



HAL
open science

Les droits et libertés fondamentaux des étrangers

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Les droits et libertés fondamentaux des étrangers. Thierry-Serge Renoux. Protection des libertés et droits fondamentaux, 22, Documentation française, 2011, Les notices. hal-03909096

HAL Id: hal-03909096

<https://hal.science/hal-03909096>

Submitted on 8 Feb 2023

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

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

Copyright

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

Notice 22

Les droits et libertés fondamentaux des étrangers

La dialectique entre droits fondamentaux et étrangers est marquée par un paradoxe difficilement surmontable. En leur qualité d'êtres humains, les étrangers sont titulaires de l'ensemble des droits de l'homme. En leur qualité de non-national, et par suite non citoyens, ils ne bénéficient pas dans un Etat nation d'un ensemble de droits attachés à ces qualités et en particulier pas du droit général et absolu d'entrer, de séjourner et de ne pas être éloignés du territoire dont ils ne sont pas ressortissants.

La période la plus récente est toutefois marquée par des progrès remarquables s'agissant de l'admission des étrangers aux différents droits et libertés collectifs et par un approfondissement du principe d'égalité à leur égard. On assiste parallèlement à une régression marquée de la jouissance effective des droits et libertés attachés à la personne qui se trouvent prise dans l'étau des politiques sélectives et répressives.

« Etranger, de quel droit es-tu là ? de quel droit demeures-tu parmi nous, occupes-tu nos emplois, profites-tu de nos écoles et de nos hôpitaux ? Mais aussi : de quel droit te déclare-t-on étranger ? De quel droit te refuse-t-on l'accès de notre territoire, t'exclut-on de nos bureaux de vote ? ». C'est en ces termes que Danièle Lochak traduisait en 1985 « la dialectique entre le principe d'assimilation et le principe de différenciation » qui sous-tend l'ensemble de la condition de l'étranger¹. Tantôt l'étranger est saisi par le droit en tant qu'être humain, qui jouit à ce titre de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux reconnus à tous sans distinction de nationalité ; tantôt, à l'inverse, il est saisi comme non national et, par suite, comme non-citoyen, et à ce titre non bénéficiaire en règle générale des droits civiques et politiques, mais aussi souffrant d'une réduction d'un certain nombre de droits et libertés et en premier lieu de la liberté d'aller et venir. En vertu du principe de souveraineté, un Etat est en effet en droit de contrôler l'entrée, le séjour des non-nationaux et éventuellement de les expulser de son territoire.

Toutefois, la ligne de partage entre ce qui, conceptuellement, relève des droits de l'homme et ce qui relève des prérogatives du citoyen s'avère en pratique difficile à tracer avec certitude et une fois pour toutes². Il n'existe pas non plus de vision uniforme de la classification des droits fondamentaux et de leur titularité³. Il est dès lors malaisé de déterminer précisément quels sont les droits et libertés qui sont strictement attachés à la qualité de citoyen, car ce sont des droits civiques et politiques, et ceux qui sont interdits aux étrangers uniquement parce qu'il s'agit de réserver au national un domaine d'exclusivité. A en croire les auteurs « classiques », comme Maurice Hauriou, la condition des étrangers est caractérisée par une opposition entre les « droits politiques », dont l'étranger est totalement exclu, et les « droits individuels civils », pour lesquels il est « assimilé aux nationaux ». Il jouissait en particulier, à l'époque du doyen de Toulouse, « de la liberté de pénétrer en France, d'y séjourner, d'y circuler (...) » tandis que certaines de ses libertés collectives étaient restreintes (libertés d'association, syndicale, d'expression, etc.)⁴. Or, si l'on regarde l'évolution récente on constate des progrès remarquables s'agissant de l'admission des étrangers aux différents droits et libertés collectifs, y compris dans une dimension politique. L'étranger, particulièrement le citoyen de l'Union européenne (et assimilés)⁵, est de plus en plus placé sur un pied d'égalité avec les nationaux. Parallèlement l'accumulation de législations nationales et européennes sur l'immigration de plus en plus répressives marquent une régression marquée de la jouissance effective des libertés attachées à la personne.

¹ D. Lochak, *Etrangers : de quel droit ?*, PUF, 1985, p.7.

² D. Lochak, « La citoyenneté : un concept juridique flou » in D. Colas et a. (dir.), *Citoyenneté et nationalité : Perspectives en France et au Québec*, PUF, 1991, p.183.

³ V. pour un exposé clair sur cette question : X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p.123.

⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1929, p. 646.

⁵ Les ressortissants de l'Espace économique européen et les Suisses bénéficient d'une assimilation avec les citoyens de l'UE en application d'accords d'association.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

LE PROGRES DES DROITS POLITIQUES ET DES LIBERTES COLLECTIVES

Pendant longtemps, la condition des étrangers a été caractérisée par un certain nombre de régimes juridiques spécifiques aux étrangers. Souvent hérités de la fin du XIXe siècle et aggravés dans les années trente, ils restreignaient l'exercice de certains droits et libertés collectifs surtout s'ils avaient une dimension politique. Ce n'est que dans une période récente, avec l'admission des citoyens de l'Union européenne à certains attributs de la citoyenneté et sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que ces scories du passé ont pu être effacées.

Droits civiques et politiques : un exclusivisme atténué avec l'admission des citoyens européens

En France, les droits civiques et politiques inséparables de l'exercice de la souveraineté sont strictement réservés aux citoyens français (CC, déc. n° 92-308 DC du 09 avril 1992). Cet exclusivisme politique a connu quelques exceptions dans l'histoire constitutionnelle française (1792-1793) qui apparaissent comme une « *curiosité juridique* »⁶. Toutefois, depuis le début des années 1990 on a assisté à une ouverture aux citoyens de l'UE d'emplois de la fonction publique qui sont « séparables de l'exercice de la souveraineté » (CC, déc. n° 91-293 DC, 23 juill. 1991) ainsi que du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes (v. article 88-3 issu de LC n° 92-554 du 25 juin 1992). Cette évolution n'est pas sans interroger l'exclusion des ressortissants de pays tiers de ces mêmes droits⁷.

Ainsi sur le fondement des accords d'association entre l'UE et la Turquie, la Cour de Luxembourg a jugé discriminatoire une législation qui excluait les ressortissants étrangers des droits électoraux dans des chambres professionnelles en Autriche car les prérogatives de puissance publique détenues ne sont pas prépondérantes (CJCE, 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam Zajedno*). Dans le même sens, le Conseil d'Etat a annulé un décret excluant les ressortissants des pays tiers du droit de vote et d'éligibilité aux chambres des métiers car les prérogatives de ces élus ne sont pas « *d'une nature et d'une ampleur telles* » qu'elles justifient cette mise à l'écart (CE, Ass. 31 mai 2006, *Gisti*). Les étrangers sont également électeurs et éligibles dans les conseils d'administration des établissements publics comme par exemple les conseils de parents d'élèves (CE 20 janv. 1975, *Élection des représentants du personnel au CA du CES Mauriac à Louvres*) ou d'université (D. n°85-59 du 18 janvier 1985) ou encore aux chambres de commerce et d'industrie (C. com., art. L. 713-3 modif. par L. n° 2010-853 du 23 juil. 2010). Ils sont aussi, comme n'importe quel salarié ou employeur, électeurs aux prud'hommes mais pas éligibles car les conseillers prud'hommes rendent la justice (C. trav., art. L. 1441-1). Le Conseil constitutionnel a en effet estimé que le législateur ne saurait en principe confier à des personnes de nationalité étrangère des fonctions juridictionnelles qui sont « inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale » (CC, déc. n° 98-399 DC, 5 mai 1998).

L'effacement récent des scories du passé

Si l'étranger jouit de tous les droits civils dans les mêmes conditions que les nationaux (C. civ, art. 7), ses libertés économiques sont limitées non seulement par les règles d'entrée, de séjour et d'obtention des autorisations de travail mais aussi par le fait d'un nombre conséquent de professions et emplois sont réservés aux seuls nationaux. On assiste toutefois dans une période récente à une disparition progressive de ces restrictions⁸. Les étrangers ont aussi longtemps subi des restrictions, plus ou moins fondées, de leurs droits et libertés collectifs qui ont été, quant à elles, totalement effacées.

⁶ R Chapus, « La participation des étrangers aux élections municipales dans les pays de la CEE », in Colloque de Louvain-la-Neuve, *Studi Emigrazione*, 1978, p.113.

⁷ S. Slama, « Le droit de vote des étrangers est inéluctable », *Non fiction.fr*, 24 février 2011.

⁸ S. Slama, « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité » in *Gisti, Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009, p.99.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

Le lent déclin des droits, professions et emplois réservés aux seuls nationaux

Jusqu'à une période récente, un nombre considérable de professions et d'emplois étaient fermés aux étrangers, souvent pour des motifs tenant à la volonté de « protéger » les nationaux de la concurrence étrangère ou, à certaines époques, par xénophobie ou antisémitisme. Au-delà même de la fonction publique, l'exclusion des étrangers, parfois atténuée par une condition de réciprocité, s'est étendue par contagion à la plupart des emplois du secteur public et nationalisé (SNCF, EDF-GDF, etc.) mais aussi, dans le secteur privé, à une liste longue et hétéroclite d'une cinquantaine de professions (avocat, offices ministériels, architectes, emplois de la sécurité, débitants de tabac, débitants de boisson, directeur de pompes funèbres, patron-coiffeur, etc.) et un total, fonction publique comprise, de six millions d'emplois⁹.

Toutefois, on constate une ouverture progressive non seulement aux citoyens de l'UE et assimilés (v. récemment l'ouverture aux capitaines et second de navire battant pavillon français : CJCE, 30 sept. 2003, *Anker* et 11 mars 2008, *Commission c/ France* et aux notaires : CJUE 24 mai 2011, *Commission c/ Belgique et Commission c/ France*) mais aussi, dans une moindre mesure, aux ressortissants de pays tiers (emplois de la sécurité sociale, RATP, professions médicales, secteur des assurances, bancaire ou de la finance, etc.). La HALDE¹⁰ a recommandé plus largement de supprimer la condition de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique, à l'exception de ceux exigeant l'exercice de prérogatives de puissance publique (délib. n° 2009-139 du 30 mars 2009), comme pour les citoyens de l'UE.

Il en est de même pour un certain nombre de droits : carte famille nombreuse de la SNCF¹¹, médaille de la famille française (CE, 17 déc. 2003, *Gisti*), etc. Il a pourtant fallu plus de quarante années de contentieux pour aboutir à un rétablissement de l'égalité des droits au bénéfice des anciens fonctionnaires civils et militaires des anciens territoires sous souveraineté française dont les pensions avaient été « cristallisées » lors de la décolonisation. A chaque fois qu'une décision de principe a constaté le caractère discriminatoire des législations adoptées depuis 1958 (Comité droits de l'homme 3 avr. 1989, *Gueye c/ France* ; CE, Ass., 30 nov. 2001, « *Diop* »¹²; CJCE 13 juin 2006, *Echouikh* ; délib. HALDE du 9 octobre 2006, 5 mars 2007 et 31 mars 2008), une législation ou une jurisprudence défavorables (CE, Ass., avis, 15 avr. 1996, *Doukouré*¹³ ; CE Sect. 18 juillet 2006, *Gisti* et avis *Ka* ; CE 7 févr. 2008, *Dme Vve Baomar*) sont venues retarder l'inéluctable rétablissement de l'égalité entre anciens combattants français et les « Indigènes ». Ce contentieux a d'ailleurs été l'objet de la première QPC transmise au Conseil constitutionnel et il a conclu, dans une décision en demi-teinte, à l'inconstitutionnalité des législations de 2002 et 2006 qui avaient maintenu des différences de traitement injustifiées entre pensionnés français et étrangers (CC, déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010 *consorts Labane*). L'intervention du législateur fin 2010, utilement complétée par une importante décision du Conseil d'Etat (CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*), a été nécessaire pour clore ce chapitre peu glorieux de la décolonisation mais sans solder complètement les comptes du passé¹⁴. Ce mouvement bénéficie aussi aux Harkis et autres anciens supplétifs étrangers qui bien qu'ayant, eux-aussi, combattu du côté de l'armée française ont été écartés du bénéfice de certaines prestations et indemnités allouées aux anciens de la guerre d'Algérie. Dans le cadre de leur contrôle respectif, le Conseil d'Etat (CE, 6 avr. 2007, *Comité Harkis et Vérité*) et le Conseil constitutionnel ont constaté le caractère discriminatoire des dispositions législatives en cause (CC, déc. n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène Aoued* ; CC, déc. n° 2010-93 QPC du 04 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*).

⁹ Pour un bilan récent : Rapport Goldberg, Doc. AN n° 2594, 9 juin 2010.

¹⁰ Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, absorbée depuis mi-2011 dans le Défenseur des droits.

¹¹ Une condition de nationalité française ou d'appartenance à un pays de l'ancien empire colonial français a été maintenue jusqu'à 2007 (CJCE, 30 septembre 1975, *Cristini* ; CE, 22 oct. 2003, *GISTI et LDH*).

¹² Cf. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (« GAJA »), Dalloz, 17e éd., n° 110, p. 827.

¹³ *RFDA* 1996, p. 808, concl. contr. Ph. Martin.

¹⁴ Les requêtes introduites par des veuves d'anciens combattants devant la Cour EDH ont été radiées du rôle suite à des arrangements à l'amiable avec le gouvernement français le 22 mars 2011.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

Ces décisions qui abolissent le critère de nationalité témoignent aussi plus largement du déplacement de la frontière de la « titularité » des droits sociaux¹⁵. La condition de nationalité est désormais prohibée dans des jurisprudences de principe de toutes les juridictions dans un bel unanimité (CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ Lévy* ; CC, déc. n° 89-269 DC, 22 janv. 1990; Cass. soc., 7 mai 1991, *Mazari* ; CJCE 5 avril 1995, *Krid c/ CNAVTS* ; CEDH, 16 déc. 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* ; Cass. soc. 14 janv. 1999, *Bozkurt* ; CEDH 30 sept. 2003, *K. Poirrez c/ France*). Mais, parallèlement, ces mêmes cours ont toutes admis la validité des critères de résidence (CEDH, G.C. 16 mars 2010, *Carson c/ Royaume-Uni*) et de régularité du séjour (CC, déc. no 93-325 DC, 13 août 1993 ; CE, 29 juillet 1993, *Gisti* ; CEDH, 25 oct. 2005, *Niedzwiecki c/ Allemagne*) ou, dans certains cas, d'exigence d'un titre de séjour particulier (CC, déc. n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011 *M. Zeljko S.*) ou d'un statut migratoire spécifique (CEDH, 27 sept. 2011, *Bah c. Royaume-Uni*). Sur la question de l'accès des enfants étrangers, il existe des discordances. Alors que toute restriction à l'accès à l'aide médicale d'Etat a été écartée sur le fondement de la charte sociale européenne (CEDS, 8 sept. 2004, *FIDH c/ France*) ou de l'article 3-1 de la CIDE (CE 7 juin 2006, *Aides*) pour les enfants de sans-papiers ; la Cour de cassation a admis de manière critiquable¹⁶ la mise à l'écart des prestations familiales des enfants entrés en dehors du regroupement familial (Cass. ass. plén., 3 juin 2011, *O. et a. c/ CAF d'Ille-et-Vilaine et a.*).

L'établissement de l'égalité dans l'exercice des droits et libertés collectifs

On peut affirmer aujourd'hui que les étrangers bénéficient dans les mêmes conditions que les nationaux des droits et libertés collectifs garantis par les normes internationales et constitutionnelles. C'est à partir des années soixante-dix que le législateur a commencé à supprimer les restrictions qui avaient souvent été instaurées par les grandes lois libérales du début de la III^e République. Ainsi, s'agissant de la liberté syndicale, la loi du 27 juin 1972, complétée par une loi « Auroux » 28 octobre 1982, reconnaît à tout étranger l'électorat et éligibilité aux comités d'entreprise et aux fonctions de délégués du personnel (v. déjà au bénéfice des Algériens : Cass., soc., 18 mai 1971). La loi du 11 juillet 1975 a permis aux étrangers d'être désignés comme délégués syndicaux et même de participer aux fonctions d'administration et de direction des syndicats dont ils avaient été écartés par la loi de 1884 *sur la liberté syndicale*. Les étrangers, y compris ceux en situation irrégulière, bénéficient aussi du *droit de grève* comme en témoignent les mouvements de grève de travailleurs sans-papiers depuis 2007¹⁷.

S'agissant de *la liberté d'association*, un décret du 9 octobre 1981 a aboli le régime dérogatoire des associations étrangères issu de l'article 12 de la loi du 1er juillet 1901 et aggravé par le décret du 12 avril 1939. L'affaire, bien connue, « *Amicale des annamites de Paris* », constitue d'ailleurs une application de ces textes puisque le ministre de l'Intérieur avait constaté la nullité d'une association indépendantiste « dont les dirigeants et les membres étaient composés de ressortissants vietnamiens ». Néanmoins, le conseil d'Etat annula l'arrêté ministériel car l'article 81 de la Constitution de 1946 garantissait aux citoyens de l'Union française la jouissance des droits et libertés du préambule, au nombre desquels figure le PFRLR de liberté d'association (CE, Ass., 16 juillet 1956).

Mais la restriction la plus connue¹⁸ porte sur la liberté d'expression. L'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 *sur liberté de la presse* instaurait un régime de « censure administrative » des écrits étrangers¹⁹. Cette disposition maintenait pour ces publications un régime préventif (interdiction par le conseil des

¹⁵ S. Slama, « Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens » in D. Roman, *Les titulaires des droits sociaux*, Lextenso (à paraître).

¹⁶ J.-P. Lhernould, « Les prestations familiales pour les enfants d'étrangers : le droit constitutionnel face au droit international », *JCP* 2010. 1240 ; A. Devers, « Subordonner le versement de prestations familiales à l'entrée régulière des enfants étrangers en France est licite », *JCP S.* 2011, 1380.

¹⁷ O. Leclerc et C. Wolmark, « La grève des salariés sans-papiers : aspects juridiques », *RDT* 2009. 177 ; S. Slama, « Travailleurs sans-papiers : un droit de grève bridé ? », *Droit ouvrier*, janv. 2011, p.65 ; L. Isidro, « La grève des travailleurs sans-papiers. Réflexions sur l'occupation », *RDT* 2011. 363.

¹⁸ L'arrêt « Maspero I » de 1973 a longtemps figuré au *GAJA* (v. sur sa disparition v. les « regrets » de Guy Braibant, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA* 2006.1428).

¹⁹ J. Duffar, « La censure administrative des écrits étrangers », *RDP* 1986.562.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

ministres)²⁰ alors que pour les autres elle a établi un régime répressif, plus protecteur, puisqu'il exige l'intervention du juge judiciaire. Dans le contexte de l'avant-Deuxième Guerre mondiale, un décret-loi du 6 mai 1939 a durci ce régime préventif en permettant au seul ministre de l'Intérieur d'interdire en France les journaux ou écrits « rédigés en langue étrangère » mais aussi « de provenance étrangère rédigés en langue française imprimés à l'étranger ou en France ». Le Conseil d'Etat a d'abord validé une conception large de cette notion (CE, 17 déc. 1958, *Olympia Press*) tout en renforçant son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation (CE 2 nov. 1973, *Librairie Maspéro*). Après avoir tergiversé à appliquer l'article 11 de la Conv. EDH (CE Ass. 30 janvier 1980, « *Librairie Maspéro II* » ; CE, 17 avril 1985, *Les Editions des Archers* », il a ensuite fini par adopter le contrôle entier développé par le juge européen mais a estimé non disproportionnée l'interdiction par le ministre de l'Intérieur d'une publication autonomiste basque (CE, 9 juill. 1997, *Ekin*). Mais, dans la même affaire, la Cour de Strasbourg prononça l'arrêt de mort de ce régime en condamnant la France (CEDH 17 juillet 2001, *Ekin c/ France*). Le Conseil d'Etat n'eût plus qu'à constater la contrariété du décret-loi de 1939 – jamais ratifié par le Parlement – à l'article 10 de la Convention compte tenu de la généralité de l'interdiction aux mains du ministre (CE, 7 févr. 2003, *Gisti*). L'abrogation sera réalisée par la publication d'un décret du 4 octobre 2004. Contrairement à ce qu'on a pu penser²¹, cette abrogation n'a pas eu pour effet de ressusciter l'article 14 de la loi de 1881 dans sa version issue d'une loi de 1895 (v. CE, avis consultatif du 10 janvier 2008)²².

Certes, l'article 16 de la Conv. EDH permet aux États membres « d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers » dans le domaine de la liberté d'expression (art. 10), de la liberté de réunion et d'association (art. 11) et du principe de la non-discrimination (art. 14). Mais la Cour de Strasbourg s'est évertuée à neutraliser cette disposition. Ainsi, dans une affaire concernant l'expulsion d'une députée allemande au Parlement européen de Polynésie française en raison de propos tenus en soutien de revendications antinucléaires et indépendantistes, la Cour inflige un « cinglant désaveu »²³ à la position française en estimant que l'article 16 n'autorisait pas l'Etat à restreindre l'exercice du droit à la liberté d'expression par cette citoyenne européenne et candidate à une élection (CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*). Plus récemment, elle a jugé contraire à l'article 10 une décision d'expulsion et d'interdiction du territoire turc d'une universitaire américaine qui avait indiqué à ses étudiants et collègues son soutien à la cause kurde. Si la Cour ne qualifie pas ces mesures d'entrave à la liberté d'aller et venir – en l'absence de « droit des étrangers à entrer ou rester dans un pays » ; elle constate l'ingérence au sein de la liberté d'expression car « les droits reconnus à l'article 10 valent 'sans considération de frontières' » et « aucune distinction ne peut être tracée entre la protection de la liberté d'expression des nationaux et celle des étrangers » (CEDH, 20 mai 2010, *Norma Jeanne Cox c. Turquie*). Semble donc relever du passé la validation d'un arrêté d'expulsion d'un pasteur suisse de la Cimade pour manquement au devoir de réserve et auquel le ministre de l'Intérieur reprochait des « atteintes graves à la neutralité politique » (CE Ass., 13 mai 1977, *Perregaux*).

C'est donc indéniablement dans ce domaine des droits et libertés collectifs que l'on constate les progrès les plus notables des droits des étrangers ces dernières années. Il en va autrement pour les droits et libertés fondamentaux de la personne pris dans l'étau des politiques de contrôle de l'immigration.

LA REGRESSION DES LIBERTES PERSONNELLES DES ETRANGERS DANS L'ETAU DU CONTROLE DE L'IMMIGRATION

En principe, les étrangers sont titulaires de l'ensemble « des droits et libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » comme

²⁰ A l'origine cette législation visait à empêcher la circulation des publications licencieuses mais rapidement elle permettra de contrôler la diffusion des publications politiques (anarchistes, d'extrême-droite, autonomistes, ou simplement critiques ou dérangeant le pouvoir en place).

²¹ N. Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA* 2005. 1606 ; E. Dreyer, « Restaurer le contrôle des publications étrangères », *JCP G* 2006, II. 1829.

²² S. Slama, « Vies et mort de la police des publications étrangères. Contribution à l'étude d'une histoire méconnue d'un combat pour l'égalité de la presse en France » in *Mélanges Julien-Laferrère*, Bruylant, 2011, p.465.

²³ D. Jean-Pierre, « La liberté d'expression politique des étrangers en France. Réflexions sur l'existence d'un devoir de réserve », *D.*1999.98.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

l'a consacré le Conseil constitutionnel dans une décision fondant le « statut constitutionnel des étrangers »²⁴ (CC, déc. n° 93-325, DC du 13 août 1993, cons. 3). Malgré la force de cette affirmation de principe, les étrangers ne sont pas exactement dans la même situation que les nationaux dans l'exercice de ces droits et libertés de la personne. Il est en effet de jurisprudence constante que « d'après un principe de droit international bien établi » et sous réserve des engagements découlant des traités, les Etats « ont le droit de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur territoire » (CEDH 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*). Cette possibilité restreint inéluctablement les libertés individuelles, surtout dans un contexte politique visant à la « maîtrise » ou de sélection des flux migratoires. Dans un Etat de droit, il existe néanmoins au bénéfice de tous les êtres humains, y compris les irréguliers, un certain nombre de droits intangibles.

L'impact des politiques d'immigration sur l'exercice des libertés individuelles des étrangers

Il existe un contraste frappant entre le fait que les étrangers bénéficient en principe des mêmes droits et libertés fondamentaux que les nationaux et le fait que, soumis à un ensemble de règles régissant leur présence sur le territoire français, les conditions d'exercice de ces droits et libertés peuvent faire l'objet de restrictions spécifiques. Le Conseil constitutionnel reconnaît d'ailleurs expressément que les conditions d'entrée et de séjour des étrangers peuvent être restreintes « par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques » (CC, n° 93-325, *préc.*). Dans une récente décision, il ajoute même que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle » (CC, déc. n° 2011-631 DC du 09 juin 2011, « *Loi Besson* »).

Dans ce cadre, on constate des limitations non seulement de la liberté d'aller et venir, ce qui est inhérent au fait que l'étranger ne bénéficie pas en principe d'un droit d'entrée et de séjour sur le territoire français, mais aussi de sa liberté individuelle, de sa liberté de mariage ou encore de vie privée et familiale « normale ».

Les entraves spécifiques à la liberté d'aller et venir liées à la condition d'étranger

Sauf s'il bénéficie d'une convention internationale, comme c'est en particulier le cas pour les citoyens de l'UE ou les réfugiés (v. encadré sur le droit d'asile), un étranger ne peut se prévaloir de la liberté de circulation transfrontière pour pénétrer sur un territoire dont il n'est pas ressortissant. Il n'existe en effet « aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle [assurant à l'étranger] (...) des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » (CC, déc. n° 93-325 DC, *préc.*). Il est donc soumis à l'obligation de détenir non seulement un passeport mais aussi un visa et, le cas échéant, selon le motif de son séjour, de la justification d'autres conditions (attestation d'accueil²⁵, réservation hôtelière, ressources suffisantes, assurance, non signalement au « système d'information Schengen », etc.). Avec la mise en place de l'espace Schengen, les Etats européens parties à la convention d'application des accords de Schengen (CAAS) du 19 juin 1990 ont cependant adopté des règles communes posant le principe de la suppression des frontières intérieures à l'UE et l'harmonisation des règles du franchissement des frontières extérieures²⁶. Un Etat peut aussi, notamment « pour des raisons humanitaires » ou « des motifs d'intérêt national », déroger à ces exigences (CFS, art. 5), comme l'a montré la régularisation de plus de 20 000 ressortissants tunisiens par le gouvernement italien au printemps 2011.

²⁴ Selon l'expression de Bruno Genevois, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel présidé par Robert Badinter, dans son commentaire de sa décision (*RFDA*, 1993, p. 871).

²⁵ V. CE, 26 juillet 2006, *Gisti, LDH et IRIS* sur la légalité du fichier des hébergeants.

²⁶ V. le « Code communautaire des visas » (Rég. n° 810/2009 du 13 juillet 2009) pour les conditions de délivrances des visas de moins de trois mois (court séjour) et le « Code frontières Schengen (CFS) » (Rég. n° 562/2006, 15 mars 2006) pour les conditions d'entrée dans l'espace « Schengen ». Au-delà de trois mois, les conditions de délivrance des visas (long séjour) relèvent de la seule compétence étatique (CESEDA, art. L. 211-1).

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

En cas de refus de délivrance d'un visa, l'étranger doit d'abord saisir la Commission de recours contre les refus de visa (CESEDA, art. D. 211-5 et s.) puis, le cas échéant, le Tribunal administratif de Nantes. Le juge administratif reconnaît à l'administration un large pouvoir d'appréciation en la matière. Il censure toutefois un refus qui, par exemple, porterait une atteinte excessive à la vie familiale de l'intéressé (v. *infra*).

Si lors du franchissement des frontières l'étranger ne parvient pas à justifier de l'ensemble des conditions il peut faire l'objet d'un *refus d'entrée* sur le territoire et être *placé en zone d'attente* le temps d'organiser son réacheminement et jusqu'à vingt jours (CESEDA, art. L. 213-1 et s.).

Une fois sur le territoire, le ressortissant de pays tiers peut se déplacer librement dans l'ensemble de l'espace « Schengen » sous réserve de pouvoir justifier des mêmes conditions qu'à l'entrée. Il existe en outre en droit français, dans des cas restreints, des possibilités pour le préfet *d'assigner à résidence* un étranger pour des motifs d'ordre public (CESEDA, art. R. 321-1 et s.). En outre les cartes de séjour délivrées en métropole ne permettent pas à l'étranger de travailler dans un département d'outre-mer (C. étrangers, art. L. 314-4), et inversement.

L'étranger, même en situation irrégulière, peut quitter à tout moment le territoire français (CESEDA, L.221-4) sans qu'on puisse par exemple exiger de lui un visa de sortie (CE, 22 mai 1992, *Gisti*) (v. Notice 13 sur la liberté d'aller et venir). En revanche pour y revenir l'étranger doit être titulaire soit d'un titre de séjour en cours de validité, soit d'un récépissé de renouvellement de ce titre. Jusqu'à une période récente, pour les autres documents provisoires de séjour, le Conseil d'Etat reconnaissait également la possibilité de retour en France sans visa (CE 26 déc. 2003, *Kamal X.*). Cependant, avec l'entrée en vigueur du CFS, le Conseil d'Etat estime désormais, et assez paradoxalement pour des réguliers, que « ni la liberté d'aller et de venir, ni le droit d'asile ni aucun principe général du droit communautaire ne confère aux étrangers titulaires d'une autorisation provisoire de séjour qui ont quitté le territoire national le droit d'y revenir, même s'ils y séjournent régulièrement » (CE 15 déc. 2010, *Anafé*). Il concède toutefois que la confusion des textes européens nécessitait un renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour clarifier cette question (n° C-606/10, *Anafé c/ ministère de l'Intérieur*).

Mais la plus importante contrainte à la liberté d'aller et venir est la possibilité pour l'Etat de prendre à l'encontre des étrangers, dans un certain nombre de cas, une mesure d'éloignement. De longue date (loi du 3 déc. 1849), un étranger peut faire l'objet d'une *expulsion* en cas de trouble caractérisé à l'ordre public (v. auj. CESEDA, L. 521-1 et sur le contrôle du juge : CE, Ass., 21 janv. 1977, « *Dridi* »). L'arrêté empêche l'étranger de revenir tant qu'il n'a pas été abrogé (v. par ex. CE, Ass. 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*). Il existe aussi une législation assez ancienne (loi du 10 août 1927), complétée ou concurrencée²⁷ par des accords bilatéraux, régissant l'*extradition* des étrangers auxquels un autre Etat reproche un crime ou un délit (v. notice 13). Depuis un décret-loi « Daladier » du 2 mai 1938, l'étranger peut aussi être condamné par une juridiction pénale à une peine, principale ou complémentaire, *d'interdiction du territoire français*, qui vaut reconduite à la frontière (CESEDA, L. 541-1).

Depuis la loi « Bonnet » du 10 janvier 1980, les réformes du statut des étrangers se sont succédé à une moyenne d'une nouvelle loi tous les deux ou trois ans et les mesures d'éloignement se sont multipliées. La principale innovation a été « l'invention » par la loi « Pasqua » du 9 septembre 1986 de l'*arrêté préfectoral de reconduite à la frontière* (« APRF »). Cet instrument, qui a été généralisé par la loi « Joxe » du 10 janvier 1990, permettait à l'administration – et non au juge judiciaire – de prononcer l'éloignement d'un étranger en raison de la seule irrégularité du séjour. En raison d'une censure constitutionnelle, le contentieux de ces décisions a été exclusivement confié au juge administratif (CC, déc. n°89-261 DC du 28 juillet 1989). Mais avec la loi du 24 juillet 2006, les *obligations de quitter le territoire français* (OQTF) ont remplacé au 1^{er} janvier 2007 les APRF dans le cas où la préfecture refuse ou retire un titre de séjour. Puis, afin de transposer la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 (dite « directive retour »), la loi « Besson » du 16 juin 2011 a généralisé depuis l'été 2011²⁸ dans tous les cas les OQTF, assorties, le cas échéant, d'un délai de départ volontaire (« DDV ») de trente jours

²⁷ CE 3 juillet 1996, *Koné* : interprétation de l'accord conformément au PFRLR en vertu duquel l'extradition n'est pas accordée dans un but politique.

²⁸ Les dispositions de cette directive qui sont, pour l'essentiel, inconditionnelles et précises ont pu s'appliquer directement puisque le législateur n'avait pas respecté le délai de transposition fixé au 24 décembre 2010 (CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, JCP A 2011. 2073, comm. S. Slama ; CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*).

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

renouvelable et, dans certains cas, d'une interdiction de retour sur le territoire (« IRTF ») de deux à cinq ans (CESEDA, L.511-1). Malgré cette directive, et probablement en infraction avec elle s'agissant des irréguliers, le législateur a maintenu parallèlement des cas de *reconduites à la frontière* « autonomes » dans le cas où le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public (au regard notamment d'un certain nombre d'infractions) ou de travail sans autorisation (CESEDA, L.533-1). Certains étrangers sont protégés contre les mesures d'éloignement en raison de leurs attaches en France (v. la liste : CESEDA, art. L. 511-4) ou s'ils appartiennent à l'une des catégories éligibles à la délivrance de plein droit d'un titre de séjour (CE, 23 juin 2000, *Diaby*).

Certaines de ces mesures d'éloignement concernent aussi les citoyens européens (v. not. CESEDA, art. L.511-3-1), comme en témoigne l'éloignement chaque année de plusieurs milliers de ressortissants roumains et bulgares, généralement d'origine rom²⁹, le plus souvent avec une *aide au retour* « humanitaire »³⁰. Enfin, si l'étranger, régulier ou non, provient directement d'un autre Etat membre de l'UE, ou que celui-ci l'a admis à entrer ou séjourner sur son territoire, l'étranger peut faire l'objet d'une décision de *remise* à cet Etat (CESEDA, art. L. 531-1).

Chaque année, en Métropole, plus de 100 000 sont prises par les préfetures et moins de 30 000 réellement exécutées. Cela génère plus de 45 000 recours devant les tribunaux administratifs et 40 000 décisions des juges des libertés et de la détention. Le développement de ces mesures a amené, pour assurer leur exécution, une restriction de la liberté individuelle des étrangers en instance d'éloignement par la généralisation du placement en rétention administrative ou de l'assignation à résidence.

L'atteinte à la liberté individuelle par le placement en rétention administrative ou l'assignation à résidence

L'internement administratif des étrangers « indésirables » n'est pas un phénomène inconnu dans l'histoire française³¹. Mais c'est à partir des années soixante-dix que l'administration utilise, en dehors de tout cadre légal, le procédé de *retenir* des étrangers en instance d'expulsion dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire (comme le centre d'Arenc sur le port de Marseille). Face aux critiques, il a d'abord alors tenté de donner une base juridique à ces pratiques par voie de circulaire (v. l'annulation : CE, 7 juill. 1978, *Synd. Avocats France*) - puis d'un décret. Le gouvernement a ensuite opté pour la voie législative en modifiant, pour la première fois depuis la Libération, l'ordonnance du 2 novembre 1945. Les dispositions en cause de la loi « Bonnet » du 10 janvier 1980 ont néanmoins été censurées. En effet, en ne prévoyant l'intervention d'un juge (administratif qui plus est) qu'après sept jours de rétention le législateur avait porté atteinte à l'article 66 de la Constitution. Le juge constitutionnel fonde alors le principe en la liberté individuelle « ne peut être tenue pour sauvegardée » que si le juge judiciaire intervient « dans le plus court délai possible » (CC., déc. n° 79-109 DC, 9 janv. 1980). Mais, par la suite, les digues constitutionnelles posées en 1980 ont cédé.

S'agissant de la durée maximale de rétention, le Conseil constitutionnel a validé, par glissements, les allongements successifs de sept jours en 1981 (loi « Deferre » du 29 octobre 1981) à trente-deux jours en 2003 (CC, déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, loi « Sarkozy II ») et ce alors même qu'en 1993 il avait censuré un allongement à dix jours (CC déc n° 93-325 DC, *préc.*). On ne sera dès lors guère étonné que ce même Conseil valide en 2011 l'allongement de la durée à quarante-cinq jours (CESEDA, art. L. 552-7) dès lors que l'étranger ne peut être maintenu que « pour le temps strictement nécessaire à son départ » et que le JLD conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la rétention (CC, déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011). On peut davantage s'étonner que, dans le même temps, il admette la possibilité, alors qu'ils ont purgé leur peine, de maintenir jusqu'à six mois en rétention

²⁹ La circulaire du ministre de l'Intérieur demandant aux préfets d'évacuer de manière prioritaire les campements illicites de « Roms » a été censurée par le Conseil d'Etat pour atteinte à l'article 1^{er} de la Constitution qui prohibe toute distinction selon l'origine ethnique (CE, 7 avril 2011, *SOS Racisme*). Le Conseil d'Etat a en revanche confirmé la légalité du fichier biométrique « OSCAR » des aides au retour qui permet d'enregistrer pendant cinq ans les empreintes et la photo des bénéficiaires, enfants compris (CE, 20 octobre 2010, *Gisti, IRIS, LDH*).

³⁰ V. S. Slama, « Roms : go home ! », *D.* 2010, entretien 2056.

³¹ Camps d'étrangers « ennemis » de la première guerre mondiale, internement dans des centres spéciaux des étrangers « indésirables » par le décret-loi du 12 novembre 1938 puis à partir de février 1939 des Républicains espagnols ou encore Groupements de travailleurs étrangers « en surnombre dans l'économie nationale » sous Vichy.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

administrative en vue de leur éloignement des étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de « terrorisme » ou à l'encontre desquels une mesure d'expulsion a été prononcée pour un comportement lié à de telles activités et alors même que l'article 166 de la « LOPPSI 2 » du 14 mars 2011 a prévu à leur égard la mise en œuvre d'un dispositif administratif de placement sous surveillance électronique mobile. Surtout que, dans le même temps, le Conseil estime qu'une prolongation supplémentaire de douze mois pour ces mêmes personnes porte quant à elle « une atteinte » à la liberté individuelle contraire à l'article 66. Mais il est vrai que ces mesures interviennent dans un contexte où tous les États européens avaient adopté des textes qui permettent de priver de liberté les irréguliers pendant une période allant de quelques jours à une durée indéfinie. Pour sa part, la directive « retour » du 16 décembre 2008, tout en déclarant que la détention doit rester d'un usage exceptionnel et que la période de rétention doit être aussi courte que possible, donne la possibilité aux Etats membres de retenir un irrégulier en instance de départ forcé pendant six mois. Cette durée est extensible, dans certains cas limitatifs, jusqu'à dix-huit mois (Dir. 2008/115/CE, 16 déc. 2008, art. 15).

S'agissant l'intervention du juge judiciaire dans le « plus court délai possible », on retrouve là aussi une inconstance de la jurisprudence constitutionnelle. Alors qu'en 1981, le juge judiciaire devait intervenir avant l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures ; la loi du 24 août 1993 l'avait repoussé à quarante-huit heures et tenté de restreindre ses pouvoirs aux seuls maintiens en rétention ou, à titre exceptionnel, sous réserve de garanties de représentation, à l'assignation à résidence³². Le Conseil constitutionnel n'avait toutefois jamais admis un délai d'intervention de l'autorité judiciaire supérieur. Dans sa décision sur la loi « Besson », il valide pourtant le report à cinq jours de l'intervention du JLD et ce afin « de garantir l'examen prioritaire de la légalité de ces mesures » par le juge administratif - le législateur ayant souhaité « l'inversion » de l'ordre d'intervention de ces deux juges (CC, déc. n° 2011-631 DC, *préc.*). C'est donc seulement si la rétention n'a pas pris fin à l'expiration de ce délai de cinq jours, ou si le juge administratif ne l'a pas entretemps annulée, que le JLD est saisi « aux fins de prolongation de la rétention » (CESEDA, art. L. 552-1). Il se prononce dans les 24 heures, après audition de l'étranger, qui est assisté d'un avocat et, éventuellement, d'un interprète. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, lorsque l'étranger dispose de garanties de représentation effectives et après remise du passeport et de tout document d'identité, que le JLD peut décider de l'assigner à résidence (CESEDA, art. L. 552-4 à 552-5). La loi du 16 juin 2011 permet aussi aux préfetures d'assigner à résidence avec surveillance électronique un étranger qui est père ou mère d'un enfant mineur (CESEDA, art. L. 552-4-1). Ce dispositif est présenté comme une mesure de transposition de l'article 17 de la directive 2008/115/CE³³ visant à éviter que les enfants mineurs « accompagnent » leurs parents en rétention administrative (CE, 12 juin 2006, *Gisti* et leur enregistrement dans le fichier « Eloi 2 » : CE, 30 déc. 2009, *SOS Racisme, Gisti*). Il a été validé par le Conseil constitutionnel qui écarte la moindre atteinte à la liberté individuelle (CC, déc. n° 2011-631 DC, *préc.*)³⁴.

De telles dispositions ne correspondent pourtant pas à l'esprit de la directive « retour ». Certes, en vertu de ce texte, l'Etat membre a, sauf régularisation, l'obligation de prendre à l'encontre des irréguliers une décision de retour et de s'évertuer à assurer leur départ effectif. Mais, selon l'interprétation de la directive donnée par la Cour de Luxembourg, les Etats ont entendu établir un « ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour » reposant sur la « gradation des mesures » en vue de l'exécution de la décision (qui doit aller de la mesure « qui laisse le plus de liberté à l'intéressé » à celles « qui restreignent le plus celle-ci ») et le respect du principe de proportionnalité « au cours de toutes ces étapes ». Ce n'est donc qu'*in fine* dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour risque d'être compromise « par le comportement de l'intéressé » que l'Etat peut procéder à la privation de liberté en le plaçant en rétention. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de justice a remis en cause la

³² La Cour de cassation a « résisté » à cette disposition en reconnaissant sur le fondement de l'article 66 de la Constitution que le juge judiciaire peut libérer l'étranger en cas d'irrégularité de la procédure judiciaire (Cass. civ., 28 juin 1995, *Bechta*).

³³ Cette disposition autorise expressément le placement en rétention des mineurs, même non accompagnés mais en prévoyant que cela ne doit avoir lieu qu'en « dernier ressort », pour la période la plus brève possible et avec un aménagement spécial.

³⁴ Rappelons que dans toute décision concernant un mineur, l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir en vertu de l'article 3-1 de la CIDE (CE, 22 sept. 1977, *Mme Cinar*). V. sur les exigences de la Cour EDH au regard de l'article 3 de la CEDH : CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique* ; CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et a. c. Belgique*. V. aussi Cass., Civ. 1ère, 10 déc. 2009, *Préfet de l'Ariège c/ X*.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

législation italienne, et incidemment celle de la France³⁵, car elle prévoyait « l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié ». Ce n'est que dans le cas ces mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir l'éloignement effectif que les Etats conservent la faculté de prévoir de telles peines (CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*).

Depuis 1938, la législation française pénalise également l'aide, directe ou indirecte, à l'entrée ou au séjour irrégulier, y compris si elle est purement désintéressée³⁶. Le Conseil d'Etat estime pourtant ce « délit de solidarité » conforme au droit communautaire (CE, 19 juill. 2010, *Gisti*). Pourtant, si la directive n° 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 ne donne obligation aux États membres de prévoir des sanctions pour l'aide au séjour irrégulier que lorsque cette aide est apportée « en toute connaissance de cause » et « dans un but lucratif ».

Par ailleurs, en rétention, les étrangers maintenus bénéficient d'une assistance pour l'accès effectif à leurs droits, notamment par la rédaction de recours, assurée par des personnes morales conventionnées avec le ministère chargé de l'Immigration à l'issue d'un appel d'offres (Cimade, FTDA, Forum réfugiés, etc.)³⁷.

Enfin notons que, dans une moindre mesure, les libertés individuelle et d'aller et venir des étrangers sont aussi affectées par les contrôles de séjour pesant sur eux compte tenu de l'obligation de détenir des documents du séjour pour être présents sur le territoire français (CC., déc. n° 93-325 DC, *préc.* ; CESEDA, art. L. 611-1) (v. la notice 20 sur les contrôles d'identité).

La vie privée et familiale, entre intégration et sélection de l'immigration

Les étrangers ont, au même titre que les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale. C'est en référence aux alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 que le Conseil d'État a érigé ce droit en principe général du droit (CE, Ass., 8 déc. 1978, *Gisti, CGT, CFDT*) promu ensuite au rang de principe à valeur constitutionnelle (CC, déc. n° 93-325 DC, *préc.*). Ce droit a été parallèlement concurrencé par l'article 8 de la Conv. EDH qui garantit plus largement le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour de Strasbourg a en effet très tôt reconnu qu'une mesure de police prise à l'encontre d'un étranger pouvait porter atteinte à ce droit (CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*), y compris dans des cas de « double-peine » lorsqu'un étranger fait l'objet d'expulsion à la suite de condamnations pénales (CEDH, 18 févr. 1991, *Moustaquim c/ Belgique*). Ce droit fait aussi partie des droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique communautaire (CJCE 11 juil. 2002, *Carpenter* ; CJCE 23 sept. 2003, *Akrich*).

Mais la protection du droit à la vie privée et familiale n'est pas absolue (v. l'al. 2 de l'article 8 de Conv. EDH). Il est réalisé une mise en balance l'atteinte portée au droit à la vie privée ou familiale avec les buts invoqués pour justifier cette atteinte, c'est-à-dire, le plus souvent, l'intérêt général qui s'attache à la maîtrise de l'immigration, à la lutte contre les infractions pénales ou la défense de l'ordre public (CEDH, 25 mars 1992, *Beldjoudi c/ France* ; CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili c/ min. Int.* ; CE, Ass. 19 avril 1991, *Belgacem et Babas* ; CC déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997). L'issue de cette mise en balance entraîne deux types d'obligations pour l'Etat. D'une part une « obligation négative » de ne pas éloigner de son territoire un étranger. La Cour de Strasbourg rejette toutefois l'idée d'un « droit absolu à la non-expulsion » au bénéfice des étrangers installés de longue date dans le pays d'accueil. Ainsi, s'agissant de jeunes immigrés délinquants, elle avalise, compte tenu de la gravité des faits, des mesures d'expulsion malgré la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et l'absence de lien avec le pays d'origine des parents (CEDH, Gde Ch., 18 oct. 2006, *Üner c/ Pays-Bas*). Elle utilise pour cela une

³⁵ L'article L.624-1 qui réprime l'obstruction à l'exécution d'une mesure d'éloignement mais aussi, selon toute vraisemblance, l'article L.621-1 qui pénalise l'entrée et le séjour irréguliers (V. S. Slama et M-L. Basilien, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011 p. 362) et la question préjudicielle en cours d'examen C-329/11, *Alexandre Achughbalian*.

³⁶ V. CNDH avis du 19 novembre 2009 et Observatoire pour la protection des défenseurs des droits de l'homme, *Délit de solidarité : Stigmatisation, répression et intimidation des défenseurs des droits des migrants*, Rapport d'enquête, juin 2009.

³⁷ S. Slama, « Assistance des étrangers retenus : une tentative de déplacement de la frontière de l'accès effectif aux droits » in O. Lecuq, *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan, 2011, p.184.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

grille de critères (CEDH, Gde Ch., 23 juin 2008, *Mazlov c/ Autriche*) et pose des conditions très strictes (CEDH, 23 sept. 2010, *Bousarra c. France* ; CEDH 20 sept. 2011, *A. A. c. Royaume-Uni*).

S'agissant de l'« obligation positive » d'accorder à l'étranger l'entrée sur le territoire elle est relative même si dans certains cas elle peut s'imposer à l'Etat (CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*). Dans le même ordre d'idées, s'est posée la question de savoir si le regroupement familial constitue un véritable droit. En effet, la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 consacre formellement, y compris dans son intitulé, un « droit au regroupement familial ». Mais, dans la pratique, le texte pose tellement de conditions restrictives qu'on peut s'interroger sur la pertinence de cette qualification. Saisi par le Parlement européen, la Cour de justice a estimé, dans un jugement de normand, que les textes « ne créent pas de droit subjectif pour les membres d'une famille à être admis sur le territoire d'un État » et laissent donc une « certaine marge d'appréciation » aux Etats³⁸. Toutefois, nuance-t-elle immédiatement, certaines dispositions de la directive font peser sur les États membres « des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis » dans les hypothèses où elle prévoit l'obligation d'autoriser le regroupement familial (CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Cons. UE*³⁹). Ainsi, un refus de visa opposé à une famille ayant obtenu l'autorisation de regroupement familial, peut déboucher sur une injonction du juge administratif à délivrer le visa demandé (CE, 4 juill. 1997, *Bourezak*). De même, lorsqu'une préfecture examine une demande de titre de séjour ou une mesure d'éloignement⁴⁰, elle doit vérifier que la décision ne porterait pas une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée ou familiale garanti par l'article 8 (CE, 10 avr. 1992, *Marzini* ; principe repris à l'art. L. 313-11, 7° du CESEDA).

On constate toutefois que depuis une trentaine d'années les conditions d'exercice du regroupement familial n'ont cessé de se durcir : prohibition des regroupements sur place, partiel ou polygame ; conditions de résidence régulière préalable (18 mois) du demandeur, condition de ressource (sans prise en compte des allocations et minima sociaux), modulation de la taille du logement selon la région géographique, etc. Les lois du 24 juillet 2006 et 20 novembre 2007 ont ajouté la nécessité de se conformer aux « principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France » et à l'obligation, dans certains cas, de passer dans le pays d'origine un test visant à évaluer leur connaissance de la langue et des valeurs de la République (CESEDA, art. L. 411-8)⁴¹. Plus récemment, on retrouve le même type d'évolution s'agissant de la liberté du mariage, particulièrement à l'encontre des couples franco-étrangers.

La liberté du mariage face à la suspicion à l'égard des couples mixtes

Les étrangers, même en situation irrégulière, bénéficient de la liberté du mariage qui figurent parmi les « droits et libertés fondamentaux garantis à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », comme composante de la liberté individuelle (CC, déc. n° 93-325 DC, *préc.*) puis de manière autonome (CC déc. n° 2003-484 DC, *préc.*). Cette liberté est aussi garantie par la Conv. EDH (art. 12) et par le PIDCP (art. 23). La loi du 29 octobre 1981 a mis fin aux restrictions qui, dans le passé, permettaient de soumettre le mariage des étrangers à la détention d'un titre de séjour (décret-loi du 12 nov. 1938) ou, par la suite, à une autorisation préfectorale (ord. 2 nov. 1945). On constate néanmoins que la crainte des mariages dits « de complaisance » a conduit à resserrer les contrôles sur le mariage des étrangers, particulièrement avec un ressortissant français (car il ouvre droit au séjour et, après un certain délai, à l'acquisition de la nationalité française). Le législateur s'est donc efforcé de multiplier les contrôles sur ces mariages. Par deux fois le Conseil constitutionnel s'y est opposé (CC, déc. n° 93-325 DC, *préc.* ; CC déc. n° 2003-484 DC, *préc.*) tout en reconnaissant la légitimité de lutte contre ces mariages « blancs »⁴². Les mesures de surveillance de la validité des mariages se sont donc multipliées (lois du

³⁸ Dans le même sens CEDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse* et 28 novembre 1996, *Ahmut*.

³⁹ V. aussi CJUE, 4 mars 2010, *Chakroun*.

⁴⁰ N. Ferran et S. Slama, « Contentieux de la reconduite : l'éveil de la conscience des préfets à l'article 8 de la CEDH en cas de non recours au regroupement familial (CE Sect. 28 déc. 2009, *Mme Boudaa*) », *JCP G* 2010, n°8, 231.

⁴¹ D. Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologique et politique liés à l'immigration », *Cultures et conflits*, n° 64, 2006, p. 131.

⁴² Dans le même sens, condamnant la législation anglaise : CEDH, 14 décembre 2010, *O'Donoghue et a. c. Royaume-Uni*.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

30 décembre 1993, 14 novembre 2006, 24 juillet 2006 et du 20 novembre 2007). Ainsi, d'une part, le maire – ou le consul, lorsque le mariage a lieu à l'étranger – peuvent procéder préalablement à l'audition des futurs époux. S'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est dans un autre but que matrimonial, il peut saisir le procureur, qui pourra ordonner qu'il soit sursis au mariage pendant un délai d'un mois renouvelable une fois et, le cas échéant, faire opposition à celui-ci (C. civ., art. 175-2). D'autre part, le fait de contracter un mariage « aux seules fins « d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement » ou « d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française » constitue un délit (CESEDA, art. L. 623-1). La loi du 16 juin 2011 a étendu la répression prévue pour les mariages « blancs » aux mariages « gris » (sic), à savoir ceux où « l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint » (CESEDA, art. L. 623-1, al. 1er), ce qu'a validé le Conseil constitutionnel en estimant que cette législation n'établissait « aucune différence de traitement » entre Français et étrangers (CC, déc. n° 2011-631 DC, *préc.*) alors même que l'incrimination ne concerne que le conjoint étranger. Enfin, les dispositions de la loi de 2007 organisant des tests visant à évaluer les connaissances de la langue et des valeurs de la République sont aussi applicables aux conjoints de Français (CESEDA, art. L. 411-8).

Si bien qu'en raison de l'application du droit communautaire (dir. 2004/38/CE du 29 avril 2004), il est désormais plus facile pour le conjoint étranger d'un citoyen européen installé en France ou d'un Français installé dans un autre pays de l'UE, d'obtenir un titre de séjour en France que pour un conjoint de Français restant en France (CJCE, 25 juill. 2008, *Métock* ; CJCE, Gde Ch., 9 janv. 2007, *Jia c/ Suède*). Cela développe un phénomène de discrimination à rebours en faveur de ceux faisant usage de leur liberté de circulation. Mais dans la mesure où le droit communautaire n'a pas vocation à régir « les situations purement internes », sauf si cela porte atteinte à la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen européen (CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*), la Cour de Luxembourg a jugé que cela échappé au droit communautaire (CJUE 5 mai 2011, *Shirley McCarthy*. V. dans le même sens : CE, 19 mai 2010, *Cimade et Gisti*).

Par ailleurs, on notera que les étrangers peuvent, dans les mêmes conditions que les nationaux, conclure un Pacs avec une personne de nationalité française ou étrangère. Celui-ci peut aussi être conclu dans un consulat français à l'étranger, y compris entre personnes du même sexe (CE, réf., 18 déc. 2007, *Gisti et a.*). Le Pacs n'ouvre aucun droit au séjour mais constitue un élément favorable d'appréciation des liens personnels en France pour obtenir une carte de séjour « vie privée et familiale » (CESEDA, art. L. 313-11, 7°), souvent après une année de vie commune (CE, 24 févr. 2006, *M. Iswahyudi*). Il est indifférent que le Pacs soit conclu avec un Français, un citoyen de l'UE ou avec un ressortissant d'un État tiers (CE, 29 juill. 2002, *Gisti et a.*).

Le droit de vivre avec la personne et dans le pays de son choix n'est donc pas un droit absolu. Les prérogatives de l'État ne cèdent que lorsqu'est en cause un droit intangible

Des droits et libertés intangibles même pour les étrangers

Pour un certain nombre de droits et libertés fondamentaux, en raison de leur importance, on ne tolère aucune atteinte. C'est en particulier le cas du droit à la vie, de la prohibition des atteintes à la dignité de la personne humaine (tortures et traitements inhumains et dégradants ; esclavagisme et servitude⁴³), des droits de la personnalité juridique ; des droits d'*habeas corpus*⁴⁴ et, plus spécifiquement en droit des étrangers, du droit d'asile et de la prohibition des renvois collectifs.

En droit des étrangers, dans la plupart des affaires où une violation de l'article 2 ou 3 de la CEDH est constatée, il s'agit en réalité de la mise en œuvre d'une protection « par ricochet ». Le caractère irréversible de l'atteinte rend aussi nécessaire l'instauration d'un recours suspensif de plein droit pour assurer le caractère effectif du recours et empêcher effectivement l'atteinte.

⁴³ V. les deux arrêts de principe sur ces notions, qui concernent tous deux des étrangères : CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France* et CEDH 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*. V. aussi le rapport de la CNDH par Johanne Vernier, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*, Doc. Fr., 2010.

⁴⁴ Supreme court of the United States, *Boumediene et al. v. Bush*, June 12, 2008: les droits de l'*habeas corpus* s'appliquent en toutes circonstances y compris aux détenus étrangers de Guantánamo considérés comme des « combattants ennemis ».

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

La protection « par ricochet » des étrangers en cas d'atteinte au droit à la vie ou à la dignité de la personne humaine

S'il existe des motifs sérieux de croire qu'un étranger court un risque réel d'être exposé, dans le pays de renvoi, à la peine de mort ou à un mauvais traitement, la Cour de Strasbourg estime qu'un Etat ne peut l'expulser vers ce pays sauf à se rendre lui-même responsable d'une violation de la Convention « par ricochet ». Ce principe a été posé pour la première fois à propos d'une extradition vers les États-Unis d'un Allemand qui encourait la peine de mort aux Etats-Unis. Le « couloir de la mort » a été considéré comme constitutif d'une atteinte à l'article 3 Conv. EDH (CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*). Il en va de même dans le cas où est éloignée une femme qui risque la lapidation pour adultère (CEDH, 11 juil. 2000, *Jabari c/ Turquie*), en cas de risque de « violences domestiques et autres formes de punitions » pour une Afghane (CEDH, 20 juillet 2010, *N. c/ Suède*) ou encore pour le renvoi de demandeurs d'asile vers des pays dans lesquels ils encourent des risques de tortures ou mauvais traitements (CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et a. c/ Suède*).

Jusqu'à une période récente la rédaction de l'article 2.1 de la Conv. EDH maintenait la possibilité d'infliger « en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal » (CEDH, G.C. 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie* ; CEDH, 12 avril 2005, *Chamaïev et a. c/ Géorgie et Russie*). Mais la Cour européenne estime aujourd'hui qu'avec le processus d'adoption du Protocole n° 13⁴⁵, les États ont manifesté leur intention d'une abolition *de jure* et non uniquement *de facto* de cette disposition (CEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*). Dès lors porte atteinte à la Convention et à ses protocoles un Etat qui extrade un étranger vers un Etat où il risque d'être exécuté (CEDH, déc. 14 déc. 2000, *Nivette c/ France*).

Cette prohibition de « nature absolue » vaut nonobstant le comportement de l'intéressé (CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*), aussi « indésirable ou dangereux soit-il » (CEDH, GC, 19 février 2009, *Abou Qatada et a. c. Royaume-Uni*). La Cour estime en effet qu'« il n'est pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitement avec les raisons justifiant l'expulsion de l'intéressé », comme par exemple des condamnations pour des infractions en lien avec le terrorisme (CEDH, 24 février 2009, *Ben Khemais c. Italie* ; CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France* ; CEDH, 18 novembre 2010, *Boutagni c. France*). La Cour se montre extrêmement critique à l'égard des Etats qui ne respectent pas ses mesures provisoires ou l'autorité de ses décisions (CEDH, G.C. 28 février 2008, *Nassim Saadi c. Italie* ; CEDH, 20 juillet 2010, *A. c. Pays-Bas*).

En droit interne, bien que le Conseil d'Etat ait transmis une QPC visant à reconnaître un effet extraterritorial à l'abolition constitutionnelle de la peine de mort par l'article 66-1 de la Constitution (CE, 8 oct. 2010, *Kamel Daoudi*), le Conseil constitutionnel n'a pas tranché cette question en prononçant un non-lieu à statuer (CC, déc. n° 2010-79 QPC du 17 déc. 2010).

L'insuffisante protection des étrangers gravement malades et des victimes de violence conjugale

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'exécution d'une mesure d'éloignement était susceptible de constituer, par elle-même, une violation de l'article 3 dès lors que la mesure aurait des conséquences fâcheuses sur l'état de santé psychique ou physique de l'étranger (CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*). Toutefois, sa jurisprudence ne pose pas un standard de protection très élevé en la matière. Elle a en effet admis, en dépit du caractère absolu de la protection due au titre de l'article 3, qu'un Etat pouvait éloigner une étrangère atteinte d'une maladie grave et incurable (le HIV-SIDA) même si cela risquait de provoquer une réduction significative de son espérance de vie et ce pour ne pas faire peser « une charge trop lourde sur les États contractants ». Ce n'est que dans des « circonstances très exceptionnelles » que le renvoi est prohibé (CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*⁴⁶).

⁴⁵ Alors que le Protocole n° 6 interdit la peine de mort seulement en temps de paix, le Protocole n° 13 prohibe la peine de mort en toutes circonstances.

⁴⁶ F. Julien-Laferrrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH* 2009. 261.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

Une fois n'est pas coutume la protection offerte par la France était, jusqu'à une période récente, plus substantielle. En effet le juge administratif exerce de longue date sur les « conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle » de l'intéressé d'une mesure d'éloignement (CE, 29 juin 1990, *Préfet Doubs c/ Olmos Quintero et Imanbaccus*). Cela a amené dans un premier temps à l'inscription dans le statut des étrangers d'une protection des étrangers gravement malades contre les mesures d'éloignement (CESEDA, art. L. 511-4 issu de la loi « Debré » du 24 avril 1997) puis d'un droit au séjour au bénéfice des étrangers résidant habituellement en France qui ont un état de santé qui nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour eux « des conséquences d'une exceptionnelle gravité » à la condition qu'ils ne puissent « effectivement » bénéficier de cette prise en charge appropriée dans le pays de renvoi (CESEDA, art. L. 313-11-11° issu de la loi « Chevènement » du 11 mai 1998). Après avoir longtemps neutralisé cette disposition s'agissant de la condition d'effectivité d'accès aux traitements (CE, 13 févr. 2008, *Antir*), le Conseil a fini par exiger des préfets qu'ils vérifient l'accessibilité des traitements, compte tenu notamment de leurs coûts, de l'absence de modes de prise en charge ou de leur accessibilité géographique, si l'étranger s'en prévaut (CE, Sect., 7 avr. 2010, *Jabnoun et Bialy*⁴⁷). Mais, peu après, la loi du 16 juin 2011 a balayé cette avancée en remplaçant l'exigence d'un accès effectif par une simple « absence » des traitements appropriés « sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé » (nouvelle rédaction de l'article L.313-11-11°). Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition (CC, déc. n° 2011-631 DC, *préc.*) alors même que cela expose certains étrangers gravement malades à la mort ou à la dégradation de leur état de santé en cas de renvoi dans un pays où le traitement ne leur est pas réellement accessible. Dans une récente décision, la Cour européenne laisse espérer une évolution favorable de sa jurisprudence en condamnant la Russie en raison du caractère discriminatoire de sa législation refusant d'octroyer un permis de séjour à un étranger atteint du VIH (CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*).

La situation faite, en France, aux hommes et aux femmes « martyrisés »⁴⁸ par leur conjoint n'est pas non plus totalement satisfaisante – même si après cinq réformes consécutives depuis 2003 on peut noter des améliorations. En effet, jusqu'ici, ces personnes n'avaient d'autre choix que de continuer à subir des violences conjugales ou être reléguées dans l'irrégularité. Dans le cas où elles fuyaient leur conjoint étranger ou français, cela était considéré comme une rupture de la communauté de vie et elles n'avaient aucun droit au renouvellement de leur titre qui relève du seul pouvoir discrétionnaire du préfet (CE, 24 mai 2006, *Widad El Kird, épouse Margaillan*). Les lois du 26 novembre 2003, du 24 juillet 2006 et du 20 novembre 2007 sont simplement venues prévoir l'impossibilité de retirer la carte de séjour temporaire d'un an et la simple possibilité de renouvellement du titre par le préfet. Plus récemment, les lois du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes* et du 16 juin 2011 ont prévu que si les violences ont lieu dès l'arrivée et avant qu'ait été entamée la procédure de délivrance du premier titre de séjour, le préfet doit délivrer une carte de séjour « vie privée et familiale » (CESEDA, art. L. 431-2). La délivrance ou le renouvellement de cette carte doit même intervenir « dans les plus brefs délais » si l'étranger bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil (CESEDA, art. L. 316-3). Mais surtout cela concerne tous les couples dont un des membres au moins est étranger (regroupement familial ou conjoint de Français), y compris les couples liés par un pacs ou vivant en concubinage. Régis par les accords franco-algérien, les ressortissants algériens ne bénéficient pas de cette protection (CE, 5 mai 2006, *Préfet de la Moselle*)⁴⁹.

La nécessité d'instaurer un recours suspensif de plein droit en cas d'atteinte irréversible

Lorsqu'il existe des motifs sérieux de penser que les conséquences d'une mesure d'éloignement seront « irréversibles » au regard tant de l'article 2 (droit à la vie), 3 (tortures ou traitements inhumains

⁴⁷ B. Demagny et S. Slama, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *JCP A* 2010, p. 2238.

⁴⁸ « Chaque fois qu'une femme sera martyrisée dans le monde, cette femme devra être reconnue comme citoyenne française et la France sera à ses côtés » (Nicolas Sarkozy, Maison de la Mutualité, 11 février 2007).

⁴⁹ Instruction du ministre de l'Intérieur du 9 septembre 2011 *relative au droit au séjour des personnes victimes de violences conjugales et à la mise en œuvre des articles L.313-12, L.316-3 et L.431-2 du CESEDA*.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

et dégradants) ou de l'article 4 du Protocole n°4 (interdiction des expulsions collectives)⁵⁰, la Cour de Strasbourg estime que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils aient un caractère suspensif de plein droit. Cela signifie que la mesure ne peut être exécutée avant l'examen effectif par une autorité judiciaire de la compatibilité de la mesure avec la Convention. Dans la législation française il existe d'ores et déjà un certain nombre de recours ayant ce caractère. C'est le cas depuis 1990 pour les recours contre les APRF introduits devant le TA dans le délai imparti (48 h) et depuis 2007 pour les recours contre les OQTF introduits dans le délai de 30 jours (CESEDA, art. L. 512-1). C'est aussi le cas pour le recours contre un refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile s'agissant des étrangers maintenus en zone d'attente (CESEDA, art. L.213-9 issu de la loi du 20 novembre 2007), suite à la condamnation de la France (CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/ France*).

Un recours suspensif est aussi exigé par la Cour de Strasbourg s'agissant des procédures régies par règlement « Dublin II » du 18 février 2003 en cas de réadmission vers un pays dans l'incapacité de respecter le droit d'asile (CEDH, G.C. 21 janv. 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁵¹). Pourtant, en France, le Conseil d'Etat a systématiquement refusé de reconnaître la violation de l'article 13 et 3 de la CEDH et de transmettre des QPC au regard de l'article 16 de la DDHC aussi bien pour les procédures prioritaires (CE, réf., 16 juin 2010, *Diakité*) que les réadmissions (CE, 21 mars 2011, *M. Amoni*). Saisi d'une QPC par la Cour de cassation pour une demande d'asile en rétention, le Conseil constitutionnel a aussi esquivé la question (CC, déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A.*). Il est donc prévisible que cette situation sera réglée par la Cour européenne (affaire *I.M. c. France* audience le 17 mai 2011). Le président de la Cour de Strasbourg a en effet appelé les Etats à instaurer, en matière d'asile, des recours suspensifs susceptibles afin d'endiguer le flot de mesures provisoires de l'article 39 de son règlement (Déclaration du 11 février 2010 *concernant les demandes de mesures provisoires*). Entre 2006 et 2010, la Cour a connu une augmentation de plus de 4 000 % du nombre de demandes de ces mesures (de 112 à 4 786)⁵².

La Grande chambre de la Cour aura aussi l'occasion de se prononcer sur le point de savoir si, en l'absence de recours suspensif contre les mesures d'éloignement outre-mer (plus de 20 000 mesures par an), il est possible de considérer qu'une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 a un caractère irréversible sur la vie privée et familiale (v. la décision de chambre : CEDH, 30 juin 2011, *De Souza Ribeiro c. France*).

Droit d'asile et le statut de réfugié : la relativité d'un droit absolu

Parmi l'ensemble des droits fondamentaux, le droit d'asile a cette particularité d'être le seul, avec la prohibition des expulsions collectives, à s'adresser spécifiquement aux étrangers. Il bénéficie de protection à de multiples niveaux et a un certain nombre de corollaires : possibilité de solliciter matériellement le statut de réfugié (CE, réf. 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*), principe de non refoulement, possibilité de solliciter l'asile à la frontière si la demande n'est pas manifestement irrecevable (CE, 25 mars 2003, « *M. et Mme Sulaimanov* »), droit à des conditions matérielles d'accueil décentes (CE, réf., 17 septembre 2009, « *Salah* »).

D'un point de vue constitutionnel, ce droit, qui figurait déjà dans la Constitution du 24 juin 1793, a été repris dans le Préambule de la Constitution de 1946 en faveur des « combattants de la liberté » (asile constitutionnel). Il a dès lors été érigé au rang de principe de valeur constitutionnelle (CC, déc. n° 93-325 DC, *préc.*). Cette décision a d'ailleurs nécessité une révision de la Constitution afin de pouvoir ratifier la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS). A cette occasion le droit d'asile, et la possibilité de conclure des accords avec d'autres Etats européens liés par des obligations identiques, a été inscrit à l'article 53-1 de la Constitution. Cela a aussi ouvert la voie à la ratification de la

⁵⁰ CEDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*.

⁵¹ V. dans le même sens aff. C-411/10, *N.S. / Secretary of State for the Home Department*. Dans des conclusions prononcées le 22 septembre 2011, l'avocat général a estimé qu'avant de procéder à une réadmission, l'Etat membre doit évaluer le risque d'atteintes graves aux droits conférés par la Charte des droits fondamentaux s'il y a des indices sérieux permettant de faire tomber la « présomption réfragable » de respect des droits fondamentaux par l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile.

⁵² Celles-ci ont un caractère obligatoire pour les Etats (CEDH, 4 février 2004, *Mamatkulov et Askalov c/ Turquie*). Leur respect peut être assuré par la procédure de référé-liberté (CE réf. 30 juin 2009, *ministre de l'intérieur c/ Beghal*).

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

Convention de Dublin du 15 juin 1990 (remplacée depuis par le règlement « Dublin II » du 18 février 2003) qui permet de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'espace européen.

La France a aussi ratifié la Convention de Genève sur les réfugiés du 28 février 1951 (asile conventionnel). Cette convention, complétée par un protocole en 1967, définit les critères d'octroi du statut de réfugié (crainte, avec raison, de persécution en raison de la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social ou en raison des opinions politiques), garantit un certain nombre de droits et pose le principe de non refoulement vers le pays de persécution (article 33). La reconnaissance du statut de réfugié a un caractère reconnaissant. Avec la loi du 25 juillet 1952, la France a créé un établissement public, relevant de la tutelle de l'Etat (ministère des Affaires étrangères initialement puis depuis 2007 ministère chargé de l'immigration), l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) qui est chargé de reconnaître la qualité d'apatride et de se prononcer sur les demandes de reconnaissance de statut de réfugié. Les décisions portant sur le statut de réfugié peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une juridiction administrative spécialisée, la Cour nationale du droit d'asile (qui a remplacé en 2008 la Commission de recours des réfugiés). Alors que la CRR était gérée par l'OFPRA, le cordon ombilical a été coupé puisque la CNDA est désormais directement gérée par le Conseil d'Etat et des magistrats permanents président les formations de jugement aux côtés d'un représentant de l'administration et du Haut-commissariat aux réfugiés des nations unies. Les décisions de la CNDA relèvent en cassation du Conseil d'Etat. Une directive précise les procédures d'obtention et de retrait du statut de réfugié (dir. n° 2005/85/CE, 1er déc. 2005).

La loi de 1952 a été modifiée à de nombreuses reprises notamment par la loi du 10 décembre 2003 et intégrée en 2005 dans le CESEDA. La loi de 2003 a aussi transformé l'asile territorial, créé par la pratique administrative et la loi du 11 mai 1998, en protection subsidiaire et rendu l'OFPRA et la CNDA compétents pour octroyer, à titre subsidiaire, cette protection (CESEDA, L. 713-1). Prévue par la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, son bénéfice est réservé aux personnes qui ne remplissent pas les conditions d'octroi du statut de réfugié mais établissent néanmoins qu'elles sont exposées dans leur pays à la peine de mort, la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou à une menace grave, directe et individuelle contre leur vie ou leur personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international (CESEDA, L. 712-1). Mais, à la différence du réfugié qui obtient une carte de résident de dix ans, renouvelable de plein droit, la carte de séjour délivrée pour la protection subsidiaire doit être renouvelée chaque année à l'issue d'un réexamen (CESEDA, L. 723-5). En vertu du principe d'unité familiale, l'octroi du statut de réfugiés à une personne implique également qu'il soit reconnu au bénéficiaire de son conjoint et ses enfants mineurs (CE 2 décembre 1994, *Mme Ageypong*). Ils ont donc droit à un rapprochement familial sous réserve de la vérification des actes d'état civil (CESEDA, L. 111-6).

A la frontière, les étrangers peuvent aussi introduire une demande d'admission au séjour au titre de l'asile que le ministère chargé de l'immigration ne peut rejeter, après avis de l'OFPRA, que si elle est « manifestement infondée » (CC, déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992 ; CAA de Paris, 8 juillet 2010, *Diallo Alpha*). L'examen d'une demande d'asile à la frontière ne peut dépasser les critères utilisés pour l'examen tendant à la reconnaissance de la qualité de réfugié (CE Ass. 18 décembre 1996, *Ministre de l'Intérieur c/ Rogers*) et le maintien en zone d'attente ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié (CEDH 25 juin 2006, *Amuur c/ France*).

En vertu de l'article 31 de la convention de Genève, les demandeurs d'asile bénéficient d'une immunité et peuvent donc se présenter à la frontière ou à la préfecture démunis des documents d'identité et visas exigés ou avec de faux documents (CE, 25 septembre 1985, *France Terre d'Asile* ; CE, 29 juillet 1998, *min. de l'Intérieur c/ M. Mwinyl*). De manière critiquable, le Conseil d'Etat a toutefois jugé que le fait d'ajouter à la liste communautaire des visas de transit aéroportuaire une liste nationale comprenant les ressortissants de pays pourvoyeurs de demandeurs d'asile (Cuba, Erythrée, Russes d'origine tchétchène) ne porte « par elle-même aucune atteinte au droit fondamental qu'est le droit d'asile » car l'obligation de disposer d'un VTA « répond à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, des afflux incontrôlés de personnes qui demanderaient

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

l'admission sur le territoire au titre de l'asile » (CE, 1er avril 2008, *Anafé et Gisti* ; CE 25 juillet 2008, *Anafé et Gisti*).

Dans le cadre de la procédure normale d'examen des demandes d'asile, le demandeur d'asile a droit au séjour jusqu'à la décision de l'OFPPA et, en cas de rejet par celle-ci, le recours devant la CNDA a un caractère suspensif et donne aussi droit au séjour jusqu'à ce qu'elle statue (CE, 13 déc. 1991, *Préfet de l'Hérault c/Dakoury* repris par CESEDA, L. 742-1). Toutefois, depuis 1993, le législateur a développé les procédures prioritaires et dérogatoires d'examen des demandes d'asile. Ainsi, lorsqu'un demandeur d'asile relève d'un pays d'origine sûr⁵³ ou que sa demande est considérée comme frauduleuse ou abusive ou si elle relève de la compétence d'un autre Etat membre en application du règlement « Dublin II » n° 343/2003 du 18 février 2003 ou encore s'il fait une demande d'asile en rétention, le préfet peut ne pas l'admettre au séjour (CESEDA, art. L. 741-4). L'OFPPA examine alors sa demande suivant une procédure accélérée (de 5 à 15 jours) et, surtout, le recours devant la CNDA n'a pas suspensif (CESEDA, L. 742-6), c'est-à-dire qu'il peut faire l'objet d'une OQTF et être éloigné avant l'examen du recours.

Il a toutefois été précisé que la fixation de la liste de pays d'origine sûrs par le conseil d'administration de l'OFPPA « ne saurait exempter l'administration de procéder à l'examen individuel de chaque dossier » (CC, déc. n° 2003-485 DC, *préc.* ; CE, 5 avr. 2006, *Gisti et a.*). Il en est de même avant une réadmission pour un demandeur d'asile relevant du mécanisme « Dublin II » et ce afin de respecter l'article 53-1 de la Constitution (CE 6 mars 2008, *Ministre de l'immigration c/ Dociev*). Le Conseil d'Etat a censuré plusieurs pays de la liste des POS (Niger, Albanie, Turquie, etc.) car l'Etat de droit et la démocratie n'y sont pas encore suffisamment garantis (CE, 13 févr. 2008, *Forum réfugiés* ; CE 23 juill. 2010, *AISF*). Il figure néanmoins encore sur cette liste seize pays – ce qui en fait la liste la plus importante en Europe. En outre, le Conseil d'Etat a admis la possibilité de faire une application « genrée » de cette notion de POS en réservant aux seules femmes l'annulation du Mali et ce alors même que la directive 2005/85/CE du 1er décembre 2005 semblait le prohiber (CE 7 avril 2011, *AISF et Gisti*).

Enfin, le Conseil d'Etat a jugé l'exclusion des demandeurs d'asile en provenance des pays d'origine sûr de l'Allocation temporaire d'attente (C. trav., art. L. 5423-9, 1°) contraire à la directive n° 2003/9 du 27 janvier 2003 (CE, 16 juin 2008, *Cimade*). En vertu de cette directive, l'ensemble des demandeurs d'asile bénéficient en effet d'un droit aux conditions matérielles d'accueil, comprenant le logement, la nourriture et l'habillement ainsi que cette allocation journalière qui est justiciable par la voie du référé-liberté⁵⁴. Le fait de ne pas accorder ce droit à un demandeur d'asile, le plaçant dans une situation d'extrême précarité, est susceptible de constituer une atteinte de l'article 3 de la CEDH (CEDH, G.C. 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*), surtout s'agissant d'un mineur isolé (CEDH, 5 avril 2011, *Rahmi c. Grèce*).

Bibliographie :

Codes, guides et manuels

E. Aubin, *Droit des étrangers*, Gualino, coll. « Master pro », 2009.

CESEDA, Litec, par V. Tchen et F. Renault-Malignac (rééd. régulières).

CESEDA, Dalloz par X. Vandendriessche (rééd. régulières).

Dictionnaire permanent droit des étrangers, Éd. Législatives (mise à jour permanente)

M. Denis-Linton, M. Guyomar, « Contentieux de la reconduite à la frontière et de l'expulsion des étrangers », *J-Cl. Administratif*, Fasc. 1156.

Gisti, *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, La Découverte (rééd régulière) ainsi que les diverses notes pratiques et cahiers juridiques thématiques (<http://www.gisti.org/spip.php?rubrique8>)

F. Jault-Seseke, « Etrangers », *Répertoire Dalloz droit international*, 2011

⁵³ V. sur cette notion controversée : C. Teitgen-Colly, « Le concept de pays sûr », in *Mélanges Julien-Laferrère*, *préc.*, p.525.

⁵⁴ S. Slama, « Le droit à des conditions matérielles d'accueil décentes : une nouvelle forme de justiciabilité pour quelle effectivité ? », *RDSS*, 2010, p. 858.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

F. Julien-Laferrière, *Droit des étrangers*, PUF, 2000.

D. Lochak, « Droits et libertés des étrangers », *J.-Cl. Libertés*, fasc. 720 à 740 (rééd. régulières)

S. Slama, « Condition des étrangers : droits politiques. Accès aux fonctions et emplois publics », *J.-Cl. Droit international*, fasc 525-A, 2008.

V. Tchen, « Droit pénal des étrangers », *J.-Cl. Droit public – Droit pénal* (rééd. régulières)

X. Vandendriessche, « Étrangers. Entrée et séjour », *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 234 (rééd. régulières)

C. Wolmark, « Travailleur étranger », *Répertoire Dalloz droit du travail*, 2008 (rééd. régulières)

Pour approfondir

A Spire, *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France, (1945-1975)*, Grasset, 2005 ; *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'Agir, 2008.

D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit d'asile*, PUF 2002.

J-Y. Carlier, *L'étranger face au droit*, XXèes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, 2010.

Collectif, *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011.

Collectif, Dossier « Regroupement familial », *AJ- famille*, n° 6/2009 et 7-8/2009.

Collectif, Dossier « Droit au logement et à l'hébergement des étrangers en situation irrégulière ou précaire sur le territoire français », *AJ – Droit immobilier*, sept. 2010.

S. Corneloup, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 207.

C. Cournil, *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, L'Harmattan, 2005.

C. Daadouch, *La commune et les étrangers*, éd. Le Moniteur, 2004.

L. Dubin, *La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne : quelle légalité ?*, Bruylant, 2012 (à paraître).

J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, Thèse Pau, 2010.

N. Ferran, L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-200, dir. D. Rousseau : Th. dactyl., Montpellier 1, 2008 ;

H. Fulchiron, *La nationalité française*, Que sais-je ?, PUF, 2000.

C. Gauthier, M. Gautier, *L'immigration légale : aspects de droits européens*, Bruylant, 2011.

Gisti, *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009.

H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA* 2011 p. 273.

C. Lantero, « Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration », Bruylant, 2011.

O. Le Cour Grandmaison, *Douce France. Rafles. Rétections. Expulsions*, Seuil-Resf, 2009.

A. Le Pors, *Le droit d'asile*, Que sais-je ?, 2008.

O. Lecucq, *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan, 2011 ; « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? » in *Mélanges Favoreu*, Dalloz, 2008, p.1637

D. Lochak, *Etrangers : de quel droit ?*, PUF, 1985 ; « L'étranger et les droits de l'homme » in *Mélanges R. E. Charlier*, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p.627 ; « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990. 76 ; *Face aux migrants : État de droit ou état de siège ?*, Textuel, 2007 ; « Devoir d'intégration et immigration », *RDSS*, 2009, p.18.

L. Mathieu, *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, La Dispute, 2006.

G. Noiriel, *A quoi sert « l'identité nationale »*, Agone-Passé présent, 2007

C. Picheral, « Les standards du droit communautaire des étrangers », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 12, 2008.

V. Pironon, « Droit des étrangers et droits de l'homme: l'apport de la Cour de cassation », *D.* 2009, 388.

E. Saulnier-Cassia, V. Tchen, *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, Dalloz, 2009.

S. Slama, « Politique d'immigration : un laboratoire de la frénésie sécuritaire » in L. Mucchielli, *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, 2008, p. 64 ; « Immigration et libertés : les paradoxes d'une évolution récente », *Pouvoirs*, n° 130, 3/2009.

Serge Slama, « Droits et libertés fondamentaux des étrangers », in T-S RENOUX, Protection des libertés et droits fondamentaux, Les notices, La Documentation française, 2ème éd., 2011, notice 22.

Seule la version publiée fait foi.

V. aussi

Actualité du droit des étrangers, blog Vincent Tchen (<http://vincenttchen.typepad.fr/>)

Chronique de droit des étrangers par O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot au Recueil Dalloz

Combats pour les droits de l'homme, blog animé par Serge Slama (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/category/droit-des-etrangers/>)

Journal d'un avocat par Me Eolas (<http://www.maitre-eolas.fr/category/Droit-des-etrangers>)