

Chapitre 2

Les sources juridiques

33. Le droit des étrangers, contrairement au droit de la nationalité, est très largement internationalisé. Une convention internationale ou un traité sont d'applicabilité directe dans le droit français. Ils n'ont pas besoin d'être transposés par une loi. Un traité multilatéral ou bilatéral ratifié par la France a valeur supérieure à la loi et s'applique directement en droit français. L'essentiel du droit des étrangers procède ainsi du droit international.

I. Les sources internationales

A. Les traités multilatéraux à vocation universelle

34. La convention de Genève sur les réfugiés – À la suite de la Seconde Guerre mondiale, marquée par les persécutions, en particulier la Shoah, le génocide de six millions de juifs en Europe, la communauté internationale a pris conscience de la nécessité de protéger les minorités y compris celles qui sont issues de l'immigration. Ce constat est à l'origine de la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur la protection des réfugiés et le droit d'asile. Elle est complétée par la Convention de New York sur les apatrides du 28 septembre 1954. Ces textes à vocation universelle, ratifiés par

toutes les grandes démocraties, sont à l'origine de jurisprudences et de législations abondantes¹.

35. La convention internationale sur la protection des travailleurs migrants – En revanche, la France, tout comme les autres États de l'Union européenne, n'a pas ratifié la convention internationale *sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* adoptée par les Nations unies le 18 décembre 1990. Vingt États ont ratifié cette convention, tous pays d'origine de l'immigration. Sa non-ratification par la France s'explique par la volonté de conserver des marges de manœuvre nationales en matière de politique migratoire et notamment dans la lutte contre l'immigration illégale. Les autorités françaises – ministère des affaires étrangères et européennes – ont expliqué leurs réserves dans une réponse à une question écrite, publiée au Journal officiel du Sénat du 29 mars 2012: «La France est pleinement consciente de l'importance de la question du respect des droits de l'homme des travailleurs migrants. Néanmoins, la France n'a pas ratifié la «convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille», adoptée le 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Aucun État membre de l'Union européenne n'a été en mesure de le faire. En effet, plusieurs difficultés ne permettent actuellement pas au gouvernement français de souscrire pleinement aux dispositions de cette convention, notamment en ce qui concerne l'absence de distinction entre les personnes en situation régulière et celles en situation irrégulière. La France combat l'immigration irrégulière et lutte contre le travail clandestin, dans l'intérêt même des travailleurs migrants. En outre, la politique en matière d'asile et d'immigration relève de la compétence partagée des États membres et de l'Union européenne.»

B. Les traités régionaux

36. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme – Les conventions à vocation régionale

1. Cf. chapitre 7 sur le droit d'asile.

constituent une deuxième source essentielle du droit des étrangers. L'une d'elle, absolument fondamentale, est la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) du 4 novembre 1950. Depuis le milieu du xx^e siècle, elle a joué un rôle décisif dans l'émergence du droit des étrangers en France. Ainsi, son article 8 prévoit que «*toute personne a droit au respect de la vie privée et familiale...*» Elle a fortement influencé l'essor du droit français de l'immigration pour motif familial. En se fondant sur cet article, les juges, en particulier le Conseil d'État, ont élaboré une jurisprudence protégeant le droit à l'immigration pour motif familial, en particulier au milieu des années 1990, quand les gouvernements, en pleine crise économique ont été tentés de remettre en cause ce droit. Par la suite, des lois ont été votées par le Parlement, directement inspirées de cette jurisprudence.

L'intervention du droit international ne prive pas les autorités nationales de toute marge de manœuvre. Le second alinéa de l'article 8 de la CEDH précise clairement qu'il incombe à la loi nationale d'organiser la mise en œuvre de ce droit et de prévoir ses limites en fonction des nécessités nationales : «*Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*» La Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas un principe uniforme et absolu de regroupement familial aux États puisque la loi nationale est libre d'en définir les conditions. Cependant, les juridictions administratives s'appuient couramment sur cet article 8 pour annuler des mesures d'éloignement ou d'expulsion d'étrangers et obliger l'administration à respecter leur droit à une vie familiale. L'intéressé va pour cela invoquer «*un risque d'atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée et familiale*» ou mettre en avant «*des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la situation personnelle et familiale*».

La Cour européenne des droits de l'homme – la cour de Strasbourg, chargée de faire respecter la CEDH, saisie par les particuliers qui ont épuisé toutes les voies de recours internes – a développé une abondante jurisprudence destinée à protéger cet article 8. Dans deux affaires Tanda-Muzinga¹ et Mugenzi contre France, du 10 juillet 2014², elle a ainsi condamné la France pour avoir trop tardé à délivrer des visas à des familles de réfugiés. Cependant, la Cour veille à maintenir un certain équilibre entre le droit au respect de la vie privée et familiale et celui des États à maîtriser leur immigration et donc, à limiter ses ingérences dans la politique migratoire des États. Ainsi, dans un arrêt du 25 mars 2014, Biao contre Danemark³, elle s'abstient de condamner le Danemark qui écarte du regroupement familial une famille au prétexte qu'elle entretient avec un autre pays (le Ghana), des liens plus étroits qu'avec le Danemark. Cette jurisprudence de la Cour a en tout cas une importance significative pour la politique migratoire, dès lors qu'elle fonde les décisions des tribunaux nationaux qui s'y réfèrent dans leurs affaires quotidiennes.

37. La convention relative au statut juridique du travailleur migrant – La France a par ailleurs ratifié en 1983 la convention du 24 novembre 1977, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Ce texte vise à éliminer les discriminations figurant dans les législations nationales et à garantir l'égalité de traitement entre les nationaux et les travailleurs migrants ainsi que les membres de leur famille.

C. Les accords bilatéraux

Les accords bilatéraux constituent une seconde source internationale du droit des étrangers.

38. L'accord franco-algérien – L'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, relatif à la circulation, à l'emploi, au séjour en France des ressortissants algériens et de leur famille, constitue le fondement du régime des Algériens, dérogoire au regard de

1. Requête n° 2260/10.

2. Requête n° 52701/09.

3. Requête n° 39590/10.

l'ensemble du droit des étrangers en France. Il est révisé dans le cadre d'une commission franco-algérienne chargée de son actualisation périodique. Il comporte plusieurs avenants, notamment celui du 7 mars 1986, et le protocole du 18 septembre 1994. La population algérienne en France, première communauté étrangère en termes quantitatifs, est ainsi régie par un droit qui lui est propre, distinct de celui des autres ressortissants étrangers. Cependant, le droit applicable aux Algériens tend peu à peu à se rapprocher du droit commun. Les autorités algériennes déplorent certaines différences dans le droit applicable à leurs citoyens et les autres étrangers. Ainsi, les Algériens n'ont jamais bénéficié de la carte compétences et talent, introduite dans le droit des étrangers par la loi du 24 juillet 2006 et supprimée par celle du 7 mars 2016. Alors que le régime général des étrangers évolue en fonction des lois votées par le Parlement, celui des Algériens en France se singularise et n'évolue pas au même rythme que le droit des autres étrangers mais en fonction des négociations bilatérales.

39. Les accords de gestion concertée des flux migratoires –

Ces accords visant à concevoir une politique d'immigration concertée entre la France et les pays d'origine ont été conclus de 2006 à 2012. Seize ont été signés, par exemple avec le Sénégal, le Gabon, la Tunisie, le Congo Brazzaville, le Bénin, le Mali. Ils facilitent la circulation entre le pays d'origine et la France en promouvant la distribution de visas de circulation permettant d'accomplir un nombre illimité d'allers-retours entre le pays d'origine et la France. Ils encadrent l'immigration du travail en ouvrant le recrutement dans certains métiers: l'accord avec le Sénégal prévoit ainsi une ouverture de l'immigration à quatre-vingts types de qualifications. En contrepartie de cette ouverture, le pays d'origine s'engage à lutter contre l'immigration clandestine de ses ressortissants en France. Ces accords comportent des clauses de réadmission, signifiant que le pays d'origine s'engage à réadmettre sur son territoire, en délivrant un laissez-passer consulaire, l'un de ses ressortissants en situation irrégulière en France. Ils présentent enfin des clauses de codéveloppement, ou «développement solidaire», modalité de l'aide au développement centrée sur des micro-projets, mais dont l'ambition est limitée par la faiblesse des moyens. Les accords de

gestion concertée de l'immigration n'impactent que de façon marginale le droit des étrangers, comportant peu de clauses normatives. La mise en œuvre de ces conventions est restée incomplète et marginale mais l'expérience a ouvert une voie nouvelle d'organisation des politiques migratoires concertée entre pays d'origine et pays d'accueil. Ces accords sont tombés en désuétude à partir de 2012, faute de résultats probants, notamment sur la réadmission. Pourtant, ils ouvraient une piste innovante, fondée sur le dialogue entre l'État d'origine et celui de destination, qui aurait mérité d'être poursuivie et approfondie.

II. Les sources européennes

A. Les grandes étapes

40. La libre circulation – Le traité de Rome du 25 mars 1957, fondement de la construction européenne, ne traite pas explicitement des questions d'immigration ni du droit des étrangers. Cependant, il constitue la base de la politique européenne de l'immigration, à travers deux grandes innovations : la liberté de circulation des travailleurs au sein de la communauté ; la libre circulation des personnes. Ce sont deux notions différentes.

La première, c'est-à-dire la liberté de circulation des travailleurs, concerne les ressortissants d'un pays de l'Union européenne. Mise en œuvre dès le début des années 1960, elle leur accorde en principe le droit de travailler où ils le souhaitent, sous réserve de conditions d'harmonisation des diplômes, dans l'Union européenne.

La libre circulation *stricto sensu* est tout autre chose : le droit de franchir les frontières internes de l'Union européenne, entre deux États membres, sans faire l'objet d'un contrôle. Et ce principe s'applique à toute personne résidant dans l'Union européenne y compris aux ressortissants de pays tiers. Un Turc qui habite en Allemagne et qui veut venir en France, peut, en principe, franchir la frontière franco-allemande sans contrôle comme n'importe quel citoyen français ou allemand.

Cette libre circulation des personnes a été appliquée tardivement par rapport au traité de Rome. C'est la convention de Schengen qui en a posé les fondements. Elle a été négociée sur la base d'un accord du 14 juin 1985, entre la France, l'Allemagne et les trois pays du Benelux. Cet accord a été transformé en convention de Schengen, le 19 juin 1990, entrée en vigueur le 25 mars 1995 pour ces cinq pays. Puis son champ d'application a été élargi à l'Italie en 1998, à la Grèce en 1999 enfin à la plupart des pays européens sauf la Grande-Bretagne et l'Irlande. Fortement remise en cause dans les faits depuis 2015 (cf. § 200, 201, 202), elle s'applique, en théorie, aux nationaux et aux étrangers présents dans l'espace Schengen de l'Union européenne, qui ont droit à la circulation de trois mois sans contrôles aux frontières. Font aujourd'hui partie de cet espace Schengen les pays de l'Union européenne, sans le Royaume-Uni, l'Irlande, la Roumanie, la Bulgarie, la Croatie et Chypre. En revanche, trois pays qui ne sont pas membres de l'Union y sont associés : la Norvège, l'Islande et la Suisse.

Cette liberté de circulation s'accompagne de mesures compensatoires pour renforcer la frontière externe, entre l'espace de libre circulation et le reste du monde et de la mise en œuvre d'une harmonisation en matière de droit des étrangers. Dès lors que ces derniers disposent, en principe, de la liberté de déplacement dans l'espace commun sans contrôle aux frontières, il devient indispensable de développer une politique commune pour éviter des distorsions dans les droits des États susceptibles de se traduire par des inégalités de traitement entre les ressortissants étrangers dans un même espace. La politique commune de l'immigration découle donc, dans sa logique, de la libre circulation.

41. Le traité de Maastricht (7 février 1992) – Ce traité a lui aussi un objectif parmi d'autres qui est celui de la libre de circulation et de l'émergence de politiques communes dans les secteurs qui lui sont liés : frontières, asile, immigration, questions policières et judiciaires. Il a été conçu et s'est développé dans une logique parallèle à celle de Schengen.

Le traité de Maastricht crée l'Union européenne, en reprenant le traité de Rome de 1957, auquel il ajoute deux piliers

supplémentaires. Le deuxième pilier est la politique étrangère commune, la diplomatie européenne. Le troisième pilier porte sur la justice et les affaires intérieures dont le droit des étrangers. Les articles K et suivants considèrent comme des questions d'intérêt commun la politique d'asile, la politique d'immigration et les règles sur le franchissement extérieur des frontières de la communauté.

Ces dispositions du troisième pilier ne donnent pas encore pleine compétence aux institutions communautaires pour statuer sur la question. Il n'existe pas encore, à l'époque, de véritables lois européennes, de directives et de règlements, dans ce domaine. Le pouvoir du Parlement européen reste consultatif et non législatif. La Cour de Justice n'exerce pas de compétence juridictionnelle. Les décisions sont prises à l'unanimité, donc dans le respect de la souveraineté des États. Un cadre est fourni aux pays membres de l'Union européenne pour rapprocher leurs politiques en adoptant des positions communes, des actions communes ou éventuellement conclure des conventions internationales sur ces sujets.

42. Entre Schengen et Maastricht – Le traité de Maastricht n'a pas de lien officiel, formel avec la coopération Schengen. Le premier concerne l'ensemble des États membres de la Communauté européenne, douze à l'époque. La seconde concerne un groupe d'États pionniers qui travaillent ensemble et prennent en commun des mesures pour supprimer les frontières entre eux et unir leurs efforts pour maîtriser l'immigration. Leurs objectifs sont pourtant identiques et leurs travaux convergent inévitablement, même s'ils se déroulent dans des instances séparées au cours des années 1990. Par contre en 1997, est franchie une nouvelle étape, décisive, avec le traité d'Amsterdam.

B. Les bases juridiques de la politique européenne de l'immigration

43. Le traité d'Amsterdam, fondement de la politique européenne d'asile et d'immigration – Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, est le véritable fondement juridique de la politique européenne d'immigration. Les questions d'immigration, d'asile, de droit des étrangers sont