

L'étranger entre Etat marchand¹ et Etat de droit



Zouhair Aboudahab

Avocat du barreau de Grenoble

Depuis près d'une décennie, on assiste à un «double mouvement en matière de condition des étrangers. D'une part, un mouvement juridique de dé-protection des plus vulnérables et de ceux pouvant se prévaloir de liens privés et familiaux ; d'autre part, un mouvement visant les étrangers censés répondre à des critères d'utilité économique pour le pays», instaurant ainsi une dichotomie entre «immigration subie» et «immigration choisie», le tout guidé par un esprit mercantile et utilitariste. Force est de constater une évolution de «l'Etat social» à «l'Etat marchand» qui ouvre ainsi un véritable «marché des droits». »

En fait de protection, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) énumère des catégories d'étrangers dites, communément, « protégées » contre les mesures d'éloignement du territoire en raison, principalement, de l'intensité de leurs attaches privées et/ou familiales en France, tels les parents d'enfants français, les conjoints de Français, les étrangers résidant habituellement en France depuis l'âge de 13 ans ou encore les étrangers gravement malades et résidant habituellement en France². Mais la question de la protection de l'étranger ne se réduit pas, loin s'en faut, à la seule menace de son éloignement du territoire. Elle interroge, notamment, la nature et la portée du droit au séjour dont il peut jouir, la garantie de son droit à une vie familiale normale, le droit pour lui d'exercer un emploi et de bénéficier de droits économiques et sociaux sans discrimination avec les nationaux, sa condition en matière d'asile ou encore la possibilité qu'il a de pouvoir participer, au moins par le vote local, aux affaires de la cité où il réside légalement ...

Cela étant, la mondialisation marchande et la crise économique actuelle inspirent, à notre sens, depuis près d'une décennie, un double mouvement en matière de condition des étrangers. D'une part, un mouvement juridique de dé-protection des plus vulnérables et de ceux pouvant se prévaloir

de liens privés et familiaux ; d'autre part, un mouvement visant les étrangers censés répondre à des critères d'utilité économique pour le pays – travailleurs hautement qualifiés, qualifiés ou peu qualifiés - qu'il s'agit d'attraire dans un contexte de compétition internationale. Mue par un esprit mercantile et utilitariste, l'évolution de la législation relative aux étrangers semble ainsi refléter ces mutations de « l'Etat social » vers « l'Etat marchand » décrites par Mireille DELMAS-MARTY³. La mondialisation avec son cortège de « déshumanisation » a donc son écho en droit des étrangers.

Reste que l'évolution de l'Etat de droit a, de son côté, conduit à un accroissement important du rôle du Juge et de l'étendue de son pouvoir de contrôle sur les mesures étatiques relatives aux étrangers. Le juge, européen notamment, vient limiter, grâce à une interprétation dynamique de normes supranationales, les effets délétères des législations nationales restrictives. La protection de l'étranger semble alors dépendre en bonne partie du prétoire et de la jurisprudence – produit d'un contentieux dit aujourd'hui de masse⁴.

L'étranger « déprotégé » par les lois

Une des figures par excellence de l'étranger nécessitant protection est celle du demandeur d'asile. Or, plusieurs observateurs s'accordent à dire que le droit d'asile est aujourd'hui en crise⁵.

Le demandeur d'asile saisi comme menace

Au lendemain de la 2^{nde} Guerre Mondiale, la Convention de Genève du 28 juillet 1951, dans un contexte de Guerre froide, a fondé jusqu'aux années 90 le système européen de protection du réfugié – reposant sur le droit de quitter son pays ; réfugié qu'elle définit comme une personne qui, craignant d'être

persécutée du fait de sa race, de sa religion, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ce pays. Le profil de réfugié prédominant alors était celui du dissident persécuté par les Etats communistes : les demandes d'asile étaient dans ce contexte satisfaites à 80%.⁶

L'effondrement des blocs Est/Ouest et la mondialisation entraînent deux phénomènes concomitants ; d'une part, l'explosion des motifs de persécution (ils ne sont plus que étatiques, la frontière entre les considérations politiques, sociales, voire environnementales ou écologiques s'atténue) ; d'autre part, la multiplication des mesures draconiennes de restriction d'accès à l'asile dans le cadre du droit de l'Union européenne : restrictions à l'entrée (difficultés d'accès aux visas, système de sanctions contre les compagnies de transport,...), notions de « pays tiers sûr » d'où les demandes sont présumées infondées, système du règlement de Dublin fixant un seul Etat membre responsable du traitement de la demande d'asile, notion d'« asile interne » impliquant la création de zones de protection dans les pays en crise eux-mêmes, « externalisation » fondée sur une politique d'aide de l'UE aux pays frontaliers (notamment le Maroc) pour mettre en place des procédures d'asile de type européen, de sorte que la protection des demandeurs d'asile soit mise en place avant d'atteindre l'Europe.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que l'octroi du statut de réfugié soit devenu l'exception et le rejet des demandes y afférentes la règle (les chiffres se situant aujourd'hui entre 70 à 80% de refus). Notons également qu'en France le nombre de demandeurs d'asile a régulièrement chuté au cours de ces dernières années, passant de 100 000 demandes à la fin des années 1990 à 52 000 en 2011⁷.

Par ailleurs, si le réfugié d'antan présentait la figure d'un migrant permanent et bénéficiant d'un statut stable – fondé sur la délivrance de la carte de résident de 10 ans - le droit d'asile connaît depuis quelques années une explosion des statuts temporaires et provisoires : asile territorial (titre de séjour d'un an), protection temporaire des déplacés (autorisations provisoires de séjour de 6 mois), protection subsidiaire (titre de séjour d'un an)...

Ce mouvement de précarisation des statuts s'observe du reste en dehors de la figure demandeur d'asile.

Dans la tourmente de l'insécurité juridique : l'étranger doté d'attachments familiales en France

A l'instar du demandeur d'asile, l'étranger se prévalant de ses liens privés et familiaux pour résider en France a été saisi par le discours politique de ces dix dernières années comme représentant « l'immigration subie ». A compter de la loi du 26 novembre 2003 - dite loi « Sarkozy I » – cette figure du migrant se verra assigner un mouvement de restriction majeure dans les conditions d'obtention de la carte de résident de 10 ans, au profit de cartes de séjour temporaires d'un an dont le renouvellement n'est pas certain. Rappelons que la carte de résident de 10 ans a été instaurée en 1984 dans le contexte de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui prévoyait, en son article 15, la délivrance de *plein droit* de ce titre à plusieurs catégories d'étrangers dotés de fortes attaches familiales en France. Il s'agissait alors de favoriser leur intégration juridique par la « sécurisation » de leur droit au séjour : ainsi en était-il des conjoints de Français au terme d'une année de mariage et de vie commune, des parents d'enfants français en séjour régulier, des enfants et

conjoints venus en France dans le cadre de la procédure de regroupement familial (lorsque le regroupant était lui-même titulaire de cette carte)...

Le mouvement de précarisation du statut de cette catégorie d'étrangers se fera en deux temps. Dans un premier temps, la loi Sarkozy I du 26 novembre 2003 est venue supprimer purement et simplement l'accès de plein droit à la carte de résident pour les parents d'enfants français et pour les étrangers entrés dans le cadre du regroupement familial : la délivrance de ce titre relève désormais, pour eux, du pouvoir discrétionnaire du Préfet et de son administration. De plus, la recevabilité de la demande est rendue plus difficile car subordonnée, pour les parents d'enfants français, à une double condition de résidence régulière de plus de 2 ans et de contribution effective à l'entretien et l'éducation de l'enfant; pour les conjoints regroupés, elle est subordonnée à la condition d'une communauté de vie entre les conjoints d'une durée au moins égale à deux ans. Dans les deux cas, ces étrangers doivent en outre justifier de leur « intégration républicaine », notion élastique qui accroît davantage le pouvoir discrétionnaire de l'Administration sur la condition des étrangers.

Dans un second temps, la loi du 24 juillet 2006, dite « loi Sarkozy II », s'est saisie des conjoints de Français dont elle a supprimé la possibilité d'accès de plein droit à la carte de résident : la délivrance de ce titre est désormais abandonnée, également pour eux, à l'appréciation discrétionnaire de l'Administration préfectorale, sous l'angle notamment de la justification de leur intégration républicaine...

De plus, la demande n'est plus recevable qu'au terme de 3 ans de communauté de vie, de mariage et de séjour régulier. Ce durcissement du délai de recevabilité de la

demande est, de plus, étendu aux parents d'enfants français et aux conjoints regroupés : 3 années de séjour régulier constituent désormais un préalable à toute demande de carte de résident pour ces étrangers⁸.

Par ailleurs, qu'il s'agisse des étrangers conjoints de Français ou des étrangers entrés en France dans le cadre du regroupement familial, la loi du 24 juillet 2006 a renforcé le droit de l'Administration de procéder au retrait ou au refus de renouvellement des titres de séjour qui leur sont délivrés. Ainsi, s'agissant du conjoint de Français, la carte de séjour pourra lui être retirée en cas de rupture de la vie commune dans les 4 années suivant son mariage (alors qu'auparavant ce titre ne pouvait lui être retiré qu'en cas de fraude) ; s'agissant des conjoints regroupés, leur titre de séjour pourra faire l'objet d'un retrait ou d'un refus de renouvellement pendant les trois années suivant l'autorisation de séjour au titre du regroupement familial. Sous peine d'éviction du territoire national fondée sur la rupture de la communauté de vie, il est ainsi exigé de l'étranger une stabilité de couple dissonant avec les réalités de l'amour conjugal en France...

Ce deuxième temps législatif est aussi caractérisé par l'introduction de la condition de visa de long séjour pour la délivrance des titres de séjour aux conjoints de Français et aux descendants de Français : le centre des décisions concernant ces familles est conséquemment déplacé des préfectures vers les consulats de France à l'étranger, sortes de « gardiens en amont » des frontières françaises. Aussi, alors que la loi prévoit depuis l'ordonnance du 2 novembre 1945 (dans sa version de 1984) la délivrance de plein droit de la carte de résident de 10 ans à l'étranger ascendant à charge d'un Français⁹, l'obligation désormais faite à cet ascendant d'obtenir

préalablement un visa de long séjour auprès des autorités consulaires a vidé de substance la notion d'accès de plein droit à la carte de résident – les consuls de France à l'étranger, suivant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, étant dotés d'un très large pouvoir d'appréciation sur les conditions de délivrance desdits visas.

Dans le même ordre d'idées de cette précarisation frappant les étrangers dotés de fortes attaches familiales en France, on observera un mouvement législatif concordant s'agissant des étrangers les plus vulnérables, dont les « sans-papiers » et les étrangers gravement malades.

De l'étranger « sans-papiers » et de l'étranger gravement malade

On rappellera d'abord que la possibilité qu'avait l'étranger «sans-papiers» d'obtenir de plein droit la délivrance d'un titre de séjour « vie privée et familiale » au terme de 10 années de résidence habituelle en France, a été supprimée par la loi du 26 novembre 2003 : désormais la condition de cet étranger relèvera du domaine de l'admission exceptionnelle au séjour - livrée au pouvoir discrétionnaire de l'administration préfectorale.

On soulignera en outre cet important allongement de la durée possible de privation de liberté en vue de l'éloignement de l'étranger « sans- papiers » : de 12 jours maximum avant la loi du 26 novembre 2003, la rétention administrative est passée aujourd'hui, au fil des textes législatifs, dont en dernier lieu la loi du 16 juin 2011 et sous l'influence du droit de l'Union européenne, à 45 jours¹⁰.

S'agissant de l'étranger malade résidant habituellement en France, signalons cette modification législative qui rend sa protection

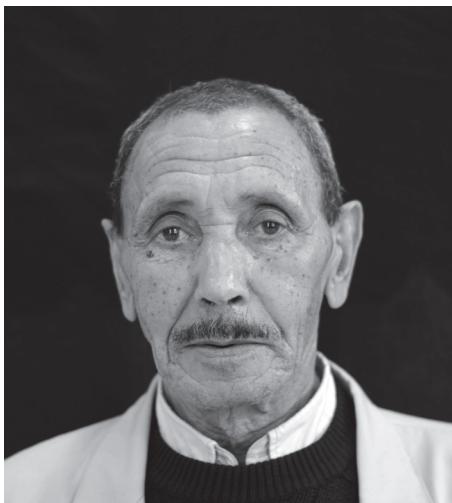
plus aléatoire : alors que jusque-là son droit au séjour pour raisons médicales graves était reconnu lorsqu'il démontrait ne pas pouvoir accéder de *manière effective* à un traitement *approprié* dans son pays d'origine, la loi *du 16 juin 2011*, faisant échec à une jurisprudence protectrice du Conseil d'Etat, a supprimé les notions de « traitement approprié » dans le pays d'origine et d'effectivité des soins, qu'elle a remplacées par celle de leur simple existence dans le pays d'origine : peu importe donc que l'étranger puisse y accéder ou non ou que lesdits soins et traitement soient véritablement appropriés, désormais leur existence théorique justifie légalement l'éloignement de l'étranger malade vers son pays d'origine.

Parallèlement à ce mouvement dé-protecteur des droits des étrangers noyés sous le vocable d' « immigration subie » - que la majorité socialiste actuelle ne semble pas envisager d'inverser le cours, des textes de droit interne et de droit européen se sont intéressés à l'immigration professionnelle - qu'il s'agit d'attraire.

L'étranger convoité par les lois - pour quels droits ?

L'esprit des lois en matière d'étrangers est orienté aujourd'hui vers la tentative d'attraction des plus talentueux, des travailleurs hautement qualifiés, mais aussi des travailleurs peu qualifiés censés répondre aux besoins du marché français dans certains secteurs dits « en tension ».

On remarquera que le statut du travailleur



variera en fonction de son niveau dans la « hiérarchie » et de son degré d'expertise, le droit applicable traduisant ainsi l'approche utilitariste de la politique migratoire actuelle. Mais on relèvera que le travailleur en question n'est pas protégé en cas de perte de son emploi, a fortiori dans un contexte de crise économique.

Du travailleur étranger à l'étranger « talentueux »...

En 1998, la loi Chevènement entreprit de faciliter le séjour et le travail en France des chercheurs, scientifiques et des artistes étrangers par la création des carte de séjour temporaires d'un an, portant les mentions « *scientifique-chercheur* » et « *profession culturelle et artistique* » : pour ces deux catégories d'étrangers le principe de l'opposabilité de la situation de l'emploi en France fut écarté par dérogation au droit commun.

La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et l'intégration, dite « *Sarkozy II* », inaugura de façon beaucoup plus large une politique d'immigration professionnelle sélective¹¹, basée sur les besoins de la France et de ses aspirations au rayonnement. Elle créa ainsi un nouveau titre de séjour, la carte « *compétences et talents* ». Symbole fort de cette immigration dite « *choisie* », d'une durée de validité de 3 ans renouvelable (au lieu de la durée de droit commun qui est d'un an), cette carte est délivrée à l'étranger « *susceptible de participer*, du fait de ses

compétences et talents, de façon significative et durable, au développement économique et au rayonnement, notamment intellectuel, scientifique, culturel, humanitaire ou sportif de la France et du pays dont il a la nationalité ». Elle permet à son titulaire d'exercer toute activité professionnelle de son choix, à condition qu'elle s'inscrive dans le cadre du projet au vu duquel elle a été attribuée¹². La loi institua par ailleurs, à côté de la carte de séjour « salarié » d'un an existant depuis longtemps, la carte de séjour « travailleur temporaire », d'une durée de validité inférieure à un an, dédiée aux étrangers appelés à exercer un emploi salarié d'une durée déterminée inférieure à 12 mois, en particulier dans des secteurs en pénurie.

Enfin, plus récemment, la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 est venue instituer un nouveau titre de séjour à l'échelle de l'Union européenne, « la carte bleue européenne », que la loi du 16 juin 2011 a transposé dans le droit français. L'esprit présidant à la création de cette carte vise à « attirer et à conserver une main-d'œuvre hautement qualifiée provenant de pays tiers dans le cadre d'une approche fondée sur les besoins des États membres... » (Préambule de la directive). Cette carte peut être accordée pour une durée de 3 ans, en fonction de la durée du contrat de travail. Sa délivrance est subordonnée à des conditions de diplômes et/ou d'expérience professionnelle ainsi – et surtout – qu'à une condition de salaires annuels plus élevés que dans les situations qui précédent¹³. La carte est destinée également à accroître la mobilité intracommunautaire aux fins de travail hautement qualifié.

Cela étant, l'analyse de l'ensemble de ces dispositifs, donne à voir des figures différencier et inégalitaires du travailleur migrant en fonction du degré de son

expertise et de ses qualifications. En « haut de l'échelle », les titres de séjour sont, par dérogation au droit commun, d'une durée de 3 ans (et non d'un an) s'agissant des « compétences et talents » et des travailleurs hautement qualifiés (titulaires de contrats de travail d'une durée supérieure à 3 ans) : il est question ainsi de les attirer et mieux sécuriser la durée de leur séjour sur le territoire. Ils sont également mieux protégés en matière de droits familiaux : ainsi les deux catégories de travailleurs sont dispensées de la lourde procédure de regroupement familial au profit de la procédure simplifiée de famille accompagnante. A l'opposé, la carte de séjour « travailleur temporaire » est d'une durée inférieure à un an et son titulaire est privé de tout droit au regroupement familial, celui-ci étant subordonné à la possession d'un titre de séjour d'une durée de validité d'une année au moins. Entre ces deux figures de l'immigration de travail, on pourrait classer, s'agissant de la durée du séjour et des droits familiaux, les titulaires de titres de séjour « scientifiques » (d'un an) - dispensés également de la procédure de regroupement familial.

Un travailleur privé de droits en temps de crise et de perte d'emploi

Reste qu'en matière de droits sociaux, en cas de non renouvellement du contrat de travail ou en cas de licenciement, on observera une précarité quasi généralisée des statuts de ces travailleurs migrants. Le principe est en effet le suivant : le titre de séjour n'est renouvelable que pour la durée du contrat de travail. Dès lors, un contrat de travail non renouvelé ou une situation de licenciement ne donnent pas lieu en principe au renouvellement du titre de séjour de son titulaire, le privant également par-là du droit à l'assurance chômage alors même qu'il y a cotisé : il en est ainsi des travailleurs titulaires de la carte de séjour

« scientifique », « profession culturelle et artistique », « travailleur temporaire »¹⁴, « travailleur saisonnier », « travailleur en mission », de même que du titulaire de la carte de séjour « compétences et talents ». Seuls les travailleurs titulaires de la carte de séjour « salarié » - la protection date de très longtemps pour ce qui les concerne - et de la « carte bleue européenne » sont en effet protégés par l'article R. 5221-33 du Code du travail qui dispose que la validité d'une autorisation de travail constituée par ces deux titres de séjour est prorogée d'un an lorsque l'étranger se trouve involontairement privé d'emploi à la date de la première demande de renouvellement. Si au terme de cette période de prorogation l'étranger est toujours privé d'emploi, « il est statué sur sa demande compte tenu de ses droits au regard du régime d'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi ».

On retrouve cette approche « mercantile » des droits du travailleur migrant – consistant à aligner ses droits sociaux et de résidence sur la durée de son contrat de travail - dans des pays européens autres que la France, tels l'Italie et l'Espagne : dans le contexte de la crise économique et du chômage massif qui ont frappé ces deux pays, de nombreux travailleurs marocains ayant perdu leur emploi ont par là même perdu leur droit au séjour et leurs droits sociaux, contraignant nombre d'entre eux à revenir, dans une extrême précarité, vers leurs pays d'origine. Pourtant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, prévoit dans son article 25 que les travailleurs migrants « doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux » en matière de « cessation

d'emploi et toutes autres conditions de travail ». Toutefois ce texte des Nations Unies n'a été ratifié par aucun Etat de l'Union européenne.

Que peut alors le juge ?

L'étranger sous protection du Juge

L'une des évolutions majeures du droit des étrangers est l'accroissement important du recours au Juge, appelé – telle Antigone face à Créon ! -, à écarter l'application de règlements et de lois aux effets iniques, et ce, en vertu de normes juridiques supérieures : principes généraux du droit, constitution, normes de protection européenne et internationale des droits de l'Homme, etc.

S'il est certain que le Juge joue ainsi un rôle de garde-fou, il faut se garder cependant de magnifier son action.

Le Juge, un garde-fou

On rappellera ce premier grand arrêt du Conseil d'Etat du 8 décembre 1978 – dit « GISTI » - qui a érigé le droit au regroupement familial en Principe général du droit à l'encontre d'un décret du Gouvernement qui tentait d'en vider la substance. Le Conseil constitutionnel érigera ensuite ce droit au rang de principe à valeur constitutionnelle, dans sa décision du 13 août 1993, que le législateur ne pourra méconnaître sauf à en encadrer les modalités d'application.

Il n'en demeure pas moins que le renforcement du rôle du Juge en matière de protection des étrangers est en grande partie lié à la ratification (tardive) de la Convention européenne des droits de l'Homme par la France (1973) et la reconnaissance par elle (tout aussi tardive) - soit en 1981 - du droit au recours individuel devant la Cour de Strasbourg, juridiction supranationale chargée de la garantie des droits reconnus

dans la Convention. Ce n'est cependant qu'en 1991 que le Conseil d'Etat a admis qu'un étranger pouvait invoquer l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, relatif au droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale, contre une mesure d'expulsion. Cet article sera ensuite invoqué, notamment, contre des mesures administratives de refus de séjour et de refus de visas susceptibles, suivant la formule jurisprudentielle consacrée, de « porter au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au but en vue duquel elles ont été prises ». L'article 3 de la même Convention, stipulant que « *Nul ne peut être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* », joue également un rôle important dans la protection des étrangers contre les mesures d'éloignement de nature à les exposer à de tels traitements en cas de retour forcé dans leur pays. La Cour européenne des droits de l'Homme veille à la bonne application de cette disposition impérative dont elle a, à plusieurs reprises, invalidé l'interprétation restrictive par les autorités et les juridictions françaises. Il en est ainsi de son arrêt du 18 avril 2013, censurant les décisions de l'administration préfectorale française et en creux celles des juridictions françaises qui ont « validé » - de manière assez expéditive - l'éloignement d'un tchadien vers son pays d'origine alors qu'il est apparu à la Cour qu'il y serait exposé à des traitements inhumains ou dégradants (CEDH, 18 avril 2013, n° 18372/10, MO. M c/ France). De même, dans un arrêt du 6 juin 2013, la Cour de Strasbourg a de nouveau désavoué l'éloignement envisagé par la France d'un copte chrétien vers l'Egypte à défaut de preuves sur les risques qu'il y encourrait du fait de sa religion et de son prosélytisme¹⁵. A cet égard, on observera avec d'autres que la Cour européenne des droits de l'Homme et

les juridictions françaises ont deux approches différentes du droit à protection, la première déclenchant ce droit non pas sur la base d'une certitude mais d'un doute raisonnable : « Pour la Cour le doute protège, pour les organes français il ne suffit pas »¹⁶.

En matière de pensions militaires des étrangers rappelons l'arrêt DIOP du Conseil d'Etat du 30 novembre 2001 – soit plusieurs années avant le film « *Indigènes* » et le sursaut du Président de la République Chirac - qui évinça la loi de 1959 de cristallisation des pensions versées aux militaires et anciens combattants étrangers ; ce fut en vertu du principe d'interdiction des discriminations à raison de la nationalité en matière de droits patrimoniaux proclamé dans la même Convention européenne (article 14 combiné au protocole n° 1 additionnel à cette convention).

En dehors du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, le droit de l'Union européenne comme celui issu de ses Accords avec certains de ses partenaires, immergea le droit interne français par l'entremise d'un juge national plus enclin à lui donner effet utile.

Ainsi en était-il en matière de droits sociaux des étrangers retraités : en 1991, la Cour de cassation, au visa de l'Accord de coopération CE-Algérie prohibant les discriminations à raison de la nationalité en matière de sécurité sociale, écartera les dispositions contraires du Code français qui excluaient lesdits retraités du droit aux prestations de vieillesse non contributives. Il en sera de même pour les retraités marocains, tunisiens ou encore d'Afrique subsaharienne en vertu des accords conclus respectivement par leurs pays avec les Communautés européennes (devenues Union européenne) : la jurisprudence née de ces accords aura raison du législateur français qui finira par adopter la loi de

1998, dite « loi Chevènement », prévoyant l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux en matière de prestations sociales non-contributives (FNS et AAH).

Pour sa part, la Cour de Justice de l'UE (CJUE) a récemment contribué à la décriminalisation du séjour irrégulier qui ne peut plus désormais constituer un motif de garde-à-vue : interprétant la directive de 2008-115 dite « directive retour », la CJUE a posé pour principe, dans son arrêt du 28 avril 2011 (aff. C-61/11 PPU, El Dridi) que le seul séjour irrégulier ne saurait constituer une infraction pénale - justifiant par suite une garde-à-vue et une peine d'emprisonnement -, tant que les mesures coercitives visant l'éloignement effectif de l'étranger n'ont pas été épuisées. La Cour de cassation s'aligna sur cette solution (arrêts du 5 juillet 2012), ce qui entraîna ensuite l'abrogation de l'article L. 621-1 du CESEDA par le Parlement français (loi du 31 déc. 2012) et la fin des gardes-à-vue pour séjour irrégulier de l'étranger¹⁷.

Ainsi, à coup sûr, la protection des droits de l'étranger ne saurait s'entendre indépendamment de l'Etat de droit où le juge – tel un garde-fou - est habilité à puiser ses jugements à la source de principes et de règles juridiques supérieurs au droit national – droit souvent « politisé ».

Le Juge, un fervent garant de la politique de maîtrise des flux migratoires ?

Mais il faut se garder de magnifier l'étendue de la garantie des droits des étrangers par le Juge. Il suffit d'assister à une audience publique de certaines cours administratives d'appel¹⁸ : les appels formés par les étrangers contre les décisions des tribunaux administratifs qui leur sont défavorables sont majoritairement rejetés par le Rapporteur

public – magistrat dont l'influence sur la décision à venir de la Cour est cruciale. A l'inverse, les appels formés par l'Administration préfectorale sont, de façon majoritaire, favorablement accueillis par ledit magistrat. Tel est souvent le quotidien des prétoires. Et si les juges du premier ressort (tribunaux administratifs...) peuvent parfois faire preuve d'audace en matière de protection des droits de l'étranger, les Juges d'appel (Cour administratives d'appel, ...) semblent plutôt enclins à « valider » et sauvegarder l'essentiel des décisions de l'Administration préfectorale en matière de police des étrangers.

Ainsi, par exemple, dans une décision en date du 14 mars 2013, le Tribunal administratif de Lyon a reconnu à une étrangère l'application d'un principe général du droit de l'Union européenne, qualifié de « droit à une bonne administration », impliquant notamment le droit d'être préalablement entendu par l'Administration ou de faire ses observations avant toute décision défavorable qu'elle s'apprête à prendre à l'égard de l'« administré »¹⁹. Ce principe général s'applique-t-il lorsque l'Administration envisage de prendre une obligation de quitter le territoire français à l'encontre d'un étranger ayant sollicité un titre de séjour ? Le Tribunal administratif de Lyon répond par l'affirmative²⁰ dès lors que l'étranger démontre qu'il aurait pu faire valoir des considérations importantes avant la prise de décision de l'Administration. La Cour administrative d'appel de Lyon ne l'entend pas de cette oreille. Annulant la décision des juges du premier ressort, elle écarte l'application dudit principe au contentieux des obligations de quitter le territoire : l'étranger en instance de demande de titre de séjour ne peut ignorer qu'une décision d'éloignement est susceptible d'être prise à son encontre ; il est également censé

savoir qu'il peut faire ses observations à tout moment et qu'il peut demander à être entendu avant la prise de décision de l'Administration...²¹

Dans le même ordre d'idées, on observera que certaines juridictions « valident » des décisions préfectorales entraînant une « double peine » pour l'étranger; par exemple dans le cas d'une étrangère dont les autorités médicales françaises ont reconnu l'extrême gravité des pathologies et l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait à bénéficier de soins dans son pays d'origine : il découle de l'arrêt de la Cour que si elle ne peut être éloignée vers son pays d'origine, elle ne peut pour autant prétendre à un droit au séjour en France au titre de son état de santé en raison de la peine d'emprisonnement avec sursis à laquelle elle a été condamnée pour usage d'un faux permis de conduire²². La menace à l'ordre public que cette étrangère est censée ainsi représenter justifie, aux yeux de l'Administration comme aux yeux du Juge, qu'elle demeure sur le territoire sans titre de séjour et sans droit au travail - dans le même temps où sa maladie interdit son éloignement vers son pays d'origine.

De même, s'agissant encore du statut de l'étranger malade/handicapé, on citera cet arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon qui a jugé, par exemple, qu'une étrangère auquel un titre de séjour a été délivré à raison de son état de santé et qui s'est vue par la suite reconnaître le statut d'handicapé en France, n'a aucun droit au renouvellement de ce titre de séjour, après plusieurs années de résidence régulière, dès lors que le Préfet, au vu d'un nouvel avis du Médecin Régional de Santé, a estimé qu'elle pouvait désormais se faire soigner dans son pays d'origine : selon la Cour, ni la Convention européenne

des droits de l'Homme, ni l'Accord UE-Algérie prohibant les discriminations en matière de sécurité sociale ne créent au bénéfice de l'étranger handicapé une protection par la reconnaissance d'un droit au séjour lui garantissant l'effectivité de ses droits d'handicapé (notamment en matière d'AAH)²³

Plus haut dans la hiérarchie des juridictions françaises, on signalera que le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire sur la loi française qui exige des étrangers, en matière de RSA, une condition préalable de résidence de 5 ans sous couvert d'un titre de séjour autorisant à travailler. Pourtant, cette position de la plus haute juridiction française est en contradiction avec celle de nombreuses institutions européennes et internationales, tel le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe qui fait régulièrement valoir dans ses conclusions rendues sur la France, depuis 1996, le caractère discriminatoire de cette condition au regard de la Charte sociale européenne. Considérant l'objectif à portée universelle du RSA, à savoir la garantie de conditions dignes d'existence et la lutte contre la pauvreté, cette différence de traitement entre étrangers en séjour régulier et nationaux est-elle justifiable ? Le Juge constitutionnel français répond par l'affirmative²⁴.

Assurément l'étranger, fût-il en séjour régulier, n'a pas droit à la même protection que les nationaux en l'état actuel du droit. Le Juge garde-fou n'est-il pas en même temps le Juge garant de politiques publiques restrictives à l'égard de l'étranger, particulièrement en ces temps de crise économique ?

Certes le juge ne peut pas tout ! Et je suis de ceux qui croient résolument que la question de la protection de l'étranger doit, plus que jamais, relever d'une gouvernance mondiale

soustraite aux contingences politiques nationales et régionales. Un véritable droit universel de l'étranger/migrant devra voir le jour avec, comme aspiration, le droit à la mobilité érigé en bien public mondial et saisi comme facteur du développement humain.²⁵

■

1. - L'expression « Etat marchand » est de Mireille DELMAS-MARTY qui, dans son récent ouvrage « Résister, responsabiliser, anticiper », (éditions du Seuil, Paris, 2013, p. 46 et ss.) décrit la mondialisation juridique actuelle et ce passage de l'Etat social à l'Etat marchand en ces termes : « ...qu'il s'agisse du droit du travail stricto sensu ou des autres droits sociaux, l'Etat social est affaibli, sinon transformé, en Etat marchand : tantôt par l'effet direct d'une mondialisation qui a créé un véritable « marché des droits » ; tantôt, notamment en matière de santé et de logement, par l'effet indirect de la place croissante accordée à la culture du marché ».

2. - Pour l'expulsion « simple » et l'expulsion « pour nécessité impérieuse » ou encore l'expulsion pour atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, voir, notamment, les articles L. 521-2, L. 521-3 et L. 521-4 du CESEDA. En ce qui concerne la protection contre les obligations de quitter le territoire et la reconduite à la frontière, voir l'article L. 511-4 du CESEDA.

3. - Op. cit.

4. - Voir Roger ERRERA, *Et ce sera justice – Le juge dans la cité*, Gallimard, Paris 2013, P. 128 et ss.

5. - Voir en ce sens rapport d'Amnesty International de 2013. Voir également, Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXI^e siècle, Migrants, réfugiés et relations internationales*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 2013, p. 145 et ss.

6. - WITHOL DE WENDEN, *op. cit.* p. 154.

7. - Op. cit.

8. - Voir art. L. 314-9 du CESEDA.

9. - Actuellement transposé dans article L. 314-11 du CESEDA

10. - voir l'art. L. 552-7 du CESEDA.

11. - Cf. Zouhair ABOUDAHAB, « La nouvelle 'loi Sarkozy' relative au statut des étrangers », *Ecarts d'identité* n° 109 – 2006, vol. II.

12. - CESEDA, art. L. 315-1 à L. 315-9.

13. - Soit une fois et demie le salaire moyen annuel brut

(donc environ 53 000 € par an au moins).

14. - Sauf en cas de rupture du contrat de travail du fait de l'employeur dans les 3 mois précédent le terme du contrat.

15. - CEDH, 6 juin 2013, aff. N° 50094/10, M.E c/ France

16. - C. POULY, EL NET Droit des étrangers (bulletin de juin 2013).

17. - Mesure remplacée par la procédure de retenue de seize heures pour vérification du droit au séjour, instituée par la loi du 8/1/2013.

18. - Par exemple celle de Lyon.

19. - Voir T.A. de Lyon, n° 12LYO2704, Halifa. Voir également dans le même sens TA de Lyon, 20/03/2013, n° 1301821, Ambra Arba.

20. T.A. Lyon, 20 mars 2013, n°1301821, Arrba AMBRA

21. C.A.A. Lyon, 14 mars 2013, n° 12LYO2704, Halifa.

22. C.A.A. Lyon, 21 février 2013, n° 12LY02018, Mpingila. Dans le même sens, alors que le Tribunal administratif de Grenoble avait annulé la décision préfectorale : C.A.A. Lyon, 30 mai 2013, n° 12LYO2177, Baoune.

23. C.A.A. Lyon, 26 mars 2013, n° 12LY02207

24. Cons. const., déc. n° 2011-137 QPC, 17 juin 2011

25. Cf. Catherine WIHTOL DE WENDEN, *op. cit.*, p. 177 et ss.