin 2001*) ;
- une directive sur l'harmonisation des sanctions imposées aux transporteurs (*Cons. UE, dir. 2001/51/CE, 28 juin 2001 : Journal Officiel des communautés européennes 10 Juillet 2001*) ;
- une directive définissant l'infraction d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*Cons. UE, dir. 2002/90/CE, 28 nov. 2002 : Journal Officiel des communautés européennes 5 Décembre 2002*) ;
- une directive relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, plus connue sous le nom de "directive retour" (*Cons. UE, dir. 2008/115/CE, 16 déc. 2008 : Journal Officiel de l'union européenne 24 Décembre 2008*).

Concernant les conditions du séjour, ont été jusqu'à présent adoptées et publiées :

- une directive relative au droit au regroupement familial (*Cons. UE, dir. 2003/86/CE, 22 sept. 2003 : Journal Officiel de l'union européenne 3 Octobre 2003*) ;
- une directive relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée (*Cons. UE, dir. 2003/109/CE, 25 nov. 2003 : Journal Officiel de l'union européenne 23 Janvier 2004*). Cette directive confère certains droits aux ressortissants des pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire d'un État membre pendant cinq ans, et notamment le droit de séjourner dans un autre État membre. Elle précise, d'une part, les conditions d'octroi du statut de résident de longue durée, d'autre part les conditions dans lesquelles les résidents de longue durée sont admis à séjourner dans un autre État membre ;
- une directive relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat (*Cons. UE, dir. 2004/114/CE, 13 déc. 2004 : Journal Officiel de l'union européenne 23 Décembre 2004*) ;
- une directive relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique (*Cons. UE, dir. 2005/71/CE, 12 oct. 2005 : Journal Officiel de l'union européenne 3 Novembre 2005*) ;
- une directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, qui crée une "carte bleue européenne" (*Cons. UE, dir. 2009/50/CE, 25 mai 2009 : Journal Officiel de l'union européenne 18 Juin 2009*).

La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (*citée supra n° 6*) et la loi n° 2011-672 du 10 juin 2011 ont transposé ces différentes directives dans le droit interne.

Enfin, de nombreux textes concernent la politique d'asile. Les plus importants sont :

- le règlement dit "Dublin II" (par référence à la Convention de Dublin de 1990 qu'il modifie) sur les critères permettant la détermination de l'État membre responsable du traitement d'une demande d'asile (*Règl. (CE) n° 343/2003, 18 févr. 2003 : Journal Officiel de l'union européenne 25 Février 2003*) ;
- le règlement créant le fichier Eurodac, qui permet de stocker et de comparer les empreintes dactyloscopiques des demandeurs d'asile en vue d'une application efficace de la Convention de Dublin et, désormais, du règlement "Dublin II" (*Règl. (CE) n° 2725/2000, 11 déc. 2000 : Journal Officiel des communautés européennes 15 Décembre 2000*) ;
- la directive relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées (*Dir. 2001/55/CE, 20 juill. 2001 : Journal Officiel des communautés européennes 7 Aout 2001*) ;

- la directive relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile (*Cons. UE, dir. 2003/9/CE, 27 janv. 2003 : Journal Officiel de l'union européenne 6 Février 2003*) ;
- la directive concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne nécessitant une protection internationale (*Cons. UE, dir. 2004/83/CE, 29 avr. 2004 : Journal Officiel de l'union européenne 30 Septembre 2004*) ;
- la directive sur les procédures d'obtention et de retrait du statut de réfugié (*Cons. UE, dir. 2005/85/CE, 1er déc. 2005 : Journal Officiel de l'union européenne 13 Décembre 2005*).

20. - Accords d'association - Les accords conclus par la Communauté européenne avec des États tiers ont eux aussi des effets sur la condition des ressortissants de ces États. Les plus importants sont :

- l'Accord d'association d'Ankara de 1963 avec la Turquie (*Journal Officiel des communautés européennes 29 Décembre 1964*), complété par un Protocole additionnel de 1970 (*Journal Officiel des communautés européennes 29 Décembre 1972*) et trois décisions du Conseil d'association ;
- les Accords d'association euro-méditerranéens : accords avec la Tunisie, signé le 17 juin 1995 (*Journal Officiel des communautés européennes 30 Mars 1998*), le Maroc, signé le 26 février 1996 (*Journal Officiel des communautés européennes 18 Mars 2000*), l'Algérie, signé le 22 avril 2002 (*Journal Officiel de l'union européenne 10 Octobre 2005*) ; accords avec Israël, signé le 20 novembre 1995 (*Journal Officiel des communautés européennes 21 Janvier 2000*), la Jordanie, signé le 24 novembre 1997 (*Journal Officiel des communautés européennes 15 Mai 2002*), l'Égypte, signé le 25 juin 2001 (*Journal Officiel de l'union européenne 30 Septembre 2004*), le Liban, signé le 17 juin 2002 (*Journal Officiel de l'union européenne 30 Mai 2006*) ;
- l'Accord de partenariat de Cotonou, signé le 23 juin 2000 (*Journal Officiel des communautés européennes 15 Décembre 2000*), dans le prolongement des Accords de Lomé, avec les pays de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), révisé en 2005 puis en 2010 ;
- les Accords de partenariat et de coopération conclus à partir de 1994 avec la Russie et neuf autres États d'Europe orientale, du Caucase méridional et d'Asie centrale : Arménie, Azerbaïdjan, Géorgie, Kazakhstan, République kirghize, Moldavie, Ouzbékistan, Tadjikistan et Ukraine.

II. - Jouissance des droits fondamentaux par les étrangers. Portée et limites du principe d'égalité

21. - Généralités - C'est depuis une date relativement récente - sous l'influence des conventions internationales relatives aux droits de l'homme et de la constitutionnalisation des droits fondamentaux - que la condition des étrangers est appréhendée à la lumière du principe d'égalité et de son corollaire : le principe de non-discrimination. On examinera ici jusqu'à quel point le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité est consacré par les instruments internationaux et comment il est interprété par les organes chargés de veiller à leur respect, avant de dégager la place et la portée du principe d'égalité entre nationaux et étrangers dans les textes et la jurisprudence en France.

A. - Place du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité dans les conventions internationales

22. - D'après le droit international général, les différences de traitement entre nationaux et étrangers ne sont pas illégitimes ; elles ne le deviennent que si elles sont prohibées par une disposition précise d'une convention internationale. Certaines conventions, bilatérales ou multilatérales, excluent les discriminations fondées sur la nationalité, mais dans un domaine limité. S'agissant des conventions relatives aux droits de l'homme, si elles comportent généralement l'énoncé d'un principe de non-discrimination, la plupart ne visent pas expressément les discriminations fondées sur la nationalité : il faut alors les interpréter, en tenant compte, d'un côté, de l'universalité de principe des droits proclamés, de l'autre, de la spécificité de la situation des étrangers. Les droits politiques, eux, ne sont en tout état de cause garantis qu'aux nationaux.

1° Conventions à portée universelle

23. - Pacte sur les droits civils et politiques. Généralités - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 oblige les États "*à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence*" les droits reconnus dans le Pacte, "*sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, (...) de langue, de religion, (...) d'origine nationale (...) ou de toute autre situation*" (art. 2).

L'interdiction de principe des discriminations fondées sur la nationalité a été rappelée en ces termes par le Comité des droits de l'homme : "La règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers. Les étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte ainsi que prévu à l'article 2" (*Obs. générale n° 15/1986 - situation des étrangers au regard du Pacte*).

par le Pacte, ainsi que prévu à l'article 2 (Oss. générale n° 15/1985 : Situation des étrangers au regard du Pacte : Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : HRI/GEN/1/Rev. 8, 5 mai 2005).

Le Pacte réserve toutefois l'exercice des droits politiques, celui-ci n'étant garanti expressément qu'au citoyen (art. 25).

24. - Article 26 du Pacte - L'article 26 du Pacte pose un principe de non-discrimination qui a une portée plus générale et fait du droit à l'égalité un droit "substantiel" ou encore "autonome", invocable alors même que la mesure contestée ne se rapporte pas à l'un des droits explicitement protégés par le Pacte. Il stipule : "*Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation*".

Bien que la nationalité ne figure pas en tant que telle parmi les motifs de discrimination interdits énumérés à l'article 26 (comme du reste à l'article 2), la mention de "*toute autre situation*" peut recouvrir la nationalité, comme l'a précisé le Comité des droits de l'homme. Si, par ailleurs, cette disposition n'interdit pas de façon absolue d'opérer des différences de traitement entre nationaux et étrangers, c'est à condition que le critère de la nationalité n'apparaisse pas comme arbitraire, c'est-à-dire que la distinction opérée entre nationaux et étrangers ait une "justification objective et raisonnable" par rapport au but et aux effets de la mesure considérée.

Exemple

L'affaire "*Gueye*", mettant en cause la France et soumise au Comité des droits de l'homme en 1989, illustre bien la portée de l'article 26 du Pacte (*Comité des droits de l'homme, 3 avr. 1989, Communication n° 196/1985, Gueye c/ France*). Était contestée la discrimination opérée par une loi de 1959 décidant la "cristallisation" des pensions d'anciens combattants versées aux ressortissants des anciens pays de l'Union française devenus indépendants, avec pour conséquence qu'elles n'ont plus été revalorisées, contrairement aux pensions versées aux anciens combattants ayant conservé la nationalité française et que le droit à pension de réversion pour les veuves a été supprimé. Saisi par des ressortissants sénégalais, le Comité des droits de l'homme a émis l'avis que la cristallisation des pensions selon un critère de nationalité méconnaissait le principe d'égalité posé par l'article 26 du Pacte. Il a ainsi reconnu :

- d'une part, que l'article 26 avait bien une portée générale et que le principe d'égalité constitue en lui-même un droit fondamental qui doit être respecté même lorsque n'est pas en cause un droit civil ou politique. En l'occurrence, en effet, les droits à pension n'entraient pas dans la catégorie des droits civils et politiques, mais dans celle des droits économiques et sociaux. Cette question est d'ailleurs tranchée de façon implicite par le Comité, qui ne fait sur ce point que confirmer sa jurisprudence antérieure ;
- d'autre part, que la discrimination fondée sur la nationalité n'était pas en l'espèce fondée sur des critères raisonnables et objectifs et qu'elle constituait donc une discrimination interdite par le Pacte.

25. - Position du Conseil d'État - Le Conseil d'État, toutefois, s'est jusqu'à présent refusé à reconnaître l'applicabilité de l'article 26 en dehors du champ des droits civils et politiques. Appelé à se prononcer sur un litige qui mettait en cause la conformité de cette même loi de 1959 avec l'article 26 du Pacte, le Conseil d'État a donc rejeté la requête, sans tenir compte de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme. À la veuve d'un ancien combattant qui réclamait la pension de réversion qui lui était refusée il a répondu, contre les conclusions du commissaire du gouvernement, que l'article 26 du Pacte ne pouvait concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce Pacte et qu'il n'était donc pas invocable pour réclamer le bénéfice d'un droit à pension (*CE, avis, 15 avr. 1996, n° 176399, Doukouré : JurisData n° 1996-050309 ; RFDA. 1996, p. 808, concl. Ph. Martin*). Le Conseil d'État a maintenu cette position par la suite (*CE, 7 juin 2006, n° 285576, Assoc. Aides et a. : JurisData n° 2006-070254. - CE, 23 déc. 2010, n° 335738, Assoc. Aides et a.*) : "considérant, d'autre part, que les stipulations de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...) ne sont invocables que par les personnes qui soutiennent qu'elles sont victimes d'une discrimination au regard de l'un des droits civils et politiques reconnus par le pacte". Dans l'affaire de la cristallisation des pensions, c'est finalement par application de la jurisprudence "*Gaygusuz*" de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il a donné raison, plusieurs années plus tard, aux anciens combattants étrangers (*V. infra n° 36*).

26. - Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels - Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 prévoit lui aussi que les États parties "*s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune*" [suit la même énumération que pour l'autre Pacte] (art. 2, § 2). L'efficacité du principe ainsi posé est toutefois moindre, dès lors que la plupart de ses dispositions - et la formulation de l'article 2, paragraphe 2 en fait foi - sont considérées comme n'étant pas d'application directe. Le Conseil d'État a réitéré sa position à plusieurs

z, en fait loi - sont considérées comme n'étant pas d'application directe. Le Conseil d'Etat a retenu sa position à plusieurs reprises en ce qui concerne l'accès des étrangers à la protection sociale. Ainsi, dans une affaire où étaient invoqués les articles 9 (droit à la sécurité sociale) et 10 (protection due à la famille, aux mères et aux enfants), à l'appui d'un recours dirigé contre des mesures restreignant l'accès à l'aide médicale d'État destinée aux étrangers en situation irrégulière, il a répondu que "ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées" (CE, 7 juin 2006, cité supra n° 25) ; il a fait la même réponse, plus récemment, dans une affaire où était contestée la condition de résidence imposée aux ayants droit pour l'accès à certaines prestations sociales (CE, 23 déc. 2010, n° 335738, Assoc. Aides et a.).

En adhérant au Pacte, le Gouvernement français a de surcroît précisé que les clauses concernant le droit au travail (art. 6), à la sécurité sociale (art. 9), à un niveau de vie suffisant (art. 11) et à l'éducation (art. 13) "ne doivent pas être interprétées comme faisant obstacle à des dispositions réglementant l'accès des étrangers au travail ou fixant des conditions de résidence pour l'attribution de certaines prestations sociales", ce qui limite encore la portée du principe de non-discrimination.

27. - Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale - Adoptée en 1965 et ratifiée par la France en 1971, elle interdit "toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Si les étrangers figurent sans nul doute parmi les victimes potentielles - et, pourrait-on dire, "privilegiées" - de la discrimination raciale, la convention précise cependant explicitement qu'elle ne s'applique pas "aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants" (art. 1er, § 2).

Atténuant quelque peu la rigidité du champ d'application de la convention, le Comité pour l'élimination des discriminations raciales (CERD) s'est préoccupé, dès 1993, des discriminations qui peuvent toucher les non-ressortissants, estimant que l'article 2, paragraphe 1, ne dégageait pas les États de toute obligation de fournir des informations sur les lois relatives aux étrangers et leur application (Recomm. générale concernant les non-ressortissants 11/42, 1993). Il a réitéré de façon plus ferme encore cette préoccupation dans une recommandation de 2004 en rappelant que si certains droits politiques peuvent être réservés aux ressortissants, "les États parties sont tenus de garantir un exercice égal [des droits civils, politiques, sociaux et culturels] par les ressortissants et les non-ressortissants dans toute la mesure prévue par le droit international" et que "l'application d'un traitement différent fondé sur le statut quant à la citoyenneté ou à l'immigration constitue une discrimination si les critères de différenciation, jugés à la lumière des objectifs et des buts de la convention, ne visent pas un but légitime et ne sont pas proportionnés à l'atteinte de ce but". Passant en revue l'ensemble des domaines dans lesquels les étrangers risquent d'être soumis à des traitements discriminatoires, le Comité fait une série de recommandations spécifiques, telle que :

- veiller à ce que les politiques d'immigration n'aient pas d'effet discriminatoire en raison de leur race, de l'origine nationale ou ethnique ;
- veiller à ce que, dans les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les non-ressortissants ne fassent pas l'objet de profils ou stéréotypes raciaux ou ethniques ;
- combattre les mauvais traitements et la discrimination contre les non-ressortissants du fait de la police ;
- supprimer les obstacles empêchant ou limitant l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non-ressortissants, notamment dans les domaines de l'éducation, du logement, de l'emploi et de la santé ;
- garantir la jouissance égale du droit à un logement adéquat pour les ressortissants et les non-ressortissants... (Recomm. générale XXX concernant la discrimination contre les non-ressortissants, 2004. Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : HRI/GEN/1/Rev. 8, 5 mai 2005).

28. - Convention internationale sur les droits de l'enfant - Adoptée en 1989 et ratifiée par la France en 1990, cette convention énonce dans son article 2 un principe de non-discrimination :

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou autres représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.
2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Le principe ainsi énoncé concerne sans aucun doute l'enfant de nationalité étrangère, y compris celui dont les parents sont en situation irrégulière, puisqu'il est fait allusion à la situation juridique des parents.

La portée concrète de ce principe est toutefois considérablement atténuée par le fait que le Conseil d'État a jusqu'à présent considéré que l'article 2 n'était pas d'applicabilité directe (*CE, 10 juill. 1996, n° 162098, Aghane. - CE, 29 janv. 1997, n° 173470, Torres*). Il faut attendre pour voir si le revirement de la Cour de cassation, qui a admis l'applicabilité directe de la convention (*Cass. Ire civ., 18 mai 2005, 2 esp., cité supra n° 14*), permettra une évolution sur ce point du côté des juridictions judiciaires et même, à terme, des juridictions administratives.

29. - Conventions de l'OIT - Plusieurs conventions adoptées sous l'égide de l'Organisation internationale du travail posent en principe l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux et interdisent les discriminations fondées sur la nationalité. Ainsi, la Convention n° 97 sur les travailleurs migrants de 1949, ratifiée par la France en 1952, affirme, dans son article 6, que les États s'engagent à "*appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion (...), aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants*" en ce qui concerne la rémunération, le logement, la sécurité sociale. Elle a vocation à être remplacée par un texte beaucoup plus ambitieux : la Convention n° 143 de 1975, qui oblige les États à promouvoir et garantir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille qui se trouvent légalement sur leur territoire ; mais elle n'a pas été ratifiée par la France. On peut encore citer la Convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale de 1962, entrée en vigueur en France en 1975, qui garantit la jouissance des droits sans condition de régularité de résidence (*art. 4-1*).

Mais la portée de ces conventions reste limitée :

- d'une part, le principe d'égalité de traitement ne joue que dans les domaines de la législation du travail et de la sécurité sociale, et il est de surcroît admis qu'il n'interdit pas à un État de limiter l'accès des étrangers à l'emploi en vue de protéger la main-d'oeuvre nationale ;
- d'autre part, les conventions de l'OIT obéissent au principe de réciprocité et ne protègent donc que les ressortissants des États qui ont eux-mêmes adhéré à la convention.

2° Conventions passées sous l'égide du Conseil de l'Europe

30. - Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant - Adoptée en 1977 et ratifiée par la France en 1983, elle oblige les États signataires à appliquer aux travailleurs migrants un traitement "*non moins favorable que celui qui s'applique aux travailleurs nationaux*" en matière de conditions de travail, d'accès au logement, aux services sociaux, à l'enseignement. Mais la portée du principe d'égalité est très limitée puisque la convention, fondée sur un principe de réciprocité, ne s'applique qu'aux ressortissants des États qui l'ont ratifiée, dont la plupart sont membres de la Communauté européenne.

31. - Charte sociale européenne - Dans sa forme actuelle, la Charte sociale européenne, adoptée en 1961 et révisée en 1996, contient l'énoncé quasi exhaustif des droits économiques et sociaux - sachant toutefois que les États peuvent ne se considérer comme liés que par certaines seulement de ses dispositions. Elle contient un principe général de non-discrimination en rappelant que "*la jouissance des droits reconnus dans la présente charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation*" (*art. E, partie V*). Elle pose plus spécifiquement la règle de l'égalité de traitement entre les travailleurs étrangers ou nationaux en matière de sécurité sociale (*art. 12*), de droit à l'assurance sociale et médicale (*art. 13*), en matière de rémunération, de conditions d'emploi, de logement, d'affiliation aux organisations syndicales (*art. 19*).

La portée de la Charte sociale est toutefois réduite, dans la mesure où elle fonctionne sur la base de la réciprocité : ne peuvent réclamer le bénéfice des droits qu'elle énonce que les ressortissants des États qui l'ont ratifiée et qui sont par hypothèse membres du Conseil de l'Europe (sur les trente-neuf États concernés, douze seulement ne font pas partie de l'Union européenne). À la condition de réciprocité s'ajoute par ailleurs une exigence de séjour régulier : la charte protège uniquement les ressortissants des autres États parties qui résident ou travaillent régulièrement dans le pays d'accueil.

Il convient enfin de rappeler que ni la Cour de cassation (*Cass. soc., 17 déc. 1996, n° 92-44.203, Glaziou : JurisData n° 1996-005135, sol. impl.*), ni le Conseil d'État n'ont jusqu'ici accepté de reconnaître aux dispositions de la charte un caractère d'applicabilité directe. Le Conseil d'État a réaffirmé récemment, sans aucune ambiguïté, que les stipulations de la charte ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers et ne peuvent donc être utilement invoquées devant le juge - ce qui rend par là même inopérant le moyen tiré du principe de non-discrimination posé à l'article E de la partie V de la charte (*CE, 7 juin*

32. - Jurisprudence du CEDS - Le Comité européen des droits sociaux (CEDS), chargé de se prononcer sur la conformité du droit et des pratiques des États membres à la Charte sociale, a eu l'occasion de préciser la portée de la charte par rapport aux travailleurs migrants en examinant certaines restrictions apportées aux droits des non nationaux par le droit français. Il s'est prononcé notamment :

- sur les emplois dont l'accès est subordonné à une condition de nationalité. Il a finalement admis qu'il s'agissait d'une restriction admissible à l'obligation faite aux États de protéger de façon efficace "le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris", posée par l'article 1er, paragraphe 2 (*concl. CEDS 2006, France*) ;
- sur la subordination du droit au RMI à la détention d'une carte de résident, qui suppose une certaine durée de résidence antérieure sur le territoire français, estimant que cette exigence n'était pas compatible avec l'article 13 qui garantit le droit à l'assistance sociale (*ibid.*) ;
- sur les restrictions apportées à l'accès à l'aide médicale par l'État pour les étrangers démunis de titre de séjour (*Déc. CEDS, 8 sept. 2004, réclamation n° 14/2003, FIDH c/ France*). Si le comité s'est abstenu, "dans le doute", de constater en l'espèce la violation de l'article 13, il a constaté la violation de l'article 17 qui garantit le droit des enfants et adolescents à une protection sociale. Mais l'élément le plus important à relever réside dans l'interprétation "constructive" que le comité propose de la charte : en effet, bien que celle-ci ne semble protéger les travailleurs migrants que s'ils sont en situation régulière, le comité estime que la charte est "un instrument vivant" qui doit être interprété "de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux", et qu'une législation qui nierait le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, même s'ils sont en situation irrégulière, serait contraire à la charte.

33. - Convention européenne des droits de l'homme - La Convention européenne des droits de l'homme oblige les États parties à reconnaître les droits et libertés qu'elle consacre "à toute personne relevant de leur juridiction", étranger ou national, qu'il soit ou non ressortissant de l'un des États signataires (*art. 1er*). L'article 14 de la convention stipule par ailleurs que "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) ou toute autre situation". La convention réserve seulement, dans une formulation très large et passablement dépassée, dont la Cour n'a du reste jamais fait application, la possibilité pour les États "d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers" (*art. 16*).

34. - Interprétation jurisprudentielle de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme - En dépit de la rédaction de l'article 14, la Cour a jugé, on le sait, que cet article n'interdisait pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la convention : il n'y a à ses yeux discrimination que si la distinction manque de "justification objective et raisonnable", l'existence d'une telle justification s'appréciant "par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques" (*CEDH, 23 juill. 1968, Affaire linguistique belge : Rec. CEDH 1968, série A n° 6*). Le but doit être un but légitime dans une société démocratique, étranger donc à toute volonté de discrimination ; et les effets de la mesure ne doivent pas être disproportionnés par rapport au but visé.

L'article 14 n'interdit donc pas toute différence de traitement entre étrangers et nationaux, si elle répond aux critères que l'on vient de rappeler et n'apparaît pas comme "arbitraire". La Cour admet que les étrangers peuvent être soumis à une réglementation spécifique, notamment en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement, même s'il en résulte une "ingérence" dans l'exercice des droits qui leur sont reconnus. C'est le cas, par exemple, du droit au respect de la vie privée et familiale, amené à subir des restrictions spécifiques du fait de la prérogative reconnue à l'État de contrôler l'entrée des étrangers sur son territoire.

En revanche, quand cette prérogative n'est pas en jeu, et même si "les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement", "seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité" (*CEDH, 16 sept. 1996, n° 17371/90, Gaygusuz c/ Autriche, § 42*).

35. - Extension du champ d'application de l'article 14 aux droits sociaux - La France n'a pas ratifié le Protocole n° 12 qui établit une clause générale de non-discrimination sur le modèle de l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques (*V. supra n° 24*) en stipulant que "la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur (...) la race, la couleur, la langue, la religion, (...), l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, (...) ou toute autre situation".

Il en résulte que l'interdiction des discriminations ne peut être invoquée que lorsqu'est en cause l'un des droits garantis par la Convention, qui sont pour l'essentiel des droits civils et politiques. Mais la Cour a élargi le champ d'application du principe de non-discrimination à des droits sociaux en les rattachant à l'un des droits énumérés par la Convention : elle a ainsi considéré que le droit à une allocation-chômage pouvait être considéré comme un droit patrimonial, rattachable au droit au respect de ses biens garanti par l'article 1er du Protocole additionnel (*CEDH, 16 sept. 1996, cité supra n° 34*) ou encore que le droit à une allocation de congé parental pouvait être considéré comme un aspect du droit au respect de la vie familiale (*CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche*). Dans l'arrêt "*Gaygusuz*" (*cité supra n° 34*), la Cour a condamné l'Autriche pour avoir soumis l'attribution d'une prestation sociale non contributive à une condition de nationalité, estimant que cette exclusion manquait de justification objective et raisonnable et qu'elle constituait donc une discrimination au sens de l'article 14.

36. - Application par les juridictions françaises - En France, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont appliqué la jurisprudence "*Gaygusuz*" dans des contentieux relatifs au versement de prestations sociales ou de pensions. La Cour de cassation a censuré le refus de verser à un étranger une prestation sociale non contributive dont le bénéficiaire, à l'époque, était subordonné à une condition de nationalité ou de réciprocité (*Cass. soc., 14 janv. 1999, n° 97-12.487, Bozkurt : Bull. civ. 1999, V, n° 24*) ; par la suite, elle a déclaré contraire aux articles 8 et 14 combinés le fait de subordonner le versement des allocations familiales à l'entrée régulière des enfants sur le territoire français, au motif que la jouissance de prestations sociales comme les prestations familiales doit, sauf raisons objectives impérieuses, être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale (*Cass. ass. plén., 16 avr. 2004, n° 02-30.157 : JurisData n° 2004-023421. - Cass. 2e civ., 6 déc. 2006, n° 05-12.666*). Cette jurisprudence a été toutefois remise en cause sept ans plus tard, l'assemblée plénière estimant cette fois que les dispositions critiquées étaient justifiées "par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants" et "qu'elles ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale" (*Cass. ass. plén., 3 juin 2011, n° T 09-69.052*).

Le Conseil d'État, de son côté, a appliqué la jurisprudence "*Gaygusuz*" à la loi dite de "cristallisation" des pensions qui revenait à verser des retraites d'un montant différent selon que les anciens combattants ou fonctionnaires avaient ou non conservé la nationalité française. Il a jugé que la différence de traitement introduite par la loi entre les titulaires de pensions en fonction de leur seule nationalité ne pouvait être regardée comme fondée sur des critères objectifs et rationnels (*CE, ass., 30 nov. 2001, n° 212179 et 212211, Min. Défense c/ Diop, Min. Éco., Fin. et Ind. c/ Diop : JurisData n° 2001-063080*).

Sur la portée du principe de non-discrimination en matière sociale, voir le Fascicule 740.

B. - Portée du principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne

37. - Généralités - Le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité est un principe fondamental du droit de l'Union européenne. Son champ d'application, restreint au départ aux ressortissants des États membres exerçant une activité économique, s'est progressivement élargi, sans aboutir néanmoins à en faire un principe d'application générale. Ainsi, l'article 19 du TFUE (*ex-art. 13 du Traité CE*, introduit par le Traité d'Amsterdam), qui inscrit la lutte contre les discriminations parmi les compétences de l'Union ("*le Conseil (...) peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle*"), ne mentionne pas les discriminations fondées sur la nationalité parmi celles qu'il convient de combattre. La Charte européenne des droits fondamentaux, elle-même, porte la marque de la distinction entre citoyens de l'Union et ressortissants des États tiers.

1° Principe de l'égalité de traitement

38. - Portée du principe de l'égalité de traitement - Le principe de l'égalité de traitement est le corollaire de la liberté de circulation et d'établissement accordée aux ressortissants des États membres. L'article 18 du TFUE (*ex-art. 12 du Traité CE, ex-art. 7 du Traité CEE*) prohibe de façon générale toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application du traité. L'article 45 (*ex-art. 39 du Traité CE, ex-art. 48, § 2, du Traité CEE*) relatif à la libre circulation des travailleurs prévoit plus précisément l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. L'article 49 (*ex-art. 43 du Traité CE, ex-art. 52 du Traité CEE*) prévoit que l'accès aux activités non salariées et leur exercice ont lieu dans les mêmes conditions que pour les nationaux.

La directive du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres réitère ce principe en disposant, dans son article 24, que "*sous réserve des dispositions spécifiques expressément prévues par le Traité et le droit dérivé, tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du Traité*" (*PE et Cons. UE, dir. 2004/38/CE, 29 avr. 2004, citée supra n° 17*).

Le règlement (CEE) n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la liberté de circulation des travailleurs salariés (*Règl. (CEE) n*

° 1612/68, 15 oct. 1968 : JOCE n° L 257/2, 19 oct. 1968, p. 2) précise la portée du principe d'égalité de traitement :

- priorité d'accès aux emplois disponibles ;
- rémunération ;
- licenciement ;
- réintégration professionnelle ou réemploi lorsque le travailleur est tombé en chômage ;
- avantages sociaux et fiscaux ;
- accès à l'enseignement des écoles professionnelles ;
- accès au logement ;
- exercice des droits syndicaux, y compris le droit de vote ;
- accès aux postes d'administration ou de direction d'une organisation syndicale ;
- éligibilité dans les organes de représentation des travailleurs dans l'entreprise.

La Cour a également rappelé qu'étaient prohibées les discriminations indirectes, c'est-à-dire les différences de traitement qui, quoique fondées sur un autre critère que la nationalité, sont susceptibles de défavoriser les non nationaux : il en est ainsi d'un avantage dont l'octroi est subordonné à une condition plus difficile à remplir par un étranger que par un national, tel un critère de résidence antérieure ou l'exigence de nationalité française des enfants pour bénéficier d'un avantage vieillesse.

39. - Limites - Il existe des limites au principe de l'égalité de traitement. En premier lieu, l'article 45, paragraphe 4, du TFUE (*ex-art. 39, § 4, du Traité CE, ex-art. 48, § 4, du Traité CEE*) précise que le principe de non-discrimination pour l'accès aux emplois ne s'applique pas aux emplois dans l'administration publique. En second lieu, l'article 51 (*ex-art. 45 du Traité CE, ex-art. 55, § 1, du Traité CEE*) relatif à la liberté d'établissement exclut de son champ d'application "*les activités participant (...), même à titre occasionnel, de l'exercice de l'autorité publique*".

La Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à préciser la portée des exceptions au principe de l'égalité de traitement, notamment en ce qui concerne l'accès aux emplois et aux professions, l'ensemble ayant donné lieu à une jurisprudence abondante. On sait, notamment, que la Cour de justice a fait prévaloir une conception restrictive de la notion d'emploi dans l'administration publique, fondée sur le contenu des fonctions exercées et non sur la nature du lien juridique entre l'État et l'agent : elle a déclaré que l'exception ne s'appliquait qu'aux emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique, et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. C'est ainsi que la France, comme les autres États membres, a été contrainte de modifier sa législation en conséquence, et notamment d'ouvrir l'accès de la plupart des corps de fonctionnaires aux ressortissants communautaires (*V. Fasc. 1420, J. Pertek et Fasc. 1440, D. Martin*).

40. - Bénéficiaires de l'égalité de traitement - Il ne suffit pas d'avoir la nationalité d'un État membre pour bénéficier de l'égalité de traitement. Celle-ci reste liée à l'exercice actuel ou passé d'une activité économique ou à la perspective d'en exercer une. Certes, entre l'entrée en vigueur du Traité de Rome et aujourd'hui, le droit de séjour a été progressivement étendu, puis généralisé à l'ensemble des citoyens de l'Union européenne, puisque "*tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*" (*art. 21 du TFUE, ex-art. 18 du Traité CE*). Mais ce droit n'est pas inconditionnel : il s'exerce "*sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent Traité et par les dispositions prises pour son application*" (*art. 21 du TFUE, ex-art. 18 du Traité CE*). En pratique, le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État au-delà de trois mois est subordonné, pour les inactifs, à la justification de ressources suffisantes et d'une assurance-maladie : on ne peut donc pas parler ici en toute rigueur d'égalité de traitement.

Bénéficient en revanche de l'égalité de traitement les membres de la famille du ressortissant d'un État membre qui a exercé sa liberté de circulation ou d'établissement, même s'ils n'ont pas eux-mêmes la nationalité d'un État membre (*Dir., 29 avr. 2004, art. 24, citée supra n° 17*).

Bénéficient également de l'égalité de traitement :

- les ressortissants des autres États parties au Traité de Porto du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (Islande, Liechtenstein, Norvège) ;
- les ressortissants de la Suisse, en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1er juin 2002 (*D. n° 2002-946, 25 juin 2002 : Journal Officiel 2 Juillet 2002*). L'article 9 de l'annexe I prévoit l'égalité de traitement pour les travailleurs salariés dans les mêmes termes que le règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 et l'article 10 exclut de l'égalité de traitement les emplois dans l'administration publique liés à l'exercice de la puissance publique et destinés à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques. L'article 15 prévoit l'égalité de traitement pour les travailleurs indépendants par référence à l'article 9. et l'article 16 stipule que l'indépendant ne peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité

participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.

41. - Accords UE-États tiers - Plusieurs accords passés par la Communauté européenne avec des États tiers posent un principe d'égalité de traitement dans le domaine des conditions de travail et de rémunération et dans le domaine de la protection sociale.

L'Accord d'association signé à Ankara le 12 septembre 1963 avec la Turquie (*Journal Officiel des communautés européennes 29 Décembre 1964*), qui posait le principe de la libre circulation et du libre établissement, a été complété par un Protocole du 23 novembre 1970 (*Journal Officiel des communautés européennes 29 Décembre 1972*) qui prévoit l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi. Le conseil d'association institué par l'Accord d'Ankara a adopté également trois décisions relatives à la circulation des travailleurs qui précisent la portée du principe de l'égalité de traitement respectivement dans le domaine des conditions de travail et de rémunération (*Déc. n° 1/80, 19 sept. 1980*) et de la sécurité sociale (*Déc. n° 3/80, 19 sept. 1980 : Journal Officiel des communautés européennes 25 Avril 1983*). La Cour de justice des Communautés européennes a reconnu l'effet direct du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité contenu dans ces décisions (*CJCE, 20 sept. 1990, aff. C-192/89, Sevince : Rec. CJCE 1990, I, p. 3461*). Le Conseil d'État s'est prononcé dans le même sens (*CE, 26 juill. 2006, n° 275895, Bolukbas*).

Les accords d'association euro-méditerranéens passés avec les États du Maghreb contiennent eux aussi des clauses prévoyant l'égalité de traitement (*Accord avec la Tunisie, signé le 17 juin 1995 : Journal Officiel des communautés européennes 30 Mars 1998. - Accord avec le Maroc, signé le 26 févr. 1996 : Journal Officiel des communautés européennes 18 Mars 2000. - Accord avec l'Algérie, signé le 22 avr. 2002 : Journal Officiel de l'union européenne 10 Octobre 2005*). Ils prévoient, en des termes analogues, que chaque État membre accorde aux travailleurs des pays concernés "un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ses propres ressortissants en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement", ainsi que dans le domaine de la sécurité sociale, à condition qu'ils résident et travaillent légalement sur le territoire de l'État d'accueil. La Cour de justice des Communautés européennes, qui avait reconnu l'effet direct de plusieurs dispositions des anciens accords de coopération avec les pays du Maghreb, a confirmé sa jurisprudence à propos des nouveaux accords (*CJCE, ord., 13 juin 2006, aff. C-336/05, Echouikh : Rec. CJCE 2006, I, p. 5223*). C'est en se fondant sur l'accord d'association avec le Maroc que la Cour de justice a jugé non conforme au principe de l'égalité de traitement - interprété conformément aux exigences de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme - la "cristallisation" des pensions versées aux ressortissants marocains ayant servi dans l'armée française (*CJCE, ord., 13 juin 2006, aff. C-336/05, Ameer Echouikh c/ Secrétaire d'État aux Anciens combattants*) (sur la cristallisation des pensions, *V. supra n° 36*).

Les accords avec Israël, signé le 20 novembre 1995 (*Journal Officiel des communautés européennes 21 Janvier 2000*), avec la Jordanie, signé le 24 novembre 1997 (*Journal Officiel des communautés européennes 15 Mai 2002*), avec l'Égypte, signé le 25 juin 2001 (*Journal Officiel de l'union européenne 30 Septembre 2004*), avec le Liban, signé le 17 juin 2002 (*Journal Officiel de l'union européenne 30 Mai 2006*) ne comportent pas en revanche de dispositions relatives aux travailleurs.

L'Accord de partenariat de Cotonou, signé le 23 juin 2000 (*Journal Officiel des communautés européennes 15 Décembre 2000*), dans le prolongement de la Convention de Lomé, avec les pays de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), contient lui aussi un principe d'égalité de traitement en matière de travail, de rémunération et de licenciement. Mais contrairement à la Convention de Lomé, il ne comporte plus de clause garantissant l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale.

Les Accords de partenariat et de coopération conclus avec les États d'Europe de l'Est et d'Asie centrale contiennent une clause de non-discrimination à l'égard des ressortissants des pays tiers partenaires légalement employés sur le territoire d'un État membre en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement.

2° Charte européenne des droits fondamentaux

42. - Philosophie générale - La grande majorité des droits énoncés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est garantie à "toute personne", sans distinction. C'est en particulier le cas de l'ensemble des articles figurant dans le chapitre "Dignité" ou dans le chapitre "Justice". Certains droits, toutefois, sont réservés aux seuls citoyens de l'Union européenne. Compte tenu de la contrainte imposée aux rédacteurs de la charte de raisonner "à droit constant", il est logique qu'on y retrouve les inégalités entre citoyens de l'Union européenne et ressortissants des États tiers, dès lors que ces inégalités résultent des traités et du droit dérivé.

En dépit de l'article 20 qui énonce que "toutes les personnes sont égales en droit", la charte ne garantit pas à tous l'ensemble des droits qu'elle énonce et fait des distinctions entre les citoyens et les non-citoyens. Du reste, si l'article 21 proclame un principe de non-discrimination, il précise que les discriminations fondées sur la nationalité ne sont proscrites que dans le

champ d'application du traité : autrement dit, seules sont proscrites les discriminations entre ressortissants des États membres de l'Union, mais non celles qui visent les ressortissants des États tiers.

43. - Droits réservés aux citoyens - Il s'agit essentiellement des droits de nature politique, d'une part, des droits liés à la liberté de circulation, de l'autre. Ainsi, seuls les citoyens de l'Union européenne se voient reconnaître, dans l'État où ils résident, le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen (*art. 39*) ainsi qu'aux élections municipales (*art. 40*). Si l'article 12 reconnaît à toute personne le droit à la liberté de réunion pacifique et d'association à tous les niveaux dans les domaines politique, syndical et civique, il précise toutefois que les partis politiques au niveau de l'Union "contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union" : même si la portée de cette restriction n'est pas parfaitement claire (*V. infra Fasc. 745, n° 5*), elle n'en implique pas moins une restriction aux droits des ressortissants des États tiers dans le domaine politique.

Par ailleurs, en dépit de la formulation apparemment universelle du premier alinéa de l'article 15 : "*toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée*", le troisième alinéa dément cette apparence en faisant référence aux ressortissants des pays tiers "*autorisés à travailler*", puisque l'autorisation est la négation même du droit subjectif.

C. - Droit interne

1° Législation

44. - Présentation - L'évolution de la législation reflète une tendance à l'assimilation croissante des étrangers aux nationaux et donc à une plus grande égalité des droits. Parallèlement, les instruments mis en place par la loi pour lutter contre les discriminations raciales ou fondées sur l'origine offrent aux étrangers des moyens supplémentaires de se défendre contre les comportements discriminatoires. Cette tendance rencontre toutefois des limites : outre que la jouissance d'un certain nombre de droits reste subordonnée à une condition de nationalité, nombreux aussi sont ceux qui sont subordonnés à une condition de séjour régulier au moment même où, parallèlement, le droit au séjour est soumis à des restrictions plus importantes.

a) Contenu substantiel de la législation

45. - Progrès et limites de l'assimilation - Dans la sphère des droits civils, en dépit de l'article 11 du Code civil, jamais abrogé, qui semble poser une condition de réciprocité à l'exercice des droits civils ("*l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra*"), la condition des étrangers est pratiquement alignée sur celle des nationaux. Il est en effet acquis en jurisprudence que les étrangers jouissent en France de tous les droits privés qui ne leur sont pas refusés par une disposition expresse de la loi ; or les lois qui subordonnent l'exercice d'un droit à une condition de nationalité sont désormais extrêmement rares en matière civile.

Dans la sphère économique et sociale, on relève un contraste important entre les droits sociaux, d'un côté, et l'accès à une activité lucrative, de l'autre. En matière sociale - qu'il s'agisse des droits reconnus aux travailleurs ou de la protection sociale - , l'égalité est désormais la règle, et les exceptions ne sont plus que résiduelles, pour autant que les étrangers sont en situation régulière (*V. Fasc. 740*). Dans l'accès à l'emploi, en revanche, les étrangers ne sont pas placés sur un pied d'égalité avec les nationaux puisqu'ils ne peuvent exercer d'activité professionnelle en France que s'ils y sont autorisés et qu'un très grand nombre de professions salariées ou indépendantes leur est fermé (*V. Fasc. 740, n° 26 à 48*).

Enfin, dans la sphère des droits publics et politiques, les étrangers restent exclus du droit de vote ainsi que d'autres droits considérés traditionnellement comme des attributs de la citoyenneté, tel l'accès à la fonction publique ou la participation à l'exercice de la justice, même à titre non professionnel. On constate toutefois là aussi une évolution positive, qui s'est accélérée depuis les années 1980 : ouverture de l'accès à certains corps de la fonction publique et à un nombre croissant d'emplois publics, y compris pour les ressortissants des États tiers, suppression du régime dérogatoire des associations étrangères, droit de vote et d'éligibilité dans différentes instances de représentation ou de participation (entreprise, enseignement, logement...) (*V. Fasc. 745*).

46. - Conditionnalité des droits par rapport au séjour - Le principe de non-discrimination entre nationaux et étrangers voit sa portée restreinte lorsque l'accès à un droit est subordonné à une condition de séjour régulier ou à la détention d'un titre de séjour déterminé. La jouissance d'un certain nombre de droits fondamentaux est de ce fait "indexée" sur le droit de séjourner, qui reste lui-même soumis pour une large part au pouvoir discrétionnaire de l'administration (*V. Fasc. 725*).

Outre le droit de travailler, qui suppose de surcroît une autorisation spécifique (sauf quand le titre de séjour vaut par lui-même autorisation de travailler), le droit aux prestations sociales est presque intégralement soumis à une condition de séjour régulier. Cette condition, introduite en 1986 pour les prestations familiales, a été généralisée par la loi n° 93-1027 du 24 août

regard. Cette condition, introduite en 1988 pour les prestations familiales, a été généralisée par la loi n° 93-1027 du 21 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. La règle - qui supporte de rares exceptions - est qu'un étranger ne peut plus être affilié à la sécurité sociale ni prétendre au versement de prestations s'il n'est pas titulaire d'un titre de séjour, que ce soit en qualité d'assuré social ou d'ayant droit (*CSS, art. L. 115-6*). Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition en estimant que les étrangers ne peuvent se prévaloir du principe d'égalité avec les nationaux que s'ils sont en situation régulière (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993 : Rec. Cons. const. 1993, p. 224*) (*V. Fasc. 740*). La principale exception concerne les prestations liées à un accident du travail ou une maladie professionnelle. Le versement de certaines prestations est subordonné à la détention d'un titre de séjour particulier : il faut être titulaire d'une carte de séjour autorisant à travailler pour avoir droit aux allocations chômage, il faut être titulaire d'un titre de séjour autorisant à travailler (*C. trav., art. R. 351-25*), pour avoir droit au RSA il faut être titulaire soit d'une carte de résident, soit, depuis au moins cinq ans, d'une carte de séjour temporaire autorisant à travailler (*C. action soc. et fam., art. L. 262-4*).

La condition de régularité du séjour vaut également en matière d'aide sociale, mais les exceptions sont ici plus nombreuses, dictées soit par des impératifs de santé publique, soit par des considérations humanitaires. Ainsi, le séjour régulier n'est exigé ni pour les prestations d'aide sociale à l'enfance, ni pour l'admission dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale, ni pour l'aide médicale de l'État, seulement subordonnée à une condition de résidence en France de plus de trois mois (*C. action soc. et fam., art. L. 111-2 et L. 251-1*).

Dans la pratique, toutefois, les étrangers en situation irrégulière ont souvent du mal à exercer les droits dont ils ne sont pas privés par la législation, et cela pour de multiples raisons qui conjuguent leurs effets : parce que l'aide sociale - à l'exception de l'aide médicale - dépend des collectivités locales, et que celles-ci sont réticentes à dépenser de l'argent pour des populations qui ne votent pas, *a fortiori* en situation irrégulière ; parce que les hôpitaux, soumis à de fortes contraintes budgétaires, sont réticents à accueillir des malades sans couverture sociale et dont il n'est pas certain qu'ils obtiendront l'aide médicale ; parce que les étrangers eux-mêmes, lorsqu'ils sont en situation irrégulière, hésitent à s'adresser aux services publics. Il existe donc un ensemble de pratiques illégales qui, de façon parfois ouverte ou plus souvent subreptice, empêchent les étrangers sans titre de séjour d'accéder aux services publics : tels les services des mairies qui réclament le titre de séjour des parents pour inscrire des enfants à l'école, en dépit de la proclamation solennelle du droit à l'instruction par les conventions internationales et le Préambule de 1946, des dispositions du Code de l'éducation qui garantissent à tous l'accès à l'école, y compris en maternelle (*C. educ., art. L. 111-1, L. 111-2, et L. 113-1*) et des circulaires ministérielles qui rappellent ces principes (*V. Fasc. 740, n° 78*).

b) Protection contre les comportements discriminatoires

47. - Répression pénale - Depuis l'intervention de la loi du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, les comportements discriminatoires tombent sous le coup de la loi pénale, qu'ils soient le fait d'un particulier ou d'un représentant de l'administration. Aux termes de l'article 225-1 nouveau du Code pénal, "*constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, (...), de leur apparence physique, (...), de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée*". L'article 225-2 poursuit en énonçant que la discrimination ainsi définie est punie de trois ans d'emprisonnement et 45 000 EUR d'amende lorsqu'elle consiste - notamment - à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, à entraver l'exercice normal d'une activité économique, à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne, à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service ou une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés. L'article 432-7, de son côté, punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 EUR d'amende le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, et pour l'un des motifs énumérés à l'article 225-1, de refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou d'entraver l'exercice normal d'une activité économique.

Ces dispositions protègent les étrangers à un double titre : d'une part en tant que victimes potentielles - et en quelque sorte "privilegiées" - des discriminations raciales au sens strict, c'est-à-dire fondées sur leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée, et d'autre part en tant que victimes d'une discrimination fondée sur leur appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une nation déterminée. La jurisprudence a confirmé que les discriminations fondées sur leur nationalité ou la qualité d'étranger constituaient bien le délit prévu et réprimé par le Code pénal. Par conséquent, le fait de subordonner intentionnellement l'accès à un bien ou à un service à une condition de nationalité ou de refuser d'embaucher une personne pour cette raison est constitutif d'un délit, aggravé lorsqu'il émane d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public.

Si les condamnations prononcées sur le fondement de l'article 432-7 sont rares, on peut néanmoins relever la condamnation pour discrimination raciale, en 1988, du maire de Montfermeil qui refusait l'inscription des enfants de familles étrangères dans les écoles de sa commune ou encore la condamnation du maire de Vitrolles et de son premier adjoint, en 2000, à trois mois de prison avec sursis, 100 000 F d'amende et deux ans d'inéligibilité pour avoir soumis à une condition de nationalité l'attribution d'une "prime de naissance" (*T. corr. Aix, 8 nov. 2000. - CA Aix, 18 juin 2001. - V. aussi infra n° 49, à propos de la mise en cause des services fiscaux de Marseille*).

48. - Code du travail - En ce qui concerne l'emploi, le Code du travail interdit les discriminations à l'embauche et dans le déroulement de la carrière professionnelle : "*aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...), notamment en matière de rémunération (...) de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, (...), de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, (...), de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille (...)*" (C. trav., art. L. 1132-1). Il interdit également d'introduire dans le règlement intérieur des "*dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail (...) en raison de leur origine, (...) de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, (...) de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille (...)*" (C. trav., art. L. 1321-3).

Il en résulte notamment qu'un employeur ne peut refuser d'embaucher un salarié en raison de sa nationalité ou simplement parce qu'il est étranger, ni subordonner une embauche à une condition de nationalité française. À deux réserves près : la première est que l'emploi auquel postule l'étranger ne soit pas soumis par les textes à une condition de nationalité (V. Fasc. 740, n° 38 à 48), la seconde est qu'il soit en possession d'une autorisation de travail, puisque dans le cas contraire l'employeur ne peut l'embaucher sans se mettre lui-même en infraction avec les textes.

49. - Rôle de la Halde - La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, créée par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 (L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004 : *Journal Officiel 31 Décembre 2004*) avec pour mission de "*connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie*", a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires de comportements discriminatoires à l'encontre de personnes de nationalité étrangère.

Ainsi, les services fiscaux de Marseille ont été mis en cause devant elle pour avoir refusé de délivrer des avis d'imposition ou de non-imposition à des travailleurs maghrébins habitant dans des hôtels meublés, lesquels se voyaient ainsi exclure des avantages sociaux subordonnés à la présentation de ces documents. La Halde a reconnu l'existence d'une discrimination indirecte, les pratiques dénoncées ayant pour effet de compromettre l'accès de personnes majoritairement d'origine étrangère à des prestations ou avantages sociaux. Elle a également saisi le parquet de Marseille afin qu'il examine si le délit de discrimination en raison de l'origine était constitué (*Délib. n° 2006-142, 12 juin 2006*).

Elle a été également amenée à se prononcer sur le refus d'une banque d'ouvrir un compte à une personne de nationalité étrangère qui n'était pas en mesure de prouver la régularité de son séjour. Constatant qu'aucune disposition du Code monétaire et financier n'autorise à demander au client d'apporter la preuve de la régularité de son séjour, qu'il s'agisse de l'ouverture du compte ou bien du retrait d'espèces et que cette condition illégale visait - par hypothèse - les seuls clients de nationalité étrangère, elle a estimé que le comportement de l'établissement bancaire revêtait le caractère d'une discrimination prohibée (*Délib. n° 2006-245, 6 nov. 2006*).

La Halde a été saisie à plusieurs reprises des discriminations subies par les migrants outre-mer dans l'accès aux principaux services publics : discriminations dans l'accès à l'éducation en Guyane (*Délib. n° 2009-318, 14 sept. 2009*) ; discriminations dans l'accès aux soins à Mayotte (*Délib. n° 2010-87, 1er mars 2010*).

Les compétences et les pouvoirs de la Halde ont été transférés au Défenseur des droits à compter du 1er mai 2011 par la loi organique et la loi ordinaire du 29 mars 2011.

2° Jurisprudence

50. - Position du problème - L'universalité des droits de l'homme et le principe de non-discrimination qui en est le corollaire impliquent *a priori* que les étrangers jouissent dans les mêmes conditions que les nationaux de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux : liberté d'aller et venir, sûreté, droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de conscience... Comment apprécier, dans ces conditions, la licéité des différences de traitement instituées par le législateur ou l'administration entre étrangers et nationaux ?

Pour apprécier la constitutionnalité ou la légalité du critère de la nationalité, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont appliqué le mode de raisonnement habituel à chaque fois qu'est invoquée une violation du principe d'égalité, qui n'est pas très éloigné de celui de la Cour européenne des droits de l'homme : une différence de traitement n'est pas constitutive d'une discrimination et ne viole pas le principe d'égalité si elle correspond à une différence de situation ou si elle est justifiée par un intérêt général en rapport avec l'objet de la loi, de la réglementation ou du service public en cause. Aux yeux du juge administratif, il est possible de traiter différemment des catégories de personnes entre lesquelles, selon la formule consacrée, existent des "différences de situation appréciable" : à défaut, les différences de traitement doivent être justifiées "par une

nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation ou l'objet du service" ou avec l'objet de la réglementation. Le Conseil constitutionnel, de son côté, a affirmé dans un considérant de principe désormais systématiquement repris, que le principe d'égalité "ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit".

C'est à la lumière de ces principes que les juges ont eu à décider dans quelle mesure les étrangers peuvent se voir refuser certains droits ou voir leurs droits soumis à des restrictions qui ne sont pas imposées aux nationaux. On peut également mentionner la position de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité qui, dans ses délibérations, applique des critères assez similaires.

51. - Jurisprudence constitutionnelle - Le principe de la jouissance par les étrangers des droits fondamentaux a été rappelé très clairement par le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 janvier 1990 : "le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République". Sur ce fondement, il a jugé inconstitutionnelle comme méconnaissant le principe constitutionnel d'égalité une disposition qui soumettait à une condition de nationalité le bénéfice d'une prestation non contributive de sécurité sociale et excluait des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice d'une allocation destinée aux personnes âgées nécessiteuses (*Cons. const., déc. n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, Loi portant dispositions relatives à la sécurité sociale et à la famille : Rec. Cons. const. 1990, p. 33*).

La décision laissait ouverte la question de savoir quels sont ces "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" dont les étrangers ne sauraient être privés. On voit bien, en effet, que, dans certains domaines, le fait d'être étranger justifie d'appliquer des règles différentes de celles qui sont applicables aux nationaux : ainsi, ni l'existence d'une législation spécifique sur l'entrée et le séjour des étrangers, ni la condition de nationalité mise à l'exercice du droit de vote ne posent de problème de constitutionnalité, car il existe indéniablement dans ces domaines - au regard des conceptions aujourd'hui dominantes - une différence de situation entre étrangers et nationaux.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision ultérieure, a précisé que le législateur devait "respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République", ajoutant : "figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés" (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, citée supra n° 46*).

Mais l'affirmation de la jouissance par les étrangers des droits ainsi énumérés n'implique pas qu'ils les exercent dans les mêmes conditions que les nationaux. Tout au contraire, l'affirmation est précédée d'un considérant qui en réduit fortement la portée : le Conseil constitutionnel y rappelle que "les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux", dans la mesure où ils n'ont pas "des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national" et que, par conséquent, "le législateur peut prendre [à leur égard] des mesures spécifiques". Le droit de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers justifie des restrictions aux droits et libertés de ceux-ci (*V. infra n° 55 à 63*) et représente aussi l'obstacle majeur à la réalisation de l'égalité de traitement avec les nationaux.

L'argument tiré de la violation du principe d'égalité est donc systématiquement voué à l'échec dès l'instant où les entraves mises à l'exercice d'un droit peuvent trouver une justification dans la police des étrangers, qu'il s'agisse de l'atteinte portée à la liberté individuelle par la rétention administrative, des contrôles d'identité effectués en dehors des conditions posées par le Code de procédure pénale, ou des restrictions au droit de mener une vie familiale normale.

52. - Jurisprudence administrative - La jurisprudence administrative reflète la même distance entre l'affirmation de la jouissance des droits fondamentaux par les étrangers et la mise en oeuvre effective du principe d'égalité. Ainsi, alors même que le Conseil d'État, dans un arrêt célèbre, a reconnu que "les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale" (*CE, 8 déc. 1978, n° 10097, Gisti*), il admet néanmoins que l'exercice de ce droit peut être entouré d'un certain nombre de conditions - logement, ressources - qui ne s'appliquent pas aux nationaux (*CE, 26 sept. 1986, Gisti : Rec. CE 1986, p. 219*).

53. - Constat d'une discrimination - Le juge a néanmoins eu à trancher plusieurs affaires dans lesquelles, le droit au séjour n'étant pas en cause, il n'a pas hésité à censurer des différences de traitement dans l'accès à des services ou des prestations fondées sur le seul critère de la nationalité, dès lors que l'exclusion des étrangers du bénéfice d'une prestation ou de l'accès à un service n'était justifiée ni par une différence de situation appréciable, ni par une considération d'intérêt général en rapport avec l'objet de la prestation ou du service.

Ainsi le Conseil d'État a-t-il jugé que constituait une discrimination illégale le fait de subordonner le bénéfice d'une allocation de congé parental versée à l'occasion de la naissance d'un troisième enfant - prestation sociale facultative versée par la ville de Paris - à une condition de nationalité (*CE, 30 juin 1989, Ville Paris c/ Lévy : Rec. CE 1989, p. 157*). D'une part, il n'existait aucune différence de situation tenant à la nationalité des parents au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants ; de l'autre, le but poursuivi par l'allocation, qui était de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises, ne pouvait être regardé comme une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation.

Il a de même considéré comme discriminatoire la différence opérée par la loi dans le montant des pensions versées aux anciens combattants selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants : la différence de situation fondée sur la nationalité est en effet sans rapport avec l'objet de la loi, puisque les pensions de retraite constituent des rémunérations différées en rapport avec les fonctions passées (*CE, ass., 30 nov. 2001, cité supra n° 36*).

Le Conseil d'État a jugé encore qu'était illégal le décret réservant aux mères de famille de nationalité française la médaille de la famille française, la nationalité des parents ne constituant pas une différence de situation de nature à justifier une différence de traitement, et celle-ci ne pouvant pas non plus être regardée comme dictée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet honorifique de la mesure (*CE, 17 déc. 2003, n° 248238, Gisti : JurisData n° 2003-066262*).

Il a annulé pour les mêmes raisons un décret qui instaurait une différence de traitement fondée sur la nationalité entre les artisans en refusant aux artisans étrangers la qualité d'électeur et l'éligibilité aux élections des membres de chambres des métiers (*CE, 31 mai 2006, n° 273638, Gisti. - V. Fasc. 740, n° 22*).

Enfin, il a censuré les dispositions du Code rural subordonnant à une condition de nationalité française le bénéfice de certaines aides sociales aux agriculteurs (*CE, 24 janv. 2007, n° 243976, Gisti*).

Méritent également d'être relevées, parce qu'elles concernent un domaine où était en cause, directement ou indirectement, le droit au séjour, les décisions par lesquelles le Conseil d'État a reconnu le caractère discriminatoire des distinctions fondées sur la nationalité pour déterminer le statut des personnes ayant conclu un pacs. Dans une première décision, rendue en 2002, il a censuré la disposition d'une circulaire qui modulait l'exigence d'ancienneté de la communauté de vie pour pouvoir prétendre à la délivrance d'une carte de séjour - fixée respectivement à trois ans et cinq ans - selon que le pacs avait été passé avec un Français ou avec un étranger extracommunautaire (*CE, 29 juill. 2002, n° 231158, Gisti, Femmes de la Terre, LDH*). Par la suite, il a ordonné en référé la suspension d'une circulaire du ministère des Affaires étrangères qui invitait les consulats à refuser d'enregistrer les pacs conclus entre un Français et un étranger - mais non entre deux Français - dans les pays dont la législation réprime les relations homosexuelles, estimant qu'il en résultait une discrimination non justifiée à l'encontre des couples franco-étrangers (*CE, réf., 18 déc. 2007, n° 310837, Gisti et a.*).

54. - Halde - La Halde a été saisie de plusieurs affaires qui l'ont amenée à se prononcer sur des différences de traitement entre étrangers et nationaux instaurées par la loi ou les règlements. Elle a été saisie, notamment :

- du retrait de la qualité d'électeur aux artisans étrangers pour les élections aux chambres des métiers. Elle a estimé que cette différence de traitement ne semblait pas reposer sur des justifications objectives et raisonnables (*Délib. n° 2005-178, 4 juill. 2005*) ;
- du statut des médecins étrangers ou à diplôme étranger, dans lequel elle a relevé des "discriminations fondées sur l'origine dans l'accès à l'emploi et dans l'emploi" (*Délib. n° 2005-56, 27 févr. 2005*) ;
- de la disposition de la loi de 1881 sur la presse relative aux publications étrangères qui ouvre la faculté d'interdire les publications éditées à l'étranger sans en prévoir les motifs - dont elle recommande la "mise en conformité" avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Délib. n° 2006-196, 18 sept. 2006*) ;
- des dispositions de la loi de finances rectificative pour 2002 indexant le montant des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires sur le pouvoir d'achat du pays de résidence, dans lesquelles elle a reconnu l'existence d'une discrimination en raison de la nationalité (*Délib. n° 2006-217 et n° 2006-218, 9 oct. 2006*) ;
- de la carte "famille nombreuse" réservée aux Français, aux ressortissants de l'Union européenne et des pays anciennement sous souveraineté française, restrictions jugées incompatibles avec le principe d'égalité (*Délib. n° 2006-192, 18 sept. 2006*) ;
- de l'arrêté réservant aux ressortissants des États membres de l'Union européenne la possibilité de bénéficier d'une autorisation d'exercice de la profession de technicien de laboratoire d'analyses médicales lorsque les intéressés sont titulaires d'un diplôme européen et non d'un diplôme français - disposition qu'elle a jugée discriminatoire (*Délib. n° 2007-29, 26 mars 2007*) ;
- de la loi portant statut de l'AFP et de son décret d'application qui soumettent à une condition de nationalité française le droit de vote et l'éligibilité au conseil d'administration des journalistes et des autres catégories professionnelles, restrictions contraires aux principes d'égalité et de non-discrimination

garantis par les normes constitutionnelles et communautaires relatives aux conditions de travail (*Délib. n° 2008-69, 14 avr. 2008*) ;

- du décret du 8 septembre 2008 pris pour l'application de la loi dite Dalo (droit au logement opposable). La Halde a estimé que la condition d'une résidence préalable de deux ans imposée aux seuls ressortissants non communautaires pour pouvoir bénéficier du droit à un logement décent et indépendant apparaissait comme un traitement défavorable fondé sur la nationalité, qui n'est pas justifié et proportionné à l'objectif poursuivi par la loi, s'agissant de garantir un logement décent pour les personnes les plus démunies et de faire face à des situations d'urgence (*Délib. n° 2009-385 et 2009-386, 8 déc. 2009*).

Il est trop tôt pour savoir si le transfert des compétences et des pouvoirs de la Halde au Défenseur des droits, à compter du 1er mai 2011, aura une influence sur cette jurisprudence qui s'est révélée particulièrement protectrice dans le domaine des discriminations fondées sur la nationalité.

III. - Police des étrangers et libertés

55. - Généralités - Si les étrangers jouissent en principe des mêmes droits et libertés fondamentaux que les nationaux, ils ne les exercent pas dans des conditions d'égalité, comme on vient de le voir, notamment parce que cet exercice subit des entraves découlant de l'incidence des règles régissant l'entrée et le séjour des étrangers - dont l'ensemble constitue la "police des étrangers" (A). La politique dite de "maîtrise des flux migratoires" menée depuis une trentaine d'années a par ailleurs conduit à la multiplication des dispositions de type répressif qui restreignent inéluctablement les libertés individuelles (B). Et si parallèlement le rôle du juge a été renforcé, ce renforcement a des effets ambivalents (C).

A. - Impact de la police des étrangers sur l'exercice des droits fondamentaux

56. - Étendue des restrictions - L'examen du droit positif permet de constater l'étendue des contraintes imposées exclusivement aux étrangers et qui restreignent d'autant l'exercice des droits fondamentaux. Ainsi, la liberté de circulation transfrontière est entravée par l'exigence du visa. La liberté de circuler à l'intérieur du territoire français et d'y choisir librement sa résidence est limitée par le droit qu'a le ministre de l'Intérieur d'interdire à un étranger de résider dans certains départements ou encore d'assigner à résidence celui qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière. Les étrangers, contrairement aux Français, sont tenus de déclarer aux autorités tout changement de résidence. Ils peuvent faire l'objet de contrôles d'identité en dehors des conditions prévues par le Code de procédure pénale (sur les entraves à la liberté d'aller et venir, *V. Fasc. 730, n° 23 à 36*).

Si le droit de ne pas être détenu arbitrairement s'applique à eux comme aux nationaux, ils peuvent être placés en rétention administrative - et donc privés de liberté - en dehors de toute procédure pénale et même en l'absence de toute infraction pénale, dès lors qu'ils sont sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé (expulsion, reconduite à la frontière, obligation de quitter le territoire français, interdiction du territoire français) (sur le régime de l'enfermement, *V. Fasc. 730, n° 52 à 72*).

Leur liberté de se marier est en principe entière, mais la crainte de la fraude a conduit à placer le mariage des étrangers sous haute surveillance dès lors qu'il est susceptible d'engendrer un droit au séjour. Les plus hautes juridictions ont affirmé solennellement que les étrangers avaient droit, comme les nationaux, au respect de leur vie privée et familiale et au droit de mener une vie familiale normale ; mais ce droit est sévèrement restreint par les conditions strictes mises au regroupement familial et à la délivrance de titres de séjour aux membres de famille de ressortissants français et par la menace de l'éloignement. Car le droit au respect de la vie privée et familiale doit se concilier non seulement avec les impératifs de l'ordre public mais aussi avec les exigences de la maîtrise des flux migratoires (sur le droit au respect de la vie privée et familiale, *V. Fasc. 735*).

57. - Licéité au regard du droit international - Au regard du droit international, y compris au regard des conventions relatives aux droits de l'homme, aucun État n'est tenu d'accepter l'entrée ou la présence sur son territoire d'un individu qui n'est pas son national : c'est là le corollaire de sa souveraineté. Les textes sont sans ambiguïté (souligné par nous) : "*toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays*" (*DUDH, 10 déc. 1948, art. 13, § 2*) ; "*nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays*" (*Pacte international droits civils et politiques, art. 12, § 4*) ; "*nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant*" (*CEDH, Prot. n° 4, art. 3, § 2*).

La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises que ni la convention ni le Protocole n° 4 ne garantissaient le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays déterminé. Un État peut donc, sans violer ses obligations, interdire à un étranger l'accès à son territoire ou le contraindre à le quitter, et de façon générale il est libre de réserver l'accès de son territoire à ceux qui satisfont aux conditions posées par sa réglementation nationale ou par les conventions internationales particulières auxquelles il est partie.

Il en est ainsi alors même que l'exercice de cette prerogative peut entraîner une ingérence dans un droit garanti, sous réserve que la

mesure soit justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour a encore réaffirmé en termes très fermes, dans un arrêt récent, pour donner raison à l'État défendeur alors que les circonstances auraient pu l'inciter à admettre le bien-fondé de la requête, que l'article 8 de la convention ne pouvait conférer "à une quelconque catégorie d'étrangers un droit absolu à la non-expulsion" pour justifier une mesure d'éloignement (*CEDH, [GC], 18 oct. 2006, n° 46410/99, Ünner c/ Pays-Bas*). Les prerogatives de l'État ne cèdent que lorsqu'est en cause un droit intangible : ainsi, s'il y a des motifs sérieux de croire qu'un étranger court un risque réel d'être soumis, dans le pays de destination, à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants, l'éloignement est impossible, quel qu'ait été le comportement de l'intéressé et quel que soit le danger qu'il représente pour l'ordre public (*CEDH, 15 nov. 1996, Chahal c/ Royaume-Uni. - V. aussi Fasc. 730, n° 81 et 82*).

Le caractère absolu de la protection apportée par l'article 3 a toutefois été remis en cause par un arrêt plus récent de la Cour : dans un arrêt de Grande Chambre, elle a jugé que l'expulsion d'une femme atteinte par le sida vers l'Ouganda ne violait pas l'article 3 dès lors que le traitement est théoriquement disponible dans le pays d'origine, même si on a la certitude que l'intéressé ne pourra y avoir accès en raison de son défaut de ressources et s'il est avéré que l'espérance de vie de la requérante aura à pâtir de son expulsion (*CEDH, 27 mai 2008, N. c/ RU*).

58. - Licéité au regard des principes constitutionnels - Le Conseil constitutionnel, en fixant ce que la doctrine a appelé le "statut constitutionnel" de l'étranger, a rappelé à son tour qu'"aucun principe ni 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 "les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques" (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, citée supra n° 46*).

Ces "mesures de police administrative" justifient donc des restrictions aux libertés. Ainsi, tout en reconnaissant que les étrangers pouvaient se réclamer de la liberté individuelle garantie par la Déclaration des droits de l'homme et par l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins admis la constitutionnalité de certaines formes spécifiques de privation de liberté pour les étrangers - telle la rétention administrative, destinée à garantir le départ effectif des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire, ou le maintien en zone d'attente auxquels l'accès au territoire est refusé - dès lors qu'elle est placée sous le contrôle du juge judiciaire. À ses yeux, il n'y a violation de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle que si l'intervention du juge judiciaire est trop tardive (*Cons. const., déc. n° 79-109 DC, 9 janv. 1980 : Rec. Cons. const. 1980, p. 29*) ou si la durée de la rétention est trop longue (*Cons. const., déc. n° 86-216 DC, 3 sept. 1986 : Rec. Cons. const. 1986, p. 135. - V. aussi Fasc. 730, n° 53 à 57*). Il a encore réitéré cette affirmation dans sa décision du 9 juin 2011. Mais il n'en a pas moins jugé conforme à la constitution le fait que le juge des libertés et de la détention ne soit saisi qu'au bout de cinq jours (au lieu de quarante-huit heures précédemment) ainsi que l'allongement de la durée maximale de la rétention à quarante-cinq jours - après avoir admis, dans ses décisions précédentes, qu'elle soit portée successivement à dix jours, quatorze jours et trente-deux jours (*Cons. const., déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*).

De même, la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs s'exerce "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" (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, citée supra n° 46*). Le Conseil d'État s'était déjà prononcé en ce sens, en ne jugeant pas incompatible avec le droit de mener une vie familiale normale le fait d'entourer son exercice d'un certain nombre de conditions et d'interdire la régularisation sur place des familles (*CE, 26 sept. 1986, Gisti, cité supra n° 52*). D'une façon générale, "il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et les exigences de la liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale" (*Cons. const., déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997 : Rec. Cons. const. 1997, p. 45*).

B. - Impact de la dimension répressive des politiques d'immigration sur les libertés

59. - Si la police des étrangers entre inéluctablement en conflit avec les libertés, l'accent mis depuis une trentaine d'années sur la "maîtrise des flux migratoires" a accentué le déséquilibre entre les prerogatives des États et les droits des étrangers, au détriment de ceux-ci. La volonté de prévenir et de réprimer l'immigration irrégulière a conduit à conférer à l'administration en général et à la police en particulier des moyens accrus de surveillance et de contrôle, qui ont nécessairement des conséquences négatives sur les libertés individuelles.

On peut citer à cet égard :

- l'extension des possibilités d'interpellation en vue de contrôler l'identité des personnes dans le cadre prévu par le Code de procédure pénale ou de contrôler les documents de séjour des étrangers en dehors de ce cadre (*V. Fasc. 730, n° 29 à 36*) ;
- la multiplication des fichiers, tant au plan interne qu'euro-péen, qui intègrent un nombre croissant de données, y compris biométriques, avec possibilité d'interconnexion et extension des destinataires des

informations collectées. La finalité de ces fichiers va bien au-delà de l'objectif traditionnel de sécurité

publique assigné aux fichiers de police : ils poursuivent des objectifs aussi divers que le suivi du séjour, la lutte contre la fraude, le repérage et l'éloignement des irréguliers, le maintien à distance ou l'éloignement des étrangers indésirables (*V. Fasc. 730, n° 37 à 51*) ;

- la possibilité de priver de liberté les étrangers à qui l'entrée sur le territoire est refusée (zones d'attente) ou en instance de départ forcé (rétention), avec allongement progressif de la durée autorisée de l'enfermement (*V. Fasc. 730, n° 52 à 72*) ;
- la multiplication des délits et la sévérité croissante des peines sanctionnant le séjour irrégulier (*V. Fasc. 725, n° 71 et 90*).

C. - Ambivalence de la fonction dévolue au juge

60. - Sens de l'évolution - La police des étrangers était naguère abandonnée au pouvoir discrétionnaire - pour ne pas dire arbitraire - de l'administration. Le juge administratif, soucieux de ne pas s'immiscer dans ce domaine dit de "haute police", considéré comme particulièrement sensible, n'exerçait qu'un contrôle minimum sur les mesures concernant les étrangers. Désormais, les pouvoirs et l'action de l'administration, mieux encadrés par les textes législatifs et internationaux, se trouvent placés sous le contrôle du juge constitutionnel, des juges européens, du juge administratif, et même du juge judiciaire.

Le juge est donc là pour rappeler le législateur et l'administration au respect des règles et principes de valeur supérieure et pour donner aux étrangers les garanties de procédure indispensables dans un État de droit. Mais en même temps qu'il encadre l'application des textes qui renforcent la répression du séjour irrégulier et restreignent les libertés individuelles, le juge participe lui-même à leur application. Il leur confère de surcroît une légitimité qui peut inciter les pouvoirs publics à rendre toujours plus sévère le dispositif existant. Ce constat concerne, sous des formes variables, aussi bien le Conseil constitutionnel que le juge administratif ou le juge judiciaire.

61. - Rôle du Conseil constitutionnel - S'agissant du Conseil constitutionnel, force est de constater qu'il a finalement entériné les modifications législatives successives allant dans le sens d'une plus grande sévérité, se bornant ici à invalider une disposition ponctuelle, là à formuler une réserve d'interprétation. Il a certes imposé une limite de durée à la privation de liberté d'un étranger et imposé que le juge judiciaire puisse seul prolonger cette privation de liberté au-delà de deux ou quatre jours selon les cas. Mais il a progressivement cédé sur la durée de rétention et a accepté que les pouvoirs du juge judiciaire soient réduits au point que, dans 99 % des cas, la prorogation du maintien en rétention ou en zone d'attente est prononcée. L'intervention du juge apparaît moins ici comme une garantie de la liberté individuelle que comme l'alibi de l'État de droit.

De façon générale, le rôle modérateur qu'a pu exercer le Conseil constitutionnel ne peut pas être dissocié de la caution qu'il a globalement accordée aux restrictions apportées aux droits des étrangers au nom de la politique de maîtrise des flux migratoires. La décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, dont on considère qu'elle a posé les bases du statut constitutionnel des étrangers, est à cet égard emblématique : tout en prenant soin d'énumérer les droits fondamentaux dont les étrangers ne peuvent être privés - mais dont on peut restreindre l'exercice - il a affirmé avec force non seulement l'absence de droit d'entrée et de séjour sur le territoire national, mais aussi la possibilité pour le législateur de conférer à l'autorité publique "des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques". La distinction entre nationaux et étrangers, certes constitutive de l'État nation, est ici convertie en principe juridique déterminant et incontestable.

62. - Développement du contentieux administratif - Le juge administratif, de son côté, a accepté d'exercer un contrôle de plus en plus étendu sur les mesures prises par l'administration. Faisant prévaloir en de multiples occasions une interprétation libérale des textes, appuyée le cas échéant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sa jurisprudence a permis de conférer aux étrangers des droits et garanties allant au-delà de ceux qui étaient expressément prévus par la loi.

Mais si les progrès accomplis au cours des trente années écoulées sont indéniables, un jugement global porté sur le rôle du juge administratif au regard de sa fonction de protection des droits et libertés conduit à une appréciation plus nuancée. Car si les principes posés sont protecteurs, l'application qui en est faite l'est souvent beaucoup moins : qu'il s'agisse de l'atteinte portée au respect de la vie privée et familiale ou des risques encourus dans le pays d'origine, pour reprendre deux exemples emblématiques des avancées jurisprudentielles, l'examen des décisions rendues montre que le juge a tendance à sous-évaluer cette atteinte ou ces risques et se montre finalement plus attentif au respect des prérogatives administratives et aux nécessités de la politique de maîtrise des flux migratoires qu'à la protection des droits des étrangers.

Par ailleurs, la place considérable que le contentieux des étrangers en est venu à occuper dans l'ensemble du contentieux administratif est elle-même susceptible d'interprétations contradictoires. Ce phénomène peut être certes interprété comme le signe d'un renforcement de l'État de droit, l'augmentation du nombre des recours correspondant à l'amélioration du contrôle juridictionnel. Mais le développement du contentieux reflète surtout la précarisation du droit au séjour des étrangers : multiplication des refus de visas, des refus de séjour, des mesures d'éloignement.

63. - Rôle du juge judiciaire - La législation sur les étrangers se caractérise par le rôle important dévolu au juge judiciaire, tant civil que pénal. Le juge civil est compétent pour prolonger la rétention et le maintien en zone d'attente en tant que gardien de la liberté individuelle (*V. supra n° 58 et Fasc. 730, n° 57*). La Cour de cassation a réussi, par une interprétation plus audacieuse que celle du Conseil constitutionnel, à rétablir au profit du juge judiciaire les prérogatives que le législateur avait entendu lui ôter, c'est-à-dire le pouvoir de remettre en liberté l'étranger maintenu en rétention. Reste que, comme on l'a relevé plus haut, on peut difficilement considérer comme une garantie effective de la liberté individuelle l'intervention du juge judiciaire lorsqu'elle aboutit de façon quasi systématique à prolonger la privation de liberté.

Quant au juge pénal, il se trouve associé de façon encore plus directe à la politique de contrôle des flux migratoires, dès lors que le séjour irrégulier a été érigé en délit et que la loi a donné aux tribunaux correctionnels la possibilité de prononcer des peines de plus en plus sévères, assorties d'interdictions du territoire de longue durée, à l'encontre des étrangers qui enfreignent la législation sur le séjour (*V. Fasc. 725, n° 71 et 90*). Les instructions adressées périodiquement aux parquets par la Chancellerie montrent que le Gouvernement entend faire du juge un acteur essentiel de la politique de lutte contre l'immigration irrégulière, qui est clairement annoncée comme l'une des priorités de la politique pénale des pouvoirs publics. On peut se demander si cette conception du rôle du juge est compatible avec ce qui doit être sa fonction première dans un État de droit : veiller au respect des procédures légales et à la garantie des droits des individus.