

<b>Sciences Po Strasbourg</b>			
École	de l'Université de Strasbourg		

# **MÉMOIRE DE RECHERCHE**

**INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES DE STRASBOURG**

**Université de Strasbourg**

**« LE CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS ET L'OFFICE DU JUGE  
FRANÇAIS : ÉTUDE À LA LUMIÈRE DES EXIGENCES  
EUROPÉENNES »**

**Mémoire présenté et soutenu par Emma LUX**

**Sous la direction de Monsieur Patrick Dollat**

Diplôme de 4<sup>ème</sup> année de Sciences Po Strasbourg filière Droit et administration  
publique

Juin 2021

Année universitaire 2020/2021

« L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur(e) »



## Remerciements

*Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur Patrick Dollat, mon directeur de mémoire, pour son accompagnement assidu et impliqué tout au long de ce travail. Ses encouragements et sa patience permirent de donner naissance à une réflexion féconde quant à ce sujet qui m'est cher.*

*Je remercie également Monsieur le Professeur Jean-Philippe Kovar pour avoir accepté de participer à la soutenance de ce mémoire. Sa lecture consciencieuse et ses remarques pertinentes et constructives permirent une version plus aboutie de mon travail.*

*Mes remerciements vont également à Madame la Professeure Frédérique Berrod et Monsieur le Professeur Ledi Bianku qui par leurs recommandations et le temps qu'ils m'ont accordé ont participé à guider mes recherches et ma réflexion.*

*À mes proches enfin, pour leur indéfectible soutien, leur bienveillance, et pour m'avoir épaulée tout au long de cette année universitaire aussi difficile que formatrice. La confiance dont ils témoignent à l'aune de chacun de mes projets m'invite à leur exprimer toute ma reconnaissance.*

## François Sureau, *Le chemin des morts*<sup>1</sup>

*« Lire ces rapports était toujours une épreuve. C'est que j'y devinais des vies sans pouvoir vraiment les comprendre, craignant toujours d'imaginer trop ou pas assez, souffrant pour finir de devoir les faire entrer par force dans les catégories du droit. Mais c'était mon métier, et je l'aimais malgré tout. »<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> François Sureau, *Le chemin des morts*, NRF, Gallimard, 2013.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 19.

## Liste des abréviations

**CE** : Conseil d'État

**CEDH** : Convention européenne des droits de l'homme

**CESEDA** : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

**CJA** : Code de la justice administrative

**CJCE** : Cour de justice des communautés européennes

**CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne

**CNCDH** : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme

**Cons. const.** : Conseil constitutionnel

**Cour EDH** : Cour européenne des droits de l'Homme

**CRPA** : Code des relations entre le public et l'administration

**DUDH** : Déclaration universelle des droits de l'homme

**ELSJ** : Espace de liberté, de sécurité et de justice

**GUDA** : Guichet Unique pour Demandeur d'Asile

**IRTF** : Interdiction de Retour sur le Territoire Français

**OFII** : Office français de l'immigration et de l'intégration

**OIM** : Organisation Internationale des Migrations

**ONU** : Organisation des Nations Unies

**OQTF** : obligation de quitter le territoire français

**PESC** : Politique étrangère et de sécurité commune

**RAEC** : Régime d'asile européen commun

**SDN** : Société des Nations

**SPADA** : Structures de Premier Accueil pour les Demandeurs d'Asile

**TFUE** : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

**TUE** : Traité sur l'Union européenne

**UNHCR** : Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

## Sommaire

### **Partie I. Le difficile partage des prérogatives de souveraineté des États membres au sein de l'Union explique la complexité du cadre juridique du contentieux des étrangers**

Titre I. La politique migratoire : une prérogative de souveraineté partagée

Sous-titre I. La politique migratoire : une hiérarchie des normes fondée sur le principe de la compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres

Sous-titre II. L'influence des autres sources internationales et européennes en matière de politique migratoire

Titre II. La politique d'asile et de protection des réfugiés : une obligation faite aux États-membres

Sous-titre I. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés

Sous-titre II. Les normes européennes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés

Sous-titre III. Les normes internes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés

### **Partie II. Les difficultés qui résultent du partage des prérogatives de souveraineté quant à l'exercice de l'office du juge français supposent des réformes ambitieuses**

Titre I. Les insuffisances juridictionnelles propres au contentieux des étrangers entravent l'office du juge français

Sous-titre I. La multiplicité des juridictions compétentes complique le contrôle opéré par les juges européens et nationaux

Sous-titre II. La multiplicité des régimes procéduraux applicables complexifie inutilement les procédures contentieuses

Titre II. La nécessaire mise en place de réformes ambitieuses visant à pallier ces dysfonctionnements

Sous-titre I. À l'échelle européenne : le nouveau pacte pour la migration proposé par la Commission européenne doit permettre une coopération accrue entre les États-membres

Sous-titre II. À l'échelle nationale : la mise en œuvre d'une simplification procédurale et le renforcement du caractère contraignant des décisions de justice

# Introduction

L'office du juge national en matière de contentieux des étrangers illustre, comme le laisse penser François Julien-Lafferrière<sup>3</sup>, « *toutes les misères du monde* »<sup>4</sup>. En matière de contentieux des étrangers le juge judiciaire, le juge administratif et le juge de l'asile sont confrontés à un dilemme cornélien à l'occasion de l'exercice de leur office. À l'heure où l'apophtegme est à la peur de l'autre, le juge national est pris en étau entre sévérité et empathie ; partagé entre son devoir de préserver l'ordre public et sa mission visant à protéger les libertés fondamentales d'individus aux destins anguleux et aux vies brisées. Si certains disent de la souveraineté qu'elle est à la fois « *obstacle et condition* »<sup>5</sup> à l'Union européenne, jamais cet axiome n'a été si vrai qu'en matière de contentieux des étrangers ; la souveraineté européenne et nationale se heurtant de plein fouet en son sein.

## I. Un droit éclectique

Le droit a trois finalités qui lui sont intrinsèques : définir un équilibre social général à vocation opératoire, établir un équilibre susceptible d'être imposé par une contrainte réglée et génératrice de confiance, et enfin produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées<sup>6</sup>. Il semblerait bien qu'en l'état actuel le cadre juridique propre au contentieux des étrangers ne permette pas de répondre à ces trois objectifs. Le contentieux des étrangers monopolise pourtant l'office du juge français. Plus de la moitié des requêtes introduites auprès des tribunaux administratifs français concernent le contentieux des étrangers, et la Cour Nationale du Droit d'Asile (ci-après CNDA) est la juridiction administrative rendant le plus de décisions à l'échelle nationale, celle-ci ayant par ailleurs atteint un pic historique d'activité pour l'année 2019<sup>7</sup>. Le contentieux des étrangers est également un droit politique au cœur de notre actualité, en témoigne par exemple la grève de la faim introduite par un employeur français visant à ce que son apprenti en situation irrégulière

---

<sup>3</sup> Préface de François Julien-Lafferrière in Anicet Le Pors, *Le juge de l'asile*, Collection Les sens du droit, Michel Houdiard Éditions, 2010, p. 12.

<sup>4</sup> L'auteur fait ici référence à l'office du juge de l'asile, mais cette constatation peut être étendue aux différents juges dont l'office trouve à s'exercer en matière de contentieux des étrangers.

<sup>5</sup> F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'Exemple français*, LGDJ, 2000.

<sup>6</sup> Théorie développée par les travaux de F. Ost dans F. Ost, *À quoi sert le droit ?* 1<sup>ère</sup> édition, Bruylant, 2016.

<sup>7</sup> Conseil d'État, 2019, Bilan d'activité : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/bilan-d-activite>

puisse obtenir un titre de séjour<sup>8</sup> ; ce genre d'épisodes participant indéniablement à cristalliser les débats publics autour de la question migratoire. Bien qu'il soit un contentieux d'actualité, le contentieux des étrangers implique un cadre juridique trop méconnu, ce dernier remettant en cause la dichotomie classique de notre système juridique<sup>9</sup>. Matière éminemment publique, le contentieux des étrangers touche à l'essence même de la souveraineté étatique. Ce dernier oppose l'État à l'étranger et touche ainsi au territoire et à la population de celui-ci, attributs traditionnellement indissociables de l'exercice de la souveraineté étatique. De ce fait, le contrôle de l'entrée, du séjour et de la sortie du territoire français a joui durant longtemps d'un monopole régalien et traduit l'autorité de l'entité étatique exercée sur celui-ci. À la charnière du droit public et du droit privé, celui-ci articule de nombreux droits et libertés fondamentaux et appelle *in fine* à décider de la destinée de milliers de personnes déplacées. Éminemment européen enfin, et ce car aujourd'hui et en sus de l'exercice des prérogatives étatiques en la matière, le droit des étrangers ne peut plus se penser en dehors du cadre de l'action menée par l'Union européenne ainsi que des normes développées par le Conseil de l'Europe en matière de libertés fondamentales.

Cette étude entend étudier le contentieux des étrangers *in extenso*. Matière particulièrement polymorphe<sup>10</sup>, ce que le Professeur Vincent Tchen appelle être « *le péché originel du droit des étrangers* » témoigne de toute la complexité et l'hétérogénéité de ce droit. L'éternelle et inlassable question à laquelle tout juriste est alors confronté lors de l'étude de cette matière est la suivante : comment définir le contentieux des étrangers ? Un préalable nécessaire nous conduit à différencier le contentieux des étrangers du droit des étrangers. Les deux notions ne sont pas synonymes : le droit des étrangers renvoie à l'ensemble des normes juridiques applicables à la situation des étrangers, tandis que le contentieux des étrangers renvoie à son traitement juridictionnel c'est-à-dire à l'introduction d'une requête et à la saisine d'une juridiction. Le contentieux des étrangers apparaît *a priori* aride, ce qui s'explique par le fait que son cadre juridique met en œuvre un enchevêtrement de contentieux ainsi que des normes juridiques difficiles à articuler les unes aux autres.

---

<sup>8</sup><https://www.leparisien.fr/societe/besancon-le-boulangier-en-greve-de-la-faim-pour-son-apprenti-guineen-conduit-aux-urgences-12-01-2021-8418696.php>

<sup>9</sup> X. Vandendriessche, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile commenté et annoté*, Code administratif, Dalloz, 2012.

<sup>10</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, Lexis Nexis, Janvier 2020, p. 1.



## II. La distinction fondamentale entre la politique migratoire et la politique d'asile et de protection des réfugiés

Les deux principales branches du contentieux des étrangers sont la politique migratoire et la politique d'asile et de protection des réfugiés ; souvent confondues mais intrinsèquement différentes l'une de l'autre<sup>11</sup>. La première peut se définir comme l'ensemble des normes juridiques visant à régir l'entrée, le maintien et la sortie des étrangers du territoire français. Il s'agit alors d'encadrer le déplacement de tout individu non-national et non citoyen de l'Union européenne, cette dernière distinction étant fondamentale dans la mesure où le citoyen européen jouit du droit d'entrer, de séjourner et de demeurer au sein de l'Union. La politique migratoire est encadrée juridiquement du fait d'une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États-membres, ainsi que certaines dispositions internationales. La politique d'asile et de protection des réfugiés quant à elle est un droit bien plus circonscrit, dans la mesure où il s'agit là d'encadrer juridiquement la protection accordée à un étranger par un État tiers grâce à l'octroi du statut de réfugié. Il ne s'agit donc plus là de régir les seuls entrées, maintiens et sorties sur le territoire mais plutôt de vérifier si l'individu en question remplit effectivement les critères exigés par les textes internationaux afin d'espérer se voir octroyer ledit statut. Si la politique d'asile et de protection des étrangers est une obligation pour les États, il n'en est rien en matière de politique migratoire, ces derniers disposant souverainement de leur territoire. À ces deux branches principales s'ajoutent d'autres régimes juridiques dont les frontières se confondent souvent avec le contentieux des étrangers. C'est par exemple le cas du droit de la nationalité et du droit de l'extradition. Si les deux entretiennent un lien évident avec la matière, il ne faut pour autant pas les confondre avec le droit des étrangers *stricto sensu*. Le droit de la nationalité est lui aussi au carrefour entre droit privé et droit public, et ce car la nationalité concerne une émanation du statut de la personne privée mais aussi une expression de la souveraineté étatique. Relevant de la compétence du juge judiciaire, le droit de la nationalité ne doit pas être confondu avec le droit des étrangers notamment parce que le maintien, même de longue durée, sur le territoire français ne conduit pas systématiquement à une naturalisation. De la même manière, le droit de l'extradition ne doit pas non plus être confondu avec le droit des étrangers dans la mesure où certes, cette procédure concerne bien un étranger, mais celle-ci vise à mettre fin de

---

<sup>11</sup> La Commission rappelle elle-même que si les matières de la migration et de l'asile sont étroitement liées elles restent cependant distinctes. Voir sur ce point : Commission des communautés européennes, 22 novembre 2000 « Une politique communautaire en matière d'immigration » COM (2000) 757 final <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0757:FIN:FR:PDF>

manière contrainte au séjour d'une personne sur le territoire français dans le cadre d'une procédure pénale. En cela, une extradition ne peut pas être assimilée à une obligation de quitter le territoire français (ci-après « OQTF ») où à une reconduite à la frontière.

### **III. Un contentieux mettant en exergue les débats relatifs à l'exercice de la souveraineté**

La politique migratoire et le contentieux relatif à l'asile intéressent l'État au plus près de sa souveraineté, et c'est bien cela qui explique sa complexité. La construction européenne a abouti à l'établissement d'un espace sans frontières intérieures. Si la libre circulation des personnes est souvent considérée comme étant la liberté la moins aboutie, c'est bien parce qu'elle « *suppose de renouveler l'analyse de la souveraineté étatique afin de concilier la sécurité intérieure de l'Union et la libéralisation des mouvements migratoires* »<sup>12</sup>. L'instauration d'un espace sans frontières intérieures a pour corollaire le renforcement du contrôle des frontières extérieures et nécessite le développement d'une coopération accrue en matière de sécurité intérieure entre les États membres. L'immigration est au cœur de ces préoccupations et est source de discrimination. Certes, l'Union devient un espace sans frontières intérieures, mais seuls les citoyens européens peuvent jouir de la libre circulation des personnes. L'instauration de cet espace sans frontières intérieures implique alors de distinguer le citoyen et le ressortissant de pays tiers à l'Union, ce qui appelle un contrôle accru des flux migratoires. La même problématique s'était déjà dessinée en matière de libre circulation des marchandises, à la différence près que, lorsqu'il s'agit d'êtres humains et non de marchandises, le respect des droits fondamentaux s'impose aux États membres. Ce contrôle difficile relatif aux ressortissants d'États tiers relève exclusivement de la compétence des États membres qui demeurent souverains quant au contrôle de l'entrée sur leur territoire et l'attribution d'un titre de séjour. Si les États ont en théorie, et par le biais des traités, consenti à transférer une partie de leurs compétences à l'Union en matière migratoire, la pratique s'avère être bien plus difficile. Le caractère épineux de la question migratoire explique aujourd'hui encore que « *le contrôle des frontières et de l'immigration échappe pour une large part au droit communautaire* »<sup>13</sup> ce qui se traduit en pratique par l'existence d'un nombre important de particularismes nationaux sur le plan des appareils de droit interne des États membres. L'étude

---

<sup>12</sup> Patrick Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, 1998.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

du contentieux des étrangers nous conduit ainsi à réétudier l'articulation entre l'exercice de la souveraineté dont jouissent les États-membres en la matière d'une part, et le champ de compétence dont l'Union européenne a été investie par le biais des traités d'autre part.

À l'échelle des États membres tout d'abord, la conception de souveraineté étatique renvoie à la conception d'un État fort et indépendant disposant d'un territoire, d'un peuple et d'une autorité politique<sup>14</sup>. Le juriste français Louis Le Fur évoquait ainsi « *la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit* »<sup>15</sup>. En France, la souveraineté appartient au peuple et renvoie à la conception très franco-française de souveraineté nationale. Cette notion a été conceptualisée sous la plume d'auteurs tels que John Locke ou encore Montesquieu. Ayant fait l'objet d'un essor considérable sous la Révolution française, celle-ci peut se définir comme le principe selon lequel l'exercice du pouvoir appartient au peuple, entité collective, unique et indivisible. Cette conception renvoie à la lettre de l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958. Entité inconditionnelle, l'État exerce ses prérogatives de souveraineté sur son territoire. C'est ainsi qu'offrir l'hospitalité à un non-national est une prérogative qui revient exclusivement à l'État ; renvoyant directement à deux notions entretenant une cognation forte avec la souveraineté étatique, à savoir la conception de « nation » et celle de « territoire ». La quintessence de la collectivité nationale conduit l'État à vouloir protéger cette dernière ce qui « *introduit les notions plus générales de marché du travail, de sécurité intérieure et d'ordre public* »<sup>16</sup>, justifiant ainsi le monopole de l'État quant au contrôle des entrées et sorties sur son territoire.

Certainement l'un des enjeux les plus prégnants en matière de contentieux des étrangers est celui opposant la souveraineté des États à la compétence de l'Union européenne, tension qui naît directement de la réticence dont font preuve les États membres quant au partage de leurs prérogatives de souveraineté, l'Union européenne disposant quant à elle en la matière d'une compétence d'attribution en application des principes dégagés par l'article 5 du TUE. Ce processus par le biais duquel un État décide de transférer une partie de sa souveraineté nationale à une autorité supranationale, en l'espèce l'Union européenne, est plus connue sous le vocable de principe d'intégration. Le choix d'une communautarisation progressive des politiques migratoires à l'échelle de l'Union européenne a conduit les États à reconnaître un compromis

---

<sup>14</sup> George Jellinek parlerait de personnalité morale ayant la capacité de contraindre.

<sup>15</sup> Louis Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, 1896, p.443.

<sup>16</sup> Patrick Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, op.cit., p.2.

quant à l'exercice de leur souveraineté en matière migratoire. S'ils sont toujours souverains quant au contrôle des entrées et sorties sur leur territoire, ils consentent à accorder un champ de compétence strictement défini par les traités à l'Union. *De jure*, cela ne porte pas atteinte à la souveraineté des États. Ces derniers ont ratifié souverainement les traités dont ils restent maîtres et ont simplement consenti à un partage de souveraineté. Cela renvoie à la thèse de l'auto-limitation développée par le Professeur Michel Troper<sup>17</sup>. Nous pourrions considérer que l'exercice de ces prérogatives de souveraineté heurte de plein fouet la « souveraineté » de l'Union européenne en la matière. Il s'agirait pourtant là d'un écueil simplificateur, voire d'un contresens sur le plan juridique.

Comme en témoigne la récente publication d'un rapport par Ipsos pour la Fondation Jean Jaurès et la Fondation Friederich Ebert<sup>18</sup>, la notion de souveraineté européenne est incomprise. À raison, puisqu'il est erroné de parler de « souveraineté » de l'Union. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.* ». Une telle formulation qui se rattacherait à l'Union européenne n'existe pas, ce qui renvoie à toute la complexité de la construction du statut de citoyen européen. Il est alors primordial de distinguer la souveraineté exercée par les États de la compétence exercée par l'Union, cette dernière étant strictement subordonnée au principe d'attribution tel que défini dans les traités<sup>19</sup>. Si l'on porte un regard strictement constitutionnaliste sur la question de la souveraineté de l'Union européenne, celle-ci n'est pas *stricto sensu* souveraine et ce car elle ne jouit pas de « *l'indépendance absolue* » telle que théorisée par le juriste Jean Bodin<sup>20</sup>. Contrairement aux États, l'Union ne dispose donc pas de la « *kompetenz-kompetenz* » définie par les juristes allemands en ce sens qu'elle ne dispose de compétences que dans le cadre des traités, ces derniers ne pouvant être modifiés qu'à l'unanimité par les États. Il semblerait alors plus exact de parler en matière de politique migratoire de partage de compétences de souveraineté plutôt que de souveraineté propre revenant à l'Union. À titre d'exemple, c'est ce qui distingue l'Union européenne des États-Unis ; l'État fédéral étant pleinement souverain à l'égard des États fédérés, ce qui n'est pas le cas de l'Union par rapport à ses États membres. On voit alors là toute l'ambiguïté de

---

<sup>17</sup> Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Collection Léviathan, PUF, 2011.

<sup>18</sup> Ipsos Public Affairs, « *Enquête sur la souveraineté européenne* », Fondation Jean Jaurès, Fondation Friederich Ebert, Ipsos, Janvier 2021.

<sup>19</sup> Le principe d'attribution est prévu par l'article 5 du TUE.

<sup>20</sup> Jurisconsulte du XVI<sup>ème</sup> siècle, Jean Bodin est l'un des premiers théoriciens ayant considéré dans son ouvrage, *Les Six Livres de la République*, la souveraineté comme attribut essentiel à l'État. Ses travaux furent précurseurs de la pensée d'Hobbes ou encore de J. Locke.

l'expression « *souveraineté européenne* », la notion de souveraineté attribuée à l'Union apparaissant ainsi avant tout comme un instrument de rhétorique politique reflétant le projet politique de l'Union plutôt qu'un véritable concept juridique, cette notion étant dépourvue de tout fondement constitutionnel. L'Union européenne n'est donc pas souveraine en matière de politique migratoire mais dispose d'une compétence d'attribution définie par les traités.

Cette distinction fondamentale ne doit pas éluder les débats relatifs au partage de compétences de souveraineté en matière de politique migratoire notamment parce qu'il s'agit là d'un des enjeux les plus prégnants en matière de contentieux des étrangers. Si l'Union ne dispose pas de souveraineté qui lui est propre, les dysfonctionnements dont fait état le contentieux des étrangers trouve sa source dans l'hétérogénéité des politiques nationales mais surtout dans la réticence dont font preuve les États quant au partage des prérogatives de souveraineté en la matière. Le principe d'intégration évoqué ci-contre impliquerait en théorie que les États coordonnent leurs politiques dans le cadre défini par les traités comme c'est par exemple le cas en matière monétaire. Si le principe d'intégration demande donc un consensus entre les États, force est de constater que ce n'est pas le cas en matière de politique migratoire. C'est au cœur de cet enjeu politique et juridique de taille que s'exerce l'office du juge français, les conséquences sur la qualité et l'exercice de son office sont conséquentes.

#### **IV. Le juge en matière de contentieux des étrangers : gardien d'un équilibre fragile entre les libertés fondamentales et l'ordre public**

Le juge tient une place centrale au sein de ce contentieux. Dans la Grèce antique, les juges siégeaient à l'*Aeropagos*, au carrefour entre l'*Acropolis* des Dieux et l'Agora des *politiciens*<sup>21</sup>. Cela traduit le rôle majeur de la figure du juge dans notre société. Cette étude vise ainsi une approche processuelle du contentieux des étrangers, à savoir une approche se rapportant au procès sous tous ses aspects (procès civil, administratif, pénal, arbitral)<sup>22</sup> ; l'objectif étant d'appréhender le rôle entretenu par le juge national en la matière mais aussi l'impact du contentieux sur l'exercice de son office. L'expression « *office du juge français* » peut être comprise différemment selon que l'on se place sur le terrain du droit judiciaire privé

---

<sup>21</sup> Colloque, Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006 : [https://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge2.html](https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge2.html)

<sup>22</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Presses Universitaires de France, Quadrige dicos poche, 2018, p.87.

ou public. Ainsi s'agit-il ici d'appréhender cette expression en son acception la plus large à savoir celle visant la mission de trancher un litige opposant deux parties, tant personne physique que personne morale. Le juge est amené à apprécier les faits et à y opposer l'application de normes juridiques. En droit français, le juge tient tant en matière judiciaire qu'administrative un rôle largement inquisitoire, ce dernier jouant un rôle actif et déterminant tout au long du procès. Éthique et impartial, le juge doit exercer son office en appréciant les faits qui lui sont soumis tout en veillant à la bonne application des règles du droit. Plus particulièrement, le juge est dans notre société celui chargé de la mise en balance des intérêts en présence, qu'il doit apprécier en apposant des règles de droit abstraites à des espèces concrètes. Le droit processuel trouve un écho tout particulier en matière de contentieux des étrangers, les juges compétents en la matière étant nombreux ; et ce car bien que le juge administratif et le juge judiciaires ne mettent pas en œuvre une procédure aux enjeux similaires, ceux-ci sont *de facto* liés par des objectifs communs : la protection des libertés fondamentales, l'aboutissement à une décision juste voire équitable permettant *in fine* une application efficace des règles de droit.

## **V. La complexe répartition des compétences juridictionnelles en matière de contentieux des étrangers**

En matière de contentieux des étrangers, l'office du juge national français s'exerce dans un cadre normatif complexe et hétérogène. La conséquence de cette hétérogénéité juridique est une répartition complexe des compétences entre l'ordre judiciaire et administratif, ce qui nous conduira lors de cette étude à se référer tant à l'exercice de l'office du juge judiciaire, du juge administratif, que du juge de l'asile. En effet, le juge administratif est compétent quant au contrôle de tout acte administratif édicté à l'occasion du contentieux des étrangers. Véritable sas entre l'administration et les administrés, le contrôle du juge administratif en matière de contentieux des étrangers est indispensable afin de protéger l'étranger des éventuelles dérives arbitraires de l'administration. Le juge administratif sera ainsi amené à contrôler toute une série d'actes émanant des autorités administratives comme par exemple des OQTF ou des reconduites à la frontière qui en sont des illustrations. Si le juge administratif est pleinement compétent quant au contrôle des actes émanant de l'exercice de la politique migratoire, ce n'est pas le cas en matière d'asile. Le juge judiciaire quant à lui exerce sa compétence tant en matière de politique migratoire qu'en matière d'asile et de protection des réfugiés et ce dès lors que

l'acte édicté porte atteinte à la liberté de l'étranger. Gardien de ces libertés<sup>23</sup>, le juge judiciaire sera donc compétent en matière de rétention ou encore de privation de liberté au sens large. L'office de ces différents juges compétents s'entrecoupe à de multiples reprises, constituant un phénomène au cœur du contentieux des étrangers. Cette matière est une matière sensible. Le juge est un acteur primordial de cette procédure contentieuse. Qu'il s'agisse du juge administratif, du juge judiciaire ou du juge de l'asile, tous doivent préserver cet équilibre ô combien fragile entre respect des libertés fondamentales des étrangers et protection de l'ordre public. Si les travaux d'Hugo Grotius laissaient entendre que c'est le propre des barbares que de repousser les étrangers, *quid* du besoin de faire respecter l'ordre public ? Finalement, le juge est en matière d'asile et de politique migratoire le gardien tant des libertés individuelles des personnes déplacées que de l'exercice de la souveraineté nationale. L'exercice de son office se complexifie encore à la lumière des exigences européennes, le dialogue entretenu avec les juges européens étant primordial en la matière.

## VI. L'influence déterminante du droit européen

Par l'expression « *exigences européennes* » nous entendons ici faire référence tant au droit issu des travaux du Conseil de l'Europe que des normes du droit de l'Union européenne. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CEDH ») joue un rôle déterminant en matière de contentieux des étrangers et ce car un nombre important de ses dispositions fait écho en la matière, garantissant des libertés fondamentales à l'étranger. Le droit de l'Union européenne quant à lui s'est peu à peu construit et a permis une approche coordonnée et globale – du moins en théorie – de la question migratoire. Bien que ces deux systèmes juridiques aient une influence déterminante sur le contentieux des étrangers, les normes issues du droit de l'Union européenne constitueront une norme de référence tout au long de cette étude et ce en raison du rôle déterminant entretenu par l'Union dans cette dynamique ; à savoir un rôle de coordinateur des corpus internes. Cette européanisation de l'approche migratoire fut progressive. Traditionnellement, le droit des étrangers était un droit élaboré sur la seule base nationale, constituant ainsi l'expression absolue de la souveraineté étatique. L'élaboration progressive du droit étrangers<sup>24</sup> à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle a posé les jalons du cadre juridique actuel. Pourtant, peu à peu les sources européennes

---

<sup>23</sup> Voir à ce titre l'article 66 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République en date du 4 octobre 1958.

<sup>24</sup> L'ancienne expression lui préférait d'ailleurs la dénomination de « police des étrangers ».

ont eu une influence de plus en plus grande en matière de contentieux des étrangers. Sur le plan de la politique migratoire, la coopération intergouvernementale entre les États a peu à peu laissé la place à la construction d'une véritable politique migratoire européenne, pour aboutir aujourd'hui à l'exercice d'une compétence partagée entre les États-membres et l'Union européenne. Quant au pan du contentieux relatif à l'asile, bien que les sources du droit international soient les plus déterminantes en la matière, des exigences européennes minimales furent également élaborées afin d'assurer, en théorie, une gestion efficace de l'asile à l'échelle européenne. Aujourd'hui, le droit de l'Union européenne est l'une des sources principales du contentieux des étrangers, ce qui résulte du processus de construction européenne ayant abouti *in fine* à la libre circulation des personnes intra-Union, rendant indispensable l'élaboration d'une politique commune vis-à-vis des ressortissants d'États tiers. C'est ainsi que l'Union européenne n'a eu d'autre choix que de se saisir de la question migratoire afin d'encadrer les flux d'étrangers croissants se situant aux portes de l'Union. Aujourd'hui, les prérogatives des États-membres de manière générale, et l'office du juge national plus spécifiquement, sont largement conditionnées par les exigences européennes en matière de politique migratoire et de politique d'asile et de protection des réfugiés. Comme le rappelle Emmanuelle Néraudau-d'Unienville « *les droits étrangers sont appelés à constituer un des fondements d'un « ordre public européen », reflet d'un idéal démocratique commun.* »<sup>25</sup>. La notion d'ordre public, expression fondamentale de la puissance étatique susceptible de légitimer les atteintes portées aux droits des personnes déplacées, entretient une dialectique particulière avec le droit de l'Union européenne et se place au cœur des débats.

## VII. La figure controversée de l'étranger en France

Nous comprenons ainsi que le phénomène migratoire s'articule autour de l'idée même de Nation et de souveraineté. Le contentieux des étrangers renvoie plus généralement au phénomène migratoire, la place de l'étranger au sein de la société constituant un enjeu politique avant d'être un enjeu juridique. Si le processus de construction historique du contentieux des étrangers témoigne de la relation singulière établie entre la France et ses étrangers<sup>26</sup>, l'avènement d'une compétence de l'Union européenne en la matière a remis en cause cet axiome. Traditionnellement, le droit des étrangers est une affaire d'État, la naissance du droit

---

<sup>25</sup> Emmanuelle Néraudau-d'Unienville, *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruylant, 2006.

<sup>26</sup> Sur ce point voir : Patrick Weil, *La France et ses étrangers*, Gallimard, 1991.



des étrangers « moderne » étant ainsi subordonnée aux histoires des États. La France est traditionnellement présentée comme une terre d’asile, bien qu’aujourd’hui cet « eldorado » soit largement remis en cause<sup>27</sup>. Daladier, ancien président du Conseil, évoquait lors de la présentation de son projet de décrets-loi en 1938 un projet qui « *ne porte aucune atteinte aux règles traditionnelles de l’hospitalité française* ». À la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la France fera massivement appel pour son industrie fleurissante à une main d’œuvre étrangère, de nature plus malléable et moins couteuse. Le recours à une main d’œuvre étrangère apparaissait presque indispensable : bien que la croissance industrielle de la France fût importante, sa croissance démographique était très faible à cette période. Les étrangers furent également largement enrôlés dans les armées françaises lors des deux Guerres Mondiales, ce phénomène étant corrélé au passé colonial français.

Pourtant, les difficultés économiques propres au XX<sup>ème</sup> siècle conduiront les pouvoirs publics à mettre en place des politiques teintées d’un protectionnisme prégnant et ce dès les années 1930. À ce titre, certains auteurs ont pu considérer que les politiques migratoires françaises témoignent d’une certaine schizophrénie : lorsque la France a besoin de main d’œuvre bon marché aux sortir des deux Guerres Mondiales, elle accueillera massivement des travailleurs polonais, italiens et maghrébins, qu’elle renverra chez eux quelques années plus tard à coup d’actes administratifs discrétionnaires et contraignants. Dans les années 1970, le président en exercice Valéry Giscard d’Estaing entendait mettre un coup d’arrêt à l’immigration des travailleurs en France, à l’heure où les afflux de personnes déplacées depuis l’ex-Indochine se multipliaient. S’opère à ce moment une transition d’une immigration purement économique à une immigration plus familiale. L’ancien président de la République ayant conscience de la nécessité de mettre en œuvre des mesures d’insertion dans la société française, ce dernier avait alors favorisé le regroupement familial pour les immigrés ayant vocation à se maintenir sur le territoire. À la même période, de nombreuses polémiques émergent autour de la question migratoire et ce dans un contexte où le Front National s’institutionnalisait peu à peu. Du fait du durcissement des politiques d’immigration, il était à cette période de plus en plus difficile d’obtenir un titre de séjour en tant que salarié. À cette même époque, les premiers amalgames entre asile et immigration se cristallisèrent. Les étrangers souhaitant entrer en France avaient conscience que les politiques d’immigration leur étaient défavorables, ces derniers développèrent ainsi le réflexe de demander l’asile en substitut. La question de l’immigration

---

<sup>27</sup> Jean-Claude Passegand, « *France, terre d’asile ?* », Pour, 2008/4 n°199, p. 41 à 45.

s'érige alors en réel problème public et s'instaure durablement sur l'agenda politique français, l'immigration irrégulière devenant de plus en plus importante. C'est ainsi que si la France a construit son histoire conjointement avec celles de milliers d'étrangers, sa crainte vis-à-vis ces derniers est également une réalité, en témoigne la fameuse anecdote à l'occasion de laquelle Charles de Gaulle aurait indiqué son inquiétude quant à la transformation de son village natal en « *Colombey-les-Deux-Mosquées* »<sup>28</sup>. Ce constat d'hostilité aux étrangers peut par ailleurs être étendu à toute l'Europe, l'immigration étant de tous temps source de controverse et d'âpres débats politiques<sup>29</sup>.

### **VIII. La construction historico-juridique du cadre normatif applicable au contentieux des étrangers**

Rapidement, un cadrage juridique à cet enjeu politico-sociétal croissant apparut indispensable. Sur le plan purement historico-juridique, le cadre juridique applicable à la politique migratoire s'est construit en établissant une relation traditionnellement singulière entre l'exercice du pouvoir étatique et les non-nationaux. La notion d'étranger était déjà en germe sous le règne de François Ier sous le vocable « *d'aubains* ». Par une déclaration du 22 juillet 1667, Louis XIV déclara la mise en place d'une taxe applicable exclusivement aux étrangers, la distinction entre national et étranger étant alors en germe. La notion de territoire comme attribut indispensable à la souveraineté fut également peu à peu développée. C'est ainsi que « *les deux marqueurs du droit des étrangers, la population et le territoire, sont posés.* »<sup>30</sup>. L'émergence et la prévalence progressive de la conception de souveraineté nationale à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle sur toute autre forme d'exercice du pouvoir explique en partie cette opposition naissante entre l'étranger et le national. Une cognition absolue est établie entre le citoyen et l'État : elle repose sur le sang et le sol ce qui renvoie à l'appartenance à une communauté nationale. Cette conception est directement issue de la lettre de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en date du 24 août 1789. Jusqu'alors, le législateur français ne s'attèlera pas à la codification d'un régime juridique propre aux étrangers. Tel qu'entré en vigueur en

---

<sup>28</sup> « Si nous faisons l'intégration, si tous les Arabes et Berbères d'Algérie étaient considérés comme Français, comment les empêcherait-on de venir s'installer en métropole, alors que le niveau de vie y est tellement plus élevé ? Mon village ne s'appellerait plus Colombey-les-Deux-Églises, mais Colombey-les-Deux-Mosquées ! » in Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle I*, Collection Quarto, Gallimard, 2002. Notons que si cette anecdote traduit l'ambiguïté qui s'est parfois nouée entre la France et ses étrangers, celle-ci doit être lue à la lumière du contexte de l'époque, à savoir celui de la Guerre d'Algérie et de sa progressive décolonisation.

<sup>29</sup> Lire sur ce point : Jonathan Portes, *The Unsettling of Europe by Peter Gatrell review – the messy truth about migration*, The Guardian, 18 août 2019.

<sup>30</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers, op.cit.*, p. 29.

1803, le Code civil napoléonien excluait *prima facie* l'étranger de l'exercice de tout droit politique. Dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle ont émergé quelques instruments juridiques propres à la « police des étrangers ». Certaines lois ont eu un impact plus important que d'autres, tel fut le cas par exemple de la loi du 3 décembre 1849 qui participa à pérenniser le cadre juridique applicable en la matière. Comme le soulignent une grande majorité des travaux portant sur le droit des étrangers, ce n'est que tardivement qu'un cadre juridique complet fut construit. Une première réglementation couvrant de manière plus générale différents pans de l'immigration fut adoptée en novembre 1938<sup>31</sup>. Mais c'est avec l'ordonnance en date du 2 novembre 1945 que le droit des étrangers moderne fut consacré. Cette ordonnance cristallisa l'activité législative en matière d'immigration et a posé les jalons d'un cadre juridique pérenne en la matière. L'apport principal de ce texte est d'offrir de véritables moyens aux pouvoirs publics afin de maîtriser l'immigration sur le sol français. A cette même période sera créé l'Office National de l'Immigration, ancêtre de l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration (ci-après « OFII »). Est alors né un véritable régime de police administrative spécifique<sup>32</sup>, jusqu'au développement d'une politique sécuritaire visant le recours à la sanction. Comme le rappelle le Professeur Vincent Tchen, ce cadre sécuritaire fut ensuite dépassé par la concrétisation d'un régime juridique visant également à protéger les libertés fondamentales des étrangers<sup>33</sup>. Enfin, ce n'est que très tardivement, en 2004, que fut adopté le premier Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »).

## **IX. L'avènement progressif d'un cadre juridique en matière d'asile**

En matière d'asile, les pouvoirs publics se sont saisis très tardivement de la question, ces derniers se reportant durant longtemps quasi-exclusivement aux dispositions internationales applicables en la matière. Contrairement aux politiques d'immigration, le cadre juridique en matière d'asile et de protection des réfugiés s'est largement construit sous l'égide des institutions internationales. Si un certain rigorisme sémantique implique que l'on distingue bien le droit de l'asile et le droit à l'asile<sup>34</sup>, on observe l'émergence d'un droit à l'asile dès l'Antiquité puis sous les préceptes de l'Église chrétienne. Ainsi l'*asylon*, comprenons le « *lieu inviolable* » visait-il à garantir la protection à un individu contre ses ennemis. L'asile tel que perçu par la

---

<sup>31</sup> Il s'agit des décrets-loi Daladier en date du 2 mai 1938.

<sup>32</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers, op.cit.*, pp. 45-53.

<sup>33</sup> Voir par exemple la décision du Conseil Constitutionnel, Cons. const., 13 août 1993, n°93-325.

<sup>34</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers, op.cit.*, p. 1231.

religion chrétienne visait quant à lui à soustraire un fidèle à l'arbitraire de la justice laïque, qui durant longtemps n'était pas institutionnalisée et était exercée sous la tutelle du pouvoir en place. Comme le rappelle le Professeur Vincent Tchen, l'asile entretient un lien indissociable avec le pouvoir<sup>35</sup>. C'est ainsi que l'asile religieux termina d'exercer son influence dès l'adoption de l'ordonnance de Villers-Cotterêts en date de 1539, le laïcisme se pérennisant peu à peu et vidant ainsi l'asile religieux de son intérêt. C'est cependant sous l'impulsion de la Société des Nations (ci-après « SDN »), que s'est construit un véritable cadre juridique protecteur en matière d'asile. Les conséquences de la Première Guerre Mondiale en 1918 ont induit une crise humanitaire importante rendant impératif le développement d'une réponse globale visant à répondre à de nouveaux afflux de réfugiés. Pourtant, le bilan de l'action de la SDN fut décevant et ce n'est qu'à partir de 1945 et la création de l'ONU qu'apparut une véritable institutionnalisation du droit d'asile. Le Haut-Commissariat pour les réfugiés (ci-après « UNHCR ») fut créé en 1949 ainsi que fut adoptée en 1951 la Convention de Genève. Enfin, ce n'est qu'à partir de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle que s'est engagé un processus d'eupéanisation du droit d'asile. Les dispositions de droit interne reprennent ainsi tant les dispositions internationales qu'eupéennes en matière de droit d'asile ; les exigences eupéennes exerçant au sein des deux branches du contentieux des étrangers une influence des plus prégnante.

## **X. La nécessaire construction d'un « droit eupéen des étrangers »**

Au fil des années et jusqu'à l'avènement de la construction de l'Union eupéenne, l'élaboration du cadre juridique en matière de politique migratoire fut uniquement subordonnée à l'exercice des prérogatives étatiques. Pourtant, la question de l'étranger a peu à peu été investie par l'Union eupéenne à l'occasion de sa progressive construction. Si l'Union eupéenne fut une union économique avant d'être une union politique, cette dernière dimension se construisit peu à peu à partir des années 1980. En effet, l'Union eupéenne est définie par l'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union eupéenne (ci-après « TFUE ») comme « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* », consacrant ce que Jacques Delors appelait être l'avènement « *de la libre circulation des idées* »<sup>36</sup>. Pourtant, chacune des quatre libertés eupéennes fit l'objet d'un processus de

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 1231.

<sup>36</sup> Jacques Delors, Discours devant le Parlement eupéen en date du 17 janvier 1989, Bulletin des Communautés eupéennes, 1989, n° Supplément 1/89.

construction différent et progressif. Si la libre circulation des travailleurs apparut rapidement comme le corollaire des autres libertés économiques, tel ne fut pas le cas de la libre circulation des citoyens européens qui constituait sans nul doute la liberté la plus difficile à faire accepter par les États-membres. Un rapport publié en 2018 par l'Institut Jacques Delors fait alors état d'un droit « *fantasmé* »<sup>37</sup>. Une lente évolution s'engagea alors, de la libre circulation des travailleurs jusqu'à la libre circulation des personnes physiques non-actives, constituant une véritable transformation du projet européen. Si la libre circulation des travailleurs est instituée depuis le traité de Rome en 1957, tel n'était pas le cas de la libre circulation des citoyens européens qui fut progressivement accordée à ces derniers. Cette liberté de circulation qui concernait alors exclusivement les acteurs économiques a été étendue à tous les citoyens européens. C'est ainsi que l'article 21 du TFUE a consacré un droit à la circulation et au séjour : « *Tout citoyen a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application.* ». S'il ne s'agit donc pas là d'un droit absolu, est consacré le principe selon lequel tout citoyen de l'Union puisse circuler librement dans un espace sans frontière intérieure, la Cour de justice de l'Union européenne ayant par ailleurs reconnu l'applicabilité directe de ce principe dans sa jurisprudence<sup>38</sup>. Cette consécration fut notamment rendue possible par la signature des accords de Schengen en 1985 et de la convention de Schengen en 1990. Par ailleurs, et comme le rappelle le rapport de l'Institut Jacques Delors, il est important de différencier mobilité et immigration au sein de l'Union européenne<sup>39</sup>. Cette distinction étant fondamentale dans la mesure où sur le plan intra-communautaire il est préférable de parler de mobilité intra-européenne et non d'immigration à proprement parlé puisque tous les ressortissants d'États membres sont par définition citoyens européens. Aussi est-il important de distinguer libre circulation des personnes et espace Schengen<sup>40</sup> et ce dans la mesure où le dernier consacre un système de contrôle aux frontières en abandonnant les contrôles systématiques aux frontières intérieures, tandis que le premier vise avant tout un ensemble de droits et obligations reconnues aux citoyens européens.

---

<sup>37</sup> Martina Menghi, Jérôme Quéré, « *La libre circulation des européens. État des lieux d'un droit fantasmé* », Institut Jacques Delors, Notre Europe, Janvier 2018.

<sup>38</sup> CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, n°C-413/99.

<sup>39</sup> Martina Menghi, Jérôme Quéré, « *La libre circulation des européens. État des lieux d'un droit fantasmé* », *op.cit.*, Janvier 2018, p. 18.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 22.

L'avènement d'une libre circulation du citoyen européen et la consécration d'un espace sans frontière intérieure ont rendu indispensable la construction d'un « *droit européen des étrangers* ». Tant en matière de politique migratoire que de droit d'asile, l'Union européenne a ainsi peu à peu développé un corpus de normes contraignantes à l'encontre des États-membres. Si comme nous aurons l'occasion de le voir, il n'existe ni en matière de politique migratoire ni en matière d'asile une politique européenne fondamentalement harmonisée à l'échelle de tous les États membres, il existe cependant bel et bien un socle juridique commun en matière d'étrangers. C'est ainsi que « *ce fait nouveau représente une rupture majeure si l'on veut bien se souvenir du rôle moteur joué par le droit des étrangers dans la formation de l'État-Nation en Europe au XIX<sup>ème</sup> siècle.* »<sup>41</sup>. Dès la fin des années 1980, la chute du mur de Berlin puis de l'URSS conduisirent les dirigeants européens à penser un corpus de normes efficaces afin de répondre aux afflux d'immigration provenant des pays de l'Est. Si à cette époque la convention de Genève relative au statut des réfugiés était déjà adoptée depuis 1951, il n'existait pas de politique européenne en matière d'immigration et d'asile. Il s'agissait alors d'esquisser à l'échelle européenne une politique applicable au statut des ressortissants tiers à l'Union. C'est ainsi que le corpus européen en matière de droits des étrangers a été pensé pour la première fois à l'occasion du Conseil européen de Tampere des 15 et 19 octobre 1999. Quatre objectifs communs furent définis dont la question des partenariats avec les pays d'origine, l'élaboration d'un régime d'asile commun, la nécessité d'un traitement équitable des ressortissants des pays tiers et enfin la question de la maîtrise et la gestion des flux migratoires et ce bien que le troisième pilier relevait depuis le traité de Maastricht en date de 1992 essentiellement de la coopération intergouvernementale ; permettant ainsi une communautarisation progressive de la matière migratoire.

## **XI. Le renversement du théâtre des conflits à l'échelle mondiale : facteur de bouleversement des politiques migratoires européennes**

Si ces lignes directrices furent ensuite confirmées par l'action de l'Union, c'était sans compter les évolutions majeures à laquelle sera confrontée la question migratoire au courant du XXI<sup>ème</sup> siècle. Premièrement, le début du XXI<sup>ème</sup> siècle marqua un renversement radical du théâtre des conflits à l'échelle mondiale, des crises d'origines et d'ampleurs différentes naissant peu à peu. Si aux prémices de la construction européenne le conflit majeur auquel l'Union

---

<sup>41</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers, op.cit.*, p. 209.

devait faire face était celui de la Guerre Froide, l'attentat du 11 septembre 2001 marqua un tournant dans la conjoncture géopolitique mondiale. Le développement progressif du terrorisme islamiste dans de nombreuses régions du monde donna peu à peu naissance à des flux migratoires d'origine nouvelle venant principalement des pays du Moyen-Orient. Le conflit armé syrien en cours depuis 2011 conduisit des milliers d'individus – souvent les plus aisés dans la mesure où un tel voyage est très coûteux<sup>42</sup> – à fuir leur pays d'origine, constituant en 2015 la plus grande communauté de migrants au monde. L'année 2015 marqua le début d'une crise migratoire considérée jusqu'alors comme la plus importante du siècle. Celle-ci conduisit l'Union à penser une action commune afin d'y faire face. A partir du printemps 2015, « *la question migratoire et les drames humanitaires qui l'accompagnent sont devenus omniprésents dans l'actualité politique et médiatique.* »<sup>43</sup>. Aujourd'hui encore, des milliers de personnes affluent aux portes de l'Europe ce qui pose la question des modalités d'accueil des migrants et illustre l'écart redoutable entre droit à l'asile théorique et mise en œuvre pratique. Cela témoigne de la nécessité du développement d'une politique migratoire plus adaptée notamment en termes de contrôle des frontières. Notons que c'est en matière de politique d'asile que cela a été le plus flagrant, l'objectif étant d'empêcher « *l'asylum shopping* ». À la construction de l'immigration comme véritable problème public s'est ajoutée la nécessité pour l'Union de faire des choix dans l'urgence. Le Conseil européen de La Valette des 11 et 12 novembre 2015 opta ainsi pour la relocalisation de plusieurs dizaines de milliers de personnes et l'adoption d'un fonds d'aide de presque 2 milliards d'euros. Les réponses à l'échelle nationale furent sans précédent et certains pays n'hésitèrent pas à mener une politiquement largement restrictive et hostile aux migrants<sup>44</sup>, au risque de bafouer le droit d'asile.

Cette crise migratoire a indéniablement mis en lumière les insuffisances de la politique migratoire européenne, et plus généralement du cadre juridique du contentieux des étrangers tout entier, cristallisant ainsi l'absence de consensus à l'échelle européenne et les tensions prégnantes entre États membres quant à la question migratoire. L'articulation entre souveraineté nationale et européenne est alors au cœur de la construction du contentieux des étrangers. Le droit applicable en la matière n'est plus aujourd'hui synonyme de sécurité en

---

<sup>42</sup> Lire sur ce point : <https://www.lacimade.org/faq/comment-sont-orientes-les-flux-migratoires/>

<sup>43</sup> Pauline Brückner, Daniel Veron, Youri Lou Vertongen, « Du mouvement des sans-papiers à la « crise » des réfugiés : évolution des catégories d'action et enjeux théoriques », *Critique internationale*, Presses de Sciences Po, 2019/3 n°84, pp. 9- 21.

<sup>44</sup> Voir sur ce point : Sophie-Anne Bisiaux, « Commun parce que divisé. Le monde à l'épreuve de l'étranger », *Actes de la recherche à l'ENS*, n°12, Éditions Rue d'Ulm.

matière d'étrangers, la notion de souveraineté étant largement incomprise<sup>45</sup> tel qu'en témoigne le rapport précédemment cité publié par Ipsos pour la Fondation Jean Jaurès et la Fondation Friederich Ebert<sup>46</sup>. Si souveraineté des États membres et souveraineté européenne peuvent être assimilées à un oxymore, celles-ci cohabitent pourtant – certes difficilement – en matière de contentieux des étrangers. L'un des problèmes majeurs en la matière étant que la compétence de l'Union est devenue, *de facto*, concurrente de la compétence des États membres. Indéniablement, le juge national semble être la victime collatérale de cette difficile collaboration ; la qualité de son office en matière de contentieux des étrangers en étant largement impacté.

## XII. Le contentieux des étrangers : un défi contemporain

L'actualité en matière de contentieux des étrangers est riche et sans cesse alimentée. Expulsions de sans-papiers, accidents tragiques en Méditerranée, démantèlements, hotspots etc... pas une semaine ne se passe sans que la question migratoire ne fasse la une des journaux. Conditions de vie précaires et dangereuses, la crise sanitaire sans-précédent que nous traversons depuis mars 2020 participe à dégrader plus encore les conditions de vie des personnes déplacées dans les camps. L'impressionnant incendie qui a ravagé dans la nuit du 9 septembre 2020 le camp de réfugiés situé sur l'île Lesbos<sup>47</sup>, symbole de la crise migratoire, illustre la gravité de la situation actuelle. En sus de ce contexte international difficile, le contentieux des étrangers est en constante croissance ces dernières années et monopolise une grande partie de l'activité des juridictions française<sup>48</sup>.

À l'heure de la présentation par la présidente de la Commission européenne, Ursula Von der Leyen, du nouveau pacte sur la migration et l'asile et des travaux de recodification du CESEDA dont l'entrée en vigueur est fixée au 1<sup>er</sup> mai 2021, la doctrine se saisit peu à peu de la nécessité de repenser le contentieux des étrangers<sup>49</sup>, ce droit restant aujourd'hui un droit difficilement appréhendable de par sa complexité et son flou juridique. Véritable labyrinthe

---

<sup>45</sup>[https://www.lemonde.fr/international/article/2021/03/01/la-souverainete-europeenne-promue-par-les-dirigeants-de-l-ue-est-mal-comprise-par-les-europeens\\_6071519\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2021/03/01/la-souverainete-europeenne-promue-par-les-dirigeants-de-l-ue-est-mal-comprise-par-les-europeens_6071519_3210.html)

<sup>46</sup> Ipsos Public Affairs « *Enquête sur la souveraineté européenne* », *op cit*.

<sup>47</sup> Lire sur ce point : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos\\_6051482\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/09/09/un-incendie-se-declare-dans-le-camp-de-migrants-de-moria-a-lesbos_6051482_3210.html)

<sup>48</sup> Marie-Christine de Montecler, « *Le contentieux des étrangers toujours en hausse* », Dalloz Actualité, 18 mai 2018.

<sup>49</sup> Voir notamment sur ce point le rapport publié en octobre 2020 par le Conseil d'État : Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », octobre 2020, cf partie 2.



normatif mettant en œuvre un nombre impressionnant de normes et de compétences juridictionnelles à la fois sur le plan national et européen, l'action du juge national semble de moins en moins répondre aux impératifs de stabilité et de sécurité juridique en la matière. Si cette conjoncture a très certainement un impact négatif sur l'office du juge national, cette situation conduit à une efficacité remarquablement limitée et à une violation récurrente des droits dont sont censées bénéficier des milliers de personnes déplacées.

### **XIII. De l'intérêt d'adopter une approche processuelle du contentieux des étrangers**

L'exercice par les États membres des prérogatives dont ils jouissent, visant maîtriser les flux migratoires à l'échelle de leur territoire, entre aujourd'hui en concurrence avec la place croissante accordée aux exigences européennes en la matière. La nécessité d'apporter une réponse juridique cohérente au phénomène migratoire ne fait l'objet d'aucun débat. Des facteurs conjoncturels d'instabilité géopolitique, militaire, économique voire environnementale conduisent chaque année des milliers de personnes à fuir leur pays d'origine afin de chercher des conditions de vie plus favorables dans un autre État. Les conditions de vie dans le pays d'accueil, officiel ou de substitution, ne sont pas toujours des plus salutaires ; le développement de l'immigration irrégulière étant une réalité prégnante du phénomène migratoire et encourageant la précarisation des étrangers sur notre territoire. Si, tous réunis, ces éléments conduisent à un accroissement important du contentieux, le contrôle exercé par le juge est dans ce contexte indispensable et devrait servir en théorie de stabilisateur à cette situation sous tension. Ces considérations liminaires mettent en exergue combien il semble aujourd'hui important d'étudier la dimension processuelle du phénomène migratoire, car en pratique la capacité du juge à tenir ce rôle est remise en question par un cadre juridique largement inefficace.

Dresser une grille de lecture de ce contentieux complexe est un préalable nécessaire afin d'observer le rôle du juge national en la matière. Si le contentieux des étrangers se pense aujourd'hui exclusivement à l'échelle européenne, l'absence de consensus dont fait état la politique européenne en matière de migration et d'asile n'est pas sans conséquences sur les systèmes juridiques nationaux. L'absence de consensus à l'échelle de l'Union a pour conséquence sur le plan contentieux et procédural l'avènement d'un cadre juridique complexe et hétérogène, inapte à apporter une réponse cohérente et efficace à un phénomène migratoire croissant. Dans de telles conditions, l'exercice de l'office du juge français est mis à mal. D'une

part, la pression exercée par le contentieux des étrangers sur ce dernier est préoccupante, obstruant indéniablement la conduite de son office dans la mesure où ce dernier est enserré dans des délais et procédures restreignant *de facto* la marge d'appréciation des faits dont il devrait jouir *de jure*. D'autre part, celui-ci ne parvient plus en l'état à mettre en balance les intérêts en présence ; à savoir l'exercice de la souveraineté nationale et la régularisation des entrées sur le territoire national d'une part, et le nécessaire respect des libertés fondamentales des étrangers et demandeurs d'asile d'autre part. Gardien de la loi et de la bonne application des règles de droit, la qualité des décisions rendues par le juge est un indicateur précieux quant à l'effectivité de notre système juridique. Si l'appréhension de la question migratoire par l'outil juridique reste indispensable à la normalisation des flux de migrants, le cadre juridique qui y est actuellement applicable doit aujourd'hui être repensé, tant à l'échelle nationale qu'europpéenne, et ce afin de permettre au juge national d'exercer pleinement son office et de garantir l'effectivité de la justice en matière de contentieux des étrangers. Un tel constat doit également être l'occasion de questionner les frontières de l'exercice des compétences de souveraineté au sein de l'Union. Si l'état actuel de la politique migratoire européenne nous conduit à dresser un constat pessimiste quant à l'évolution des relations en la matière, *quid* des années à venir ? Il s'agit de se questionner quant aux conséquences qu'auraient un retour aux particularismes nationaux ou au contraire de l'avènement d'une souveraineté européenne propre en matière migratoire. Si la première hypothèse semble peu vraisemblable car l'échelle nationale n'est pas adaptée afin d'apporter une réponse efficace à ce défi de taille, il est cependant indéniable que la politique européenne en matière d'immigration et d'asile appelle à être repensée. Face à la recrudescence du phénomène migratoire, l'incapacité de notre système de droit d'y apporter une réponse cohérente, collective et efficace est alarmante ; l'actuelle position du juge national en la matière en étant l'illustration la plus tangible.

L'étude de la place entretenue par le juge national en matière de contentieux des étrangers se fera en deux temps. Une grille de lecture simplifiée de ce contentieux conduit à faire état d'un cadre juridique complexe et hétérogène. Ce constat trouve sa source dans le difficile partage des prérogatives de souveraineté étatiques au sein de l'Union (Partie I). Les difficultés qui en résultent sur l'office du juge national sont nombreuses sur le plan juridictionnel ; ces dysfonctionnements appellent ainsi à la mise en œuvre de réformes ambitieuses tant sur le plan national qu'europpéen si l'on veut espérer apporter une réponse efficace et profitable à l'éternelle question migratoire (Partie II).

## **Partie I. Le difficile partage des prérogatives de souveraineté des États-membres au sein de l'Union explique la complexité du cadre juridique du contentieux des étrangers**

Étudier la place du juge national au sein du contentieux des étrangers conduit premièrement à étudier les normes trouvant à s'appliquer à l'occasion de ce contentieux tentaculaire. Tout praticien du contentieux des étrangers s'accordera à dire qu'il s'agit d'un contentieux au cadre juridique vaste et complexe, ce qui complique son application et sa mise en œuvre. Ainsi, et afin d'en comprendre les enjeux, il convient de dresser une grille de lecture facilitée de ce contentieux que nous qualifierons d'hétérogène. En effet, se distinguent au sein du contentieux des étrangers plusieurs branches, plusieurs cadres normatifs, plusieurs compétences juridictionnelles etc... Les normes applicables au contentieux des étrangers ne sont pas toutes issues des mêmes sources et n'ont pas toutes la même valeur normative. Ainsi, il apparaît indispensable de dresser le tableau du cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers, tâche pour le moins complexe au regard de l'opacité des normes applicables en la matière.

Un exposé préalable du régime juridique applicable en matière de contentieux des étrangers implique que nous en distinguions deux branches distinctes mais pourtant trop souvent confondues, celle d'une part de la politique migratoire (titre I) ainsi que celle de la politique d'asile et de la protection des réfugiés (titre II). En effet, si la première relève exclusivement d'une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États-membres et porte sur la question de la gestion des flux d'entrée et de sortie de personnes étrangères à un État sur son territoire ; l'autre consacre l'influence plus grande des dispositions de droit international (bien que les normes européennes *in extenso* y tiennent également une place grandissante) et porte sur la nécessité d'élaborer un cadre juridique efficace visant à protéger le droit de tout individu à obtenir l'asile dans un État tiers, sous condition de répondre aux critères posés par le droit en vigueur.

## **Titre I. La politique migratoire : une prérogative de souveraineté partagée**

Il convient d'observer dans un premier temps le cadre juridique applicable en matière de politique migratoire. Il nous faut tout d'abord définir ce qu'est une politique migratoire. Trop souvent confondue avec la politique d'asile, la notion de « politique migratoire » fait en réalité référence à un phénomène bien précis qu'il est nécessaire de distinguer de la question de l'asile à proprement parlé. En effet, et selon les termes de l'Organisation Internationale pour les Migrations (ci-après « OIM »), la politique migratoire d'un État peut se définir comme l'ensemble des normes adoptées par les pouvoirs publics et dirigeants d'un État concernant la politique applicable à la sélection, à l'admission, à l'installation sur son territoire et au refoulement d'étrangers. L'on comprend que la politique migratoire a un champ d'application beaucoup plus vaste que la politique d'asile, qui ne se réduit pas à celle-ci. Plus encore, elle s'en distingue en ce qu'une politique migratoire vise exclusivement à définir la politique adoptée par un État envers les ressortissants étrangers à son territoire ce qui n'est pas le cas de la politique d'asile. La notion de politique migratoire renvoie encore plus généralement à la notion de migration, puisqu'elle « régit la mobilité de non-nationaux »<sup>50</sup>. Toujours d'après l'OIM, le phénomène migratoire se définit comme « *tout mouvement de personnes quittant leur lieu de résidence habituelle, soit à l'intérieur d'un même pays, soit par-delà une frontière internationale.* »<sup>51</sup>. Nous comprenons donc que la politique migratoire qu'adopte chaque État vise à régir souverainement ces mouvements migratoires lors de l'arrivée, de la circulation ou de la sortie de ces individus sur son propre territoire.

La gestion des flux migratoires par les États, croissants du fait de facteurs internationaux pluriels, a évolué avec le temps. En effet, si initialement l'État exerçait pleinement sa souveraineté en la matière, la construction européenne lui a substitué un régime de compétences partagées au sein duquel s'exerce désormais la politique migratoire de chaque État membre. C'est ainsi que dans le cadre de notre étude, l'examen du cadre normatif applicable en matière de politique migratoire se concentre essentiellement sur la question des exigences européennes, ces dernières influençant aujourd'hui grandement le processus d'élaboration des politiques migratoires à l'échelle des États membres. Il s'agira d'observer dans un premier temps

---

<sup>50</sup> F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S.B. Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Presses universitaires de France, Thémis. Droit, 2015, p. 225.

<sup>51</sup> « Termes clés de la migration », *Organisation internationale pour les migrations.*, 19 février 2015, <https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>

l'organisation de la hiérarchie des normes en matière de politique migratoire, largement fondée sur le principe de partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres (sous-titre I). Bien que moins influentes que les normes issues de l'Union européenne, les autres sources internationales et européennes influencent également cette hiérarchie des normes (sous-titre II).

## ***Sous-titre I. La politique migratoire : une hiérarchie des normes fondée sur le principe de la compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres***

La convention de Schengen adoptée en 1985 a instauré un large espace de libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne, en supprimant pour la première fois les contrôles aux frontières communes entre États membres. Peu à peu à partir des années 1990, la question de la gestion des frontières extérieures fut largement considérée par les pays européens. Cela a rapidement induit le développement de politiques communes en matière d'asile, d'immigration et de visas. Lors du Conseil européen du 10 décembre 2020, la France proposa une refondation de l'espace Schengen, dont la création d'un conseil de sécurité intérieure. Aboutissement du marché intérieur et de la construction européenne, qu'en est-il de cet espace mettant en jeu des notions si souvent confondues et présentes sur toutes les lèvres que sont immigration, l'asile, et la sécurité intérieure ?

La construction européenne a en effet peu à peu substitué au droit interne des États en matière de politique migratoire, le territoire relevant traditionnellement de l'attribut régalien par essence, une hiérarchie des normes fondée sur le principe de la compétence partagée entre l'Union Européenne et ses États membres. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2007, l'alinéa 2 de l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE ») prévoit que l'Union européenne a parmi ses objectifs celui de promouvoir et d'offrir à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>52</sup> (ci-après « ELSJ »). Concept construit étape par étape par les dirigeants européens, la politique migratoire européenne s'est alors construite dans le cadre de cet espace rendu concret à l'issue du Conseil européen de Tampere de 1999. Le dessein des dirigeants européen était à cette époque de permettre le développement d'un cadre normatif qui puisse reconnaître des droits aux ressortissants des États tiers à l'Union européenne. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») quant à lui, régit au sein de son Titre V<sup>53</sup> la question du partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière de politique migratoire.

---

<sup>52</sup> Article 3 alinéa 2 du TUE.

<sup>53</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne Titre V « L'espace de liberté de sécurité et de justice ».

Aussi, paraît-il essentiel de rappeler que l'étude de la politique migratoire élaborée par l'Union européenne et ses États membres implique que l'on fasse une distinction entre les ressortissants des États tiers à l'Union européenne et les ressortissants des États membres de l'Union. En effet, ces derniers se voient reconnaître la citoyenneté européenne. Dans son ouvrage, Monsieur Dollat distingue la notion de citoyenneté européenne du régime applicable aux ressortissants des États tiers ; le droit de l'Union leur garantissant l'attribution « *d'un statut dérivé de la citoyenneté de l'Union* »<sup>54</sup>. En effet, la citoyenneté européenne, résultat d'une longue construction et aboutissement d'un possible « *vouloir vivre ensemble européen* »<sup>55</sup>, implique la reconnaissance désormais effective d'un véritable statut juridique et politique au citoyen européen. Attribut de la citoyenneté européenne, le principe de libre circulation des personnes prévu par les dispositions européennes<sup>56</sup> garantit ainsi à tous les citoyens le droit de se déplacer librement entre les États membres de l'Union européenne ainsi que de s'y établir en tant que résidents. La citoyenneté européenne est avant tout une citoyenneté de résidence, son attribution étant alors le corollaire du statut de résident d'un État membre de l'Union. Nous distinguons dès lors la situation du citoyen européen, qui peut circuler librement sur le territoire européen, et le ressortissant d'un État tiers, qui se verra appliquer le régime issu de la politique migratoire élaborée conjointement entre l'Union européenne et ses États membres.

La politique migratoire relève d'un partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres relevant d'une dialectique particulière (chapitre I). Aussi, paraît-il important de souligner que la politique migratoire européenne est fondée sur un corpus juridique hétérogène (chapitre II).

### *Chapitre I. L'étendue du partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres*

Les États membres de l'Union européenne ont peu à peu partagé leurs compétences en matière de politique migratoire et ce au profit d'une certaine communautarisation de celle-ci. C'est ainsi que le TFUE en son titre V régit l'actuelle répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. Si l'Union européenne dispose de compétences variées mais

---

<sup>54</sup> P. Dollat, *La citoyenneté européenne : théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.122.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 163

<sup>56</sup> La libre circulation des personnes est garantie par l'article 3 du TUE, l'article 21 du TFUE et par l'article 45 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

limitées en la matière tenant essentiellement au développement d'une politique commune d'immigration (section 1), ses compétences, encadrées par le principe d'attribution, s'inscrivent strictement dans la limite des compétences dont États membres jouissent en matière de contrôle de leur population (section 2).

### **Section 1. Les compétences limitées de l'Union européenne**

Dès 1987, dans une affaire du 9 juillet 1987, *Allemagne contre Commission*<sup>57</sup>, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que la politique migratoire n'est pas étrangère aux compétences de l'Union. Aussi, la chute progressive du rideau de fer à partir de 1989 a considérablement accéléré la circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Très vite, la politique migratoire européenne s'est construite en réponse à ces demandes prégnantes d'immigration *intra* Union. Le développement d'une politique migratoire pérenne impliqua de développer en sus du contrôle interne à l'Union, un contrôle de ses frontières extérieures et donc de s'intéresser au sort des ressortissants des États tiers à l'Union. Si la politique migratoire européenne fit l'objet d'une longue construction et que la compétence migratoire de l'Union s'est peu à peu précisée à partir du traité de Maastricht de 1992 et d'Amsterdam en 1997, l'accord de Schengen en date du 14 juin 1985 a marqué un avancement considérable en matière de gestion commune des frontières extérieures à l'Union. En effet, si les États restent compétents afin de contrôler leurs frontières extérieures, l'instauration d'un espace sans frontières intérieures mit en exergue la nécessité d'élaborer des mesures appropriées à une gestion commune des frontières extérieures. L'objectif est alors de mettre en place un système intégré de gestion des frontières extérieures, cette question impliquant nécessairement une intervention dans le domaine de l'immigration. C'est ainsi que l'ex-article 69 du traité CE, actuel article 79 du TFUE prévoit que l'Union européenne « *développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires (...)* »<sup>58</sup>.

La compétence de l'Union européenne en matière de politique migratoire s'exerce dans le cadre de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice (I). L'Union européenne s'est vue attribuée des compétences variées en matière de politique migratoire, en vertu du principe d'attribution (II). Aussi, celle-ci s'est-elle vu fixer des objectifs précis en la matière, aussi bien

---

<sup>57</sup> CJCE, 9 juillet 1987, *Allemagne c/ Commission*, n° C-281-/85.

<sup>58</sup> Article 79 du TFUE.



sur le plan interne à l'Union que sur le plan externe (III). Pourtant, les compétences de l'Union en matière de politique migratoire présentent de nombreuses limites (IV).

## **I. La politique migratoire s'exerce dans le cadre de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice**

Afin de comprendre l'élaboration de la politique migratoire à l'échelle de l'Union européenne, il est avant tout nécessaire de mettre en exergue le fait que la politique migratoire européenne est élaborée dans le cadre de l'ELSJ. Objectif assigné à l'Union européenne par les traités, ce dernier relevait initialement de la structure par pilier de l'Union européenne. En effet, lors de l'adoption du traité de Maastricht en 1992, traité fondateur de l'Union européenne, l'Union était organisée en trois piliers. Le premier pilier était celui relatif aux communautés européennes : on parlait plus généralement du droit communautaire, le droit de l'Union adopté au titre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) constituait le deuxième pilier et le troisième pilier était relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Le traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999 a permis une prise en compte des étrangers dans la mise en œuvre de l'ELSJ en transférant le domaine de la politique migratoire dans le premier pilier, c'est-à-dire qu'il l'a communautarisé. Depuis le traité de Lisbonne ces trois piliers ont été fusionnés. Les politiques migratoires européennes ont connu de nombreuses évolutions : l'harmonisation *a minima* que l'on observe aujourd'hui au sein de ces politiques fut construite pas à pas. L'accord Schengen de 1985 et sa convention d'application de 1990 ont permis de supprimer les frontières intérieures à l'Union ainsi que de mettre en place une logique de renforcement des frontières extérieures. Cependant, c'est bien la signature du traité d'Amsterdam en 1997 qui a permis d'intégrer ce que l'on appelle « *l'acquis Schengen* »<sup>59</sup> au sein du TUE en transférant le champ des politiques migratoires au sein du premier pilier<sup>60</sup>. Le traité de Nice adopté en 2001 n'a pas modifié cette structure par piliers bien qu'elle était jugée par beaucoup comme trop complexe et inadaptée. Il fallut attendre le traité modificatif de Lisbonne, adopté en 2007 et entré en vigueur en 2009, pour que l'architecture institutionnelle de l'Union européenne soit modifiée et simplifiée. Ainsi et depuis lors, l'organisation institutionnelle, les objectifs de l'Union et la répartition des compétences avec ses États

---

<sup>59</sup> L'expression « acquis de Schengen » renvoie de manière générique à l'ensemble des règles et règlements visant à réglementer l'ELSJ. Il ne doit pas être confondu avec l'espace Schengen *stricto sensu* qui désigne quant à lui un espace de libre circulation des personnes entre les États signataires de l'accord de Schengen en date de 1985.

<sup>60</sup> É. Lhomel, « Immigration et élargissement de l'Union européenne », *Courr. Pays Est*, La Documentation française, 1 juillet 2007, vol. n° 1060, n° 2, pp. 4-24.

membres relèvent du Traité sur l'Union européenne du TUE et du TFUE. Aussi, ce que l'on nomme couramment « l'acquis de Schengen » régit largement cette zone d'ELSJ.

Aujourd'hui, et depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'ELSJ est consacré par les dispositions de l'article 3 du TUE. En tant qu'objectif de l'Union, l'ELSJ comprend deux axes principaux : d'une part il vise à garantir une protection effective des citoyens européens sur le territoire européen, d'autre part il vise à protéger la libre circulation des personnes *intra* Union. Ces objectifs impliquent une prise en charge de la gestion des frontières extérieures de l'Union ainsi qu'une élaboration de mesures appropriées en termes de politique d'asile, d'immigration et de lutte contre la criminalité. C'est donc là que la politique migratoire trouve sa source dans l'ELSJ. Afin de garantir la réalisation de ces objectifs, l'Union européenne doit pouvoir apporter une réponse commune au traitement des étrangers et ce tendant vers une certaine homogénéité des politiques migratoire applicables au sein des différents États membres ; l'objectif étant *in fine* d'aboutir à une gestion commune des frontières extérieures ou de la « *circulation externe* » à l'Union<sup>61</sup>.

L'ELSJ fit l'objet d'une lente construction. Ce dernier a été évoqué pour la première fois comme tel à l'occasion du traité d'Amsterdam de 1997, traité qui fut l'occasion pour les dirigeants européens de proclamer le principe de non-discrimination, principe qui semble-t-il résonne tout particulièrement en matière de politique migratoire. Deux ans après, le Conseil européen de Tampere de 1999 s'inscrit dans la continuité du traité d'Amsterdam, son objectif principal étant de le compléter. C'est ainsi qu'il mit un point d'honneur à permettre l'applicabilité entière du principe de non-discrimination, les ressortissants de pays tiers ayant de fait un statut dérivé de celui des citoyens de l'Union. Ses conclusions 18 y furent particulièrement consacrées. Car si à cette période la notion de citoyenneté européenne se construisait peu à peu, ainsi que l'avènement de la libre circulation des personnes devenait de plus en plus tangible, la réalité d'une politique migratoire et d'asile n'était encore à ce stade qu'embryonnaire. Il s'agissait pourtant du corollaire de l'établissement des libertés européennes : comment construire un espace basé sur la confiance et la coopération entre États membres sans se saisir de la question de la gestion des frontières extérieures ? Les dirigeants européens n'eurent ainsi pas d'autre choix que d'esquisser peu à peu les traits d'une politique migratoire et d'asile commune à tous les États membres de l'Union. C'est alors que les

---

<sup>61</sup> J.Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne : Recueil de jurisprudence, titre premier, chapitre 2*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p.131.

principaux objectifs dégagés en ce sens par le Conseil de Tampere furent l'asile et l'immigration, la criminalité frontalière ainsi que la création d'un espace européen de justice. En 2004, le programme de La Haye<sup>62</sup> fixa dix objectifs afin de renforcer l'ELSJ au sein de l'Union ; il sera complété en 2005 par un Plan d'action approuvé par le Conseil et adopté jusqu'en 2010. Tournant important de l'ELSJ, le pacte européen pour l'immigration proposé par la présidence française en 2008<sup>63</sup> reprendra ces objectifs, les faisant graviter autour de cinq engagements principaux : renforcer le contrôle aux frontières extérieures à l'Union, organiser l'immigration légale en fonction des capacités d'accueil de chaque État membre, organiser l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, harmoniser la politique d'asile et enfin promouvoir l'aide au développement. Nous aurons l'occasion d'observer l'état actuel de la politique migratoire et de l'ELSJ, qui menacent d'être entièrement bouleversés par ce qui pourrait être le nouveau pacte sur l'immigration et l'asile de l'Union européenne<sup>64</sup>.

Enfin, notons que le TFUE, traité européen dont l'une des fonctions principales est la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, consacre entièrement son titre V à l'ELSJ. Nous aurons l'occasion d'étudier plus en détail ces dispositions à l'occasion du prochain chapitre consacré à l'étude du partage des compétences en matière de politique migratoire. Nous pouvons cependant d'ores et déjà relever que le chapitre I<sup>er</sup> du Titre V, relatif aux des dispositions plus générales applicables en matière d'ELSJ, nous éclaire sur l'étendue des missions de l'Union en terme d'ELSJ. En effet, les articles 67 à 76 prévoient toute une série de missions confiées à l'Union lui permettant de mener à bien cet objectif, les principales étant par exemple d'assurer l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures, le développement d'une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières extérieures, d'assurer la sécurité sur le territoire européen notamment en termes de criminalité, de discriminations<sup>65</sup> etc... Ainsi, l'Union dispose de leviers d'action étendus qui devraient permettre l'avènement d'une réponse commune à la gestion des flux migratoires *intra* Union. Pourtant, force est de constater qu'il existe en pratique une diversité de sources applicables en la matière.

---

<sup>62</sup> « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années », <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:116002&from=FR>

<sup>63</sup>Ministre de l'Intérieur, « Pacte européen sur l'immigration et l'asile », <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Europe-et-International/Le-pacte-europeen-sur-l-immigration-et-l-asile/Pacte-europeen-sur-l-immigration-et-l-asile>

<sup>64</sup> « Nouveau pacte sur la migration et l'asile », [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_1706](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1706)

<sup>65</sup> Ces dispositions sont prévues par les articles 67 et suivants du TFUE.

## **II. Un domaine de compétence déterminé en vertu du principe d'attribution**

En effet, la compétence de l'Union européenne en matière de politique migratoire est avant tout régie par un principe intrinsèque au droit de l'Union, à savoir le principe d'attribution. Le principe d'attribution est prévu par les dispositions du TUE en son article 5 qui dispose que « *1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. 2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. (...)* »<sup>66</sup>. Le principe d'attribution se trouve alors être un principe fondamental pour la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres en matière de politique migratoire, garantissant leur répartition.

Le principe d'attribution implique que l'Union européenne ne puisse donc agir en matière de politique migratoire que dans le cadre des compétences qui lui ont été attribuées dans les traités. Toute compétence qui ne lui a pas été attribuée sera exercée par les États membres. De la même manière, cela implique que les compétences attribuées à l'Union ne peuvent être exercées par celle-ci que dans le cadre de la réalisation des objectifs lui ayant été assignés, là aussi par les traités. Il s'agit d'observer quels sont ces compétences et objectifs assignés à l'Union par les traités en matière de politique migratoire.

## **III. Les objectifs de l'Union européenne en matière de politique migratoire**

Traité visant à régir la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses membres, le TFUE nous permet de distinguer quels sont les objectifs assignés à l'Union en matière de politique migratoire. Si le titre V du traité est entièrement dédié à la question de l'ELSJ, son chapitre 2 nous donne des indications plus précises quant aux objectifs de l'Union en matière de contrôles aux frontières, d'asile et d'immigration. C'est ainsi qu'en matière d'immigration, l'article 79 §1 dispose que « *L'Union développe une politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres,*

---

<sup>66</sup> Article 5 du TUE.

*ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci (...) »<sup>67</sup>. Ainsi, distinguons-nous des objectifs aussi bien sur le plan interne à l'Union (A), que sur le plan externe (B).*

#### A. Les objectifs sur le plan interne

Un rapport publié en 2011 par la Direction générale des politiques internes du Parlement européen<sup>68</sup> pointe du doigt un aspect intéressant du processus d'élaboration de la politique migratoire européenne. Celui-ci rappelle que les objectifs des États membres et de l'Union en matière de politique migratoire diffèrent par essence. Si les États membres sont largement concentrés sur la sécurité, la politique d'emploi et la politique sociale, ce n'est pas le cas de l'Union qui a, en application des dispositions des traités, pour principal objectif développer une politique commune d'immigration. Il existe également un objectif d'intégration, qui découle de ses compétences générales en matière de politique migratoire.

Sur le plan interne, l'Union dispose de nombreuses compétences visant à développer cette politique commune en matière d'immigration. En application des dispositions de l'article 79 du TFUE, celle-ci fixe les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire européen ainsi qu'elle fixe les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et titres de séjour de longue durée. Celle-ci est également compétente afin de définir les droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier au sein de l'Union. En bref, l'Union est compétente pour adopter les règles communes à la matière migratoire en application de la procédure législative ordinaire. Mais l'Union dispose également de compétences importantes en matière de politique migratoire sur le plan externe, celles-ci nous intéressant tout particulièrement.

#### B. Les objectifs sur le plan externe

En effet, l'article 79 du TFUE définit également les compétences externes à l'Union européenne. Celui-ci prévoit en ses points c) et d) que l'Union est compétente en matière de lutte contre l'immigration clandestine, le séjour irrégulier ainsi que le rapatriement des

---

<sup>67</sup> Article 79 alinéa 1 du TFUE.

<sup>68</sup> Direction générale des politiques internes, Parlement européen, *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration*, 2011, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-LIBE\\_NT\(2011\)453178](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-LIBE_NT(2011)453178)

personnes concernées. Aussi, celle-ci est compétente en matière de lutte contre la traite des êtres humains. Nous comprenons donc que l'Union européenne est également investie de compétences relatives à la gestion extérieures à l'espace Schengen. L'article 79 prévoit en son alinéa 3 que l'Union dispose de compétences en matière de coopération avec les pays tiers, celle-ci pouvant conclure des accords de réadmission dans les pays d'origine et de provenance des ressortissants en situation irrégulière. L'objectif principal consiste pour l'Union de part cette coopération de lutter contre l'immigration illégale en établissant des relations de confiance avec les États d'origine, en pratique souvent des pays africains bien que dès 2015 nous avons assisté à une modification de la source de ces flux arrivant désormais plus largement de pays du Moyen-Orient comme ce fut le cas pour la Syrie. Les accords de réadmissions conclus par l'Union sont aussi nombreux et au cœur des enjeux de la gestion des flux migratoires<sup>69</sup>.

En la matière, il convient de souligner le rôle majeur et parfois controversé de l'agence Frontex. Créée le 6 octobre 2016, l'agence Frontex est comme son nom l'indique une agence européenne dont le rôle principal est la gestion des frontières extérieures à l'Union. Son rôle est souvent décrié. Jugée parfois inefficace, elle fut au cœur de nombreux débats notamment quant aux affaires relatives à son implication dans le refoulement de migrants au large de la Grèce<sup>70</sup>. Une tendance récente des politiques migratoires européennes consistant à externaliser la politique migratoire et à contrôler les frontières extérieures est un phénomène souvent décrié. Si les chiffres d'entrées irrégulières sur le territoire des États membres est en baisse depuis la crise de 2015 (bien que la crise de la Covid puisse à nouveau faire changer la tendance), certains auteurs considèrent qu'il s'agit là du résultat des politiques menées par l'Union visant à parfois dresser des obstacles sur la route des migrants. Ces derniers décrivent le fait que l'Union n'hésite pas « à s'en remettre aux autorités d'États tiers pour les contrôler »<sup>71</sup>. Enfin, l'un des problèmes les plus souvent mis en exergue au sujet de l'agence Frontex est le contrôle exercé par les institutions sur cette agence. Qu'il s'agisse d'un contrôle opéré par le Parlement (qui intervient *a posteriori* lors de la publication des rapports de Frontex) ou des contrôles juridictionnels, il semblerait qu'aucun des deux ne soit réellement satisfaisant.

---

<sup>69</sup> Giannopoulos Christos, « Les accords de réadmission de l'UE : les enjeux de la gestion des migrants en situation irrégulière par délocalisation », Centre d'études internationales et européennes, 2019.

<sup>70</sup> « Migrations : l'agence européenne Frontex mise en cause pour des refoulements en mer », *Le Monde.fr*, 24 octobre 2020, en ligne [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/24/migrations-l-agence-europeenne-frontex-mise-en-cause-pour-des-refoulements-en-mer\\_6057247\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/24/migrations-l-agence-europeenne-frontex-mise-en-cause-pour-des-refoulements-en-mer_6057247_3210.html)

<sup>71</sup> Catherine Haguenu-Moizard, « L'externalisation de la politique migratoire et les contrôles aux frontières extérieures », Centre d'études internationales et européennes, Journée ELSJ, 2019.

Notons qu'il s'agisse de l'action de l'Union sur le plan externe ou sur le plan interne, que la nature de l'exercice de compétence de l'Union européenne relève comme indiqué à de nombreuses reprises d'une compétence partagée. Il s'agit d'une compétence normative partagée largement basée sur une logique d'intégration. Comprenons que l'Union peut, afin de mettre à bien les objectifs lui étant assignés, adopter des actes législatifs, règlements, directives ou décisions ; en procédure législative ordinaire ou spéciale. Bien que les pouvoirs de l'Union semblent étendus en matière de politique migratoire, ceux-ci présentent tout de même des limites. Il faut noter que, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, et en matière de migration légale, certaines décisions peuvent être prises à la majorité qualifiée. Deux conditions doivent alors être remplies : au moins 55% des États membres doivent exprimer un vote favorable, ainsi qu'ils doivent représenter au moins 65% de la population européenne<sup>72</sup>.

#### **IV. Les limites à la compétence de l'Union européenne**

Le fait que la politique migratoire européenne s'inscrive dans un cadre de compétence partagée implique que les compétences assignées à l'Union ont également des limites : celle de la compétence des États membres (A). Aussi, il nous faut relever que la compétence de l'Union européenne est limitée par les principes d'attribution, de spécialité et de subsidiarité ; colonne vertébrale des relations de l'Union avec ses États membres (B). Enfin, demeurent des limites purement territoriales (C).

##### **A. La compétence des États membres**

Dans le cadre d'une compétence partagée, les compétences de l'Union en matière de politiques migratoires s'arrêtent là où commencent celles des États membres. La crise sanitaire sans précédent dans laquelle nous a plongé la Covid 19 en mars 2020 fut l'occasion de rappeler la compétence des États membres lorsqu'il est question de la gestion de leurs frontières. En effet, la Covid 19 créa un regain de souverainisme important chez les États membres, qui parfois en quelques heures ou en une nuit, décidèrent de fermer leurs frontières aux ressortissants des autres pays de l'Union européenne. Pour la première fois depuis 1985 et la signature des accords de Schengen, la frontière est redevenue une notion tangible, une zone d'attente<sup>73</sup>. Cette main

---

<sup>72</sup> « Qu'est-ce que la majorité qualifiée ? », <https://www.touteurope.eu/actualite/qu-est-ce-que-la-majorite-qualifiee.html>

<sup>73</sup> F. Berrod, « Un virus et des frontières », *Journal de droit européen.*, Bruylant, n°270, juin 2020, p. 245.

que les États membres conservent tout de même quant à la gestion de leurs frontières semble alors être une conséquence directe de souveraineté exclusive dont ils étaient anciennement investis s'agissant de la gestion de leurs frontières ; le territoire étant traditionnellement un attribut de la souveraineté étatique. Certaines dispositions européennes, comme c'est le cas du Code frontières Schengen<sup>74</sup>, prévoient également que les États puissent, dans certaines situations urgentes et présentant un danger particulier pour la sécurité intérieure du pays, rétablir temporairement un contrôle aux frontières. Ces remarques illustrent tout particulièrement l'importance des prérogatives de souveraineté étatiques en matière de politique migratoire.

Les textes prévoient directement que les États disposent du contrôle de leurs frontières, les dispositions de l'article 79 du TFUE en son alinéa 5 dispose que « *Le présent article n'affecte pas le droit des États membres de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié.* »<sup>75</sup>. Sur le plan européen, nous assistons à une certaine harmonisation des politiques d'octroi de visas depuis l'adoption d'un Code communautaire des visas. Notons cependant que cela concerne plus largement les visas courts séjour et ce car ces derniers ne visent pas à un établissement permanent de l'individu sur le territoire national. Bien que l'Union ait le pouvoir de définir les grandes lignes de la politique commune d'immigration et donc les règles d'octroi des titres de séjour, les États restent libres quant aux politiques d'intégration des ressortissants en situation régulière, ainsi qu'ils sont souverains en termes de maintien de l'ordre public sur le territoire et de sécurité intérieure. En France, l'octroi des titres de séjour est régi au sein du titre 1<sup>er</sup> du livre IV du CESEDA intitulé « *séjour en France* », voir sur point les articles L. 411-1 (ex. art. L.311-1) et suivants du CESEDA. Ainsi, les principaux motifs d'octroi de titre de séjour sont l'emploi, l'éducation ou les motifs familiaux. En pratique, si la demande d'asile doit être déposée auprès de l'OFPRA, les demandes de titre de séjour se formulent auprès des services préfectoraux et sous-préfectures. En outre, il est reconnu que l'Union doit prendre en compte les intérêts des États membres, comme c'est le cas en matière de sécurité sociale.

---

<sup>74</sup> Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, p.1-52.

<sup>75</sup> Article 79 alinéa 5 du TFUE.



## B. Le respect des principes d'attribution, de spécialité et de subsidiarité

L'article 5 du TUE régit ces principes. Nous l'avons vu, le principe d'attribution implique que l'Union puisse agir uniquement dans le cadre des compétences lui ayant été assignées par les traités, et puisse prendre des mesures visant seulement à réaliser ces objectifs ; le principe de spécialité étant son corollaire.

Le principe de subsidiarité est un principe intrinsèque à la répartition entre l'Union européenne et ses membres. Principe issu du droit canonique, ce principe implique que l'Union européenne agisse seulement lorsque cela est nécessaire, l'exercice d'action revenant à l'entité la plus proche du domaine d'action. Il s'agit d'un principe d'encadrement, voire de régulation de l'exercice des compétences partagées. En pratique, le principe de subsidiarité a des conséquences importantes en matière de politique migratoire puisque cela signifie que la compétence des États membres n'est pas suffisante pour satisfaire cet objectif, mais que l'action à l'échelle européenne est plus efficace qu'à l'échelle décentralisée. S'il s'agit d'un principe essentiel à l'articulation des compétences entre l'Union et ses États membres, nous comprenons qu'il puisse parfois également compliquer lesdites relations, tel fut le cas avec les pays d'Europe du Nord ou d'Europe Centrale.

## C. Les limites territoriales

Enfin, les compétences de l'Union européenne en matière de politique migratoire sont également limitées territorialement. L'ELSJ a un champ d'application variable. Cela a des conséquences quant au champ d'application des compétences de l'Union, en ce que son application matérielle est limitée par le statut dérogatoire de l'Irlande et du Danemark. Notons tout de même qu'une logique de coopération est toujours privilégiée.

Si le protocole n°21 et n°22 concernaient l'Irlande, le Danemark et le Royaume-Uni, le Royaume-Uni a modifié sa position en matière de politique migratoire depuis le Brexit. Il semble d'ailleurs intéressant de relever quelques temps après la sortie définitive du Royaume-Uni de l'Union que les relations entre celui-ci et l'Europe ont très peu été pensées sur le plan

de la politique migratoire, tels que ce fut décrié par de nombreux articles de journaux<sup>76</sup>. En effet, les dispositions européennes applicables en matière d'asile et d'immigration *in extenso*, dont le corpus de règles protectrices applicables aux migrants, ne sont plus applicables au Royaume-Uni depuis sa sortie effective de l'Union européenne. Force est de constater qu'il s'agit là d'un angle mort des négociations entre Bruxelles et Londres.

## **Section 2. La compétence des États-membres pour l'entrée sur leur territoire et l'attribution d'un titre de séjour**

La multiplication importante des attaques terroristes sur le sol européen ainsi que la crise de la Covid 19 nous ont démontré le pouvoir que les États membres détiennent toujours quant à la gestion de leurs frontières. Si l'Union européenne développe des motifs communs d'octroi des titres de séjour (emploi, éducation etc...) les États restent maîtres de définir le nombre et l'identité de ceux entrant sur leur territoire, ainsi qu'il reste les seuls en mesure de décider de l'issue, positive ou négative, accordée à une demande de titre de séjour. Si les États membres sont tenus de respecter leurs engagements internationaux source d'obligations (I), ceux-ci préservent donc leur compétence en matière de contrôle de leur population étrangère (II).

### **I. Les obligations inhérentes aux États-membres**

Comme nous avons eu l'occasion de l'observer, l'articulation entre les compétences partagées des États membres et de l'Union repose sur le respect de principes intrinsèques au droit de l'Union, tel que le principe de subsidiarité. Un autre de ces principes, le principe de loyauté, lie les États membres en ce qu'ils sont tenus d'exécuter avec loyauté les obligations inhérentes au traité ou résultant des actes des institutions de l'Union. Cette obligation est prévue à l'article 4 du TUE. De la même manière, les États membres sont tenus à une obligation d'exécution. Nous rappelons que si l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 prévoit un principe de réciprocité, disposant que les traités régulièrement ratifiés sont supérieurs à la loi « *sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »<sup>77</sup>, ce principe n'est pas en l'état applicable au droit de l'Union.

---

<sup>76</sup> T.L. Roy, P. Brice, M.-C. Fabié, « Politique migratoire, l'impensé du Brexit », *Libération.fr*, 2 janvier 2021, [https://www.liberation.fr/debats/2021/01/02/politique-migratoire-l-impense-du-brexit\\_1810104](https://www.liberation.fr/debats/2021/01/02/politique-migratoire-l-impense-du-brexit_1810104)

<sup>77</sup> Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Ainsi, lorsque l'Union exerce sa compétence en matière de politique migratoire, les États sont tenus de prendre les mesures d'exécutions afférentes afin d'intégrer ces normes dans leur corpus de normes internes ; la procédure variant nécessairement selon qu'il s'agisse d'un règlement ou d'une directive par exemple, laissant une marge de manœuvre plus grande aux États concernés. La question des directives est intéressante en ce qu'il n'existe pas de véritable harmonisation en matière migratoire, les États sont tenus par les objectifs et délais de la directive mais disposent d'une marge de manœuvre plus importante quant à la manière d'intégrer lesdits actes, ce qui pourrait expliquer en partie la disparité et l'hétérogénéité des normes applicables au droit des étrangers entre les différents pays européens. Enfin, notons que l'article 80 du TFUE<sup>78</sup> prévoit que les politiques de l'Union en matière d'immigration sont soumises au principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres.

## **II. La compétence des États membres en matière de contrôle de l'immigration sur leur territoire**

Bien que la politique migratoire au sein de l'Union relève d'une compétence partagée, les États disposent tout de même d'une grande marge de manœuvre dans l'adoption de leur politique migratoire, ce qui explique cette fragmentation de la politique migratoire à l'échelle européenne. Les États membres demeurent compétents au principal s'agissant du contrôle aux frontières extérieures, en témoignant l'article 72 du TFUE qui dispose que « *le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* » relèvent de la compétence exclusive des États membres. En sus des compétences octroyées à Frontex, les États sont donc les seuls compétents pour la gestion de leurs frontières extérieures afin de contrôler l'immigration sur leur propre territoire.

En outre, la ligne entre les compétences de l'Union en matière migratoire et les pouvoirs dont disposent tout de même les États membres est fine. En réalité, les États sont libres d'adopter des mesures nationales tant que celles-ci n'empiètent pas sur le domaine de compétence de l'Union et qu'elles n'outrepassent pas les normes minimales européennes, notamment en matière de droits fondamentaux. Leur compétence va ainsi s'exercer dans le cadre des normes adoptées par l'Union européenne, mais ils disposent d'une marge de

---

<sup>78</sup> Article 80 du TFUE.

manœuvre importante. Prenons l'exemple de l'articulation des normes applicables en matière d'attribution de visas et titres de séjour : l'Union est compétente quant à la détermination des mentions devant figurer sur les visas et titres de séjour en application des dispositions de l'article 79 du TFUE. Les États membres sont donc tenus de respecter les normes européennes applicables en la matière. Pourtant, les États conservent leur pouvoir discrétionnaire pour la délivrance des titres de séjour ainsi que pour la nature de visas attribués. C'est ce qu'il ressort de l'alinéa 5 de l'article 79 du TFUE. En France par exemple, c'est le CESEDA qui régit ces questions. En bref, l'État peut prendre des mesures supplémentaires ou complémentaires, tant que cela respecte le cadre du traité. Les États sont particulièrement tenus par le corpus de droits fondamentaux, en témoigne par exemple l'affaire *Parlement c/ Conseil* du 27 juin 2006<sup>79</sup>, qui rappelle que l'exercice de la compétence étatique dans le cadre de la marge de manœuvre laissée aux États en matière de regroupement familial est soumis au respect des droits fondamentaux. De la même manière et en application du principe de loyauté, les États ne peuvent pas en théorie porter atteinte au statut de citoyenneté européenne par un acte discriminatoire ou encore à la libre circulation des personnes au sein de l'Union.

La souveraineté étatique reste alors prégnante en matière de politique migratoire : l'État reste maître de ses attributs de souveraineté et c'est lui et lui seul qui est compétent *in fine* pour déterminer de l'issue d'une demande de titre de séjour, tout individu souhaitant séjourner sur le territoire d'un État restant soumis à l'exercice de sa puissance étatique. La possibilité dont les États membres disposent de rétablir des contrôles aux frontières intérieures pour le maintien de l'ordre public ou de la santé publique est l'une des conséquences de ces prérogatives de souveraineté. Nous avons pu observer un tel phénomène lors de la période de la Covid 19 ou encore à la suite des nombreuses attaques terroristes perpétrées sur le sol européen ces dernières années. Aussi, force est de constater que le partage des prérogatives de souveraineté privilégie les compétences des États membres quant au contrôle de l'ordre public et de l'immigration sur leur territoire. En effet, l'articulation ne se fait pas si aisément et bien souvent en pratique les intérêts propres de chaque État empêchent un réel consensus sur le plan européen, ce qui peut nous conduire à considérer que la politique en matière d'immigration est encore loin d'être « commune », comme le prévoient en théorie les traités. C'est ce qui, on le verra, complique largement l'office des juges nationaux. L'hétérogénéité du corpus de normes applicables en matière de politiques migratoires nous conduit, après avoir observé les grands principes de la

---

<sup>79</sup> CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, n° C-540/03.

répartition des compétences en la matière, à constater l'hétérogénéité du corpus juridique applicable. Cette situation suppose de dresser le tableau du cadre normatif actuellement en vigueur afin d'avoir un regard objectif sur l'état des normes applicables au contentieux des étrangers *in extenso*.

## *Chapitre II. La politique migratoire de l'Union est fondée sur un corpus juridique excessivement hétérogène*

Il n'y a pas, en matière de politique migratoire, une politique d'harmonisation rigoureuse. Ainsi, le corpus normatif constituant la politique migratoire actuelle relève d'une architecture complexe qui mobilise des sources variées. Cette complexité tient essentiellement au fait que ce régime relève de l'enchevêtrement de normes issues à la fois du droit européen et de normes adoptées par les États membres en application de ce dernier. Les différentes étapes relatives à la construction européenne ont impacté l'élaboration d'un régime de norme pérenne. Nous avons eu l'occasion d'observer que les normes applicables en matière de politique migratoire relèvent de la compétence partagée entre l'Union et ses États membres. Si le partage de compétence semble effectif et bien régi en théorie, c'est loin d'être le cas en pratique en ce que les normes sont multiples et il peut parfois sembler difficile de s'y retrouver. Il est indispensable pour traiter de la question du contentieux des étrangers de rappeler que la dialectique entretenue entre le droit de l'Union et les droits nationaux implique la coordination d'une multitude de sources. Modifié à de nombreuses reprises à l'occasion de l'adoption de nouveaux traités, dont le traité modificatif de Lisbonne en 2007 fut le plus important, le corpus normatif actuellement en vigueur en matière de politique migratoire s'exerce dans le cadre de l'ELSJ et repose sur diverses sources (section 1). Il s'agit également de dresser un tableau des normes actuellement en vigueur en matière de politique migratoire (section 2).

### **Section 1. La dialectique entretenue entre le droit de l'Union et les droits nationaux implique un processus de coordination d'une multitude de sources**

Tout d'abord, notons que l'ELSJ lui-même est source d'hétérogénéité. En effet, il nous faut relever que ce dernier a « *un champ d'application à géométrie variable* »<sup>80</sup>. S'il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des pays européens, le Danemark et l'Irlande se voient appliquer des

---

<sup>80</sup> P. Dollat, *La citoyenneté européenne : théorie et statuts*, *op. cit.*, p.130.

dispositions plus particulières. En vertu de deux protocoles annexés au traité d'Amsterdam, ces deux pays ne sont pas systématiquement liés aux dispositions prévues par le cadre normatif européen. Le Danemark ne participe pas à l'adoption par le Conseil des mesures relevant du titre V du TFUE, l'Irlande quant à elle peut accepter les mesures adoptées par le Conseil en notifiant son intention de s'y soumettre auprès du Conseil et de la Commission<sup>81</sup>. Ces dispositions sont prévues par les protocoles n° 21<sup>82</sup> et 22<sup>83</sup>. La récente sortie du Royaume-Uni de l'Union sera une nouvelle source de tensions. Le Royaume-Uni reste un partenaire clé de la France et de l'Europe quant à la question de la politique migratoire et ce en raison de la position stratégique des deux pays aux deux extrémités de La Manche. Récemment, le Royaume-Uni a introduit un nouveau système à points (*point-based immigration system*) à l'intention des citoyens européens. Les interrogations restent cependant importantes quant aux conséquences de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne sur la gestion des flux migratoires, et particulièrement en matière d'asile. Il semblerait que la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne sonne la fin de l'application du règlement Dublin III à cet État, ce qui aura indéniablement pour conséquences de complexifier et diversifier plus encore les sources applicables en matière de politique migratoire. Enfin, notons que les accords bilatéraux signés entre la France et le Royaume-Uni visant à assurer une meilleure gestion des flux de migrants sont nombreux, en témoigne par exemple le traité du Touquet conclu en 2003<sup>84</sup> relatif à la surveillance de la frontière France/Royaume-Uni. Rien n'interdit à l'avenir les deux États de conclure de nouveaux traités bilatéraux post-Brexit, tel fut le cas par exemple d'un accord signé le 28 novembre 2020 visant à mettre en place des dispositifs de surveillances et des moyens technologiques supplémentaires le long des plages françaises.

Le droit primaire de l'Union est lui-même riche en matière de normes applicables à la politique migratoire, en témoignent par exemple les protocoles n°21 et 22 cités ci-dessus. L'Union est investie de toute une série d'objectifs visant à la gestion des politiques étrangères à l'Union ainsi qu'à la sécurité commune, voir sur ce point le titre V du TUE. De la même manière, le chapitre 2 du titre V du TFUE prévoit que l'Union mette en œuvre toute une série de politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration. De nombreuses

---

<sup>81</sup> Parlement européen, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice : aspects généraux | Fiches thématiques sur l'Union européenne | Parlement européen », <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/150/un-espace-de-liberte-de-securite-et-de-justice-aspects-generaux>

<sup>82</sup> Protocole n°21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice, JO C 326 du 26.10.2012, p. 295-298.

<sup>83</sup> Protocole n°22 sur la position du Danemark, JO C 115 du 9.5.2008, p.299-303.

<sup>84</sup> Les accords du Touquet ont été signés le 4 février 2003 et sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2004.

normes subsidiaires sont adoptées régulièrement afin de le compléter, et ce aussi bien sur le plan du droit de l'Union que sur le plan des droits internes. Si l'ELSJ est prévu par le TUE en son article 3 et par le TFUE en son titre V, de nombreuses autres normes de droit dérivé complètent cet objectif et participent à la construction du corpus normatif en matière de politique migratoire. C'est donc là que se situe la principale source d'hétérogénéité du corpus normatif applicable au contentieux des étrangers.

La diversité des sources applicables en matière de politique migratoire est surtout due à la dialectique entretenue entre les normes issues de l'Union et celles adoptées par les États membres. Si la politique migratoire relève d'une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États-membres, il est finalement question d'un enjeu beaucoup plus large : celui de l'harmonisation. Le champ de la politique migratoire a fait l'objet d'une certaine communautarisation<sup>85</sup>, et la compétence exclusivement intergouvernementale a été partiellement transférée à l'Union. Le fait qu'il s'agisse d'un domaine de compétence partagée implique que se substitue à une véritable harmonisation des politiques migratoires et d'asile une applicabilité entière du principe de reconnaissance mutuelle entre les États membres. La reconnaissance mutuelle est un principe fondateur du fonctionnement de l'Union européenne et permet qu'en l'absence d'harmonisation les États s'engagent tout de même à reconnaître les normes élaborées par les autres États membres dès lors qu'elles respectent des « standards » européens. Si le principe de reconnaissance mutuelle a été dégagé pour la première fois en matière de libre circulation des marchandises<sup>86</sup>, ce dernier a tout de même un écho important en matière d'élaboration de la politique migratoire européenne. La problématique majeure de l'élaboration de la politique migratoire est de réussir d'une part à articuler les normes issues des droits internes avec celles issues de l'Union, mais aussi de trouver un équilibre entre le champ de compétence de l'Union et celui des États. Ce dernier point est d'autant plus difficile à mettre en œuvre que ces compétences sont parfois en concurrence. D'une part, l'Union va exercer ses compétences en application des traités et souhaite tendre vers un idéal d'harmonisation des politiques migratoires. D'autre part, les États membres souhaitent, coûte que coûte, conserver une marge de manœuvre quant à la gestion des flux sur leur territoire, le territoire demeurant l'archétype de leur souveraineté. Il s'agit là d'un enjeu fondamental de la

---

<sup>85</sup> F. Julien-Lafferrière, « La communautarisation de la politique migratoire », *Migr. Soc.*, Centre d'Information et d'Études sur les Migrations Internationales, 2008, vol. N° 116, n° 2, p. 59-71.

<sup>86</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, n°120/78, Rec. p. 649.

politique migratoire : chaque État a pour obligation de respecter les normes issues du droit de l'Union qu'il intègrera dans son ordre interne, mais, en dehors du champ de compétence de cette dernière, l'État reste libre de légiférer dans le respect des exigences européennes et sous couvert du principe de reconnaissance mutuelle. De surcroît, chaque État reste maître d'accepter ou non des migrants sur son territoire et ce car le droit primaire de l'Union prévoit explicitement que les États membres restent souverains quant aux politiques d'octroi de visa. Les États membres restent maître des flux d'entrée, de maintien et de sortie des populations sur leur territoire. Cela participe grandement à l'hétérogénéité du corpus normatif en matière de politique migratoire puisque chaque État peut avoir une législation différente applicable aux ressortissants étrangers sur son territoire. Ceci se traduit également par des positions parfois drastiquement différentes des États membres sur la scène politique quand il s'agit de trancher certains enjeux relatifs à la crise migratoire, en témoigne par exemple la position de l'Italie ou de la Grèce. Aussi, il s'agit de trouver un équilibre fragile entre le respect des principes du partage de compétences et le contrôle souverain des États membres sur leur population. De cette nécessité de trouver cet équilibre résulte la répartition textuelle entre les compétences de l'Union européenne et de ses États membres. Cependant, force est de constater que l'actuel cadre normatif en matière de politique migratoire manque d'intelligibilité.

## **Section 2. Le tableau du cadre normatif en vigueur en matière de politique migratoire**

Les normes qui composent le corpus juridique sur lequel se fonde le contentieux des étrangers impliquent donc un processus de coordination entre de nombreuses sources applicables. Dresser un tableau des normes actuellement en vigueur en matière de politique migratoire nous conduira à faire le constat du caractère inadapté de l'actuel cadre normatif applicable en matière de politique migratoire. Ce constat est commun aux normes issues du droit de l'Union européenne (I) comme du droit interne français (II).

### **I. Les normes issues du droit de l'Union européenne**

L'étude du partage de compétence entre l'Union européenne et ses États membres nous a déjà conduit à étudier l'état du droit primaire sur la question migratoire, il est donc fait le choix ici de ne pas reprendre ces dispositions, nous nous référerons toujours aux articles du TUE et du TFUE précités. Il est question ici de dresser une liste (non-exhaustive quoique soulignant



les normes les plus importantes actuellement en vigueur), des normes du droit dérivé de l'Union européenne en matière de politique migratoire (A). Il nous faudra également étudier l'influence de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, que nous n'avons pas encore évoqué mais qui influence également le corpus de normes applicables en matière de politique migratoire (B). Il s'agira enfin de faire le constat du caractère inadapté de l'actuel agenda européen en matière de politique migratoire (C).

#### A. Les normes issues du droit dérivé de l'Union européenne

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le droit dérivé a une valeur inférieure au droit primaire. Il peut se définir comme l'ensemble des actes législatifs pris par les institutions européennes dans l'exercice des compétences prévues par les traités. Il s'agit donc d'un ensemble de normes originales émanant des organes de l'Union<sup>87</sup>. Ainsi, il peut s'agir à la fois d'actes contraignants comme des règlements ou des directives, ou d'actes non contraignants comme des recommandations. Les actes adoptés par l'Union en matière de politique migratoire dans le cadre de ses compétences sont principalement des actes contraignants intervenant dans plusieurs domaines ; à savoir en matière migration légale (1), d'intégration (2) et de migration irrégulière (3).

##### 1. Les actes législatifs européens en matière de migration légale

En application des dispositions du TFUE, l'Union dispose de compétence en matière de migration légale. C'est ainsi que depuis le traité de Lisbonne celle-ci adopte sur une base régulière de nombreuses normes contraignantes pour les États membres visant à encadrer ce phénomène de migration légale ; comprenons celle qui contrairement à la migration illégale, implique que l'étranger soit autorisé à entrer et à séjourner sur le territoire de l'État d'accueil. Notons que l'hétérogénéité de situations pouvant donner lieu une migration légale au sein de l'Union européenne a conduit celle-ci à légiférer par catégorie de migrants. De manière générale, l'Union a une compétence en matière de visas et de titres de séjour. L'ancien règlement 539/2001 en date du 15 mars 2001 a été abrogé et remplacé par le règlement 2018/1806/UE du 14 novembre 2018<sup>88</sup>. Ce dernier fixe la liste des pays tiers dont les

---

<sup>87</sup> Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Hypercours, 1ère, 2017.

<sup>88</sup> Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des

ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres, et ceux exemptés de cette obligation. Il s'agit là du Code communautaire des visas issu du règlement du 13 juillet 2009<sup>89</sup>.

Cependant, d'autres catégories sont à distinguer. Les deux grandes catégories que nous pouvons distinguer en la matière sont celles des normes visant à régir la question des migrations pour cause de travail, de main d'œuvre ou d'étude et de recherche ainsi que celles relatives aux séjours de longue durée. Concernant la législation applicable aux titres de séjour relatifs à la main d'œuvre, à la recherche ou aux situations des étudiants, plusieurs normes sont à relever. Premièrement, la réglementation générique applicable aux demandes de titre de travail a été simplifiée et uniformisée par la directive 2011/98/UE<sup>90</sup>. Aussi, la directive 2009/50/CE<sup>91</sup> concernant les titres de séjour aux fins d'emplois hautement qualifiés a créé ce que l'on appelle la « carte bleue européenne » c'est-à-dire la délivrance d'un permis de séjour et de travail pour les travailleurs concernés dans des conditions visant à les inciter à venir s'établir dans un pays membre. Une autre directive, la directive 2014/36/UE<sup>92</sup> concerne les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants tiers concernés par les emplois saisonniers. Enfin, concernant le statut des étudiants ou chercheurs, une directive 2016/801/UE<sup>93</sup> a été adoptée en 2016. Des actes de l'Union sont aussi adoptés en matière d'intégration, bien qu'ils soient moins nombreux. La directive 2003/109/CE<sup>94</sup> concerne les séjours de longue durée.

---

États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 303 du 28.11.2018, p.39-58.

<sup>89</sup> Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18.6.2009, p.17-29.

<sup>90</sup> Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO L 343 du 23.12.2011, p. 1-9.

<sup>91</sup> Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, *op. cit.*

<sup>92</sup> Directive 2014/36 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier, JO L 94 du 28.3.2014, p. 375-390.

<sup>93</sup> Directive (UE) 2016/801 du Parlement européenne et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers et à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, JO L 132 du 21.5.2016, p.21-58.

<sup>94</sup> Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23.1.2004, p.44-53.

## 2. Les actes législatifs européens en matière d'intégration

Bien que l'Union dispose de compétence limitée en la matière, celle-ci légifère tout de même dans certains domaines, comme c'est le cas en matière de regroupement familial. Des normes sont également adoptées par les organes européens afin de garantir l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. En matière de migration illégale, l'activité législative européenne est encore plus féconde. Pour autant, cela ne signifie pas que les États soient entièrement liés par ces normes, ces derniers conservant leur pouvoir discrétionnaire quant à la décision d'attribution ou non des visas.

## 3. Les actes législatifs européens en matière de migration irrégulière

Le droit primaire donne une compétence importante à l'Union en matière de lutte contre l'immigration illégale. La directive majeure à citer sur cette question est la directive 2002/90/CE<sup>95</sup> qui fut adoptée en réponse au trafic de plus en plus intense des passeurs, activité lucrative se développant au détriment de milliers de migrants souhaitant franchir les portes de l'Europe. D'autres mesures furent adoptées notamment quant à la lutte contre la traite des êtres humains, voir sur ce point la directive 2011/36/UE<sup>96</sup>. Des mesures ont également été adoptées plus spécifiquement concernant la question des procédures applicables au retour des individus en séjour irrégulier, c'est la directive 2008/115/CE<sup>97</sup> dite directive « retour » ainsi que le règlement 2016/1953/UE<sup>98</sup>. Notons également que la directive 2001/40/CE<sup>99</sup> prévoit que les États membres puissent reconnaître mutuellement les décisions d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Si les normes issues du droit dérivé sont nombreuses et qu'il ne s'agissait là que d'en citer les plus influentes et plus régulièrement invoquées, une autre norme

---

<sup>95</sup> Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328 du 5.12.2002, p.17-18.

<sup>96</sup> Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JO L 101 du 15.4.2011, p. 1-11

<sup>97</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p.98-107.

<sup>98</sup> Règlement (UE) 2016/1953 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relatif à l'établissement d'un document de voyage européen destiné au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, et abrogeant la recommandation du Conseil du 30 novembre 1994, JO L 311 du 17.11.2016, p.13-19.

<sup>99</sup> Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JO L 19 du 2.6.2001, p. 34-36.

européenne, la Charte des droits fondamentaux, a également une influence en matière de politique migratoire.

### B. L'influence de la Charte des droits fondamentaux

Proclamée le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a également une influence en matière de politique migratoire. En effet, bien qu'elle concerne plus généralement les droits et libertés accordés aux citoyens européens, celle-ci prévoit quelques dispositions adressées aux ressortissants des États tiers. C'est ainsi que les dispositions de la Charte restent souvent citées par les avocats devant les juridictions des États membres pour invoquer l'illégalité des mesures étatiques en matière de politique migratoire. Nous pensons par exemple à l'article 7 de la Charte sur le droit à la vie privée et familiale ou encore à l'article 47 concernant le droit à un recours effectif. S'il est vrai qu'elle est parfois invoquée, certains contestent son efficacité en matière de droit des étrangers et celle-ci demeure moins largement citée que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et ses dispositions sont plus riches en matière du droit d'asile, voir *infra*. Pourtant, bien que l'influence de textes ambitionnant de protéger efficacement les libertés fondamentales des étrangers soit souhaitable, force est de constater que l'actuel agenda européen en matière de politique migratoire demeure inadapté à l'urgence de la question migratoire.

### C. Le caractère inadapté de l'actuel agenda européen en matière de politique migratoire

Il convient pour finir ce tour d'horizon des politiques européennes en matière migratoire de faire le point sur l'état actuel de l'agenda européen en matière d'immigration, ce dernier ne pouvant paraître en l'état qu'inadapté. Rappelons que la compétence de l'Union en la matière s'exerce dans le cadre de l'ELSJ, qui fut réformé par le programme de Stockholm et adopté en 2009 à la suite de l'arrivée à terme des dispositions du programme de Tampere de 1999 et de La Haye de 2004. La Commission communique régulièrement sur ce sujet sensible de l'actualité européenne. Son agenda évolue sur une base régulière et ce car il est indéniable que la crise migratoire de 2015 a induit une augmentation importante des flux migratoires, ayant eu pour conséquence d'accélérer l'agenda européen. Ainsi, en 2015 la Commission publia un agenda européen en matière de migration qui visait à mettre en œuvre des systèmes d'action concrets afin de faire face à la grande crise migratoire de 2015. Plus récemment, et cela fera

l'objet d'une étude plus approfondie au sein de la seconde partie, la Commission européenne a proposé un nouveau pacte sur la migration et l'asile pour le printemps 2021. En outre, le budget à long terme de l'Union sur la période 2021-2027 a été voté afin de renforcer le soutien apporté en matière de migration. Pourtant, la politique migratoire européenne reste bel et bien inadaptée à la réalité du contentieux (1), l'absence de consensus à l'échelle européenne paralyse le processus décisionnel (2) notamment parce que les critères d'interprétation des textes varient largement d'un État membre à l'autre (3).

### 1. La politique migratoire européenne est inadaptée à la réalité du contentieux

Dans un rapport publié en 2020<sup>100</sup>, le UNHCR pointe du doigt que l'année 2019 a marqué un nouveau record quant au nombre de personnes déracinées dans le monde, par extension de migrants. On compte à cette date plus de 79,5 millions de personnes déplacées contre leur volonté dont 29,6 millions réfugiés. C'est ainsi qu'en 2019, le solde migratoire de l'Union européenne se situait aux alentours de 1,4 millions de personnes<sup>101</sup>. La crise de 2015 a placé l'Union européenne dans une situation délicate en la conduisant à repenser sa politique migratoire. Pourtant, aujourd'hui encore celle-ci n'est pas pérenne et reste largement inadaptée à la réalité du contentieux. La situation de tension entre les États européens et le nombre alarmant de décès chaque année dans le bassin méditerranéen rendent impératif la mise en œuvre de politiques communes mieux articulées afin de répondre à l'afflux massif de dossiers auxquels font face les juridictions de chaque État-membre. Politique jugée inadaptée afin de trouver des réponses sur le long-terme à la question migratoire, l'Union européenne fut violemment condamnée par certains auteurs l'ayant parfois jugée complice de la violation de droits fondamentaux, comme par exemple celui du droit à demander l'asile ou le principe de non-refoulement<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « *Global trends forced displacement in 2019* », 2020.

<sup>101</sup> [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK\\_DS-054722\\_QID\\_-16695967\\_UID\\_-3F171EB0&layout=TIME.C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC\\_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=DS-054722INDICATORS,OBS\\_FLAG;DS-054722INDIC\\_DE,CNMIGRAT;&rankName1=INDICATORS\\_1\\_2\\_-1\\_2&rankName2=INDIC-DE\\_1\\_2\\_-1\\_2&rankName3=TIME\\_1\\_0\\_0\\_0&rankName4=GEO\\_1\\_2\\_0\\_1&sortC=ASC\\_-1\\_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time\\_mode=NONE&time\\_most\\_recent=false&lang=FR&cfo=%23%23%23.%23%23%23%2C%23%23%23](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-054722_QID_-16695967_UID_-3F171EB0&layout=TIME.C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=DS-054722INDICATORS,OBS_FLAG;DS-054722INDIC_DE,CNMIGRAT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=NONE&time_most_recent=false&lang=FR&cfo=%23%23%23.%23%23%23%2C%23%23%23)

<sup>102</sup> GISTI, « Nous accusons l'UE et les États membres », *GISTI*, 2018/3 n° 118 p. 7 à 13.

Si certains auteurs pointent du doigt le rôle joué par les États en la matière – considérant qu’un État devrait aujourd’hui pouvoir être « *dissocié de son territoire* »<sup>103</sup> – c’est surtout la complexe répartition des compétences de souveraineté des États membres au sein de l’Union qui paralyse le processus décisionnel en la matière. Les compétences de l’Union et de ses États membres sont certes définies *de jure* par les traités européens, mais *in casu* la politique migratoire reste paralysée par la diversité des politiques nationales ainsi que par les réticences dont certains pays font état quant à un partage de souveraineté en matière de politique migratoire. Une telle conjoncture empêche l’Union européenne de répondre aux défis posés par la crise migratoire. L’Union européenne apparaît pourtant comme être le seul acteur en position de trouver un terrain d’entente entre les puissances étatiques et ce face à la complexité d’une crise humanitaire sans précédent mais aussi face à la diversité des politiques nationales applicables en la matière. À cette crise multifactorielle, l’Union européenne semble y avoir répondu jusqu’alors par des solutions d’urgence, sans avoir pensé de système viable sur le long terme. Une politique migratoire pensée à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle afin de faire face aux flux migratoires causés par la chute du mur de Berlin n’est aujourd’hui plus adaptée ni suffisante face à une telle conjoncture, celle-ci ayant largement évolué avec le développement de nouvelles zones de conflit dans les pays du Moyen-Orient ou au sein d’États comme le Venezuela. Multitude d’amendements, mosaïque de textes et tensions quant à l’exercice des prérogatives de souveraineté étatique au sein de l’Union : voilà l’état actuel de la politique migratoire européenne. Il est ainsi indispensable de repenser la logique d’intégration afin de définir une politique migratoire « *prévisible et fiable* »<sup>104</sup>. Indéniablement, l’une des principales faiblesses de l’actuel système européen en matière migratoire demeure l’absence de consensus entre les États-membres.

## 2. Une absence de consensus à l’échelle européenne qui paralyse le processus décisionnel

En matière de contentieux des étrangers, il existe indéniablement une « *ambiguïté de la démarche communautaire* »<sup>105</sup>, l’enjeu ultime en matière de politique migratoire étant la divergence des politiques migratoires nationales ainsi que la réticence dont font preuve les États quant à un partage de souveraineté effectif. Le projet de communautarisation de la politique migratoire aurait dû en théorie permettre l’avènement de prérogatives de souveraineté

---

<sup>103</sup> Clotilde Barral, « Vers la fin du « paradigme de l’immobilité » ? », *Hommes & Migrations* 2016/3 n°1315.

<sup>104</sup> Communiqué de presse, Commission européenne, 23 septembre 2020.

<sup>105</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, *op.cit.*, p. 212.

partagées. Pourtant, tel n'est pas le cas *de facto*. S'il s'agit là d'un débat au cœur de la construction européenne, cette acception prend un sens tout particulier en droit des étrangers. En matière de politique migratoire, l'Union européenne n'a de cesse que de devoir composer avec les prérogatives de souveraineté des États quant au contrôle des entrées et sorties sur leur territoire. C'est bien là que se situe l'un des enjeux majeurs de la politique migratoire en ce qu'il s'agit certainement de l'un des facteurs les plus paralysants en la matière. Il est indéniable que la politique migratoire européenne est largement impulsée par les dirigeants des États membres, le Conseil européen étant en la matière un canal de négociation privilégié. Une illustration prégnante du constat selon lequel la politique migratoire est au cœur des débats relatifs à l'exercice des compétences de souveraineté est le fait que les décisions en la matière se prennent au Conseil européen à l'unanimité et non à la majorité qualifiée, seules les matières considérées particulièrement sensibles telles que la politique migratoire, la citoyenneté ou encore le financement de l'Union étant soumises à un tel système de vote.

Une situation de tension naît inexorablement du fait des intérêts divergeant des États membres de l'Union. Si en application des traités l'Union a pour objectif de développer une politique migratoire commune sur le territoire européen, les États-membres préservent quant à eux leurs intérêts nationaux. Cela implique qu'ils restent souverains quant au contrôle des entrées et sorties sur leur territoire, leurs politiques pouvant alors différer des orientations européennes. Ainsi, quelle dialectique adopter afin d'articuler une souveraineté nationale propre à chaque État-membre relative au contrôle de son territoire et la pérennisation d'une compétence européenne déterminante en la matière ? Le rapport publié pour la Fondation Jean Jaurès et la Fondation Friederich Ebert<sup>106</sup> démontre que pour la majorité des citoyens européens, la notion émergente de souveraineté serait incomprise et renvoie à l'indépendance et à la puissance, mais que très peu à la notion de protection. Pourtant, l'essence même de la politique européenne en matière d'immigration n'est-elle pas la protection, la sécurité, et ce à la fois au bénéfice des ressortissants non-européens que des frontières à l'Union ? Ce flou autour de la notion balbutiante de souveraineté européenne est particulièrement bien illustré par le contentieux des étrangers.

---

<sup>106</sup> Ipsos Public Affairs « *Enquête sur la souveraineté européenne* », *op cit.*

Ces observations traduisent l'état actuel du cadre juridique applicable en matière de politique migratoire, à savoir un droit tentaculaire aux fondations fragiles. Les relations entre l'Union et ses États-membres ne s'articulent pas efficacement en pratique. Le processus de construction de la politique migratoire européenne s'est fait d'un glissement de la coopération intergouvernementale quasi-exclusive en la matière à la souveraineté partagée et ce sans accord suffisant sur les finalités de la politique en cause. Cela a des conséquences indéniables, particulièrement vives depuis ces dernières années. Nombreux sont les désaccords à l'échelle européenne quant à la conduite à tenir face à l'afflux massif des personnes déplacées depuis 2015. Cette conjoncture particulière reflète parfois le manque d'audace politique des dirigeants européens et conduit peu à peu à la situation de tension que nous connaissons actuellement. Le caractère inadapté de l'actuelle politique migratoire européenne est particulièrement bien illustrée par la variabilité de l'appréciation des situations conduite par chaque pays.

### 3. Des critères d'interprétation des faits qui varient d'un État à l'autre

Un des derniers critères reflétant le caractère inadapté des normes européennes en matière de politique migratoire est sans nul doute la variabilité de l'appréciation des faits dont jouit chaque État en la matière, à savoir les critères en vertu desquels ils octroient ou non un titre de séjour, ce qui est là encore source d'hétérogénéité. La norme juridique en devient précaire et ce car son interprétation dépend de l'appréciation des autorités politiques de chaque État-membre<sup>107</sup>. Cette variabilité est la conséquence directe de l'absence de consensus à l'échelle européenne mais également de la marge de manœuvre laissée aux États-membres quant à l'intégration des exigences européennes dans leur appareil étatique. En matière de politique migratoire – et au contraire de la politique de protection des réfugiés, les États ne sont pas contraints d'accepter une demande de titre de séjour fondée en faits et en droit. Une demande de titre de séjour pour cause de travail par exemple ou alors pour motif étudiantin peut très bien être refusé par l'État qui est maître des entrées sur son territoire. Les États doivent certes respecter le cadre juridique de l'Union européenne, mais ces derniers restent totalement libres quant au nombre et aux critères d'octroi des titres de séjour. Les États-membres sont liés par leurs normes internes et disposent d'une latitude importante quant à l'appréciation des faits.

---

<sup>107</sup> Voir sur ce point Introduction générale in Patrick Dollat, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Collection Intégral Concours, Sirey, 2010.



Cette variabilité d'appréciation propre à chaque État-membre s'exprime pleinement sur le plan de l'office des juges nationaux, aussi bien sur le plan de la jurisprudence interne que sur celui de leur réception des jurisprudences européennes. Là se situe la distinction fondamentale entre la politique migratoire et la politique d'asile et de protection des réfugiés : si les conditions à l'obtention du statut de réfugié sont remplies, l'État est contraint d'accueillir le demandeur d'asile ; ce à quoi il ne sera jamais contraint par le droit européen et international en matière de politique migratoire. Aussi, cette variabilité d'appréciation dépend directement des politiques conduites dans chaque État-membre. C'est ainsi par exemple que l'Allemagne est le premier pays européen en matière d'accueil des migrants avec 10,5 millions de non-nationaux en 2016, la Chancelière allemande Angela Merkel étant par ailleurs largement critiquée pour sa politique en la matière. À l'opposé, des pays du sud soumis à une pression migratoire forte du fait de leur positionnement sur le bassin méditerranéen ont infléchi leur politique afin de réduire les entrées sur leur territoire. À titre d'exemple, entre 2014 et 2017 le ministre de l'Intérieur italien M. Minniti a adopté de nombreuses politiques restrictives, ayant eu pour conséquence de rediriger le flux migratoire vers l'Espagne<sup>108</sup>. C'est ainsi que si le droit n'est que l'encadrement juridique de problèmes sociétaux et politiques, cette mésentente sur le plan politique explique certainement cette incapacité de la norme juridique à s'organiser en un corpus efficace de normes.

## II. Les normes issues du droit interne

Les normes de droit interne sont, depuis l'eupéanisation de la politique migratoire et du droit des étrangers *in extenso*, soumises à des contraintes de respect des exigences européennes, ces dernières posant un cadre contraignant qu'il convient pour les États membres de respecter. Ainsi, bien que plusieurs grandes lignes de la politique soient induites au niveau européen, le droit interne de chaque État membre conserve certaines spécificités et ce car, bien que réduite, les États membres disposent tout de même d'une marge de manœuvre importante dans l'application des normes européennes en matière de politique migratoire. Au regard de l'objet de notre étude, il convient d'étudier plus particulièrement l'état des normes de droit interne français.

---

<sup>108</sup> Voir sur ce point l'étude publiée par l'Ifri « *Les politiques migratoires en France, en Italie et en Espagne. Un système complexe d'interdépendances internes et régionales* », Juin 2020.

La France entretient une relation particulière avec sa politique migratoire : elle « *est traditionnellement un pays d'immigration* »<sup>109</sup> et celle-ci a toujours beaucoup légiféré dans le domaine de sa politique migratoire. Son histoire lie la France à l'immigration, ne serait-ce que par les nombreux travailleurs immigrés de Pologne, d'Italie ou de pays d'Afrique du Nord ayant franchi ses frontières pour venir y travailler. En la matière, une véritable pratique administrative de contrôle des étrangers s'est développée sous la deuxième République, notamment sur le plan de la répression et de l'expulsion. Certaines lois datant du XIX<sup>ème</sup> siècle réglementaient déjà l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire, mais ce n'est véritablement qu'avec la mise en place de la carte d'identité d'étranger, établie au cours de la Première Guerre Mondiale, que s'est esquissée la logique que l'on connaît aujourd'hui. Les politiques et la législation française en matière de politique migratoire ont toujours largement dépendu du contexte économique du pays. Si une brève réglementation est née à la suite des décret-lois du 2 mai 1938, c'est l'ordonnance en date du 2 novembre 1945 qui a véritablement servi de cadre à la politique migratoire française. Par la suite et en raison des difficultés économiques que traversera la France, la politique migratoire française fut teintée d'un caractère répressif prégnant, en témoigne par exemple les lois Bonnet en date du 10 janvier 1980 qui généralisera largement les pratiques de refoulement des étrangers. C'est face à l'avènement et à la construction progressive des normes européennes en matière de politique migratoire que la politique d'immigration française se stabilisa peu à peu, les pouvoirs publics français devant respecter un cadre juridique à valeur supra-législative. Ainsi, il convient d'observer dans un premier temps le processus d'intégration du droit européen dont témoignent les normes de droit interne françaises (A), ainsi que de dresser un tableau non-exhaustif des diverses règles actuellement en vigueur en matière de politique migratoire française (B).

#### A. L'intégration du droit européen en droit interne français

Comme indiqué précédemment, le droit interne de chacun des États membres de l'Union se doit de respecter les normes issues de l'activité législative européenne. Aussi, il se doit d'intégrer dans son appareil de droit interne les normes européennes. Ce processus d'intégration va nécessairement varier en fonction de la nature de la norme européenne en question. Par exemple, si le règlement doit être intégré en l'état dans le corpus de normes internes, la directive laisse une liberté plus au moins large à l'État sur la manière dont il transposerait ladite directive.

---

<sup>109</sup> F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S.B. Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op.cit.*, p. 236.

Ainsi, toute directive adoptée par l'Union européenne, dans le cadre de ses compétences, en matière de politique migratoire fera l'objet d'un acte de transposition dans chaque ordre interne des États membres. Ce fut le cas par exemple pour la directive 2002/90/CE citée ci-dessus, cette dernière fit l'objet en France d'une transposition par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité<sup>110</sup>. Si ce processus est applicable à chacune des normes adoptées par l'Union européenne en matière de politique migratoire, il convient également d'observer la singularité des normes de droit interne relatives à cette politique.

## B. La diversité des normes de droit interne

Il convient d'observer l'état des normes applicables à la politique migratoire française et issues strictement de son ordre interne. Le droit français des étrangers est, depuis l'ordonnance de 1945, régit par le CESEDA. Ce code traite de manière transversale aussi bien la question de l'entrée, du séjour et de l'octroi d'un titre de séjour, que de la sortie du territoire et de la situation irrégulière de l'étranger. Le droit national des étrangers est construit sur la base de normes constitutionnelles, légales ou réglementaires et soumises au contrôle du juge administratif. Si le corpus de normes nationales applicables au contentieux des étrangers est lui aussi très hétérogène, il convient d'adopter une approche classique fondée sur la hiérarchie des normes. Ainsi, observerons-nous dans un premier temps les normes constitutionnelles applicables en la matière (1). Nous relèverons ensuite les limites du partage des compétences entre le domaine législatif et réglementaire (2).

### 1. Les normes constitutionnelles

Les normes constitutionnelles françaises concernent plus généralement la question du droit d'asile, en témoigne l'article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, elles visent également au statut de l'étranger *in extenso*. Le Conseil constitutionnel a par exemple eu l'occasion de reconnaître l'application encadrée du principe d'égalité aux étrangers, c'est ce dont il ressort de la décision *Conseil constitutionnel, 22 janvier 1990, DC n°89-269*<sup>111</sup>. De la même manière,

---

<sup>110</sup> Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003 <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000005702743/2020-04-26/>

<sup>111</sup> Cons. const., 22 janvier 1990, n° 89-269 DC, Journal officiel du 24 janvier 1990.

dans la décision *Conseil constitutionnel, 13 août 1993, DC n°93-325*<sup>112</sup>, les juges du Conseil constitutionnel considèrent que le législateur français se doit dans l'exercice de ses fonctions de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus aux étrangers. Si ces normes semblent être relativement protectrices de la situation de l'étranger en France, il nous faut également observer l'état des normes législatives et réglementaires.

## 2. Les limites du partage entre le domaine législatif et réglementaire

Comme précisé ci-dessus, si les pouvoirs publics français, et notamment le législateur, exercent leur compétences dans le respect du droit de l'Union en matière de gestion et d'élaboration de la politique migratoire, les normes législatives et réglementaires restent importantes dans le cadre du contentieux des étrangers notamment parce qu'elles sont celles sur lesquelles se fondent directement les actes administratifs pris par les autorités en matière de politique migratoire ; et donc celles contre lesquelles les requêtes sont orientées et que le juge administratif est amené à contrôler. La codification de ce droit complexe n'a pas rendu son application et sa mise en œuvre plus aisées. Les grandes règles applicables en la matière sont ainsi précisées largement par le CESEDA, notamment par des lois récentes ayant une grande importance en la matière. Nous retrouvons par exemple la loi du 26 novembre 2003 adoptée sous la présidence de Nicolas Sarkozy, beaucoup commentée en ce qu'elle opéra une refonte de l'ordonnance de 1945 en durcissant les règles applicables en la matière. Cette loi a ainsi opéré une codification et a autorisé au gouvernement à agir par voie d'ordonnance pour ce faire. Nous retrouvons dans cette même logique la loi du 24 juillet 2006<sup>113</sup> ou encore la loi du 20 novembre 2007<sup>114</sup>. On retrouve enfin la loi Besson du 16 juin 2011<sup>115</sup>. Si ces quatre dernières lois avaient une essence largement sécuritaire et plutôt répressive, la loi du 7 mars 2016<sup>116</sup> fut adoptée avec comme objectif principal de permettre un meilleur accueil, une meilleure intégration des étrangers mais aussi la mise en place de dispositifs repensés afin de lutter contre l'immigration illégale. Plus récemment encore fut adoptée le 10 septembre 2018 la loi dite

---

<sup>112</sup> Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, Journal officiel du 13 août 1993.

<sup>113</sup> Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n°170 du 25 juillet 2006.

<sup>114</sup> Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JORF n° 270 du 21 novembre 2007.

<sup>115</sup> Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JORF n°0139 du 17 juin 2011.

<sup>116</sup> Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, JORF n°0057 du 8 mars 2016.

Collomb<sup>117</sup>. Si là aussi un volet répressif est à relever notamment en termes de prolongement des mesures de rétention administrative, des propositions sont faites sur le plan de l'intégration. Nous reviendrons sur le caractère parfois lacunaire de ces législations, qui, si elles sont nombreuses, ne résolvent que rarement les problèmes structurels en matière de politique migratoire. Enfin, une nouvelle version du CESEDA, recodifiée à droit constant, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2021<sup>118</sup>.

En sus de ce rappel relatif à l'évolution législative française en matière de politique migratoire, il convient de faire un rapide tour d'horizon des dispositions de droit interne les plus fréquemment utilisées lors de contentieux opposant les requérants à l'administration. Ces dispositions sont principalement issues du CESEDA et peuvent se distinguer en 3 grandes catégories : celles relatives à l'entrée sur le territoire, celles relatives au séjour et enfin celles relatives à la sortie du territoire. Il convient d'observer les grandes lignes des dispositions applicables à l'étranger en situation irrégulière. Concernant tout d'abord l'entrée sur le territoire, afin qu'un étranger puisse entrer légalement sur le territoire français, ce dernier doit disposer d'un titre de séjour. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article L. 311-1 (ex. art. L.211-1) du CESEDA, ce dernier répondant alors aux exigences européennes. Ainsi, il existe différents types de visas prévus par le code que l'on peut distinguer en deux catégories : les visas de court et de long séjour. Les visas de court séjour sont ceux que l'on appelle visas Schengen. Si les normes applicables au visa Schengen sont donc encadrées par le droit de l'Union, les visas long séjour relèvent strictement des règles internes. Ainsi, les visas de long séjour concernent la situation d'un étranger séjournant sur le territoire français pour plus de 3 mois. Ils peuvent concerner les hypothèses suivantes, dont les plus courantes sont le travail, les études ou le regroupement familial. L'Office français de l'immigration et de l'intégration (ci-après « OFII ») sera compétent pour un certain nombre de formalités administratives. Mais il n'existe aucun droit à l'obtention d'un visa et les autorités françaises sont libres, sous réserve de motivation de l'acte administratif, de refuser l'octroi d'un titre de séjour. En outre, en matière d'entrée sur le territoire français, la gestion des frontières extérieures à l'Union peut justifier le maintien d'un étranger en zone d'attente, notamment dans l'hypothèse où celui-ci se voit opposer un refus d'entrée. Il est intéressant de remarquer qu'il s'agit bien d'un individu

---

<sup>117</sup> Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n°0209 du 11 septembre 2018.

<sup>118</sup> Voir sur ce point l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Une nouvelle version du code est entrée en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> mai 2021.

traversant les frontières de manière conventionnelle, différente de celle des étrangers qui franchissent les frontières de manière illégale, en contournant les voies légales de franchissement de la frontière.

Concernant le séjour de l'étranger, l'article L. 411-1 (ex. art. L.311-1) du CESEDA dispose que tout étranger souhaitant résider sur le territoire français pour une durée supérieure à trois mois doit disposer d'une carte de séjour. L'étranger peut alors se voir attribuer différents types de titre de séjour comme par exemple une carte de séjour temporaire, une autorisation provisoire de séjour ou encore une carte de résident qui elle est valable dix ans. Plusieurs conditions devront alors être remplies, concernant la durée de résidence, les attaches ou l'intégration en France etc... L'étranger se voit octroyer son titre de séjour par l'autorité préfectorale. Là encore l'appréciation revient à l'autorité préfectorale qui peut sur motivation refuser l'octroi dudit titre. Le titre de séjour peut faire l'objet de renouvellement conformément aux dispositions de l'article L. 411-3 (ex. art. L.314-1) du CESEDA. Dans certains cas, un retrait du titre de séjour peut être opéré en cas de violation par l'individu des dispositions législatives françaises, comme par exemple pour cause de polygamie, d'excision ou encore de certaines infractions comme par exemple le trafic de drogue etc...

Enfin, des dispositions particulières sont prévues pour la situation de l'étranger en situation irrégulière. La lutte contre l'immigration clandestine est l'un des objectifs assignés à l'Union par les traités, mais cela n'empêche pas que le droit interne français prévoit toute une série de normes applicables en l'espèce. En effet, « *la pénalisation du droit des étrangers est un trait marquant de son évolution* »<sup>119</sup>. Ainsi, le CESEDA prévoit en son article L. 821-1 (ex. art. L. 621-2) que tout étranger ayant pénétré en France sans se conformer aux obligations légales constitue un délit. S'il existe des politiques de régularisation de ces situations, nous aurons l'occasion d'observer dans la partie suivante que l'absence d'exécution des décisions administratives relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et plus particulièrement en matière d'exclusion, d'expulsion ou de reconduite à la frontière constitue l'un des enjeux majeurs du contentieux des étrangers. C'est ainsi que si les normes législatives sont nombreuses et fécondes en matière de contentieux des étrangers, les normes réglementaires y jouent également un rôle déterminant. Plus encore, il semblerait que le législateur multiplie

---

<sup>119</sup> F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S.B. Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., p. 442.

régulièrement les renvois au domaine réglementaire ce qui participe à compliquer plus encore la mise en œuvre de ce droit déjà complexe.

En matière migratoire, les normes législatives procèdent à beaucoup de renvois au domaine réglementaire, ce qui souvent est très critiqué. En effet, du point de vue du partage des compétences entre le pouvoir législatif et exécutif, la compétence de principe revient au législateur, compétence découlant de la lettre de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 34 de la Constitution. À ce titre, rappelons que le contentieux des étrangers met en œuvre des questions relatives à la liberté individuelle telle que mentionnée par l'article 66 de la Constitution<sup>120</sup> mais également des enjeux relatifs aux libertés publiques au sens large puisque des textes législatifs français garantissent des droits aux étrangers. Si l'activité légistique est donc féconde en matière de contentieux des étrangers, la réalité est que bien souvent un décret d'application est nécessaire à la mise en œuvre de la norme. C'est ainsi que l'on présente souvent la politique migratoire comme étant l'un des domaines où la place du règlement est la plus grande et donc, la plus controversée. Cela contribue largement au processus de fragmentation de la matière, participant à la rendre de moins en moins intelligible et ce car nous pourrions penser que la mise en œuvre des normes réglementaires conduit à altérer le texte. A titre d'exemple, certaines circulaires ont un impact quotidien sur la pratique de ce contentieux et ce bien qu'elles se situent en dehors de la hiérarchie des normes. Tel est le cas de la circulaire du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dite circulaire « Valls », cette dernière étant invoquée régulièrement dans le cadre des contentieux relatifs à l'admission exceptionnelle au séjour. Nous aurions pu penser que le processus de codification dont a fait l'objet le contentieux des étrangers du fait de l'entrée en vigueur du CESEDA en 2004 fut une avancée, mais cela semble ne pas être le cas en pratique ; et ce notamment car le CESEDA comporte énormément de renvois aux dispositions réglementaires, ces dernières étant cependant intégrées au sein du code. Aussi, notons que bien qu'elles se situent en dehors de la hiérarchie des normes car constituant un acte interne à l'administration, le recours à cette pratique fait également débat en matière de contentieux des étrangers et ce car un contentieux important les concerne, comme le rappelle le manuel de Droit de la nationalité et des étrangers des Professeurs Jault-Seseke et

---

<sup>120</sup> La notion de liberté individuelle renvoie au droit dont dispose chaque individu d'agir comme il l'entend sans qu'une mesure de privation de liberté soit prononcée à son encontre.

Corneloup<sup>121</sup>. Notons enfin que la question de la politique migratoire abordée du point de vue des États membres révèle toujours une certaine subjectivité. En effet, l'exécutif entend nécessairement impulser une politique migratoire dans l'intérêt de son État, ceci expliquant les nombreuses politiques migratoires restrictives, dont témoignent les récentes annonces de l'actuel ministre de l'intérieur Gérard Darmanin<sup>122</sup>. Ceci nous rappelle que le droit des étrangers est avant tout un « *droit politique* »<sup>123</sup>.

Ainsi, nous constatons que les normes internes tiennent une place importante en matière de politique migratoire, tout comme elles s'inscrivent systématiquement dans le cadre exigé par les normes européennes en application des principes relatifs au partage de compétence. Néanmoins, si le corpus de normes applicables au contentieux des étrangers relève essentiellement des normes du droit de l'Union européenne et du droit interne, force est de constater que des sources internationales influencent aussi l'état de l'actuelle politique migratoire.

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 285-288.

<sup>122</sup> « Gérard Darmanin communique des chiffres sur la radicalisation au sein de l'immigration irrégulière », *Le Monde.fr*, 13 octobre 2020, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/10/13/gerald-darmanin-communique-des-chiffres-sur-la-radicalisation-au-sein-de-l-immigration-irreguliere\\_6055886\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/10/13/gerald-darmanin-communique-des-chiffres-sur-la-radicalisation-au-sein-de-l-immigration-irreguliere_6055886_823448.html)

<sup>123</sup> X. Vandendriessche, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile commenté et annoté*, Code administratif, Dalloz, 2012.



## *Sous-titre II. L'influence des autres sources internationales et européennes en matière de politique migratoire*

Outre les accords bilatéraux signés entre les États et les pays tiers, tels que l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968<sup>124</sup> ou l'accord franco-malien du 26 septembre 1994<sup>125</sup>, deux autres types de normes influencent également la politique migratoire : les normes issues du Conseil de l'Europe (chapitre I), et les normes issues de l'Organisation des Nations Unies (ONU) (chapitre II).

### *Chapitre I. Les sources issues du Conseil de l'Europe*

Organisation intergouvernementale de 830 millions de citoyens et 47 États membres, le Conseil de l'Europe est une organisation visant à promouvoir et défendre les Droits de l'Homme, la démocratie et l'état de Droit. Ainsi, il diffère quelque peu de l'Union européenne en ce que si l'Union s'est vue attribuée sa fonction politique plus tard dans son processus de construction, il s'agit concernant le Conseil de l'Europe de sa principale attribution. Créé en 1949 par le traité de Londres<sup>126</sup>, la nature du contentieux des étrangers implique que les normes développées par le Conseil de l'Europe aient un écho tout particulier en la matière. Si nous aurons l'occasion de revenir plus amplement sur ses implications déterminantes sur le plan de la politique d'asile et de protection des réfugiés, son influence reste tout de même importante en matière d'immigration notamment sur le plan des libertés fondamentales. Ainsi, deux catégories de normes issues du Conseil de l'Europe influencent le statut de l'étranger : la plus importante, la CEDH, quelques protocoles additionnels, mais aussi d'autres normes comme la Charte sociale européenne.

---

<sup>124</sup> Le décret n°69-243 du 18 mars 1969 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Démocratique et populaire algérienne, relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles, complété par un protocole, deux échanges de lettres et une annexe signé à Alger le 27 décembre 1968 a porté publication dudit accord au Journal officiel du 22 mars 1969, JORF du 22 mars 1968, 101<sup>ème</sup> année – n°69. Le décret n°2002-1500 du 20 décembre 2002, JORF n°0300 du 26 décembre 2002 a récemment complété ledit accord.

<sup>125</sup> Le décret n°96-1088 du 9 décembre 1996 portant publication de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Mali sur la circulation et le séjour des personnes (ensemble deux échanges de lettres), signé à Bamako le 26 septembre 1995 a porté publication dudit accord au Journal officiel du 15 décembre 1996, JORF n°0291.

<sup>126</sup> Statut du Conseil de l'Europe (5 mai 1949) — version consolidée, p. 30.

Notons que la CEDH ne fait que très rarement directement référence aux étrangers dans leur globalité. La seule mention explicite y étant faite est celle de l'article 5, 1, f). Article portant sur le droit à la liberté et à la sûreté, ce dernier fait mention de la situation d'une personne tentant d'entrer irrégulièrement sur le territoire d'un État et permet à ce dernier de restreindre la liberté des étrangers dans le cadre d'une politique d'immigration, mais devant s'inscrire toujours dans le cadre de la protection des libertés des individus prévues par la Convention<sup>127</sup> et <sup>128</sup>. Est aussi fait mention au statut de l'étranger à l'article 16 du même traité. Intitulé « *Restrictions à l'activité politique des étrangers* » cet article prévoit que les dispositions de la CEDH consacrant la liberté d'expression et d'association ainsi que l'interdiction des discriminations n'impliquent pas pour autant une interdiction faite aux États membres de limiter l'activité politique des étrangers sur leur territoire. Sont visées des hypothèses où lesdites activités peuvent porter atteinte à l'ordre public et à la sécurité de l'État. Des protocoles additionnels traitent également de la question des étrangers. Par exemple, le protocole n°4 adopté le 16 septembre 1963 à Strasbourg prévoit en son article 4 une interdiction des expulsions collectives d'étrangers. Le protocole n°7 en date de 1984 prévoit aussi en son article 1<sup>er</sup> des garanties procédurales aux étrangers en cas d'expulsion. Nous constatons ainsi que la CEDH consacre certains droits et garanties aux étrangers, bien que nous puissions les considérer comme restreints. Aussi, l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH est parfois restreint par la jurisprudence de la Cour EDH qui a eu l'occasion de considérer que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil, ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 §1* »<sup>129</sup>, restreignant *de jure* l'applicabilité de l'article 6. Cependant, celles-ci restent soumises aux dispositions de l'article 13 de la CEDH relatif au droit à un recours effectif<sup>130</sup>. Certains articles de la Convention sont plus souvent évoqués que d'autres, comme par exemple l'article 8 concernant le droit au respect à la vie privée et familiale etc... Nous aurons l'occasion de revenir sur ces dispositions lors de l'étude des politiques d'asile où l'influence de la Convention est plus grande encore. Notons qu'il existe en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne une coopération importante entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, cette dernière n'hésitant pas à se référer explicitement aux dispositions de la CEDH ce qui renforce son influence en la matière.

---

<sup>127</sup> Cour EDH, 1<sup>er</sup> septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12.

<sup>128</sup> Cour EDH, 11 juillet 2006, *Saadi c. Royaume-Uni*, n°13229/03.

<sup>129</sup> Cour EDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98.

<sup>130</sup> Voir notamment sur ce point la jurisprudence Cour EDH, 5 février 2002, *Conka contre Belgique*, n°51564/99.

D'autres sources issues du Conseil de l'Europe peuvent avoir une influence en matière de politique migratoire, c'est le cas de la Charte sociale européenne en date de 1961. Ce texte s'applique en effet aux étrangers résidant ou travaillant sur le territoire d'un État membre à la Convention. C'est ainsi que certaines de ses dispositions garantissent des droits aux étrangers, tel est le cas de l'article 19 qui garantit le droit au regroupement familial et à la protection et l'assistance. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a en outre étendu l'application de certaines dispositions de la Convention considérant qu'il s'agissait là de droits afférents à la dignité humaine. Les textes applicables à la politique migratoire sont donc nombreux étant issus du corpus normatif du Conseil de l'Europe, ceux issus de l'activité normative de l'ONU le sont également.

## *Chapitre II. Les sources issues de l'Organisation des Nations Unies*

Comme nous l'avons fait remarquer pour les normes issues du Conseil de l'Europe, les normes issues de l'activité normative de l'ONU ont une influence plus importante en matière de droit d'asile. Pourtant, certaines dispositions onusiennes ont un impact important sur le droit des étrangers *in extenso*. C'est le cas pour les grands textes onusiens, mais aussi pour d'autres dispositions moins connues ainsi que pour quelques conventions bilatérales signées par l'organisation dans le but de promouvoir une protection à l'échelle internationale des personnes migrantes.

Le premier texte dont il nous faut faire mention est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966<sup>131</sup>. Ce texte garanti en effet des droits aux personnes immigrantes, et ce car il oblige notamment les États partis à garantir à tous les individus présents sur son territoire les droits qu'il proclame, ce qui s'apparente finalement à une question d'égalité de traitement. Si les États ont ratifié souverainement les traités, la ratification pour un État d'une disposition de droit international est toujours synonyme de concessions. C'est ainsi que les États parties doivent respecter les dispositions issues des traités lors de leur activité en matière de politique migratoire, et ce en application du principe de droit international public *pacta sunt servanda*. Aussi, son article 13 prévoit des dispositions applicables à l'étranger qui serait

---

<sup>131</sup> HCDH | Pacte international relatif aux droits civils et politiques, <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

victime d'une procédure d'expulsion, ainsi que son article 26 prévoit plus largement le principe d'égalité de traitement. L'article 13 est le seul article du traité à faire mention explicitement de la notion d'étranger. De la même manière, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966<sup>132</sup> s'applique également à la situation des étrangers notamment sur certains droits fondamentaux comme c'est le cas de la santé. D'autres normes onusiennes trouvent également un écho en droit des étrangers, comme c'est le cas de la convention de New York sur les droits de l'enfant de 1990<sup>133</sup>.

Bien que la Convention de Genève de 1951 soit très souvent citée en matière de contentieux des étrangers, c'est surtout le cas en matière de politique d'asile et du réfugié. Sur la question de la politique migratoire, d'autres normes peuvent avoir une influence, certes minime. C'est le cas par exemple de la peu connue convention des Nations Unies sur la protection de tous les travailleurs migrants et de leurs familles en date de 1990<sup>134</sup>. Sa portée limitée est certainement due au fait que les États membres de l'Union européenne ne l'ont pas ratifiée, celle-ci ayant une portée plus importante dans les pays sud-américains et africains. Enfin, notons que l'ONU fut la signataire ou instigatrice de nombreuses conventions applicables en matière de politique migratoire, c'est le cas par exemple de la convention n°118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale en date de 1962.

Nous constatons ainsi que très nombreuses sont les normes entrant en œuvre dans la construction du corpus normatif applicable à la politique migratoire. Le statut et les droits dont bénéficie un étranger à son arrivée sur le territoire français se révèle être l'enchevêtrement de toute une série de normes européennes, internes, et internationales. Nous aurons l'occasion de voir que l'hétérogénéité des normes constituant la politique migratoire influence grandement son contentieux. Aussi, le second pan du contentieux des étrangers est-il celui de la politique d'asile et de protection des réfugiés. Si sa construction est plus grandement régie par les dispositions internationales qui en a posé les jalons, son architecture relève également d'une grande influence européenne.

---

<sup>132</sup> HCDH | Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>133</sup> Décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, JORF n°0237 du 12 octobre 1990.

<sup>134</sup> HCDH | Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants, <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

## **Titre II. La politique d'asile et la protection des réfugiés : une obligation faite aux États membres**

La politique d'asile et de protection des réfugiés est le second pan majeur du contentieux des étrangers. Si l'étude que nous venons de dresser au sujet des normes applicables en matière de politique migratoire nous a permis de démontrer que celle-ci étaient établies en vertu d'un principe de partage de compétence entre l'Union européenne et ses États membres, l'élaboration des normes applicables à la politique d'asile et à la protection des réfugiés diffère quelque peu. En effet, si nous retrouvons ce triptyque de normes issues respectivement du droit international, de l'Union européenne et des normes internes ; force est de constater que la construction du corpus normatif de la politique d'asile relève d'une plus grande coopération entre les normes européennes et internationales dans la mesure où des textes déterminants, tels que la Convention de Genève de 1951 à l'échelle du droit international et la Convention de Dublin à l'échelle européenne, participent activement et de concert à créer un cadre normatif contraignant applicable aux États membres en matière d'asile. À ce titre, l'octroi de l'asile à un demandeur (si celui-ci remplit bien les critères exigés) demeure une obligation faite aux États-membres, ce qui distingue la politique d'asile et de protection des réfugiés de la politique migratoire *stricto sensu*. Si en matière de politique migratoire les normes internationales, bien que présentes, jouent un rôle plus subsidiaire, ce n'est pas le cas en matière d'asile où elles furent un véritable moteur de la construction des droits y afférents. Pourtant, les normes européennes régissent également un pan de ce champ du contentieux des étrangers et l'objectif lui étant assigné en termes de développement d'une politique d'asile et d'immigration commune joue un rôle majeur sur l'élaboration de la politique d'asile. Enfin, les normes internes sont, contrairement à la politique migratoire où les États peuvent comme nous l'avons vu disposer d'une certaine souveraineté notamment en termes de quotas etc..., plus largement contraintes par le respect des minimas en termes de libertés fondamentales, élaborées aussi bien sur le plan international qu'euro-péen.

Avant de dresser, comme nous l'avons fait en matière de politique migratoire, le tableau du cadre normatif applicable en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés, il s'agit de donner quelques éléments définitionnels de ces termes. Nous avons eu l'occasion de rappeler dans la partie précédente que les politiques migratoires et d'asile se confondent souvent. En effet, au contraire de la politique migratoire qui vise à traiter de la question des normes

applicables au déplacement des étrangers sur le territoire d'un État ; ce que l'on appelle souvent le droit d'asile et de protection des réfugiés ou encore le droit de l'asile concerne l'ensemble des normes juridiques visant à accorder la protection à une personne qui fuit un lieu ou un territoire où elle est poursuivie ou menacée<sup>135</sup>. En matière d'asile, une distinction fondamentale doit être faite entre les différents régimes d'asile existant. Il existe tout d'abord l'asile conventionnel issu des dispositions de la Convention de Genève de 1951 en vertu desquelles le statut de réfugié sera accordé à un demandeur d'asile si ce dernier remplit les exigences du traité. Il existe ensuite l'asile constitutionnel en vertu duquel le statut de réfugié peut être accordé à tout individu en disposition de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Enfin, l'asile territorial est un régime issu de la loi du 11 mai 1998 en vertu duquel l'asile peut être accordé à un individu par le ministre de l'Intérieur après consultation du ministère des Affaires Étrangères dans la mesure où ce dernier établit que sa vie ou sa liberté sont menacées dans son pays d'origine conformément aux dispositions de l'article 3 de la CEDH. Il existe encore d'autres régimes d'asile comme l'asile extraterritorial ou encore l'asile diplomatique, mais les premiers sont les plus souvent évoqués.

Le droit d'asile répond à toute une série d'éléments définitionnels dégagés par les normes internationales et européennes. Aussi, l'asile est une notion singulière ouvrant droit à un statut particulier et qui ne doit surtout pas être confondue avec celle de migrant ou d'étranger *in extenso*. Il convient ainsi de revenir sur quelques notions terminologiques essentielles en la matière en raison de la diversité sémantique s'y appliquant. Si un demandeur d'asile est un étranger et un migrant, l'inverse n'est pas vrai. Il convient par ailleurs de différencier la notion de demandeur d'asile et de réfugié. Un demandeur d'asile ne peut bénéficier du statut de réfugié que si sa demande a obtenu une réponse favorable de la part des autorités étatiques. Aussi, l'individu doit pour cela répondre à toute une série de critères définis précisément dans les conventions internationales et reprises ou précisées par le droit européen et national. A l'échelle internationale, c'est la Convention de Genève en date du 28 juillet 1951<sup>136</sup> qui donne le cadre d'application du statut de réfugié. Ainsi, trois conditions cumulatives sont à remplir : la crainte de subir une persécution, se trouver en dehors du territoire dont on a la nationalité ou la résidence, l'individu ne peut ou ne veut pas retourner dans l'État dont il est issu en raison d'une crainte pour sa sécurité. Le péril fuit par l'individu peut alors prendre plusieurs formes par exemple les guerres ou encore les persécutions basées sur des critères de race ou d'orientation

---

<sup>135</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant, op. cit.*, p.87.

<sup>136</sup> Convention de Genève du 28 juillet 1951, p. 8.

sexuelle, politique etc... L'article L. 511-1 (ex. art. L 711-1) du CESEDA reprend ces dispositions en les intégrant à l'appareil de droit interne. La reconnaissance de la qualité de réfugié donne alors lieu à l'octroi de toute une série de droits et d'obligations.

Nous constatons donc qu'il s'agit d'un droit spécifique de par sa finalité qui est d'octroyer un statut protecteur à des individus persécutés. Pourtant, ce dernier est traité la plupart du temps comme une branche du droit des étrangers et relève du CESEDA comme les dispositions applicables à la politique migratoire. Il s'agit également d'une matière particulièrement difficile pour les pouvoirs publics car très médiatisée et certainement plus connue par le grand public que les dispositions de la politique migratoire. C'est un droit épineux car nécessitant un équilibre fragile entre la souveraineté des États quant au contrôle de leur territoire et de leur population et ce droit subjectif accordé aux individus qu'est le droit d'asile. Il convient alors de dresser le tableau de l'actuel corpus normatif en œuvre quant à la politique d'asile et de protection des réfugiés. Si les normes internationales sont extrêmement influentes en matière de droit d'asile et de protection des réfugiés (sous-titre I), les normes européennes encadrent également largement la matière (sous-titre II). Le droit interne français a intégré ces exigences au sein de son ordre juridique interne (sous-titre III).

## ***Sous-titre I. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés***

La notion d'asile vient du latin *asylum* signifiant « *refuge* ». L'asile était initialement une notion religieuse en ce que c'était l'Église qui accordait l'asile à des individus désireux de se soustraire à la justice de l'État. L'asile s'est ensuite peu à peu politisé, ce qui explique que de nos jours nous entendons souvent parler d'asile politique. La construction du corpus applicable en matière d'asile a été largement accéléré par les deux grands conflits mondiaux du XX<sup>ème</sup> siècle : le développement massif de personnes nécessitant une protection car fuyant la guerre a imposé de pouvoir trouver une réponse à l'échelle internationale à ces demandes massives d'asile dans le monde. Ce fut dans un premier temps la Société des Nations, qui par le biais d'une convention d'octobre 1933 tenta de répondre à cet enjeu de taille. Si ses résultats ne furent que peu concluants, il fallut attendre 1951 pour que le plus grand texte applicable en la matière, la Convention de Genève de 1951, soit adopté. Toujours en vigueur aujourd'hui, c'est le texte de référence en matière d'asile.

Notons que la Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après « DUDH ») en date du 10 décembre 1948 a également un écho en matière de politique d'asile. Comme tout texte international a portée déclarative, les États ne sont pas liés juridiquement. Cependant, ce texte prévoit tout de même quelques dispositions relatives à l'asile, la Convention de Genève ayant également renforcé la portée de ses dispositions en la matière. Cette dernière vise alors à proclamer toute une série de droits fondamentaux applicables à tout individu. C'est ainsi que la DUDH du 10 décembre 1948 proclame en son article 14 que « *1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. 2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.* »<sup>137</sup>. Nous constatons que l'essence du statut d'asile était déjà en germe au sein des négociations à l'échelle internationale. Pourtant, il faudra attendre 1951 et la Convention de Genève pour véritablement pérenniser les règles applicables à la politique d'asile. Les conventions et normes adoptées du fait de l'activité de l'ONU en matière d'asile sont extrêmement féconde, notamment en raison du travail opéré par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après

---

<sup>137</sup> Article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.



« HCR »), la Convention de Genève précitée demeure le texte de référence en matière de corpus applicable à la politique d'asile et de protection des réfugiés.

La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés est souvent considérée comme étant un « *code universel des droits fondamentaux du réfugié politique* ». Notons que la notion d'asile n'était pas présente *ab initio* dans la convention, cette dernière fut complétée par un protocole adopté à New York en 1967 et ce dernier mettra fin à certaines restrictions au champ d'application de la convention élaborée dans un contexte particulier et visant certaines populations en particulier, notamment les arméniens. La Convention de Genève vise principalement à définir le statut de réfugié, ce qui était une avancée considérable en la matière dans les années 1950. Ainsi, c'est en son article premier que la convention vise la définition du statut de réfugié. D'autres dispositions de la convention sont particulièrement essentielles à la matière, c'est le cas de l'article 32 qui prévoit le fameux principe de non-refoulement ; principe contraignant les États à ne pas pouvoir refouler de leur territoire quiconque nécessitant une protection internationale. Notons que cette convention a une portée générale, mais que certaines normes particulières prévoient des régimes spécifiques comme c'est le cas par exemple pour les réfugiés palestiniens ; l'actualité nous faisant régulièrement écho des besoins particuliers de cette population<sup>138</sup>. Par exemple, a été créé en 1949 une entité *sui generis* de l'ONU nommée l'Office de secours et de travaux des Nations unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient visant à apporter une aide ciblée aux populations concernées. Notons que l'UNHRC, qui est un organe de l'ONU institué par une Assemblée Générale en date de 1951, participe à définir les grandes impulsions de la politique d'asile onusienne et vérifie les conditions d'éligibilité au statut de réfugié. Son mandat est régulièrement renouvelé et étendu.

Enfin, la reconnaissance de la qualité de réfugié octroie en application de la convention toute une série de droits. L'article 2 de la convention dispose cependant que le réfugié supporte également toute une série de devoirs, corollaires à son statut impliquant notamment l'obligation de se conformer aux lois et règlements du pays d'accueil ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre public. Par exemple, l'article 14 de la convention prévoit des droits identiques aux nationaux en matière de propriété intellectuelle et industrielle, l'article 16 leur réserve un droit d'ester en justice. Aussi, ils bénéficient d'une protection généralisée du fait de l'article 33 qui interdit formellement aux États toute procédure d'expulsion ou de refoulement

---

<sup>138</sup> CNDA, 14 septembre 2020, *Mme A.*, n°19055889 C+.

envers un réfugié. En dépit de ces quelques dispositions, les droits applicables aux réfugiés sont également précisés par les dispositions européennes et internes.

## *Sous-titre II. Les normes européennes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés*

Il s'agit ici d'observer les normes européennes *in extenso* s'appliquant au contentieux du droit d'asile et de la protection des réfugiés. Si les normes issues du droit de l'Union ont une influence importante en la matière, les législations des États membres prises en application du droit de l'Union demeurent encore trop hétérogènes (chapitre I). Les normes issues de l'action du Conseil de l'Europe n'en demeurent pas moins déterminantes (chapitre II).

### *Chapitre I. Le rapprochement limité des législations des États membres prises en application du droit de l'Union en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés*

Bien que les normes issues du droit de l'Union en matière de politique d'asile se rattachent parfois aux normes afférentes à la politique migratoire, leur construction et leur finalité diffèrent quelque peu. En effet, nous avons eu l'occasion d'observer que la politique migratoire européenne vise principalement à assurer une gestion efficace des flux migratoires à l'échelle européenne. Pour cela, celle-ci est investie de toute une série d'objectifs et de compétences. Ses pouvoirs en la matière sont prévus par le TFUE, notamment au sein du titre V chapitre 2. Ainsi, ce sont les mêmes dispositions qui font référence à la compétence de l'Union européenne en matière de politique d'asile. L'article 78 du TFUE prévoit des dispositions concernant la compétence de l'Union en matière d'asile. En application de ces dispositions, l'Union doit, conformément aux normes internationales, développer une politique commune en matière d'asile et de protection subsidiaire des ressortissants d'États tiers et nécessitant une protection internationale. L'alinéa 2 de cet article prévoit que l'Union puisse prendre des mesures aux fins de ce qui est appelé être le « *système européen commun d'asile* », notamment sur le plan des statuts reconnus aux ressortissants, des conditions d'octroi du statut de réfugié et de la protection subsidiaire, des conditions d'accueil, ou encore quant à la gestion des flux en cas d'afflux massif de population. Enfin, notons que le point e) de l'alinéa 2 fait référence explicitement au développement d'un mécanisme de détermination de l'État membre responsable de la demande d'asile, ce qui s'est traduit en pratique par le très contesté règlement Dublin III sur lequel nous aurons l'occasion de revenir.

Si certains auteurs parlent « *d'europeanisation du droit d'asile* », le droit d'asile n'a pas toujours été de la compétence de l'Union et ce n'est qu'à partir du traité d'Amsterdam de 1997 que l'asile est entré dans le champ d'application de l'ELSJ. Il n'existe pas de régime européen harmonisé en matière d'asile. Ce n'est que petit à petit que s'est développé le régime d'asile européen commun (RAEC) que l'on connaît aujourd'hui. L'idée étant principalement de développer des règles minimales et communes à l'ensemble des États membres quant à l'octroi du statut de réfugié ainsi qu'à la gestion de l'afflux de demandes. La politique d'asile européenne s'inscrit dans un contexte particulier. Si durant longtemps les États étaient réticents quant à cette communautarisation de la matière, les premières règles en matière d'asile se sont développées en parallèle des règles déjà évoquées concernant les politiques migratoires et ce au moment de l'adoption des différentes conventions Schengen à la fin des années 1990. C'est à cette même période, en 1990, qu'a été adoptée l'une des mesures les plus importantes des normes européennes en matière d'asile, à savoir la convention de Dublin du 15 juin 1990. Comme en matière de politique migratoire, c'est le traité de Lisbonne de 2007 qui posera les derniers jalons en la matière. Pourtant, et comme en matière de politique migratoire, force est de constater que les États sont loin d'un consensus quant à la question de l'asile. Si en effet il semble être de l'intérêt de l'Union que d'harmoniser les normes applicables à la matière et ce pour éviter ce que l'on nomme parfois « *l'asylum shopping* », chaque pays semble en pratique plus enclin à défendre en priorité ses propres intérêts dans un contexte compliqué par l'échec du règlement Dublin III. Comme souvent en matière de contentieux des étrangers, il s'agit de trouver un fragile équilibre quant à la nécessaire protection des droits et libertés fondamentaux des individus et la souveraineté étatique.

Les normes européennes en matière d'asile n'ont fait que se préciser, pourtant nous n'assistons pas encore à ce jour à une véritable harmonisation des règles applicables en la matière et l'état actuel du RAEC repose largement sur la mise en œuvre des instruments internationaux et plus particulièrement de la Convention de Genève. En 2017, le président de la République Emmanuel Macron tenait un discours « initiative pour l'Europe » à l'occasion duquel ce dernier tenait un plaidoyer pour une Europe « *souveraine, unie, démocratique* »<sup>139</sup>. Un des axes de la stratégie présentée par le président de la République concernait explicitement la politique d'asile européenne. En effet, ce dernier appelait à la création d'un Office européen

---

<sup>139</sup> « Initiative pour l'Europe - Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique. », *elysee.fr*, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique>

de l'asile qui permettrait une harmonisation des différentes procédures d'asiles propres aux États membres de l'Union. Quatre ans plus tard, les débats relatifs à la réforme du système européen d'asile sont toujours importants, en témoignent les nombreuses propositions de refonte et/ou réformes. L'un des enjeux principaux de cette absence d'harmonisation en la matière concerne les critères d'appréciation des faits pour l'application de la convention de Genève, enjeu qui finalement est le même qu'en matière de politique migratoire. Les dernières statistiques sur l'asile en Europe datant de mai 2020<sup>140</sup> illustrent combien les décisions relatives aux demandes d'asile peuvent varier d'un pays à l'autre. L'Allemagne est le pays présentant le plus grand nombre de décisions (28,5%).

Il convient d'observer que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a une influence importante en matière d'asile (section 1). La convention de Dublin est, bien qu'elle soit largement contestée, la norme la plus souvent évoquée en matière de politique d'asile européenne et ce car elle vise à déterminer l'État responsable du traitement de la demande d'asile (section 2). Aussi, l'Union a-t-elle développé en application de ses objectifs un corpus d'exigences minimales relatives à la protection des demandeurs d'asile sur le sol européen (section 3). S'il s'agit de faire un état des lieux des normes issues du droit dérivé et influençant la politique d'asile européenne (section 4), force est de constater qu'il demeure une grande variabilité de la mise en œuvre des critères issus de la Convention de Genève par les États-membres, ce qui est source d'un enjeu majeur de la politique d'asile européenne (section 5).

## **Section 1. L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été adoptée en 2000 et vise à déclarer toute une série de droits fondamentaux applicables à l'échelle de l'Union. C'est ainsi que beaucoup considèrent que son article 18 est l'une des émanations les plus frappantes de la communautarisation du régime des politiques d'asile et de protection des réfugiés. En effet, cet article dispose que « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après dénommés "les traités")* ». Il s'agit presque là d'une déclaration de

---

<sup>140</sup> « Statistiques sur l'asile - Statistics Explained », [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum\\_statistics/ft#:~:text=En%202019%2C%20pr%C3%A8s%20de%20676,ann%C3%A9e%20en%20ann%C3%A9e%20depuis%202015](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/ft#:~:text=En%202019%2C%20pr%C3%A8s%20de%20676,ann%C3%A9e%20en%20ann%C3%A9e%20depuis%202015)

conformité des normes européennes à celles issues des sources internationales. S'il n'existe pas d'harmonisation en matière de politique européenne d'asile, la convention de Dublin reste certainement l'expression la plus déterminante de cette absence de consensus à l'échelle européenne en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés.

## **Section 2. La convention de Dublin du 15 juin 1990 dit dispositif Dublin**

Comme indiqué ci-contre, l'article 78 du TFUE dispose que l'Union est tenue d'organiser un mécanisme de détermination de l'État membre responsable de la demande d'asile. C'est précisément ce pourquoi la convention de Dublin a été adoptée le 15 juin 1990. Principal dispositif de l'Union en matière de politique d'asile, le dispositif Dublin III est également le plus décrié et ce notamment depuis la crise de 2015. Le dispositif Dublin III signé le 26 juin 2013 étant celui actuellement en vigueur, ce dernier vise à établir les règles et mécanismes applicables à la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite au sein de l'Union par un ressortissant tiers ou apatride. Le règlement Dublin III pose le principe selon lequel un seul État doit être en charge de l'examen de la demande, plus particulièrement le premier pays dans lequel l'individu formule sa demande et franchit les frontières de l'espace Schengen.

S'il s'agit bien là d'un mécanisme de gestion des flux de demandeurs d'asile, il n'en demeure pas moins qu'il présente de nombreuses insuffisances face à l'ampleur de la crise migratoire. Si nous aurons l'occasion d'y revenir au sein de la troisième partie de cette étude, notons d'ores et déjà que la plus grande critique lui étant adressée est qu'il fait reposer sur les pays du sud, principalement du bassin méditerranéen comme l'Italie ou la Grèce, toute la charge de gestion des demandes d'asile. C'est une conséquence naturelle des trajets réalisés par les demandeurs d'asile qui, issus la plupart du temps de pays d'Afrique ou d'Orient, sont contraints de passer par ces pays pour atteindre leur pays de destination, souvent l'Allemagne, la France ou le Royaume-Uni. Cette conséquence donne naissance à une saturation des hot spots dans ces pays, et à des catastrophes comme celles survenues sur l'île de Lampedusa. En effet, une étude publiée par le Parlement européen démontre que sur une période allant de 2008 à 2017 la quasi-totalité des demandes d'asile se concentrait sur seulement 10 pays européens, dont l'Allemagne en tête<sup>141</sup>. Sa révision est envisagée par le nouveau pacte pour la migration et l'asile proposé

---

<sup>141</sup> [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642813/EPRS\\_STU\(2020\)642813\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642813/EPRS_STU(2020)642813_FR.pdf)

par la Commission. Conjointement à ce mécanisme, l'Union garantit des exigences minimales en matière de protection des demandeurs d'asile.

### **Section 3. Les exigences européennes minimales pour la protection des demandeurs d'asile**

L'Union a développé toute une série de normes propres à protéger les demandeurs d'asile dès leur entrée dans l'espace Schengen. Certaines sont dites minimales et sont souvent issues de l'application par l'Union européenne des dispositions internationales. Nous retrouvons ainsi des dispositions visant à protéger les ressortissants de pays tiers au sein de l'article 78 du TFUE comme par exemple la mise en œuvre de normes concernant les conditions d'accueil. Notons que le droit de l'Union a permis, en adoptant la directive du 13 décembre 2011<sup>142</sup> la création d'un statut de réfugié qualifié de subsidiaire. Il s'agit là de garantir une protection aux individus ne remplissant pas les conditions du statut de réfugié mais justifiant tout de même qu'il est exposé dans son pays d'origine à des risques prégnants tels que la peine de mort, l'exécution, la torture etc... D'après les chiffres du ministère de l'intérieur, 40% des réfugiés en France ont obtenu l'asile du fait de ce statut<sup>143</sup>. Toute une série de droits sociaux, économiques etc... sont également garantis par les législations internes et sont le corollaire du statut de réfugié, on pense notamment à l'ouverture du droit de séjour ou encore au regroupement familial (voir chapitre III).

### **Section 4. Les autres dispositions de l'Union applicables en matière de politique d'asile**

Le règlement Dublin III précité fait partie intégrante du RAEC. Ainsi, Dublin III est complété de toute une série de normes applicables à la question de l'asile. C'est le cas par exemple d'Eurodac. Institué par le règlement de 2013<sup>144</sup>, Eurodac est un système permettant de répertorier et de comparer à l'échelle européenne des empreintes digitales des demandeurs

---

<sup>142</sup>Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20.12.2011, p.9-26.

<sup>143</sup> <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Asile/Infographies>

<sup>144</sup> Règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29.6.2013, p.31-59.

d'asile. Cela permet donc la mise en œuvre du règlement Dublin III en ce qu'il aide à vérifier instantanément si une demande a déjà été formulée dans un État membre ou non.

D'autres directives ont été adoptées par l'Union afin de régir la politique d'asile à l'échelle européenne. Chronologiquement, c'est le cas de la directive du 13 décembre 2011<sup>145</sup> relative aux conditions afférentes au ressortissant de pays tiers ou apatride afin de pouvoir bénéficier de la protection internationale, de la directive du 26 juin 2013 relative aux procédures communes d'octroi et de retrait de la protection internationale<sup>146</sup>, et enfin de la directive toujours en date du 26 juin 2013 mais cette fois-ci relative à l'établissement de normes relatives à l'accueil des demandeurs<sup>147</sup>. On parle plus généralement de la directive accueil, de la directive procédure et enfin de la directive qualification. D'autres dispositions supplémentaires existent comme c'est le cas du fonds asile migration et intégration ou encore le Bureau européen d'appui en matière d'asile créé en 2010 et dont l'objectif est d'accompagner les États membres dans le traitement des demandes. Si les normes issues du droit de l'Union sont surtout propres au développement d'une politique commune de gestion des flux de demande d'asile intra Union, les normes issues de l'activité du Conseil de l'Europe sont quant à elle extrêmement influentes sur le plan des droits fondamentaux garantis aux demandeurs d'asile.

Le *telos* du droit primaire de l'Union en matière de politique migratoire et d'asile appelle à la pérennisation d'une véritable politique commune en matière de migration et d'asile. Pourtant, ces dernières années ont mis en exergue une antinomie présente lors de sa mise en œuvre, aussi bien par l'Union que par les États membres. Il y a en pratique un paradoxe entre la volonté d'offrir un statut protecteur aux demandeurs d'asile et aux réfugiés, et l'injonction visant à lutter contre l'immigration illégale<sup>148</sup>. Le RAEC est lui-même largement critiqué pour ses lacunes, c'est le cas par exemple pour les procédures de réinstallation, celles-ci étant définies par l'UNHCR comme un processus de transfert d'un réfugié d'un pays à un autre, ce dernier ayant accepté de les recevoir et de leur accorder une résidence permanente.

---

<sup>145</sup> Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20.12.2011, p.9-26.

<sup>146</sup> Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p.60-95.

<sup>147</sup> Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013.

<sup>148</sup> Ce paradoxe a été mis en exergue par les professeurs E. Tsourdi et C. Costello dans : *The Evolution of EU Law on Refugees and Asylum*, à publier in P. Craig, G. de Burca, *The Evolution of EU Law*, Forth. OUP, 2021.



## Section 5. La variabilité de la mise en œuvre des critères de la Convention de Genève

L'appréciation des faits permettant la reconnaissance des persécutions telles que prévues par la Convention de Genève varient en effet largement d'un État membre à l'autre. Comme nous avons eu l'occasion de le voir précédemment, cette variabilité d'appréciation des critères existe également en matière de politique migratoire mais elle a un sens différent en matière d'asile puisque l'État dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en matière d'immigration. Pour la protection des réfugiés, si les critères prévus par la Convention de Genève sont remplis, l'État n'aura d'autre choix que d'octroyer le statut de réfugié au demandeur concerné. Cependant, et c'est là que se situe un point de tension quant à la politique européenne en matière de protection des réfugiés, l'appréciation de ces faits peut considérablement varier d'un État à l'autre. Par exemple, si l'orientation sexuelle compte parmi les critères de persécutions prévus par la Convention de Genève, un État qui est *prima facie* plutôt hostile aux questions d'homosexualité, comme la Hongrie par exemple, n'appréciera pas les faits de la même manière qu'un juge français. Notons sur ce point que la Hongrie a récemment adopté une loi restreignant largement l'accès aux procédures d'asile dans le pays<sup>149</sup>. Dans un communiqué de presse n°161/20, la CJUE a d'ailleurs considéré que la Hongrie avait « manqué à ses obligations découlant du droit de l'Union en matière de procédures relatives à l'octroi de la protection internationale »<sup>150</sup>. En sus de cette marge d'appréciation des faits dont disposent les États, ces derniers restent toujours liés dès lors que les critères de Genève sont remplis. C'est ainsi que certains pays souhaiteraient voir s'opérer un glissement de la compétence d'asile vers la compétence de politique migratoire. De la même manière, certains États membres considèrent que le cadre juridique en matière d'asile est excessivement contraignant et souhaiteraient que l'appréciation des critères de Genève relève exclusivement de la souveraineté étatique ; ce qui permettrait par essence à ces derniers de disposer d'une plus grande marge de manœuvre. Ces disparités à l'échelle des États membres peuvent ainsi s'expliquer par cette grande variabilité d'appréciation, ceci conduisant au développement de normes minimales d'accueil à l'échelle européenne et non à une politique totalement

---

<sup>149</sup><https://www.unhcr.org/fr-fr/news/press/2020/6/5efb4fdca/laces-procedures-dasile-nouveau-restreint-hongrie.html>

<sup>150</sup> « La Hongrie a manqué à ses obligations découlant du droit de l'Union en matière de procédures relatives à l'octroi de la protection internationale et de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier », Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n°161/20, p. 4.

harmonisée. Enfin, si les normes issues du RAEC sont déterminantes en la matière, les normes issues de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe le sont tout autant.

## *Chapitre II. Le Conseil de l'Europe et la convention européenne des droits de l'homme*

En effet, les normes issues du Conseil de l'Europe ont un écho tout particulier en matière d'asile et de protection des réfugiés ; les normes issues de la CEDH étant très souvent invoquées à l'appui de dossiers contentieux. Si la Cour EDH a rappelé la souveraineté de l'État en matière de contrôle d'entrée sur son territoire dans l'affaire *Vilvarajah et autres contre Royaume-Uni* en date de 1991, cela n'empêche pas qu'elle garantisse un corpus protecteur à l'égard des demandeurs d'asile. Aussi, la Cour EDH n'a eu de cesse que d'améliorer par le biais de sa jurisprudence le sort des demandeurs d'asile. Celle-ci reconnaît volontiers l'applicabilité des dispositions de la CEDH à des affaires concernant des décisions d'expulsion par exemple. C'est ainsi que les articles 3 ou encore 8 concernant l'interdiction de la torture et le droit à la vie privée et familiale sont les plus souvent cités. Le droit à la liberté et à la sûreté ou encore le droit au recours effectif sont autant de droits ayant un écho particulier en matière d'asile.

Dans une volonté de rapprocher au mieux les législations nationales vers une applicabilité entière de la Convention de Genève, le Conseil de l'Europe a travaillé, et ce dès sa création, à développer un corpus de normes protectrices aux demandeurs d'asiles puis aux réfugiés. Notons que si la CEDH ne fait aucune mention explicite au droit d'asile, le Conseil de l'Europe a légiféré sur toute une série de normes applicables en la matière. Tout d'abord, le Comité des ministres a adopté de nombreuses résolutions, tel est le cas par exemple des résolutions en date du 14 et 29 juin 1967. Notons qu'il existe également une logique de collaboration entre l'Union et le Conseil, de nombreux travaux issus du Comité des ministres ont servi de « feuille de route » aux travaux des États membres. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe travaille également à pérenniser les normes en matière de politique migratoire, en témoigne par exemple la Recommandation n°293 en date du 26 septembre 1961 relative au droit d'asile. Enfin, nous aurons l'occasion d'observer le rôle grandissant de la Cour EDH par la voie des questions préjudicielles. Le mécanisme des questions préjudicielles existe tant auprès de la Cour EDH que de la CJUE. Ce mécanisme a été étendu concernant la Cour EDH depuis l'adoption par la France le 12 avril 2018 le Protocole n°16 à la Convention. Ce protocole étend

la compétence de la Cour EDH en ce qu'il lui permet de rendre des avis consultatifs à la demande des juges nationaux sur des questions relatives à l'interprétation des droits et libertés définies par les normes européennes avant qu'ils rendent leur jugement.

### *Sous-titre III. Les normes internes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés*

Il s'agit pour clore ce titre sur la politique d'asile et de protection des réfugiés et plus généralement notre exposé de l'actuel cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers, d'observer les normes internes en matière de politique d'asile. Comme nous l'avons fait pour l'exposé de la politique migratoire, il s'agit au regard de notre objet d'étude de nous intéresser aux normes du droit interne français. Notons à cet égard que le droit français présente une particularité en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés. Il s'agit en effet de pouvoir distinguer entre deux régimes d'asile, à savoir le régime d'asile conventionnel et le régime d'asile constitutionnel. Si le régime d'asile conventionnel renvoie au statut examiné ci-dessus prévu par la Convention de Genève, la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit en disposition de l'alinéa 4 de son Préambule que « *tout homme persécuté en raison de son action pour la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Aussi, nous distinguons sur le plan du droit interne les sources constitutionnelles (chapitre I), les sources législatives (chapitre II), et enfin les sources réglementaires (chapitre III).

#### *Chapitre I. Les normes constitutionnelles*

Le Conseil Constitutionnel participe de par sa jurisprudence à pérenniser le statut de réfugié, en témoigne la décision *Conseil constitutionnel, décision n°93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*<sup>151</sup>. Notons tout de même qu'en pratique, l'asile conventionnel offre un taux de protection bien plus élevé que l'asile constitutionnel.

La France fut de tout temps terre d'asile et l'étude de l'histoire du droit nous démontre que la notion d'asile était présente dès les premiers textes constitutionnels français. A titre d'exemple, la Constitution de 1793 prévoyait en son article 120 des dispositions relatives à l'asile, là encore entretenant une relation étroite avec la notion de liberté et faisant mention de la nécessité de protéger les individus des « tyrans ». La Constitution de 1958 actuellement en vigueur ne prévoit qu'un seul article traitant explicitement du droit d'asile, il s'agit de l'article 53-1 visant la possibilité pour l'État français de conclure avec des États (européens) des accords

---

<sup>151</sup> Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, Journal officiel du 13 août 1993.

permettant de déterminer la compétence de chacun pour l'examen des demandes d'asile. Cette disposition constitutionnelle fut introduite par la loi constitutionnelle du 26 novembre 1993<sup>152</sup>. S'il existe donc bien un asile constitutionnel en France, il s'agit d'observer les dispositions législatives applicables, celles-ci ayant un impact pratique bien plus important.

## *Chapitre II. Les normes législatives*

Comme en matière de politique migratoire, les sources législatives françaises en matière de politique d'asile sont codifiées au sein du CESEDA, notamment au sein du livre V (ex. livre VII) relatif au droit d'asile. De manière générale, qu'il s'agisse d'immigration ou d'asile en particulier, l'activité législative française est extrêmement féconde. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce pan de la politique d'asile et d'immigration française, mais de manière générale nous pouvons considérer que la tendance de la législation française est à un souhait d'accélération des procédures ce qui induit souvent une précarisation importante des demandeurs, leurs droits fondamentaux comme les droits à la défense s'en trouvant souvent affectés. Une loi récente du 10 septembre 2018, la loi Collomb<sup>153</sup> que nous avons citée en matière de politique migratoire s'applique également, comme son nom l'indique, sur le plan de l'asile. Cette loi fit l'objet de nombreuses controverses, notamment en ce qu'elle a réduit les délais de demandes aux fins d'asile. Le Conseil d'État dans un avis consultatif en date du 15 février 2018<sup>154</sup> s'est d'ailleurs démontré relativement critique à l'égard de cette nouvelle disposition législative.

Enfin, concernant les dispositions du CESEDA, notons que le livre V (ex. livre VII) en ses titre I, II et III prévoit notamment des dispositions applicables au statut de réfugié, ces dernières étant en réalité la conséquence de l'intégration en droit interne du règlement Dublin III. L'article L. 511-1 (ex. art. L.711-1 et L.712-1) du CESEDA prévoit les conditions de l'octroi du statut de réfugié et l'article L.511-2 (ex. art. L.711-2) l'applicabilité du statut subsidiaire. Si les normes législatives sont déterminantes en la matière, les normes règlementaires le sont tout autant.

---

<sup>152</sup> Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, JORF n°0274 du 26 novembre 1993.

<sup>153</sup> Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n°0209 du 11 septembre 2018.

<sup>154</sup> CE, Avis sur un projet de loi, 15 février 2018, n°394206.

### Chapitre III. Les normes règlementaires

Comme en matière de politique migratoire, les normes règlementaires en matière d'asile sont nombreuses. C'est ainsi que le Livre VII de la partie règlementaire du CESEDA prévoit en ses articles R.511-2 et suivants (ex. art. R.711-1 et suivants) toute une série de dispositions règlementaires relatives à l'asile. Sont concernées les conditions d'octroi de l'asile, celles relatives à l'OFRPA, à la CNDA ou encore l'accès à la procédure et des conditions d'accueil des migrants. Ainsi, force est de constater que les renvois au domaine règlementaire sont nombreux, ce qui là encore participe à l'hétérogénéité de la matière. Cela peut parfois conduire à rendre le droit tel que prévu par le législateur totalement illusoire et difficile d'accès<sup>155</sup>.

Comme le relevait déjà la Professeure Élisabeth Zoller en 1989 dans son étude publiée à l'Académie de droit international de La Haye, les normes applicables en matière de droit d'asile et de protection des réfugiés sont « *incertaines, parcellaires, limitées, ambiguës* »<sup>156</sup>. Certainement ses mots ont-ils toujours un écho aujourd'hui ; mais plus encore, cette affirmation peut être étendue à l'ensemble du corpus juridique applicable en matière de contentieux des étrangers. Comme nous l'évoquions au début de cette partie, il s'agit bien là d'un cadre juridique hétérogène dont les deux branches majeures, la politique migratoire et l'asile, se confondent souvent. L'enchevêtrement des sources nationales, européennes et internationales ainsi que le caractère épineux de cet enjeu prégnant de nos sociétés ne font que renforcer la difficulté gravitant autour de la question migratoire.

Il est ainsi indéniable que le partage des prérogatives de souveraineté entre les États-membres de l'Union conduise à une complexité excessive du cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers. La politique migratoire qui repose sur des prérogatives de souveraineté partagée, implique l'enchevêtrement de normes européennes et de droit interne, expliquant l'hétérogénéité de son cadre juridique et l'absence de consensus à l'échelle européenne. Quant à la politique en matière d'asile et de protection des réfugiés, nous ne pouvons pas en l'état parler de véritable politique européenne applicable en la matière. Si l'Union européenne a, sur la base des exigences internationales, développé un cadre juridique

---

<sup>155</sup> Cette idée est développée dans F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S.B. Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, *op. cit.* pp. 319-327.

<sup>156</sup> Bilan de recherche de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie, *Martinus Nijhoff Publ.*, Académie de droit international de La Haye, 1989, p. 16.

minimal en matière d'asile ; force est de constater que de nombreuses difficultés font encore obstacle à l'émergence d'un cadre juridique pérenne. Pourtant, les relations entre l'Union et ses États-membres sont au cœur de la question du contentieux des étrangers : aucune norme de droit interne ne peut être aujourd'hui pensée sans considérer l'influence du cadre européen, aussi bien en matière de politique migratoire que d'asile. Le contentieux des étrangers est ainsi la source d'une complexité prégnante. C'est dans ce cadre juridique difficile que s'exerce l'office du juge national en la matière. Une certaine réciprocité se dessine alors. D'une part, cette complexité est source de nombreuses difficultés quant à l'exercice de l'office du juge ainsi qu'elle obstrue l'exercice de son office. D'autre part, celui-ci ne parvient plus à tenir son rôle de gardien des droits fondamentaux, conduisant à des situations déplorables sur le plan humanitaire et des droits de l'homme.

## **Partie II. Les difficultés qui résultent du partage des prérogatives de souveraineté quant à l'exercice de l'office du juge français supposent des réformes ambitieuses**

Les travaux universitaires traitant de l'asile ou des politiques migratoires sont nombreux. Pourtant, rares sont ceux qui traitent conjointement de ces matières à la lumière du contentieux des étrangers en son acception la plus large. Plus encore, rares sont les travaux appréhendant le contentieux des étrangers à la lumière de l'office des juges en charge de ces dossiers ; d'un point de vue procédural donc, voire processuel<sup>157</sup>. Dans le bilan d'activité du Conseil d'État pour l'année 2019<sup>158</sup>, les chiffres sont sans appel : le contentieux des étrangers représente à lui seul 40,8% de l'activité juridictionnelle des tribunaux administratifs, 50,7% de celle des cours administratives d'appel et plus de 20% (20,4% précisément) de l'activité du Conseil d'État. À l'heure de cette augmentation sans précédent des requêtes en contentieux des étrangers, cette étude entend mettre en lumière le rôle déterminant mais aussi difficile et obstrué du juge national en la matière.

Les praticiens du contentieux des étrangers sont nombreux : avocats, personnels administratifs, juges nationaux et européens etc... Au sein de cette organisation complexe, il convient de relever que l'office du juge administratif français y tient une place particulière. Ce dernier est un acteur central du contentieux des étrangers de par la mission dont il est investi, celle de contrôler les actes administratifs. En effet, le juge administratif est placé dans une situation complexe : égide contre l'arbitraire de l'administration et de la puissance étatique, le juge administratif s'assure de la bonne application des politiques publiques dans leur ensemble. Le processus de contrôle des actes administratifs est un des piliers de notre État de Droit et trouve un écho tout particulier en matière de contentieux des étrangers. La matière implique de trouver un équilibre fragile entre la prégnance des droits et libertés fondamentaux des étrangers et la nécessité de préserver l'ordre public. De surcroît, la médiatisation accrue de la question migratoire inscrit l'office du juge national au cœur d'un débat politique, sociétal et humain. Ces impératifs souvent antinomiques compliquent l'exercice de son office, entre difficultés

---

<sup>157</sup> Par l'expression de droit processuel nous feront ci-après référence à une discipline visant à étudier conjointement les procédures civiles, pénales et administratives.

<sup>158</sup> Conseil d'État, 2019, Bilan d'activité.



matérielles et théoriques. En outre, les normes européennes ont également un impact déterminant sur l'office du juge national. Plus encore, la question de la réception du droit européen par le juge national est une question centrale en la matière et une relation parfois difficile est entretenue avec les juges de Strasbourg et de Luxembourg. Si le cadre européen en matière de politique migratoire et d'asile poursuit sa construction, les échanges entre les juges européens et nationaux mériteraient d'être fluidifiés ; cet enjeu ayant un coût certain quant à l'intelligibilité de la matière. Si une approche européanisée du contentieux des étrangers est aujourd'hui apodictique, certaines insuffisances semblent essentielles à corriger si l'on souhaite tendre dans le futur vers une amélioration du cadre contentieux complexe applicable en la matière ; et ce notamment car cette complexité entrave le juge français dans l'exercice sa mission de mise en balance des intérêts en présence.

Le contentieux des étrangers fait face aujourd'hui à de nombreux enjeux, induits par des caractéristiques structurelles comme conjoncturelles, ces enjeux ayant des conséquences directes sur l'office du juge français. Si la tendance à l'accroissement des requêtes tend à se confirmer, il semble aujourd'hui impératif de dégager des propositions et voies d'amélioration ainsi que de considérer si celles-ci sont à la hauteur des défis à venir. Il est indéniable que des insuffisances juridictionnelles propres au contentieux des étrangers entravent l'office du juge français (titre I). Ces insuffisances impliquent la mise en œuvre de réformes ambitieuses en la matière (titre II).

## **Titre I. Les insuffisances juridictionnelles propres au contentieux des étrangers entravent l'office du juge français**

L'état actuel du cadre normatif applicable au contentieux des étrangers entrave le juge français dans l'exercice de son office. La mission du juge national en matière d'étrangers revient *in fine* à garantir un équilibre entre l'exercice par les États de leur droit à réguler les entrées sur leur territoire et le respect des libertés fondamentales des étrangers. Si l'on considère la sécurité comme le corollaire du droit, nous pourrions penser que l'élaboration d'un cadre juridique en matière de contentieux des étrangers a permis de sécuriser les flux migratoires, le juge étant alors celui à même de contrôler la mise en œuvre de ce cadre juridique. Pourtant, force est de constater qu'aujourd'hui la réalité est toute autre.

Nombreux sont les dysfonctionnements propres au contentieux des étrangers. À titre introductif, il apparaît nécessaire de souligner qu'il existe en amont des insuffisances juridictionnelles, de nombreuses insuffisances administratives. Ces dysfonctionnements administratifs sont d'ordre matériels ou techniques et peuvent avoir des conséquences déterminantes sur l'exercice de l'office du juge national. Comme l'indique un rapport publié par le Conseil d'État en 2020 intitulé « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* »<sup>159</sup>, la multiplication des « *difficultés matérielles lors de la phase administrative conduit à augmenter artificiellement les recours juridictionnels et ainsi à ralentir l'action du juge et l'examen sur le fond des litiges (...)* »<sup>160</sup>. Ces difficultés apparaissent alors principalement à l'occasion de l'introduction des demandes de titre de séjour ou d'asile, voire même dès l'arrivée de l'étranger sur le territoire français. Celles-ci sont principalement liées au manque de moyens de l'administration et ce en dépit de l'adoption de plusieurs mesures qui visaient initialement à amoindrir la charge administrative, comme ce fut le cas de la généralisation de la dématérialisation par exemple. La phase administrative occupe une place importante du contentieux des étrangers. Qu'il s'agisse d'une demande de titre de séjour ou d'une demande d'asile, le premier intermédiaire entre les étrangers et l'État est bien l'administration. En matière de demande de titre de séjour, les interlocuteurs privilégiés sont les préfectures ou sous-préfectures. Concernant les demandes d'asile, toute une série d'exigences administratives précèdent l'étude de la demande d'asile par l'OFPRA. En effet, l'acquisition du statut de demandeur d'asile n'est pas acquise de fait lors de l'arrivée sur le territoire français puisque celle-ci s'obtient seulement une fois l'enregistrement de la demande effectuée. Précède à cette étape la prise en charge par une Structure de Premier Accueil des Demandeurs d'Asile (ci-après « SPADA ») suivie d'une présentation devant le Guichet Unique pour Demandeur d'Asile (ci-après « GUDA ») qui procédera à l'enregistrement de la demande. Le premier accueil par la SPADA est obligatoire pour toute personne souhaitant déposer une demande d'asile et ce depuis 2015. L'objectif de la création des SPADA visait justement une simplification administrative afin d'éviter la surcharge des services préfectoraux. Ces services travaillent également en coopération avec l'OFII et sont chargées de recueillir les informations essentielles au dépôt de la demande telles que l'identité, la situation familiale etc... Notons enfin que le législateur a fait le choix de réunir les services préfectoraux et les services de l'OFII au sein du GUDA, toujours du fait de cette logique de simplification administratif. En dépit de

---

<sup>159</sup> Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », octobre 2020.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 11.

ces tentatives d'amélioration engagées par le législateur, les dysfonctionnements administratifs restent nombreux en la matière et les services administratifs sont souvent dépassés ; cela compliquant indéniablement l'examen de la situation de l'étranger.

En sus de ces dysfonctionnements administratifs, les dysfonctionnements d'ordre juridictionnels sont également nombreux et ont des conséquences importantes sur l'office du juge national. À l'occasion de cette étude, nous appréhenderons l'expression « dysfonctionnement juridictionnel » en son acception la plus large à savoir tout dysfonctionnement relatif au fait de juger. Le droit des étrangers étant par essence un droit polymorphe, au carrefour entre le droit privé et le droit public, il s'agit là d'étudier l'impact de ces dysfonctionnements sur l'office du juge français ; à savoir aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire. Plus particulièrement, il s'agit là de mettre en exergue deux dysfonctionnements majeurs ayant un impact considérable sur le droit des étrangers, à savoir d'une part la multiplicité des juridictions compétentes qui complique le contrôle opéré par les juges européens et nationaux (sous-titre I) et d'autre part la multitude de régimes procéduraux applicables (sous-titre II).

## ***Sous-titre I. La multiplicité des juridictions compétentes complique le contrôle opéré par les juges européens et nationaux***

Les difficultés auxquelles fait face le juge national lors de l'exercice de son office en matière de contentieux des étrangers tient tout d'abord à la multiplicité des juridictions nationales compétentes. En matière de politique d'asile et de protection des réfugiés, le juge administratif de droit commun n'est pas compétent. C'est l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (ci-après « OFPRA »), un établissement public administratif, qui est en charge de l'examen de la demande d'asile. La Cour Nationale du Droit d'Asile (ci-après « CNDA ») est compétente en premier et dernier ressort pour statuer quant aux recours formés contre les décisions administratives de l'OFPRA. Les juges européens exercent eux aussi leur office en matière de contentieux des étrangers, leur rôle étant d'ailleurs croissant. Ces derniers ont vocation à contrôler le respect par les États membres des exigences européennes *in extenso* en la matière, les inscrivant dans une relation complexe, quoique déterminante pour la matière, avec les juges nationaux.

Sur le plan national et en dehors du contentieux de l'asile, la compétence des juridictions administratives en matière de contentieux des étrangers est partagée avec la compétence du juge judiciaire et des juridictions administratives spécialisées en matière de droit d'asile. De manière générale, la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire répond à l'esprit de la loi du 16 et 24 août 1790<sup>161</sup>. En effet, le juge administratif français dispose d'une compétence de principe quant au contrôle des actes administratifs édictés par l'administration. Le juge judiciaire sera, quant à lui, compétent en cas de rétention ou de privation de liberté. Le juge judiciaire et administratif se partagent ainsi la compétence en matière de contentieux des étrangers, le juge judiciaire étant garant de la liberté individuelle en application de l'article 66 de la Constitution, le juge administratif demeurant au même titre gardien des libertés publiques. En outre, si les juges nationaux exercent leur compétence en matière de contentieux des étrangers, la place accordée à l'office des juges européens est déterminante en la matière. L'un des principaux enjeux relatifs au contentieux des étrangers est donc la complexe répartition des compétences juridictionnelles en la matière. À l'échelle nationale, la répartition des compétences entre le juge judiciaire, le juge administratif et les juridictions spécialisées sont

---

<sup>161</sup> Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Recueil Duvergier p. 361.

sources de difficultés (chapitre I). Aussi, le rôle grandissant des juges européens est-il source de difficulté pour le juge national (chapitre II).

### *Chapitre I. À l'échelle nationale la répartition des compétences entre le juge administratif, le juge judiciaire et les juridictions spécialisées est source de complexité*

Si le contrôle exercé par le juge administratif est un corollaire de la mise en œuvre de la politique migratoire à l'échelle nationale, l'étendue du domaine de compétence du juge administratif varie selon que l'on soit dans le cadre du contentieux issu de la politique migratoire ou celui issu de la politique d'asile et de protection des réfugiés. Notons que le contentieux de la nationalité ne nous concerne pas directement ici s'agissant d'un contentieux annexe au contentieux des étrangers et entraînant la compétence de principe du juge judiciaire. Le contrôle du juge administratif en matière de droit des étrangers s'exerce de principe, sauf concernant les décisions portant privation de liberté ou de rétention (section 1). En matière de contrôle des actes édictés en application de la politique d'asile et de protection des réfugiés, les juridictions administratives spécialisées sont compétentes de principe, bien que le juge administratif ait une compétence subsidiaire sur certains actes annexes aux actes principaux édictés en la matière (section 2).

#### **Section 1. La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en matière de politique migratoire manque parfois de cohérence**

L'office du juge administratif a pour mission principale de protéger les citoyens contre les erreurs ou les abus éventuels de l'administration ; en matière de contentieux des étrangers ce dernier se dresse donc en égide contre l'arbitraire de l'administration vis-à-vis des étrangers. Si les situations qui conduisent l'administration à édicter des actes administratifs sont nombreuses en matière de contentieux des étrangers, le rôle du juge judiciaire n'en est pas moins déterminant en ce qu'il est le garant des libertés individuelles des individus. Le juge administratif exerce une compétence de principe en matière de contrôle des actes administratifs (I), ce qui n'est pas le cas pour la rétention ou la privation de liberté (II).

## **I. La compétence de principe du juge administratif en matière de contrôle des actes administratifs en droit des étrangers**

En application des principes intrinsèques à notre ordre juridique, le Conseil constitutionnel a été amené à considérer que le juge administratif dispose d'une compétence de principe en matière de contentieux des étrangers<sup>162</sup>. En dépit de sa grande hétérogénéité procédurale, le Professeur Vincent Tchen a tendance à considérer la matière comme homogène sur le plan contentieux et ce car celle-ci prend « *pour l'essentiel la forme d'un contentieux de l'excès de pouvoir* »<sup>163</sup>, impliquant la compétence du juge administratif. L'office de ce dernier trouve en effet à s'exercer à de très nombreuses occasions en matière de contentieux des étrangers aussi bien quant aux actes édictés en matière de politique migratoire que de politique d'asile et de protection des réfugiés. En outre, nous assistons depuis plusieurs années à un processus d'inflation des recours dirigés contre les actes administratifs en matière de contentieux des étrangers, ce phénomène est très certainement le corolaire de l'augmentation importante des demandes de titres de séjour et d'asile. Parmi ces actes figurent également les refus d'entrée, les refus de titre de séjour, les refus d'enregistrement, les refus de délivrance d'un document de circulation délivré à un étranger mineur, les refus de regroupement familial, les refus d'échange de permis de conduire, les refus d'autorisation de travail, les OQTF, les arrêtés de reconduite à la frontière, les refus de visas etc...

Tous ces motifs de demande peuvent être refusés par l'administration, sous couvert de motivation des actes en dispositions des articles L. 211-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration (ci-après « CRPA »). Le refus d'entrée est défini par l'article L. 311-2 (ex. art. L. 213-1) du CESEDA prévoyant les cas dans lesquels l'accès au territoire national peut-être refusé à un étranger, il s'agit notamment d'un risque de menace à l'ordre public. En matière de refus de titre de séjour, notons qu'un récépissé ou une autorisation provisoire de séjour ne constituent pas un titre de séjour. En théorie, un refus de titre de séjour peut être prononcé par l'autorité préfectorale sous couvert de motivation de l'acte, mais elle n'est pas nécessairement assortie d'une mesure d'éloignement. Pourtant, en pratique les décisions préfectorales prennent des actes présentant plusieurs dispositifs, dont l'un valant refus de titre de séjour et l'autre mesure d'éloignement, souvent des OQTF. Notons également la compétence la Commission du titre de séjour telle qu'elle est prévue à l'article L. 432-14 (ex. art. L 312-1)

---

<sup>162</sup> Voir sur ce point Cons. const., 23 janvier 1987, n°86-261 DC et 28 juillet 1989, n°89-261 DC.

<sup>163</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, *op.cit.*, p. 153.

du CESEDA. Le refus d'enregistrement peut être prononcé en cas de dossier incomplet, à noter que le Conseil d'État a pu juger que ce refus ne faisait pas grief<sup>164</sup> dans cette hypothèse ce qui est contesté par certains auteurs. Le refus de délivrance d'un document de circulation délivré à l'étranger mineur, qui est un document prévu à l'article L. 414-4 (ex. art. L. 321-4) du CESEDA et permettant au mineur étranger de séjourner régulièrement en France peut être refusé au motif que ce dernier est arrivé récemment en France et a conservé des attaches familiales dans son pays d'origine. Le regroupement familial qui est une procédure permettant à un étranger régulièrement installé en France d'être rejoint par sa famille, est un droit reconnu par le Conseil Constitutionnel<sup>165</sup>. Il peut être refusé si l'étranger ne remplit pas les conditions nécessaires (ressources, logement considéré comme « normal », absence de conformité aux lois de la République etc...). Concernant les refus d'autorisation de travail, ces titres sont nécessaires afin que l'étranger puisse exercer légalement une activité professionnelle en France. En pratique, les demandes d'autorisation de travail valent souvent délivrance d'un titre de séjour. Ainsi, le refus du premier entraîne le refus du titre de séjour. Concernant les OQTF, le régime actuel est issu de la loi du 16 juin 2011<sup>166</sup> qui a largement modifié le contentieux de l'éloignement. Les actuels articles L. 611-1 à L. 613-8 (ex. art. L. 511-1) du CESEDA prévoient ainsi les hypothèses dans lesquelles une OQTF peut être dictée. Si on distingue les OQTF avec et sans délai, celles-ci peuvent être édictées en cas d'irrégularité, de refus de visa, d'absence de renouvellement du titre de séjour, de menace pour l'ordre public etc... Les actes administratifs portant OQTF peuvent également contenir d'autres décisions comme par exemple une décision refusant le délai de départ volontaire, une décision d'interdiction de retour, une décision fixant le pays de destination etc...

Tous ces actes peuvent en principe être contestés devant le juge administratif territorialement compétent. Les règles classiques de compétence et d'intérêt à agir ont vocation à s'appliquer et le recours doit être effectué dans un délai de deux mois en application des dispositions de l'article R. 421-1 du Code de la justice administrative (CJA). Bien souvent, les moyens soulevés sont des moyens d'illégalité externe (vice de forme, procédure etc...) ou encore une absence de motivation. Il s'agit souvent de moyens soulevant une absence de motivation. Des moyens d'illégalité interne sont également invoqués à l'encontre de ces actes,

---

<sup>164</sup> CE, 28 janvier 1998, M. MBEDI X., n°158973.

<sup>165</sup> Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.

<sup>166</sup> Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JORF n°0139 du 17 juin 2011.

tenant à des erreurs manifestent d'appréciation ou des erreurs de droit (visant très souvent des dispositions de la CEDH, comme par exemple l'article 8). Le juge administratif va alors examiner la recevabilité de la requête, contrôler le fondement juridique de la décision attaquée, le respect des formes et des procédures ainsi que celui des règles de fond, constitutionnelles, conventionnelles, législatives et réglementaires<sup>167</sup>. Si le juge administratif est compétent de principe pour contrôler ces actes, il ne l'est pas dès qu'il s'agit de placement en rétention ou de privation de liberté.

## **II. La compétence du juge judiciaire se substitue à celle du juge administratif en cas de rétention ou de privation de liberté**

En vertu des règles classiques de compétence juridictionnelle, le juge judiciaire est le gardien des libertés individuelles. Ce dernier trouve à être compétent dans l'hypothèse où un étranger est placé en rétention ou si ce dernier est privé de liberté. Différentes hypothèses sont possibles en l'espèce.

Lorsqu'une mesure d'éloignement est édictée par les autorités administratives, l'administration peut assortir sa décision d'un placement en rétention administrative. Dans ce cas, il ne s'agit pas de rétention pénale puisque l'étranger est maintenu dans des locaux distincts des locaux de l'administration pénitentiaire, on parle alors de rétention administrative qui vise le maintien de l'étranger dans un lieu clos et contre son gré dans l'attente de l'exécution de renvoi forcé. Les conditions sont énumérées aux articles L. 741-1 à L. 741-4 (ex. art. L. 551-1) du CESEDA. La rétention administrative implique une répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire : le premier sera compétent pour juger des hypothèses d'illégalité externe ou interne de la décision administrative, tandis que le second sera compétent pour juger des conditions d'interpellation ou du respect des droits de l'individu. La décision administrative de placement en rétention donne lieu à un arrêté de placement en rétention valable cinq jours. Le juge des libertés et de la détention ne sera saisi que lorsque ce délai sera dépassé, ce dernier statuera dans les vingt-quatre heures de la saisine. Toutefois, les décisions d'assignation à résidence ne constituent pas une privation de liberté au sens de l'article 5 de la CEDH et relèvent du juge administratif.

---

<sup>167</sup> Voir sur ce point : Michèle Torelli, « Le juge administratif et le droit des étrangers », presse de l'université de Toulouse 1 Capitole, *Regards sur le droit des étrangers*, pp. 179-191.



Enfin, il existe un contentieux entraînant la compétence du juge pénal, à savoir les peines d'interdiction du territoire français ainsi qu'à la réalisation par l'étranger de diverses infractions pénales. La peine d'interdiction du territoire français est une peine pouvant être prononcée par le juge pénal, elle se distingue de l'interdiction de retour sur le territoire français. Quant aux infractions pénales, il peut s'agir par exemple d'une reconnaissance d'enfant ou de mariage contractés à seule fin d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française. Prévu par l'article L. 823-11 et L. 823-12 (ex. art. L 623-1) du CESEDA, l'infraction est punie de 15 000€ d'amende et de cinq ans d'emprisonnement. Enfin, il peut s'agir également d'hypothèses de méconnaissance des mesures d'éloignement ou d'assignation à résidence. Les dispositions de l'article L. 824-9 (ex. art. L.624-1-1) du CESEDA prévoient une peine de trois en d'emprisonnement à cet égard.

C'est ainsi que le rapport publié par le Conseil d'État en date d'octobre 2020 rappelle que « *L'articulation entre les interventions du juge administratif et du juge judiciaire est aujourd'hui globalement stabilisée mais mériterait d'être fluidifiée* »<sup>168</sup>. Comme le souligne le rapport, dans des nombreuses situations le juge administratif comme le juge judiciaire sont susceptibles d'être saisis simultanément ; comme c'est le cas par exemple si l'édiction d'une mesure d'éloignement conduit à un placement en rétention. Si cette répartition peut paraître complexe, il ne s'agit pas là de proposer une unification du contentieux dans la mesure où les normes constitutionnelles applicables en la matière ne le permettraient pas. Le législateur a cependant pris certaines mesures visant à faciliter leur articulation comme ce fut le cas de la loi en date du 7 mars 2016<sup>169</sup> qui harmonisa la compétence en matière de rétention en faveur du juge des libertés et de la détention, ce dernier devant statuer dans un délai de 48h. Si comme l'indique le rapport, « *cette organisation en deux temps de l'intervention des juges administratif et judiciaire en cas de rétention est aujourd'hui largement admise* »<sup>170</sup>, force est de constater que cela induit tout de même une certaine lourdeur administrative particulièrement pesante pour l'étranger concerné. Plus particulièrement, il s'agirait alors de permettre un échange d'information simplifié entre les juridictions administratives et le juge judiciaire, ce qui n'est pas toujours le cas et varie selon les juridictions. Enfin, le juge judiciaire peut être amené à

---

<sup>168</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op. cit.*, p. 19.

<sup>169</sup> Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, JORF n°0057 du 8 mars 2016.

<sup>170</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op. cit.*, p. 19.

statuer en matière d'étrangers en cas de doute sur la nationalité ou encore de voie de fait. À ce titre, si l'articulation entre l'intervention du juge judiciaire et du juge administratif est aujourd'hui correctement organisée *de jure*, il s'agirait de permettre une meilleure coopération *de facto* en fluidifiant l'articulation entre leur champ de compétence respectifs à l'aune d'une matière aussi éclectique que le droit des étrangers.

## **Section 2. La compétence de principe des juridictions administratives spécialisées en matière d'asile se heurte à la compétence subsidiaire du juge administratif**

En matière d'asile, c'est un établissement public administratif, l'OFPRA, qui décide indépendamment sur les demandes d'asile et d'apatridie. La CNDA est compétente en premier et dernier ressort, et le Conseil d'État en cassation (I). Le juge administratif reste toutefois compétent quant au contrôle de tout acte administratif subsidiaire édicté par l'autorité administrative à l'occasion de l'exercice de la politique d'asile et de protection des réfugiés (II). Force est de constater que cette répartition des compétences induit des dysfonctionnements regrettables.

### **I. Les décisions de l'OFPRA relèvent de juridictions administratives spécialisées**

En matière d'asile, le contrôle juridictionnel relève de juridictions administratives spécialisées. Celles-ci ne traitent que de certains types de litiges, comme par exemple la Commission centrale d'aide sociale pour l'aide sociale, ou la Cour des comptes en matière financière etc... Ces juridictions spécialisées se situent en « *marge de la structure hiérarchisée des juridictions générales* » mais « *ne se trouvent pas, toutefois, « hors système », toutes étant placées sous le contrôle de cassation du Conseil d'État* »<sup>171</sup>.

#### **A. La décision administrative de l'établissement public administratif en charge de statuer sur les demandes d'asile : l'OFPRA**

L'OFPRA n'est pas une juridiction mais un établissement public administratif institué par une loi en date de juillet 1952<sup>172</sup>. En application des critères établis par la Convention de

---

<sup>171</sup> Broyelle C., *Contentieux administratif*, Lextenso, juin 2020.

<sup>172</sup> Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF n°180 du 27 juillet 1952.

Genève, cette entité statue sur les demandes d'asile et d'apatridie qui lui sont soumises. Si l'OFPRA était avant 2010 placé sous la tutelle du ministère des Affaires Étrangères, celui-ci dépend depuis cette date du ministère de l'Intérieur. Les dispositions relatives à la procédure contentieuse devant l'OFPRA sont régies aux articles L.531 à L. 531-4 (ex. art. L. 723-1 à L. 723-17 du CESEDA). C'est ainsi que l'OFPRA est investi de trois missions essentielles : une mission d'instruction des demandes d'asile et ce en application des critères internationaux et des dispositions du CESEDA, une mission de protection juridique et administrative à l'égard des réfugiés, apatrides et bénéficiaires de la protection subsidiaire et enfin une mission d'accueil dans le cadre de la procédure d'asile à la frontière<sup>173</sup>. Pour l'année 2019, l'Office a fait face à une augmentation de 7,4% de l'introduction des demandes d'asile dont 120 634 décisions rendues en fin d'exercice<sup>174</sup>. L'OFPRA fait l'objet d'un accroissement constant des demandes lui étant introduites, ce qui nous amène à nous questionner quant à l'efficacité de ses décisions, s'inscrivant comme le rappelle un rapport parlementaire en date de 2006<sup>175</sup> dans un impératif de performance. À titre informatif, ce même rapport indique qu'un objectif de 2,7 dossiers par agent et par jour avait été fixé en 2002. Le rapporteur soulignait alors la réalité d'un certain « *malaise des agents face à l'objectif chiffré (...) Certains d'entre eux considèrent que cet objectif les conduit, dans le doute, à préférer proposer une décision de refus plutôt qu'une décision d'accord, qui serait plus facile à défendre auprès de leur hiérarchie. Ceci est vigoureusement démenti par la direction* »<sup>176</sup>.

La procédure devant l'OFPRA est la suivante : l'étranger souhaitant introduire une demande d'asile devra se voir remettre par les services préfectoraux une autorisation provisoire de séjour, ce qui lui permettra de séjourner légalement sur le territoire français le temps de l'examen de son dossier. En théorie, la demande d'asile doit être adressée à l'OFPRA en français, et dans le cas des mineurs non accompagnés par un représentant désigné *ad hoc* par le procureur de la république<sup>177</sup>. Cependant, si nous comprenons ces exigences sur le plan purement théorique, force est de constater qu'elles induisent en pratique de nombreuses difficultés pour le demandeur d'asile. Cette réalité explique notamment le nombre d'associations d'aides aux réfugiés les assistant dans leurs démarches administratives. A l'issue

---

<sup>173</sup> <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/presentation-generale>

<sup>174</sup> Office français de protection des réfugiés et apatrides, « *Rapport d'activité 2019* », juin 2020.

<sup>175</sup> Rapport d'information n°401 (2005-2006) de M. Adrien Gouteyron, fait au nom de la commission des finances, déposé le 15 juin 2006.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S.B. Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., p. 357.

de la procédure, la décision de l'OFPRA sera notifiée au demandeur d'asile. En cas de refus, et sous réserve d'un recours juridictionnel en 1<sup>er</sup> et dernier ressort devant la CNDA, l'étranger devra quitter spontanément le territoire français, la décision de l'Office mettant fin à l'autorisation provisoire de séjour. Bien souvent le choix du pays de destination s'avère alors être délicat.

L'instruction du dossier d'un demandeur d'asile conduit de manière quasi-systématique à la convocation de l'étranger pour un entretien, entretien censé permettre à l'officier de protection de vérifier la cohérence du discours de ce dernier. De nombreuses critiques sont adressées à l'encontre de l'OFPRA, dont notamment le manque de moyens mis à disposition des officiers afin d'apprécier objectivement la réalité des faits allégués par les demandeurs d'asiles. Jean-Michel Belorgey, ancien président de section au Conseil d'État et de la CNDA soulignait le caractère souvent unilatéral et hostile de ces entretiens, conduits *prima facie* du fait d'un *a priori* défavorable à l'intéressé<sup>178</sup>. Comme le souligne Anicet le Pors dans « *Juge de l'asile* », ce comportement n'est pas détachable « *du contexte administratif et politique du moment* »<sup>179</sup>. Ainsi se serait construit « *le mythe du réfugié menteur* »<sup>180</sup> s'opposant *de facto* à celui du « *juge bien-pensant* »<sup>181</sup>.

## B. La compétence juridictionnelle en premier et dernier ressort de la CNDA

La CNDA a été créée en 2007<sup>182</sup> afin de remplacer la Commission des recours des réfugiés. Rattachée au Conseil d'État, la CNDA est compétente pour examiner les recours dirigés contre les décisions de l'OFPRA, mais elle ne l'est pas pour connaître des décisions de l'OFPRA concernant le refus à un étranger de l'octroi de la qualité d'apatride ni concernant les refus d'enregistrement des demandes à l'OFPRA, cette dernière hypothèse relevant du juge administratif de droit commun. Le rapport d'activité du Conseil d'État pour 2019<sup>183</sup> souligne que la juridiction a atteint cette même année un pic historique avec 66 464 décisions rendues et un passage de 15 à 23 chambres en moins de trois ans. Comme le rappelle Dominique

---

<sup>178</sup> Jean-Michel Belorgey, *Plein droit*, n°64, avril 2005.

<sup>179</sup> Anicet Le Pors, *Juge de l'asile*, *op.cit.*, p. 42.

<sup>180</sup> Cécile Rousseau, Patricia Foxen, « *Le mythe du réfugié menteur : un mensonge indispensable ?* », *L'Évolution psychiatrique*, août 2006.

<sup>181</sup> Anicet Le Pors, *Juge de l'asile*, *op.cit.*, p. 132.

<sup>182</sup> Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JORF n° 270 du 21 novembre 2007..

<sup>183</sup> Conseil d'État, 2019, Bilan d'activité.

Kimmerlin, Présidente de la CNDA, « *la CNDA n'est pas un acteur en tant que tel de la politique migratoire mais, plus modestement, est chargée d'appliquer et de faire respecter les textes internationaux que la France a signés, qu'il s'agisse de la Convention de Genève ou des directives européennes.* »<sup>184</sup>. Cependant, cela n'empêche pas que l'office de ces juges s'inscrit dans un contexte politique et juridique délicat mettant en œuvre nécessairement des débats relatifs à la politique migratoire. Chaque formation de jugement de la CNDA est présidée par un magistrat administratif et comprend deux accessseurs, l'un nommé par le haut-commissaire des Nations-Unies pour les réfugiés et l'autre par le Vice-président du Conseil d'État<sup>185</sup>. Les décisions prises par la CNDA sont susceptibles de cassation.

Le juge de l'asile « *n'est pas un juge comme les autres* »<sup>186</sup> car comme le rappelle François Julien-Laferrière dans la préface de l'ouvrage « *Juge de l'asile* »<sup>187</sup>, ce dernier ne juge pas de litiges opposant des personnes privées ou des personnes privées à l'administration, mais vérifie la justesse des allégations avancées par le demandeur d'asile, à savoir si celui-ci court effectivement le risque invoqué afin d'obtenir le statut de réfugié. L'office du juge de l'asile reflète alors toute la complexité propre au droit d'asile. Un droit politique au cœur de drames humains, au carrefour entre approche rationnelle des règles visant à maintenir l'ordre public et nécessaire empathie face à des vies brisées et des parcours semés d'embûches. Le juge de l'asile est alors placé dans une situation pour le moins complexe, pris en étau entre injonctions à la performance à l'heure de l'augmentation indéniable des requêtes, et soin apporté à des décisions qui ont une importance cruciale et décisive pour les personnes concernées. Ce dernier doit alors répondre à des questions à la fois éminemment juridiques, mais aussi politiques et humaines : qu'est-ce qu'une persécution ? Comment apprécier la véracité du demandeur, tout en prenant en compte les différences culturelles parfois déterminantes en la matière ? L'accès des juges à la pertinence et la véracité de l'information est essentielle : quelle est la situation de stabilité politique dans le pays d'origine ? La situation est-elle suffisamment dangereuse pour que l'individu encourt un risque pour sa vie ? Ces questions renvoient directement aux débats relatifs à l'établissement des listes des pays d'origine sûrs. Certes, il ne faut pas perdre de vue le risque de détournement de la procédure de demande d'asile à des fins économiques, et rien

---

<sup>184</sup> *Ibidem.* p. 39.

<sup>185</sup> Les articles L. 532-12 à L. 532-010 (ex. art. L. 733-1 à L. 733-5) du CESEDA prévoient les dispositions relatives à la procédure contentieuse devant la CNDA.

<sup>186</sup> Anicet Le Pors, *Juge de l'asile, op.cit.*, p. 11.

<sup>187</sup> Préface de François Julien-Laferrière in Anicet Le Pors, *Le juge de l'asile, op.cit.*, p. 12.

ne nous permet ici une approche candide de la matière ; là se situe la lourde tâche du juge de l'asile, démêler le vrai du faux, décidant *in fine* du destin de milliers de migrants forcés.

### C. La compétence en cassation du Conseil d'État

Le Conseil d'État est compétent quant aux pourvois en cassation formés à l'encontre des décisions de la CNDA en applications des dispositions réglementaires du CESEDA. Ce dernier va ainsi contrôler la régularité et les arguments de la décision de la CNDA afin de rendre sa décision. Le Conseil d'État va notamment examiner le bien-fondé de la décision et sanctionnera par exemple des erreurs telles que l'erreur de droit. De plus, notons que l'activité contentieuse du Conseil d'État consacre une grande part au contentieux des étrangers, notamment le juge des référés. Par exemple, par une récente ordonnance en date du 21 janvier 2021<sup>188</sup> le juge des référés du Conseil d'État s'est prononcé en faveur de la suspension de la décision du Gouvernement d'interrompre du fait de l'épidémie de la covid-19 la délivrance de visas au titre du regroupement familial au bénéfice des conjoints et enfants étrangers non-européens résidant en France. Par ailleurs, le juge administratif de droit commun demeure compétent quant au contrôle de la légalité de tout acte subsidiaire pris en application de la politique d'asile par l'administration.

## II. **La compétence subsidiaire du juge administratif de droit commun**

Le juge administratif de droit commun retrouve en effet sa compétence quant au contrôle de tout acte administratif qui ne concerne pas directement l'octroi de l'asile à un étranger. L'administration est amenée à édicter tout une série d'actes administratifs accessoires lors du processus de demande d'asile, ces derniers étant contrôlés par le juge administratif de droit commun. Sont concernés par exemple les actes administratifs de réadmission, les autorisations d'entrée sur le territoire, les décisions de transfert, les OQTF, les arrêtés de reconduite à la frontière, les refus de RSA, l'expulsion simple qui sera soumise à un simple contrôle d'erreur manifeste d'appréciation etc... En bref, cela concerne tout acte édicté par l'administration à l'encontre d'un demandeur d'asile mais n'ayant ni à voir avec la demande en question ni à une restriction de liberté. À titre d'exemple, le juge administratif sera compétent quant au placement

---

<sup>188</sup> CE, Ord., 21 janvier 2021, *Association des avocats pour la défense du droit des étrangers et autres*, n°447878.

en zone d'attente d'un demandeur d'asile, sauf si le placement dans le temps se prolonge auquel cas le juge des libertés et de la détention sera compétent.

C'est ainsi que sur le plan national, le rôle du juge administratif de droit commun, du juge judiciaire et des juridictions spécialisées en matière de politique migratoires et d'asile semblent mieux organisés. Pourtant, de nombreuses déficiences restent encore prégnantes en la matière, compliquant à la fois l'office du juge national et le contentieux des étrangers ; ayant *in fine* des conséquences parfois lourdes sur la situation des concernés. Comme l'indique le rapport du Conseil d'État visant à l'amélioration du contentieux des étrangers<sup>189</sup>, la combinaison des interventions du juge administratif de droit commun et du juge de l'asile comprend encore d'inutiles complexités. Le rapport souligne que certaines procédures impliquent une complexité importante quant à l'intervention des juges concernés. En effet, certaines procédures comme par exemple les procédures de demande de suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement pouvant être introduite devant le juge administratif de droit commun dans l'attente de la décision du juge de l'asile. Si nous pouvons comprendre les objectifs poursuivis par cette possibilité, à savoir à titre principal une gestion plus efficace des situations où un individu n'est pas bénéficiaire du statut de réfugié et ne disposant pas de droit de séjourner, force est de constater que ces situations conduisent à un enchevêtrement complexe et inefficace du juge administratif et du juge d'asile. Comme a eu l'occasion de le souligner l'Assemblée générale du Conseil d'État et les auteurs du rapport, ces situations augmentant de fait les risques d'incohérences entre jurisprudences. Une telle répartition des compétences n'est-elle pas alors d'une complexité excessive ? Prenons l'exemple d'un étranger introduisant une demande d'asile auprès de l'OFPRA. En cas de contentieux, une jungle administrative et contentieuse s'ouvre à lui, la compétence des juridictions spécialisées étant de mise, pourtant le juge administratif de droit commun peut l'être également comme c'est le cas par exemple en cas de refus d'enregistrement. Indéniablement, l'articulation entre l'office des différents juges mérite encore d'être améliorée et simplifiée ; cela faciliterait grandement le quotidien des praticiens du droit comme celui des principaux concernés, les personnes déplacées. En outre, si à l'échelle nationale la répartition des compétences entre le juge administratif, le juge judiciaire et les juridictions spécialisées sont source de dysfonctionnements, le rôle croissant des juges européens en la matière l'est tout autant.

---

<sup>189</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op. cit.*, p. 21.

## *Chapitre II. À l'échelle européenne le rôle croissant des juges européens en matière de contentieux des étrangers est source de difficulté pour les juges nationaux*

Les juges européens sont des acteurs déterminants du contentieux des étrangers (section 1) bien que la réception des jurisprudences européennes en matière de contentieux des étrangers par le juge national y reste difficile (section 2).

### **Section 1. Les juges européens sont des acteurs clés du contentieux des étrangers**

Avant d'étudier les dysfonctionnements induit par la jurisprudence européenne sur l'office des juges nationaux, il convient de souligner que ces derniers sont des acteurs clés du contentieux des étrangers. La CJUE joue un rôle grandissant en la matière par la voie du renvoi préjudiciel (I), tandis que le contentieux devant la Cour EDH a une influence déterminante quant à la protection des libertés fondamentales des étrangers (II).

#### **I. Le rôle grandissant de la Cour de justice de l'Union européenne par la voie du renvoi préjudiciel**

Si les procédures de manquement d'État jouent un rôle non négligeable en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle de l'Union, le renvoi préjudiciel a un écho tout particulier en droit des étrangers. S'il ne s'agit pas là d'une véritable voie contentieuse, la jurisprudence de la CEDH en matière de renvois préjudiciels conduit depuis plusieurs années la Cour de justice de l'Union européenne à développer une jurisprudence protectrice des libertés fondamentales des étrangers. Le renvoi préjudiciel est une procédure prévue à l'article 267 du TFUE et permettant aux États-membres de demander à la Cour une interprétation de certaines dispositions du traité. Ce mode de contrôle opéré par la Cour peut conduire en matière de contentieux des étrangers à identifier la violation des droits fondamentaux imputables à un État<sup>190</sup>. L'arrêt d'interprétation rendu par la Cour est contraignant pour le juge national ayant introduit la procédure préjudicielle. Cette procédure conduit souvent la Cour à contrôler indirectement la compatibilité du droit national avec celui de l'Union. La jurisprudence de la

---

<sup>190</sup> Catherine Gauthier, Sébastien Platon, David Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Dalloz, p. 408.



Cour de justice traduit l'engagement du droit européen en faveur d'un droit international des réfugiés et travaille à la pérennisation d'un corpus de garanties pour ces derniers. De nombreux arrêts illustrent cette acception, dont par exemple une affaire *Abdullah contre Bundesrepublik Deutschland*<sup>191</sup>. Une partie de la doctrine considère que l'approche jurisprudentielle du corpus de règle en matière de droit des étrangers est fondamentalement différente entre les juges nationaux et européens, les États membres ayant de fait une approche plus répressive<sup>192</sup>. C'est ce qu'illustre l'affaire *El Dridi*<sup>193</sup>, question préjudicielle à l'occasion de laquelle la CJUE a interprété les dispositions de la directive européenne « retour » et a considéré que le seul fait pour un étranger de se soustraire à l'exécution d'une mesure d'éloignement ne peut donner lieu à une sanction pénale, en l'espèce une peine d'emprisonnement, sans aller à l'encontre de la lettre de la directive. Les conséquences sont alors directes tant en droit interne qu'à l'occasion des pratiques administratives ou pénales, le placement en garde à vue n'étant par exemple plus envisageable. Dans une affaire déterminante quant à la procédure Dublin<sup>194</sup>, la Cour de justice semble cependant se situer dans l'ombre de la jurisprudence de la Cour EDH ; conduisant à ce que certains auteurs affirment être un abandon par la Cour de ses fonctions de juge constitutionnel<sup>195</sup>. C'est ainsi que la Cour EDH semble elle aussi être un acteur déterminant en matière de droit des étrangers.

## II. Le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour EDH est le principal organe européen dont l'objet est quasi-exclusivement la protection des droits fondamentaux<sup>196</sup>. L'accès à la Cour EDH dont jouissent les justiciables est très large puisque la qualité à agir n'est pas conditionnée à des conditions très strictes. Il peut s'agir au sens de l'article 34 de la CEDH de « tout individu » et ce sans condition de résidence. Les étrangers non-ressortissants des pays membres, les réfugiés et les apatrides peuvent ainsi introduire une requête auprès de la Cour EDH, la seule condition posée par le texte étant que le requérant doit s'estimer victime d'une violation de l'un des droits protégés par la Convention. Cependant, si les arrêts de la Cour EDH sont contraignants, ils n'ont en pratique qu'un effet déclaratoire et un étranger ne peut se soustraire à un acte administratif dicté

---

<sup>191</sup> CJUE, 2 mars 2010, *Abdullah contre Bundesrepublik Deutschland*, n° C-175/08.

<sup>192</sup> GISTI, « Le juge européen : l'ultime recours ? » *Plein droit*, n°92, mars 2012.

<sup>193</sup> CJUE, *El Dridi*, 28 avril 2011, n° C-61/11.

<sup>194</sup> CJUE, *N.S. and ME*, 21 décembre 2011, n° C-411.

<sup>195</sup> D. Thym, « *Judicial Maintenance of the Sputtering Dublin System on Asylum Jurisdictions* », *CMLRev*, 2018.

<sup>196</sup> Catherine Gauthier, Sébastien Platon, David Szymczack, « Droit européen des droits de l'Homme », *Sirey*, Dalloz, p. 345.

par les autorités en invoquant l'effet suspensif d'un arrêt de la Cour. Toutefois, force est de constater que les gouvernements ne se sont jamais opposés à la mise en œuvre et au respect de la jurisprudence de la Cour EDH, ce qui lui donne tout de même un écho important en matière d'asile et d'immigration. Sa jurisprudence témoigne indéniablement d'une portée importante, tant en matière de droits absolus tels que le droit à la vie de l'article 2, de droits assortis de réserves tels que le droit à la vie privée et familiale prévue à l'article 8 ou encore les droits plus limités tels que le droit à un procès équitable<sup>197</sup>.

La Cour EDH est donc bien l'auteure d'une jurisprudence protectrice en matière d'immigration et d'asile. Il est cependant indéniable que sa jurisprudence s'est infléchie ces dernières années ; notamment à partir du tournant de 2015. La Cour EDH a également fait face à une augmentation croissante des requêtes qui lui sont présentées en matière de contentieux des étrangers. À l'occasion d'une présentation en date de 2017, le Professeur Ledi Bianku<sup>198</sup>, ancien juge à la Cour EDH, rappelle qu'initialement les juges de Strasbourg avaient conscience du fait qu'il s'agit là d'une matière éminemment politique car touchant à la souveraineté nationale<sup>199</sup>. Cependant, la jurisprudence de la Cour a ensuite évolué, notamment sur le plan du principe de non-refoulement. La Cour a étendu sa jurisprudence afin de faire entrer dans le champ d'application de la CEDH des situations plus variées, cette dynamique s'appréciant particulièrement sur le plan de l'asile ; la jurisprudence de la Cour EDH couvre ainsi un champ plus important de situations ce qui lui permet *in fine* de tenir son rôle de gardienne des droits proclamés au sein de la CEDH en matière de contentieux des étrangers. Si la Cour EDH joue comme la CJUE un rôle déterminant en matière de contentieux des étrangers, le dialogue entre les juges européens et nationaux est essentiel en la matière. C'est pourtant là la source d'une difficulté importante pour le juge national.

## **Section 2. La réception difficile de la jurisprudence européenne par le juge national en matière de contentieux des étrangers**

En matière de contentieux des étrangers, tant en matière de politique migratoire que d'asile, la coopération entre le juge national et les juges européens est fondamentale. En effet,

---

<sup>197</sup> Voir concernant cette dichotomie : Dossiers sur les droits de l'homme n°8 « *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme* », Éditions du Conseil de l'Europe.

<sup>198</sup> Professor Ledi Bianku, « *Recent ECtHR case law in asylum law* », Academy of European Law, 2017 <https://www.youtube.com/watch?v=Z58siobMgCY>

<sup>199</sup> Voir sur ce point Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80.

le juge national est le juge de droit commun des droits fondamentaux européens<sup>200</sup>. Concernant les dispositions prévues par la CEDH, la compétence de droit commun du juge national découle de l'effet direct du traité en droit interne. Cet effet direct naît du fait que tout justiciable français jouit d'un droit à agir en application des dispositions de la CEDH<sup>201</sup>. De ces considérations liminaires naît un véritable « *office européen du juge national* »<sup>202</sup> dont le rôle en la matière est absolument déterminant dans la mesure où en dépend l'application uniforme du droit de l'Union et de la CEDH. Un exemple illustrant parfaitement ce besoin accru de coopération est celui de l'inflation des mesures provisoires<sup>203</sup>. Ces mesures ont conduit à une augmentation importante des requêtes en la matière. C'est ainsi qu'en 2011 la Cour EDH appela à une coopération accrue avec les gouvernements nationaux et les praticiens. Si de telles propositions sont indispensables à l'avènement d'un droit efficace en matière de contentieux des étrangers à l'échelle européenne, un tel constat ne peut malheureusement pas être tiré de l'activité jurisprudentielle actuelle des juges nationaux et européens.

Se pose ainsi une question fondamentale en matière de contentieux des étrangers qui est celle de la réception par les juges nationaux des jurisprudences issues de Luxembourg et de Strasbourg par le juge national, dans notre cas le juge français. En effet, il existe indéniablement en la matière un problème majeur de coordination, plus précisément parce que le juge national est placé dans une situation beaucoup plus délicate que les juges européens. Si les juges européens doivent apprécier la violation des dispositions issues soit du droit de l'Union soit des normes du Conseil de l'Europe dans des espèces mettant en cause des étrangers ou demandeurs d'asile, la balance que doit rechercher le juge national entre ordre public et respect de ces libertés fondamentales est une situation plus délicate et inconfortable pour ce dernier. Les juges européens et nationaux n'ont pas les mêmes devoirs et obligations et leur office ne s'exerce pas au regard des mêmes conditions. Le dilemme auquel fait face le juge national est ainsi par définition beaucoup plus difficile. Ce dernier doit en effet pouvoir interpréter les jurisprudences européennes en matière de contentieux des étrangers et adapter sa jurisprudence en fonction de celles-ci. Pourtant, les contraintes auxquelles fait face le juge national sont très différentes ce

---

<sup>200</sup> Catherine Gauthier, Sébastien Platon, David Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Dalloz, p. 333.

<sup>201</sup> F. Sudre, « *Droit européen et international des droits de l'Homme* », cité in Catherine Gauthier, Sébastien Platon, David Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, op.cit., p. 334.

<sup>202</sup> Catherine Gauthier, Sébastien Platon, David Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, op.cit., p. 338.

<sup>203</sup> Exemple développé par le Professeur Vincent Tchen dans Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, op.cit., point 307, p. 227.

qui peut largement compliquer cette « transposition », les délais de transposition étant également un problème auquel fait face le juge national.

Ce constat implique que les jurisprudences européennes et nationales ne sont pas homogènes en matière de contentieux des étrangers. Si l'on peut penser que cette hétérogénéité est en partie causée par une influence du contexte politique et humanitaire, il ne s'agit pas là du seul facteur explicatif. Il s'agit là d'un problème intrinsèquement juridique touchant à la manière dont les missions de chaque juge sont conduites. Cette hétérogénéité contrevient à l'efficacité des normes juridiques en matière de contentieux des étrangers et complique grandement l'exercice de l'office du juge national. Il serait ainsi souhaitable de mettre en œuvre des mécanismes de coopérations plus pérennes et institutionnalisés, le degré de formation de chaque juge national au droit européen variant considérablement d'un État membre à l'autre. Mais si la multitude de compétences juridictionnelles constitue un dysfonctionnement juridictionnel de taille, la multiplicité des régimes procéduraux applicables l'est tout autant.

## *Sous-titre II. La multiplicité des régimes procéduraux applicables complexifie inutilement les procédures contentieuses*

La multiplicité des régimes procéduraux applicables en matière de contentieux des étrangers complexifie grandement la mise en œuvre des normes issues de son cadre juridique ; tant pour les principaux concernés, à savoir les demandeurs de titres de séjour et demandeurs d'asile, que pour l'exercice de l'office des juges nationaux. Cette multitude de régimes procéduraux tient essentiellement aux différents délais et procédures applicables en la matière, ces derniers mériteraient ainsi d'être harmonisés (chapitre I). Ce constat nous conduit à dresser celui d'un impact qualitatif négatif en termes d'évaluation d'une justice française déjà surchargée (chapitre II).

### *Chapitre I. Les nombreux délais et procédures juridictionnelles applicables en droit interne français doivent pouvoir être homogénéisés*

La quantité de délais et procédures juridictionnelles applicables dont fait état l'actuel droit des étrangers français constitue l'un des dysfonctionnements les plus prégnants en matière de contentieux des étrangers. Aussi, nous nous référerons largement ici aux conclusions du rapport publié par le Conseil d'État précédemment cité<sup>204</sup>, lequel consacre sa deuxième partie<sup>205</sup> au pan procédural du contentieux des étrangers.

Cette grande hétérogénéité conduit à faire du contentieux des étrangers une matière excessivement complexe et peu intelligible, aussi bien en termes d'accès au juge pour les requérants mais aussi pour les praticiens de cette matière, le juge national se situant au premier rang. Il existe en matière de contentieux des étrangers autant de procédures applicables que de décisions attaquables. Ces dernières sont en effet très nombreuses : refus et retrait de titre de séjour ou d'autorisation provisoire de séjour, OQTF, OQTF avec placement en rétention, OQTF avec détention, décision fixant le pays de renvoi, décision relative au délai de départ volontaire, interdiction de retour sur le territoire français (ci-après « IRTF »), interdiction administrative

---

<sup>204</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », octobre 2020.

<sup>205</sup> *Ibidem*, Deuxième partie « Des procédures excessivement complexes, partiellement inadaptées et inutilement répétées », pp. 15- 35.

de territoire français, interdiction de circulation pour les citoyens de l'Union européenne, décision de réadmission avec ou sans rétention ou assignation, transfert vers l'État responsable de l'examen de la demande d'asile présentée sur le territoire dans le cadre de la procédure Dublin, rétention, décision d'assignation à résidence expulsion, refus d'entrée sur le territoire, refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile, refus de visa, fin du droit de se maintenir sur le territoire français après une décision défavorable de l'OFPRA, en sont les principaux exemples. De ces multitudes de situations naît une multitude de procédures applicables : nécessité d'un recours administratif préalable auprès de la commission de recours contre les refus de visa concernant les décisions de refus de visa, recours pour excès de pouvoir concernant certaines décisions, recours en application d'une procédure dérogatoire prévue par le CESEDA pour d'autres, caractère suspensif ou non du recours etc... La pluralité de procédures et de délais applicables ne peut que conduire à une mise en œuvre difficile du contentieux par les juges en charge de l'examen des dossiers.

L'OQTF constitue une illustration parfaite de la pluralité de délais de recours pouvant entrer en œuvre pour un même acte administratif, le délai pouvant varier en fonction de différents critères<sup>206</sup>. En matière d'OQTF, deux éléments sont susceptibles de faire varier le délai applicable : l'adoption ou non d'un délai de départ volontaire et le fondement sur lequel est adoptée l'OQTF<sup>207</sup>. C'est ainsi que pour un même acte, le délai peut être de quarante-huit heures, quinze jours ou un mois. Cette hétérogénéité des délais applicables place le juge dans une situation délicate. Souvent contraint de statuer dans des délais très réduits, le juge national devra pourtant apprécier des situations complexes à l'occasion desquelles peuvent faire entrer l'espèce dans le champ d'application d'un régime procédural applicable totalement différent, ce qui est susceptible d'avoir un impact déterminant sur l'issue du dossier et *in fine* sur la situation du concerné. Le Conseil d'État est amené régulièrement à statuer afin de préciser quel est le délai applicable à l'espèce<sup>208</sup>. C'est ainsi que, comme le souligne le rapport du Conseil d'État<sup>209</sup>, les juges nationaux sont placés face à des situations où ces derniers sont contraints de vérifier quel délai est applicable sur le plan contentieux, quel délai est applicable sur le plan du délai de jugement, le caractère suspensif ou non du recours, la formation de jugement,

---

<sup>206</sup> Cet exemple est développé au sein du rapport du Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p. 16.

<sup>207</sup> Les délais et différentes hypothèses conduisant à l'adoption d'une OQTF sont détaillés par les articles L. 611-1 à L. 613-8 (ex. art. L. 511-1) du CESEDA.

<sup>208</sup> Voir par exemple CE, Avis, 28 juin 2019, *M. et Mme. Jata*, n°426703, Mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>209</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p. 16.

l'existence d'une dispense de conclusion du rapporteur public ou non, le délai d'appel ou encore la possibilité de solliciter ou non le juges des référés.

Enfin, notons que certaines décisions font l'objet d'un traitement contentieux différent ce qui participe à l'inefficacité de certaines procédures contentieuses. À titre d'illustration et comme le souligne le rapport du Conseil d'État cité ci-contre, il semble peu efficace d'avoir choisi de séparer le traitement des décisions relatives au séjour et de celles relatives à l'éloignement<sup>210</sup>. Cette séparation a été notamment induite par l'adoption de la loi Sarkozy II en date du 24 juillet 2006, le rapport considérant alors qu'une telle distinction n'est plus justifiée dans l'état actuel du contentieux. Permettre à l'autorité compétente de statuer sur les deux procédures en même temps apparaîtrait alors comme un gain d'efficacité indéniable en la matière. Nous aurons l'occasion de rappeler qu'il semblerait opportun de repenser cet aspect du contentieux ce qui faciliterait grandement la mise en œuvre des procédures applicables en la matière.

## *Chapitre II. Un impact qualitatif négatif en termes d'évaluation de la justice française déjà surchargée*

Les pratiques d'évaluation des systèmes judiciaires sont courantes de nos jours et ce notamment sous l'impulsion du cadre européenne. L'œuvre du Conseil de l'Europe est particulièrement influente en la matière, la CEDH constituant un corpus de normes faisant tout particulièrement écho en matière de contrôle de la qualité et de l'efficacité de la justice<sup>211</sup>. Dans de nombreux domaines, la jurisprudence de la Cour EDH impulse des mouvements de modification des systèmes de justice nationaux vers plus d'efficacité et d'équité. Les processus d'évaluation des systèmes judiciaires sont largement développés à l'échelle européenne, en témoigne par exemple la création de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice. La célérité des décisions, le nombre d'affaires traitées par les juges, l'accessibilité et la transparence des décisions au regard des justiciables etc... sont ainsi des critères pris en compte dans ce système d'évaluation afin de déterminer si oui ou non l'office des juges nationaux s'inscrit dans cette logique de procès équitable. Le contentieux des étrangers n'y déroge pas, et

---

<sup>210</sup> *Ibidem.* p. 17.

<sup>211</sup> Voir par exemple sur ce point l'article 6 sur le droit à un procès équitable ou encore l'article 13 sur le droit au recours effectif.

ce car il est indéniable qu'en l'état actuel celui-ci a un impact négatif en termes d'évaluation de la justice française.

En effet, notre système judiciaire fait l'objet de nombreuses difficultés, le manque de ressources et la surcharge des juridictions étant souvent les premiers éléments invoqués. Le contentieux des étrangers est une matière particulièrement illustratrice de ces difficultés et fait l'état d'un environnement excessivement compliqué dans lequel le juge français doit exercer son office ; ce qui s'explique par l'hétérogénéité de son cadre juridique et la multiplicité des procédures applicables. Les conséquences sont alors négatives, tant pour la qualité des décisions rendues, que pour l'efficacité de l'office du juge national et enfin pour l'étranger ou le demandeur d'asile. Le constat d'un impact négatif sur la qualité des décisions rendues par la justice française en matière de contentieux des étrangers s'illustre sur trois plans principaux. Tout d'abord, la complexité et l'inefficacité de l'actuel cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers conduit trop régulièrement à l'obtention de titre de séjour « à l'usure » (section 1). Un autre dysfonctionnement majeur en la matière est celui de l'inexécution des décisions administratives voire de justice, conduisant trop souvent au maintien sur le territoire français des étrangers en situation irrégulière, conduisant ainsi à une multiplication des recours juridictionnels (section 2). Ces situations naissent souvent de la mise en place d'objectifs de régulation des flux migratoires, celle-ci conduisant indéniablement à porter atteinte aux exigences de justice et de respect des libertés fondamentales des étrangers et demandeurs d'asile (section 3).

### **Section 1. L'obtention du titre de séjour à l'usure**

Le constat de l'obtention du titre de séjour à l'usure s'inscrit dans un climat général de défiance à l'égard des étrangers et des demandeurs d'asile. Les nombreuses crises économiques dont fait état le XX<sup>ème</sup> siècle ont conduit à encourager le phénomène des migrations économiques<sup>212</sup>. Sur le plan intra-communautaire, les déplacements pour des motifs

---

<sup>212</sup> Contrairement à ce qui est avancé dans le débat public, le migrant économique ne désigne pas systématiquement un étranger entré irrégulièrement sur le territoire français. Il s'agit souvent d'individus ayant obtenu un titre de séjour afin d'exercer leur activité professionnelle en France. Les exemples pratiques sont nombreux, on pense par exemple à un ingénieur d'origine indienne venu exercer au sein d'une start-up française ou encore au travailleur saisonnier nord-africain.



économiques s'inscrivent dans l'essence même du projet européen<sup>213</sup>. Cependant, les flux migratoires originaires de pays tiers dont la motivation principale est l'accès à un marché du travail plus prospère et à des conditions économiques plus favorables cristallisèrent le débat public autour de l'immigration irrégulière en France ainsi que dans d'autres pays de l'Union européenne. Cette situation, associée à des flux migratoires importants induits par des phénomènes d'instabilité géopolitique à l'échelle mondiale, conduit sur le plan juridique à l'arrivée massive de personnes en situation irrégulière sur le territoire français.

S'il ne s'agit pas là de faire des généralités, l'obtention du titre de séjour à l'usure est une réalité aux conséquences juridiques importantes dont il faut se saisir afin de penser un cadre contentieux plus efficace. Nous l'avons déjà évoqué, l'office du juge national s'inscrit dans le cadre d'une mission difficile. Les situations dans lesquelles évoluent les migrants sont souvent complexes et difficiles à traduire sur le plan juridique. En sus de l'activité des personnels administratifs dans les premières phases de l'accueil de l'étranger, c'est le juge qui sera chargé de trancher sur la question de savoir si la demande de titre de séjour est fondée ou non. Nombreuses sont les questions posées au juge : la situation de cet individu correspond-elle aux critères posés par la Convention de Genève ? Ce dernier correspond-il à l'une des catégories d'octroi d'un titre de séjour (famille, éducation, travail etc...) ?

Nous entendons par l'expression d'obtention du titre de séjour « à l'usure » la situation où, multipliant l'introduction de demandes de titre de séjour, l'étranger obtient finalement une décision favorable. Peu documentée, cette pratique n'en demeure pas moins courante et participe indéniablement à la surcharge des juridictions compétentes, compliquant l'exercice de l'office du juge national. Se maintenant irrégulièrement sur le territoire français, l'étranger va alors réitérer à de nombreuses reprises les demandes de titres de séjour, parfois pour des motifs différents. Cette situation conduit l'autorité administrative à multiplier les actes administratifs à l'encontre d'individu concerné : OQTF, arrêté de reconduite à la frontière, fixation du pays de destination etc... Le destinataire de l'acte ne les exécutera pas et contestera la légalité de l'acte devant la juridiction administrative compétente. Ce schéma se répètera plusieurs fois jusqu'à ce que ce dernier obtienne une décision qui lui est favorable. En la matière, il faut bien distinguer les principes juridiques et la réalité pratique. L'introduction d'un

---

<sup>213</sup> Cette réalité n'exclut pas les nombreuses réticences dont a fait état la construction européenne quant à l'ouverture des marchés du travail nationaux à l'ensemble des ressortissants de l'Union européenne. Celle-ci a fait l'objet durant de nombreuses années d'âpres débats, voir par exemple la fameuse métaphore du plombier polonais.

recours à l'encontre d'une OQTF n'entraîne aucun effet suspensif. Si le délai fixé pour le départ est de 30 jours dans l'hypothèse d'une OQTF, passé ce délai le destinataire de l'acte peut être expulsé voire placé en centre de rétention. Pourtant, en pratique force est de constater que toutes ces mesures ne sont pas systématiquement exécutées et que nombreux sont les individus circulant irrégulièrement sur le territoire français. Le constat de la pratique de l'obtention des titres de séjour à l'usure conduit à celui tout autant problématique pour le contentieux qu'est celui de l'inexécution des décisions juridictionnelles.

## **Section 2. L'inexécution des décisions conduit trop souvent au maintien des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français et à la multiplication des recours juridictionnels**

Depuis les années 1980 voire depuis l'élection de Valéry Giscard d'Estaing en 1974, la question de la régularisation des étrangers en situation irrégulière fait débat. En l'état actuel, l'inexécution des décisions est une problématique majeure du contentieux des étrangers et ce notamment parce qu'elle conduit à la multiplication des recours juridictionnels ce qui continue d'aggraver le cercle vicieux auquel fait face le juge national lors de l'exercice de son office. À titre liminaire, il s'agit de rappeler qu'un étranger qui se maintient irrégulièrement sur le sol français, en produisant des pièces falsifiées, s'expose à des sanctions pénales entrant dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler « *la fraude au séjour* »<sup>214</sup>. C'est ainsi que le Professeur Vincent Tchen souligne que « *la sanction pénale a d'abord été pensée comme un instrument mis au service de l'action administrative* »<sup>215</sup>. Ce dernier rappelant par ailleurs que la jurisprudence de la CJUE ne s'oppose pas à ce que le droit pénal d'un État membre<sup>216</sup> prévienne des délits afin de « *dissuader et réprimer la commission d'une infraction aux règles nationales en matière de séjour* »<sup>217</sup>. Si la question de la fraude au séjour pose différents problèmes sur le plan juridique comme par exemple la question de l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier ou encore la fraude au mariage, la question du délit de maintien irrégulier sur le territoire est celle

---

<sup>214</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, *op.cit.*, p. 691.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> La pertinence d'un système pénal visant à sanctionner le maintien irrégulier d'un étranger sur le territoire en le condamnant à une peine de rétention ou de prison a longtemps été questionnée. Voir sur ce point C. Chassang, « *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation* », thèse, Paris X, 2013.

<sup>217</sup> CJUE, Grande Chambre, 6 décembre 2011, *Achughbadian contre Préfet du Val-de-Marne*, n° C-329/11.

qui nous retiendra ici. C'est ainsi que la loi du 31 décembre 2012 a instauré un délit de maintien irrégulier sur le territoire<sup>218</sup>.

En sus du cadre pénal applicable à la fraude au séjour, des politiques d'éloignement des étrangers en situation irrégulières sont conduites par les autorités. Il est indéniable qu'en France ces politiques sont en échec. Les chiffres publiés par les travaux sénatoriaux<sup>219</sup> sont sans appel : plus d'un étranger sur deux placé en centre de rétention administrative n'est pas éloigné, et ce soit parce que l'OQTF a été annulée par le juge administratif, soit parce que l'administration n'en n'avait pas les moyens matériels. C'est ainsi que sur 103 940 éloignements prononcés en 2017, seuls 18 157 ont été effectivement exécutés dont 14 859 éloignements forcés. Le taux d'exécution des OQTF serait sur les six premiers mois de l'année 2018 égal à 12,6% soit 50 838 décisions prononcées et seulement 6 046 exécutées. Sur le plan de l'asile, moins de 12% des étrangers entrant dans le champ d'application de la procédure Dublin seraient effectivement transférés vers l'État membre compétent. Là encore le système Dublin met en exergue son incapacité à apporter une réponse efficace à la question migratoire. Comme le soulignent ces travaux, ce sont surtout les procédures d'éloignement qui pèchent en la matière : manque de moyens matériels afin de mettre à bien l'exécution de la décision, impossibilité d'obtenir un laissez-passer consulaire du pays d'origine ou tout simplement l'étranger qui n'est pas retrouvé par les services compétents etc... Le taux d'exécution des OQTF oscille entre 10 et 20% chaque année. Ce pourcentage est alarmant et conduit à des situations défavorables tant pour les services administratifs que pour le juge compétent qui est ainsi contraint d'examiner ces requêtes dans des conditions très défavorables.

En dépit de la violation des règles définies par notre État de droit, cela constitue un défi humain considérable et ce car les individus circulant sans titre sur le territoire évoluent souvent dans des situations sanitaires et humaines déplorables. Cette question pose également celle des politiques menées concernant les centres de rétention administrative dont le nombre de places disponibles, les conditions de rétention ou encore le coût budgétaire. Si l'assignation à résidence est possible, le constat d'un respect difficile de leur mise en œuvre est également indéniable. Toutes des situations conduisent nécessairement à un impact qualitatif négatif quant à

---

<sup>218</sup>L'article L. 824-3 (ex. art. L. 624-1) du CESEDA ainsi modifié par la loi du 7 mars 2016 prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 € d'amende.

<sup>219</sup> Voir sur ce point l'Avis n°153 (2018-2019) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 novembre 2018, « *Asile, immigration, intégration et nationalité* », <http://www.senat.fr/rap/a18-153-2/a18-153-2.html>

l'évaluation de la justice française. Cependant, un tel constat ne peut se conduire sans considérer la question de l'atteinte aux exigences de justice et de respect des libertés fondamentales des étrangers et demandeurs d'asile.

### **Section 3. L'objectif de régulation des flux migratoires peut porter atteinte aux exigences de justice et de respect des libertés fondamentales**

Dans un contexte difficile de crise des flux migratoires, les États membres ont en effet peu à peu développé des politiques visant à sécuriser et surtout à réguler ces mouvements. C'est ainsi que « *le prisme sécuritaire paraît être le seul instrument avec lequel lire un phénomène kaléidoscopique comme la migration* »<sup>220</sup>. Les politiques publiques témoignent du souhait prégnant des autorités de pouvoir réguler l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire et lutter contre l'immigration clandestine. Cette conception était déjà présente dans l'esprit des fameux décrets-loi Daladier en date du 2 mai 1938, ces textes s'inscrivant dans un contexte socio-politique particulier. Des lois plus récentes telles que la réforme de 2006 ensuite modifiée par la loi du 7 mars 2017 ont conduit au même effet, par exemple la possibilité de regrouper en un seul acte les décisions de refus de séjour, de reconduite à la frontière et de pays de destination. Pourtant, ce souhait des pouvoirs publics visant à réguler les flux migratoires ne peut faire abstraction des droits auxquels sont éligibles les étrangers sur le territoire français. Il s'agit là des exigences de justice (I) et des libertés fondamentales (II).

#### **I. L'atteinte portée aux exigences de justice dans le cadre du contentieux des étrangers**

Le contentieux des étrangers est un droit de l'urgence, et cela se traduit au sein de son contentieux, souvent débordé et contraint par des délais très restreints. S'inscrivant dans un contexte de régulation des flux migratoires, les conséquences sont importantes quant au respect des exigences de justice auquel peuvent prétendre les étrangers. Comme le souligne le rapport publié par le Conseil d'État en octobre 2020, « *la conciliation des impératifs d'effectivité du droit au recours, d'efficacité et de rapidité des procédures et de bonne administration de la*

---

<sup>220</sup> D. Bigo, 1998, in Lorenzo Gabrielli, « Les enjeux de la sécurisation de la question migration dans les relations de l'Union européenne avec l'Afrique », *Politiques Européennes*, 2007/2 n°22, pp. 149-173.

*justice n'est pas pleinement assurée* »<sup>221</sup>. Le rapport souligne alors que ce constat découle de deux défaillances principales. À savoir une atteinte portée à l'effectivité du droit au recours dont les dysfonctionnements procéduraux précédemment observés sont la principale cause, mais aussi un impératif de célérité auquel fait face le juge national lors de l'exercice de son office.

L'atteinte portée au droit au recours effectif est importante. Le rapport publié par le Conseil d'État souligne l'équilibre fragile qu'il faut pouvoir trouver entre la nature très brève des délais juridictionnels, qui s'explique par le besoin de statuer rapidement sur la situation de l'étranger, et l'effectivité du recours. La fragilité de la situation de l'étranger entre également en compte, ce dernier ne maîtrisant ni la langue ni la procédure qui lui est applicable. Dans une décision en date de 2018, le Conseil constitutionnel<sup>222</sup> a ainsi considéré que les dispositions du paragraphe IV de l'ancien article L. 512-1 du CESEDA (actuels articles L.614-14 et L.614-15) disposant que l'étranger en détention faisant l'objet d'une OQTF peut en demander l'annulation dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification, le juge administratif statuant alors sur ce recours dans un délai maximum de soixante-douze heures à compter de sa saisine, étaient contraires à la Constitution dans la mesure où ces dispositions « *n'opèrent pas une conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur d'éviter le placement de l'étranger en rétention administrative à l'issue de sa détention* »<sup>223</sup>. Le juge disposant alors de 72h pour statuer, ces dispositions méconnaissaient selon les juges du Conseil constitutionnel le principe du droit au recours effectif. Si cette jurisprudence concernait des faits particuliers à savoir un placement en détention, il semblerait cependant que le Conseil constitutionnel ait une appréciation variable en fonction du type d'acte en cause ainsi que l'accès effectif de l'étranger à l'information. C'est ainsi qu'il a pu considérer au contraire qu'un délai de 48h afin d'introduire un recours à l'encontre d'une décision de reconduite à la frontière ne méconnaissait pas ce même principe<sup>224</sup>. En dépit du rôle important joué par les associations en la matière, la portée pratique effective de ce droit au recours semble ainsi être limité.

---

<sup>221</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p. 22.

<sup>222</sup> Cons. const., 1<sup>er</sup> juin 2018, QPC n°2018-709.

<sup>223</sup> *Ibidem*, considérant n°9.

<sup>224</sup> Cons. const., 19 octobre 2018, QPC n°2018-741.

Aussi, il est indéniable que l'action de l'administration et du juge national français s'inscrit dans une logique de célérité à l'échelle du contentieux des étrangers. Comme le souligne le rapport du Conseil d'État, la particularité des recours contentieux en la matière est d'être très bref, s'échelonnant d'un délai de 48h à trois mois en principe<sup>225</sup>. Cependant, le rapport pointe du doigt un paradoxe important qui serait de nature à décrédibiliser l'exigence de délais brefs en la matière. En effet, pourquoi de telles exigences alors que, comme nous avons eu l'occasion de l'observer, le taux d'exécution des décisions est très faible ? Le juge se trouverait alors contraint de statuer dans des délais très restreints alors même qu'en pratique la probabilité d'une exécution effective de sa décision est très faible voire parfois inexistante. Il s'agirait alors d'un souhait du législateur de faire preuve d'une certaine « *cohérence administrative* »<sup>226</sup>. Une telle politique semble être pourtant loin d'être cohérente et ce car est susceptible de conduire à une violation du droit au recours effectif tout en obstruant l'exercice de l'office du juge. Plus encore, les délais de jugement impartis par le CESEDA ne sont pas respectés<sup>227</sup> et ce notamment pour les juridictions les plus concernées par l'augmentation du contentieux des étrangers, à savoir le Sud et l'Est de la France. Le paradoxe est *in fine* toujours le même : pouvoir traiter dans l'urgence un contentieux de masse avec la constante nécessité de trouver des solutions à long-terme.

Il nous faut ainsi souligner qu'en matière de contentieux des étrangers la multiplication des règles et procédures dérogoires au droit commun constituent une atteinte importante au respect des exigences de justice. Le recours croissant aux ordonnances et l'abandon progressif de la collégialité l'illustrent tout particulièrement au sein de la justice administrative. Nombreux sont les auteurs considérant que le contentieux des étrangers a une approche purement quantitative<sup>228</sup>. Le juge ne tiendrait plus en la matière son rôle premier au sein d'un État de droit à savoir son rôle de protection des justiciables. La Professeure Danièle Lochak souligne à ce titre la multiplication des délais de saisine raccourcis, des procédures accélérées et des appels non suspensifs. À titre d'exemple, les délais de recours ont été systématiquement réduits en matière de recours contre les OQTF et ce depuis la réforme de 2006 : la loi Besson de juin 2011

---

<sup>225</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p.23.

<sup>226</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p.24.

<sup>227</sup> Le rapport souligne qu'en 2019, le délai de jugement moyen en matière d'OQTF sans mesure de contrainte telle que prévue par l'ex-article 512-1 du CESEDA était de 4 mois et demi en moyenne contre 3 mois maximum *de jure*.

<sup>228</sup> Voir sur ce point Danièle Lochak, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », École nationale d'administration, *Revue française d'administration publique*, 2016/3 n°159, pp. 701-714.

poursuit le raccourcissement, tout comme la loi du 7 mars 2016 qui a finalement porté le délai de 30 jours à 15 jours concernant les OQTF qui ne sont pas accompagnées d'un refus titre de séjour. Là encore l'office du juge ne peut s'exercer efficacement et équitablement, certains auteurs évoquent de l'obligation pour les juges de statuer « à la chaîne »<sup>229</sup>. Quant à la multiplication des ordonnances en la matière, elle peut conduire dans certain cas à un abandon de la collégialité. Par exemple, l'article R.222-1 du CJA prévoit que les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel ou les magistrats ayant atteint au moins le grade de premier conseiller et désignés à cet effet par le président de leur juridiction peuvent par voie d'ordonnance rejeter les requêtes manifestement irrecevables, ou lors d'une procédure d'appel rejeter les requêtes d'appel manifestement dépourvues de fondement. Les bureaux d'aide au contentieux opèrent à un travail important en la matière. Si une atteinte importante est ainsi portée au droit au recours effectif des étrangers, le constat est tout aussi négatif sur le plan du respect des libertés fondamentales.

## **II. L'atteinte portée aux exigences des libertés fondamentales dans le cadre du contentieux des étrangers**

En sus des droits proprement juridictionnels dont les étrangers jouissent au même titre qu'un citoyen français ou européen (droit au procès équitable, droit au recours effectif etc...), ces derniers jouissent également de toute une série de droits fondamentaux auxquels les pouvoirs publics ne peuvent en théorie contrevenir. En effet, nombreux sont les droits liés au séjour. Bien que l'hétérogénéité des statuts et situations juridiques dans lesquelles se trouve l'étranger puisse compliquer la reconnaissance de ces libertés fondamentales, on compte parmi ces dernières le droit à l'égalité de traitement et à ne pas être discriminé, le droit à la dignité, la liberté d'expression, ou encore la liberté du mariage. Sont également reconnus des droits professionnels et sociaux ou des droits propres aux mineurs isolés. Les libertés fondamentales précédemment énumérées ont un écho tout particulier en matière de contentieux des étrangers. Le droit à l'égalité de traitement et à ne pas être discriminé par exemple impliquerait une égalité de traitement absolue quant à deux situations identiques. Cette conception se heurte en matière de contentieux des étrangers à cette distinction fondamentale faite entre le national et l'étranger<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> Le Conseil constitutionnel le rappelle dans sa jurisprudence, voir par exemple Cons. const., 9 janvier 1990, n°89-266 DC.

Une autre illustration est celle du droit à la dignité, il doit être lu en matière de contentieux des étrangers à travers le prisme d'une grande « *vulnérabilité du candidat au séjour* »<sup>231</sup>. En effet, toutes ces libertés fondamentales exercées dans le cadre du droit des étrangers mettent en exergue la fragilité dont font état les demandeurs de titre de séjour ou d'asile. Une fragilité car l'étranger n'a pas, par essence, le droit au séjour sur le territoire français et sa situation sera toujours quelque peu incertaine jusqu'à l'obtention éventuelle d'une naturalisation. La situation de l'étranger en situation irrégulière est encore plus précaire, car il sait qu'il encourt constamment un risque dans la mesure où celui-ci peut être soumis à l'édiction de mesures contraignantes à son égard telles que l'expulsion ou la reconduite à la frontière. En outre, certains employeurs profitent des étrangers en situation irrégulière et les font travailler en violation absolue des règles posées par le droit du travail. Le travail forcé et la prostitution sont également des réalités qu'il ne faut pas occulter.

Comme le souligne le Vice-Président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, les contentieux de masses tels que le contentieux des étrangers mettent souvent en œuvre « *des enjeux immédiats et importants* »<sup>232</sup>. Dans la mesure où les conséquences des décisions adoptées peuvent être grandes sur la situation des requérants, il semble impératif de prendre en considération la méconnaissance éventuelle des droits fondamentaux. En la matière, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (ci-après « CNCDH ») a récemment publié un avis sur la situation des personnes exilées à Calais et Grande-Synthe<sup>233</sup>. Les travaux de la CNCDH ont mis en exergue l'importance de mettre fin à la politique dite « *zéro point de fixation* »<sup>234</sup>, ainsi qu'à la mise en place de dispositifs humanitaires supplémentaires à Calais et enfin l'adoption d'un cadrage concernant les personnes exilées lors des négociations avec le Royaume-Uni au sujet du Brexit. Cet avis traduit l'ampleur de la méconnaissance des libertés fondamentales des personnes déplacées sur le sol français. Le durcissement de la politique sécuritaire conduit à des situations de non-droit particulièrement

---

<sup>231</sup> Voir sur ce point l'Avis n°153 (2018-2019) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 novembre 2018, « *Asile, immigration, intégration et nationalité* », p. 735.

<sup>232</sup> Jean-Marc Sauvé, allocution de clôture, « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », *RFDA*, n°4, 2011, p. 684.

<sup>233</sup> Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « *Avis sur la situation des personnes exilées à Calais et Grande-Synthe* », 11 février 2021, avis n°A-2021-3.

<sup>234</sup> Les politiques dites « zéro point de fixation » sont celles actuellement impulsées par le Ministère de l'intérieur et faire expulser les étrangers par les forces de l'ordre des camps informels dans lesquels il se trouvent en procédant régulièrement et systématiquement à des démantèlements à leurs rencontres. Cela se traduit également par la destruction des abris provisoires.



préoccupantes à leurs égards, l'avis de la CNCDH soulignant l'importance des atteintes portée à l'encontre de la dignité humaine des concernés. En l'espèce, on constate un accès défaillant aux services essentiels que sont l'eau et la nourriture, la santé et l'hygiène mais aussi un climat d'insécurité croissant face au développement des exploitations ou traites d'êtres humains. Enfin, de nombreux débats se cristallisent autour de questions telles que les fichiers biométriques pour mineurs. Si ces observations désignent la situation française, elles ne lui sont pas propres. D'autres pays à l'échelle de l'Union européenne sont concernés par des pratiques douteuses sur le plan du respect des libertés fondamentales des étrangers, tel fut le cas de la Grèce lors du scandale des expulsions systématiques en mer à ses frontières<sup>235</sup>. Notre droit reste incapable et silencieux face à une telle situation.

Nous ne pouvons que conclure à une mauvaise administration de la justice en matière de contentieux des étrangers. Les insuffisances juridictionnelles propres à la matière sont importantes tant sur le plan de la répartition des compétences qui apparaît complexe et peu efficace, la dialectique entretenue entre le juge national et européen étant largement obstruée alors qu'il devrait s'agir d'un axe majeur de ces politiques, que sur le plan du régime procédural qui apparaît tout autant inefficace et participe à une conjoncture de violation quasi systématique des libertés fondamentales des personnes déplacées. Il semblerait que la dialectique entretenue entre l'office du juge national et le contentieux des étrangers soit doublement négative : d'une part le juge national voit son office largement paralysé par ce contentieux de masse. D'autre part, l'effectivité du contentieux n'est plus assurée et le juge tient difficilement son rôle d'égide à la violation des libertés des individus. Face à un cadre juridique hétérogène voire inefficace, souffrant des insuffisances de coopération à l'échelle européenne et dans un contexte humanitaire de plus en plus alarmant, il semble aujourd'hui impératif de mettre en place des réformes ambitieuses afin d'espérer palier à ces dysfonctionnements et finalement permettre au juge national d'exercer son office en respectant sa mission élémentaire, à savoir la protection des droits et libertés des justiciables.

---

<sup>235</sup> « *Greece accused of committing crimes against humanity at its borders* », Statewatch, 5 February 2021 <https://www.statewatch.org/news/2021/february/greece-accused-of-committing-crimes-against-humanity-at-its-borders/>

## **Titre II. La nécessaire mise en place de réformes ambitieuses visant à pallier ces dysfonctionnements**

Les difficultés rencontrées par le juge national à tenir son rôle en matière de contentieux des étrangers nous conduit aujourd'hui à considérer que le droit des étrangers est un droit à repenser. L'état actuel du cadre normatif du contentieux des étrangers et les difficultés prégnantes auxquelles fait face le juge national lors de l'exercice de son office appellent des réformes ambitieuses. La formulation de propositions visant à améliorer le cadre juridique et procédural applicable en la matière est aujourd'hui impérative au regard de l'urgence de la situation et de la précarité dans laquelle évoluent des milliers de personnes déplacées. Sur le plan de l'Union européenne et bien que celui-ci doive encore être accepté par l'ensemble des États membres, le nouveau pacte pour la migration présenté le 16 septembre 2020 par la présidente de la Commission européenne semble être un premier pas vers l'adoption d'un cadre normatif repensé et renouvelé, mieux adapté aux difficultés propres à la question migratoire (sous-titre I). Si une coopération accrue est indispensable entre les États membres afin d'espérer une amélioration de la situation contentieuse, des réformes doivent également être conduites sur le plan interne sans quoi le cadre de l'intervention du juge national ne pas pourra être stabilisé (sous-titre II).

### ***Sous-titre I. À l'échelle européenne : le nouveau pacte pour la migration proposé par la Commission européenne doit permettre une coopération accrue entre les États membres***

Une réflexion visant à l'avènement d'un exercice plus efficace de l'office du juge français en matière de contentieux des étrangers doit avoir pour point de départ une étude à l'échelle européenne. En la matière, l'absence de consensus entre le États-membres est indéniablement l'un des dysfonctionnements les plus prégnants. Aujourd'hui encore l'élaboration d'une politique migratoire efficace à l'échelle de tous les États-membres est trop souvent passée sous silence ; en témoigne par exemple le fait que la question migratoire ait constitué l'angle mort des négociations post-Brexit<sup>236</sup>. Paradoxalement, la réforme de la

---

<sup>236</sup> À ce titre il faut relever que depuis la sortie effective du Royaume-Uni de l'Union européenne, le règlement Dublin a cessé de s'y appliquer. Voir notamment : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/01/04/apres-le-brexit-les-questions-migratoires-restent-a-negocier\\_6065137\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/01/04/apres-le-brexit-les-questions-migratoires-restent-a-negocier_6065137_3224.html)

politique migratoire européenne est au cœur des débats depuis plusieurs années maintenant, principalement depuis la crise migratoire de 2015. L'espace Schengen constitue comme nous avons eu l'occasion de le voir un des piliers à la libre circulation intra-Union et est ainsi au cœur de la question migratoire, celui-ci faisant à ce sujet l'objet de nombreuses critiques. Comme l'avait déjà proposé l'ancien président de la République Nicolas Sarkozy en 2012, l'actuel président Emmanuel Macron a proposé lors du dernier Conseil européen de 2020 une refonte de l'espace Schengen<sup>237</sup>. Vecteur des valeurs européennes et théâtre de l'expression des libertés dont jouissent les citoyens européens, ce n'est pas tant l'espace Schengen qu'il faut entièrement réformer<sup>238</sup> mais plutôt la politique migratoire de l'Union, et particulièrement la manière dont elle est appréhendée par les États-membres. La possibilité ou non d'aboutir à un cadre normatif efficace en matière de politique migratoire dépend plus largement de la volonté des États membres. Une réorganisation efficace des politiques migratoires et d'asiles européennes nécessite un travail sur trois plans principaux : le plan politique, le plan juridique et enfin le plan procédural. Ainsi, l'instauration d'un climat de confiance et de coopération entre les États-membres (chapitre I) constitue un préalable nécessaire à l'indispensable pérennisation d'un dialogue des juges entre les juges nationaux et européens (chapitre II), qui ne peut se conduire sans l'amélioration et la modernisation du régime procédural applicable lui-même en la matière (chapitre III).

### *Chapitre I. La nécessaire instauration d'un climat de confiance pour l'élaboration d'une politique migratoire et d'asile commune aux États membres*

Repenser l'exercice de l'office du juge national implique avant toute chose de considérer la dimension politique du problème. Force est de constater que l'actuelle inertie des politiques migratoires européennes est essentiellement due à un manque de coopération à l'échelle des États-membres. Il s'agit là d'un des enjeux les plus délicats en la matière, et ce car il ne concerne pas seulement la question des étrangers mais est inhérente à n'importe quelle

---

<sup>237</sup> Une telle proposition était déjà en germe dans l'agenda d'Emmanuel Macron. En 2019, en amont des élections européennes, ce dernier avait notamment proposé dans une lettre adressée aux français de « remettre à plat l'Espace Schengen ». Voir : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-rennaissance-europeenne>

<sup>238</sup> Si le bien-fondé de l'espace Schengen n'est pas discuté, les rencontres entre ministres des États membres mettent tout de même au centre des négociations la nécessité de renforcer l'espace Schengen, notamment par le biais d'une révision du code frontières Schengen. Sur ce point voir par exemple : Commission européenne, Communiqué de presse, « Premier forum Schengen : vers un espace Schengen renforcé et plus résilient », Bruxelles, 30 novembre 2020.

politique européenne susceptible de venir concurrencer la souveraineté des États membres. La problématique relative à l'articulation entre l'exercice de la compétence de l'Union européenne et la souveraineté des États membres est donc inhérente à l'ensemble de la construction européenne<sup>239</sup>. Il serait ainsi utopiste d'espérer aujourd'hui un consensus absolu entre tous les États membres, particulièrement au regard de la particulière sensibilité de la question migratoire. Les intérêts et contraintes de chaque État sont bien trop nombreux et hétérogènes pour espérer qu'ils s'expriment d'une seule voix. Les États conserveront toujours le contrôle sur leur territoire qui reste l'expression absolue de leur souveraineté. En dépit de cette réalité, il est pourtant possible de repenser le cadre de la coopération entre ces derniers, c'est notamment le pari qu'ont fait les institutions de l'Union européenne à l'occasion de la présentation d'une proposition de règlement présentée le 23 septembre 2020<sup>240</sup>. C'est ainsi que le Parlement européen évoque en la matière « *un nouveau départ en matière de migration sur la base d'une approche globale de la gestion de la migration* »<sup>241</sup>.

Il est aujourd'hui impératif en matière de politique migratoire et d'asile de mettre l'accent sur la responsabilité, la solidarité et la coopération entre les États-membres sans quoi le cadre normatif applicable en la matière continuera à se complexifier. Il revient à l'Union européenne de développer un mécanisme de solidarité qui puisse permettre de gérer l'interdépendance des politiques nationales. Comme nous avons pu l'observer précédemment, c'est cette solidarité qui pêche aujourd'hui dans la mesure où la pression migratoire est souvent bien plus forte sur les pays du Sud de l'Europe ; ce qui participe à exacerber les tensions entre les États membres. Ainsi, la Commission européenne a pensé un système de solidarité « forcée »<sup>242</sup>, ou du moins qui serait obligatoire lors de situations de crise ou de fort afflux migratoire. Tous les pays à l'échelle de l'Union devraient ainsi être mis à contribution quant à l'accueil des migrants, et non pas seulement les pays de premier accueil tels que la Grèce, l'Italie ou encore Malte. Les pays qui refuseraient d'accueillir les migrants et demandeurs d'asile seraient alors contraints de participer à la prise en charge des migrants, et ce tant

---

<sup>239</sup> Il s'agit d'ailleurs d'une question à laquelle aucune réponse n'a jamais été apportée. Sur ce point : « *la discussion sur la souveraineté demeure une sorte de « refoulé » de la construction européenne : rarement abordée de front, elle est plutôt esquivée, ou mal posée, dans les débats publics* » Introduction, in *L'Europe en formation*, 2013/2 (n°368), pp. 3-9.

<sup>240</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.

<sup>241</sup> *Ibidem*. p.1.

<sup>242</sup> La Commission parle de « *solidarité constante* » : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.

matériellement que financièrement. Un tel mécanisme devrait pouvoir remplacer celui des quotas<sup>243</sup>, mis en échec car très peu respecté par les États membres d'Europe centrale. En outre, l'Union a mis l'accent sur la dimension sécuritaire de la politique de migration et d'asile en mettant à l'honneur la question sensible des retours des migrants en situation irrégulière dans leur pays d'origine.

Une autre préoccupation à l'échelle européenne est celle de l'aide à l'expulsion des personnes déboutée de leur demande d'asile ou de titre de séjour, se maintenant donc illégalement sur le territoire des États-membres. Consciente de cette difficulté majeure, la Commission met l'accent sur une solidarité accrue en la matière et évoque des mécanismes d'aide au retour<sup>244</sup> pour la mise en œuvre des procédures de retour des individus sans titre de séjour dans leur pays d'origine mais aussi concernant les opérations de recherche et de sauvetage en mer. Il s'avère également essentiel de travailler sur les accords de réadmissions avec les États tiers, ces derniers n'étant pas toujours en mesure de réadmettre leurs ressortissants. L'Union envisage notamment de favoriser la nomination d'experts qui seraient chargés de négocier ces accords et de dresser des rapports visant à évaluer l'état de la situation dans les pays concernés. Ces dispositions devraient venir compléter le cadre issu du règlement en date de 2009 et établissant un code des visas<sup>245</sup>. La Commission entend notamment mettre à profit le Service européen pour l'action extérieure et les délégations de l'Union dans les pays concernés.

Les propositions de la Commission européenne visant à accroître cette solidarité entre les États membres sont les bienvenues lorsqu'on sait qu'en l'état actuel l'échange d'informations et la coopération entre les États sont encore trop absents des relations entre États-membres en matière de politique migratoire. Des mesures telles que l'accentuation des rencontres entre les ministres de l'Intérieur des États membres ou encore la réforme du code des frontières Schengen sont des voies d'amélioration intéressantes. Cependant, de telles propositions resteront malheureusement lettre morte sans réelle volonté politique des États membres de mettre fin à leurs désaccords. À ce titre, nous pouvons souligner le paradoxe dont

---

<sup>243</sup> Le système des quotas a été introduit par la Commission Juncker mais posait de nombreuses difficultés de mise en œuvre.

<sup>244</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final, p.4.

<sup>245</sup> Règlement (CE) 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243 du 15.9.2009, p.1-58.

a fait preuve la Commission, celle-ci évoquant une solidarité obligatoire certes, mais « flexible »<sup>246</sup>. Lorsque l'on sait les difficultés avec lesquels les États membres négocient, le risque d'une trop grande flexibilité serait justement la poursuite d'une inertie totale en la matière. Si la coopération entre États membres est un préalable nécessaire à l'amélioration du cadre normatif applicable au contentieux des étrangers, la coopération entre les juges nationaux et européen l'est tout autant.

## *Chapitre II. Le nécessaire renforcement du dialogue entre les juges européens et nationaux*

L'un des éléments participant à l'éclatement du corpus applicable en matière de contentieux des étrangers est indéniablement la relation entretenue entre les juges nationaux et européens<sup>247</sup>. Les jurisprudences issues de la CJUE et de la Cour EDH ont un impact déterminant sur la conduite de l'office du juge français. En effet, celui-ci est amené à de nombreuses reprises lors de son office à adapter sa jurisprudence afin de satisfaire les solutions définies sur le plan de la jurisprudence européenne. S'il s'agit là d'une des missions du juge national que de prendre en compte la jurisprudence européenne en droit interne, celle-ci est source de difficultés et particulièrement en matière migratoire. Comme nous l'avons étudié précédemment, les différences d'objectifs et de contraintes auxquels font face le juge national et européen rend souvent difficile la réception de cette jurisprudence en droit interne. En matière de contentieux des étrangers, les droits fondamentaux de la personne humaine devraient constituer le leitmotiv de l'ensemble des juges amenés à statuer. Pourtant, la réalité pratique est toute autre. Là encore, le juge national se trouve pris en étau entre la volonté de préserver les intérêts de son État tel que prévu dans les textes de droit interne et la nécessité de transposer la jurisprudence européenne. Si certains parlent de devoir d'ingérence humanitaire comme surpassant l'exercice de la souveraineté nationale, une telle acception est difficile à mettre en œuvre en pratique, le contentieux des étrangers l'illustrant particulièrement.

---

<sup>246</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.

<sup>247</sup> Nous ferons référence ici tant au juge de Strasbourg que de Luxembourg.

Le juge national est donc un acteur central de la mission visant à élaborer un consensus<sup>248</sup> à l'adoption d'une politique migratoire et d'asile pérenne. Les juges de Strasbourg ont pour objectif d'assurer que les objectifs de régulation des flux migratoires respectent la dignité des concernés, et les juges de Luxembourg veillent à l'application homogène des normes de l'Union par les États membres. La CJUE a longtemps eu une jurisprudence particulièrement favorable à l'étranger, ce qui s'explique notamment par son souhait de veiller à préserver la libre circulation dont jouit le citoyen européen<sup>249</sup>. De la même manière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va bien souvent dans le sens d'une protection accrue des libertés fondamentales des personnes déplacées et visent à favoriser l'identification des personnes nécessitant une protection internationale en application des traités et conventions. Le rôle du juge national s'avère ainsi être beaucoup plus complexe et ce car il devra intégrer ces jurisprudences protectrices de l'étranger dans sa jurisprudence interne tout en respectant les intérêts nationaux, ce qui implique souvent de faire face à un afflux migratoire massif auquel les capacités d'accueil de son État ne peut plus répondre.

Le fait est que les jurisprudences européennes sont extrêmement casuistiques et fécondes en matière de migration et de protection des réfugiés. Sans améliorer la coopération accrue avec les juges européens, l'exercice de l'office du juge français restera déconnecté des exigences européennes. Certes, la prévalence des intérêts nationaux peut parfois influencer le juge national lorsqu'il statue, ce qui rappelle ce que le Juge Anatole Kovler appelle être des « *manifestations discrètes de souveraineté* ». Cette question de la marge d'appréciation des faits est également centrale et témoigne comme nous l'avons vu de la manière hétérogène dont sont appréciés et mis en œuvre les critères des politiques d'asile et de migration ; interprété par chaque juge à la lumière de ses propres intérêts nationaux. Cependant, cela n'empêche pas que les juges nationaux prennent en compte la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE au sein de leur jurisprudence. Comme le rappelle un avis de la CNCDH<sup>250</sup>, « *des obligations concrètes pèsent sur les États en ce qui concerne les conditions d'accès à la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs d'asile, qui ont été définies peu à peu par la jurisprudence européenne mais aussi administrative.* »<sup>251</sup>. Celle-ci rappelle alors que « *en conséquence, les*

---

<sup>248</sup> À ce titre voir notamment Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme, « *Dialogue entre juges* », 25 janvier 2008 [https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2008\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf)

<sup>249</sup> À ce titre voir par exemple les jurisprudences Cour de justice de l'Union européenne, Assemblée Plénière, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, n° C-200/02 ou encore plus récemment Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, 6 octobre 2020, n°C-181/19.

<sup>250</sup> CNCDH, Avis sur « le concept de pays tiers sûr », JORF n°299 du 23 décembre 2017.

<sup>251</sup> *Ibidem*, Considérant n° 28.

*demandeurs d'asile doivent pouvoir bénéficier de garanties procédurales mais leur mise en œuvre n'est pas effective* »<sup>252</sup>. Nous constatons ainsi qu'il est essentiel de pérenniser ce dialogue entre la jurisprudence européenne et nationale afin de garantir la construction d'un corpus de normes efficace.

Ces constats nous mènent indéniablement à faire appel à la mise en œuvre de mécanismes de coopération et de communication plus pérennes entre les juridictions des États membres et européennes. La jurisprudence en matière de contentieux des étrangers mériterait à être unifiée et simplifiée. Un tel résultat pourrait être atteint à l'aide de mécanismes de coopération telles que des productions scientifiques communes, le travail de la doctrine, la tenue de conférences et séminaires rassemblant des juristes et praticiens compétent en la matière à l'échelle de toute l'Union ou encore au moyen de formations communes. De tels phénomènes sont aujourd'hui indispensables à la résolution de ce problème majeur du contentieux des étrangers qu'est celui du manque de coopération entre les juridictions nationales et européennes. Des questions particulièrement sensibles en matière d'étrangers comme par exemple l'extradition ou encore le retour des étrangers en situation irrégulière dans leur pays d'origine sont des sujets sur lesquels la communication et l'échange d'information doivent être particulièrement privilégiés. De la même manière, le juge national fait souvent état de nombreuses difficultés quant à l'appréciation de la situation au sein des pays d'origines notamment en matière d'asile. Là encore une communication favorisée à l'échelle des juges nationaux et européens faciliterait l'exercice de l'office du juge en la matière et *in fine* l'appréciation de la situation du requérant. Il s'agit finalement de sensibiliser tant les juges nationaux et européens aux problématiques de chacun afin d'aboutir à une réponse commune au problème migratoire. Si faciliter l'échange d'informations entre les juges nationaux et européens est indispensable, une telle avancée resterait sans effet si nous ne parvenons pas à améliorer et à moderniser les procédures applicables à l'échelle européenne.

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, Considérant n°29.



### *Chapitre III. L'amélioration et la modernisation des procédures applicables au contentieux des étrangers à l'échelle européenne*

Le constat du caractère particulièrement inadapté du cadre procédural européen en matière d'asile et de protection des réfugiés est indéniable. La réforme procédurale conduite quant à la gestion de l'asile et de la migration a pour pan majeur une reconsidération des procédures applicables en matière d'asile, et ce dans la mesure où le RAEC et le règlement Dublin sont largement visés par la réforme. En effet, de la convention de Dublin, à Dublin II en 2003 puis Dublin III en 2013, ces procédures ne sont aujourd'hui plus du tout adaptées à la réalité des difficultés majeures posées par la crise migratoire de 2015. L'une des promesses majeures avancée par le nouveau pacte pour la migration de la commission serait le remplacement de l'actuel système Dublin autour duquel se concentrent à nouveau toutes les critiques. Là encore la présidente de la Commission a mis l'accent sur le lien étroit qui doit unir la question de l'asile et du retour des personnes n'ayant pas le droit de rester sur le territoire d'un État membre. L'Union européenne a mis l'accent sur le fait qu'il ne s'agit pas de supprimer Dublin dans la mesure où « *le système de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale est un élément fondamental de l'acquis de l'Union en matière d'asile et ses objectifs demeurent valables.* »<sup>253</sup>. S'il est vrai que l'absence de politique européenne en la matière ne serait pas plus profitable car conduirait à des systèmes d'accords *ad hoc* voire une absence de gestion des demandes d'asile par les États membres, conserver le mécanisme en l'état n'est pas non plus envisageable. C'est ainsi que le plus important serait de permettre la mise en œuvre d'une procédure plus proche des réalités pratiques, à savoir la réalité selon laquelle les pays sont inégaux face à la pression migratoire. L'avènement d'un mécanisme de solidarité et de responsabilisation accrue pour tous les États membre semble alors être un bon début, l'accent devant être mis également sur l'importance de la relocalisation des migrants. Le partage équitable des responsabilités est le prérequis indispensable à la correction des déficiences de l'actuel système. Cependant, une telle répartition ne pourra se faire qu'au moyen d'outils juridiques contraignants. Il est important de ne pas répéter le phénomène qui s'est produit avec Dublin, à savoir qu'une majorité des États ne le respecte pas. Si des sanctions financières pourraient être envisagées, la question de l'acceptabilité pose ici un problème majeur.

---

<sup>253</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final, p.14.

Mais ce constat relatif au caractère inopérant de l'actuel cadre procédural européen n'est pas propre à l'asile. De manière générale, il faut pouvoir mettre en œuvre une procédure visant à étudier de manière plus efficace la situation des arrivants. Des mesures avaient déjà été mises en place, mais les systèmes en l'état sont là encore insuffisants, en témoigne par exemple le système Eurodac<sup>254</sup> qui n'aide pas à améliorer la situation dans les hotspots sous tension. Il s'agit alors de mettre en œuvre une procédure efficace et réactive mais qui permette également le respect des droits fondamentaux des personnes déplacées. La Commission a proposé la mise en place de systèmes de « sélection » ou de « tri » des migrants à leur arrivée. Cela permettrait tout d'abord de vérifier plus efficacement leur identité et de procéder à des examens de santé, mais surtout de définir quelles sont les entrées irrégulières et celles qui ne le sont pas. Il s'agit alors de définir si l'individu peut prétendre à une demande d'asile auquel cas il sera mis en œuvre une procédure spécifique. Si ce n'est pas le cas et qu'aucun motif valable de séjour ne peut être invoqué, les mécanismes de relocalisations pourront être mis en œuvre. L'objectif serait alors de permettre une politique incitative qui viserait à aiguiller tant les demandeurs d'asiles et migrants que les autorités publiques vers les bonnes procédures. Des mesures spécifiques devront être adoptées pour accompagner les familles et les mineurs non accompagnés.

Enfin, une révision de l'actuel RAEC nécessiterait indéniablement de repenser le rôle de Frontex dans le domaine de la gestion des frontières de l'Union européenne, les récentes controverses mettant en lumière les défaillances de cette agence. Ainsi, il semblerait profitable de repenser d'une part son budget afin de permettre à Frontex d'apporter son concours aux nouveaux mécanismes décrits ci-contre. Il serait notamment intéressant de favoriser une coopération croissante entre Frontex et les garde-côtes des États membres en la matière. Frontex devrait pouvoir apporter son concours aux procédures de retour bien que cette agence ne puisse se substituer aux activités réalisables seulement par des institutions ou entités étatiques, tel que par exemple l'indispensable soutiens diplomatiques aux États tiers. Si les contrôles relatifs aux activités de Frontex ont pu paraître à certains égards insuffisants, certaines organisations à but non lucratif telles que Statewatch ont notamment mis en exergue qu'il serait important de mettre l'accent sur la nécessité de transparence de l'agence Frontex mais aussi d'autres agences telles qu'Europol. La question de l'accès aux documents est un enjeu central en la matière, l'accès

---

<sup>254</sup> La proposition ne vise par ailleurs pas à supprimer le système Eurodac.

aux informations visant les activités de telles agences étant toujours relativement obscure et ce notamment pour les citoyens non-européens, alors que comme le souligne le directeur de l'organisation Statewatch Chris Jones, les partenariats avec les pays tiers sont très nombreux<sup>255</sup>. C'est ainsi que la nécessité de réformer la politique européenne en matière de migration et d'asile, tant sur le plan politique, juridique que procédural est aujourd'hui indéniable afin de permettre une approche globale et efficace de la question migratoire. Si ces réformes sont essentielles pour la mise en œuvre d'un cadre juridique efficace, les difficultés auxquelles fait face le juge français à l'occasion de l'exercice de son office appellent également des révisions sur le plan national.

---

<sup>255</sup> « *Ombudsman fails non-EU citizens in Frontex access to documents decision* », Statewatch, 11 February 2021, p.2.

## *Sous-titre II. À l'échelle nationale : la mise en œuvre d'une simplification procédurale et le renforcement du caractère contraignant des décisions de justice*

Une amélioration du cadre normatif et procédural à l'échelle européenne doit impérativement être accompagnée d'une évolution du corpus de normes applicables en droit interne français, sans quoi l'exercice de l'office du juge national ne pourra être amélioré. Les travaux de la Commission supérieure de codification ont restructuré le CESEDA en modifiant son architecture<sup>256</sup>. Les pouvoirs publics soulignent cependant que « *cette refonte intervient à droit constant : elle réorganise le code sans faire évoluer le droit applicable* »<sup>257</sup>. Pourtant, c'est bien le cadre normatif applicable en la matière et l'état de notre droit qui fait obstacle aujourd'hui à l'exercice d'une justice efficace et équitable en matière de contentieux des étrangers.

C'est ainsi que le cadre normatif de droit interne applicable au contentieux des étrangers doit être aujourd'hui repensé et ce sur quatre plans principaux. En amont de la phase contentieuse, il s'agit tout d'abord de repenser la phase administrative de l'examen de la situation de l'étranger. L'action des administrations compétentes en la matière doit être améliorée et rendue plus efficace afin de limiter le plus possible les hypothèses d'introduction de requêtes (chapitre I). En sus de l'échelle administrative, la mise en œuvre d'une simplification procédurale apparaît aujourd'hui indispensable et ce afin d'empêcher le corpus normatif applicable en matière de contentieux des étrangers de continuer à s'amonceler de manière tentaculaire (chapitre II). Un encadrement plus strict de l'intervention des différents juges compétents ainsi que le renforcement du caractère contraignant des décisions de justice devront en être le corollaire sans quoi une amélioration du cadre procédural n'aurait aucune portée pratique (chapitre III). Enfin, dans l'hypothèse où la phase contentieuse n'aboutit pas, il s'agit également de penser la question de la régularisation de la situation des étrangers témoignant de leur insertion dans la société française, question souvent omise mais finalement centrale au contentieux des étrangers (chapitre IV).

---

<sup>256</sup> La veille Permanente, Droit public, « *Recodification du Ceseda : vers une publication en début d'année 2021 ?* », Éditions législatives, Lefebvre Dalloz, septembre 2020.

<sup>257</sup> Compte rendu du Conseil des ministres du 16 décembre 2020 : <https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2020-12-16#code-de-l-entree-et-du-sejour-des-etrangers-et-du-droit-d-as>

## *Chapitre I. Le renforcement de l'efficacité des mesures administratives et l'amélioration des modes d'examen de la situation de l'étranger*

L'amélioration du cadre normatif applicable en droit interne passe tout d'abord par une amélioration des procédures et de la communication à l'échelon administratif. Trop d'inefficacités administratives sont encore prégnantes dans le système actuel ce qui a des conséquences importantes sur l'ensemble du contentieux, et particulièrement sur l'office du juge. Il s'agit alors comme le suggère le rapport publié par le Conseil d'État « *d'améliorer le fonctionnement de la chaîne administrative afin de prévenir d'inutiles contentieux* »<sup>258</sup>. Les agents administratifs sont les premiers interlocuteurs entre les étrangers ou demandeurs d'asile et l'administration à l'occasion de leur arrivée sur le territoire français. Ils sont souvent chargés de réaliser les premières démarches quant à l'examen de la situation de l'étranger, étapes préalables mais indispensables à la conduite de toute la procédure. Des dysfonctionnements dès cette première phase de l'étude du dossier peuvent avoir des conséquences déterminantes en cas d'ouverture d'une procédure contentieuse, ou pire être à la source de celle-ci. C'est ainsi que le Conseil d'État formule quatre propositions au sein de son rapport de 2020, à savoir : la résolution des « *difficultés d'accès au guichet* », l'amélioration du « *partage d'informations entre administrations* », le respect des délais lors de l'édition des actes administratifs « *afin d'éviter la naissance de décisions implicites de rejet* » et enfin la révision de « *l'organisation de la défense contentieuse de l'administration* »<sup>259</sup>.

**Améliorer l'accueil administratif des étrangers et demandeurs d'asile.** A ce titre, il convient de rappeler que ces dernières années ces procédures ont été largement dématérialisées. Si ces modernisations furent mises en place avec pour objectif de simplifier l'examen de la situation des étrangers, force est de constater que des difficultés persistent. Les étrangers et demandeurs d'asile n'ont pas nécessairement accès aux dispositifs matériels nécessaires à la réalisation de ces démarches en ligne ainsi qu'ils n'ont pas toujours connaissance des démarches à suivre. Sur ce point relatif à l'accessibilité de la procédure pour les concernés, les associations assistent efficacement les intéressés.

---

<sup>258</sup> Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », *op.cit.*, p.53.

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp.54-56.

**Améliorer la communication entre les différents acteurs du contentieux des étrangers.** Il ressort également de la pratique qu'il existe en la matière un manque de communication entre les différents acteurs en matière de contentieux des étrangers. Cela concerne en premier lieu les administrations, mais également les avocats voire les juges. Il s'agit d'accentuer l'échange rapide des informations à l'échelle nationale entre les différents organismes tels que l'OFII, l'OFPRA et les juridictions. Ce manque de coopération entre les administrations obstrue le traitement des dossiers et peut conduire au non-respect des délais impartis, ce qui comme le souligne le rapport du Conseil d'État donne lieu à des décisions implicites de rejet au sens des articles R. 432-1 et R. 432-2 (ex. art. R. 311-12 et R. 311-12-1) du CESEDA. Des demandes de communication de certains motifs, décisions ou informations relatives à la situation de l'étranger entre administrations et à l'étape pré-contentieuse plus systématiques devraient permettre une résolution rapide de ce premier dysfonctionnement.

**Repenser la défense de l'administration en matière de contentieux des étrangers.** Rarement représentée lors des audiences, la variété des actes édictés par chaque préfecture à l'échelon local reste très faible, les procédures se suivent et se ressemblent. Nous pourrions alors envisager la mise en place d'une défense mieux organisée de l'administration, notamment par la création de conseils à l'échelon national qui aurait pour avantage d'être spécialisé dans la rédaction des mémoires en défense. Au regard de la pression exercée par le contentieux des étrangers sur l'activité administrative, cette hypothèse mériterait certainement d'être étudiée. Enfin, notons que ces dysfonctionnements administratifs s'inscrivent également dans un contexte de défiance de l'administration à l'égard des étrangers<sup>260</sup>. Cette réalité est indissociable de la réalité politique et sociale de la question migratoire, cela a des conséquences sur le traitement des dossiers par les agents administratifs. Si l'amélioration de l'efficacité de la phase pré-contentieuse est indispensable afin de corriger les dysfonctionnements en la matière et améliorer l'exercice de l'office du juge, des réformes procédurales sont également indispensables.

---

<sup>260</sup> Xavier Crombé, « MIE/MNA : un accueil sous tension », *EMPAN*, 2019/4 n°116 pp.24-29.

## *Chapitre II. La réduction du nombre de procédures juridictionnelles applicables en droit interne*

Comme nous avons eu l'occasion de l'observer précédemment, l'hétérogénéité procédurale propre au contentieux des étrangers participe de l'inefficacité du travail des juges compétents. Si l'on veut espérer une intervention plus efficace du juge en la matière, il est indispensable de réduire le nombre de procédures applicables aux diverses situations dans lesquelles peuvent se trouver les étrangers. Nous aurions pu penser que la refonte du CESEDA portée par une ordonnance en date du 16 décembre 2020<sup>261</sup> et un décret<sup>262</sup> en date du 16 décembre 2020 puissent permettre de répondre à cet objectif. En effet, le nouveau CESEDA entré en vigueur en mai 2021 consacre une partie du livre I à l'OFII, l'OFPRA ainsi qu'à la CNDA. Plus déterminant encore, il met en œuvre une restructuration des dispositifs relatifs au séjour et ce en organisant dans différents livres les dispositions applicables au ressortissant communautaire, à l'entrée et au séjour. Est également mise à l'honneur une clarification des procédures d'éloignement en différenciant strictement les décisions et leur exécution. Une attention toute particulière est également portée à la situation des ressortissants d'outre-mer. Si les nouvelles dispositions apparaissent être un bel effort de pédagogie, une simple réorganisation des normes applicables ne sera certainement pas suffisante ; une simplification via la réduction du nombre de procédures applicables semblant être indispensable en l'état actuel du contentieux.

**La fluidification du contentieux des étrangers implique une réduction du nombre de procédure applicables.** C'est ainsi que le rapport du Conseil d'État appelle à « *rationaliser le contentieux des étrangers en passant d'une douzaine à trois procédures juridictionnelles, adaptées à leur réel degré d'urgence* »<sup>263</sup>. Il semble en effet intéressant de distinguer les différentes requêtes au regard de leur degré d'urgence et ce car cela est également largement corrélé aux exigences de respect des libertés fondamentales des étrangers et demandeurs d'asile. Le Conseil d'État préconise d'adopter deux procédures d'urgence et une procédure ordinaire. La procédure ordinaire permettrait de traiter les requêtes qui ne demandent pas de traitement

---

<sup>261</sup> Ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020.

<sup>262</sup> Décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020 portant partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020.

<sup>263</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p.35.

d'une particulière urgence ; le Conseil d'État proposant en la matière d'y appliquer le régime de droit commun tel que prévu par le CJA, à l'exception du délai de recours qui serait d'un mois non-prorogeable ce qui reviendrait plus au moins aux délais actuels en matière de recours dirigés contre les OQTF. Le délai de jugement serait fixé à 6 mois. Les procédures d'urgence seraient déterminantes et ce notamment lorsque l'on sait que le juge des référés est largement sollicité. L'audience pourrait alors se tenir à juge unique et les délais applicables resteraient sensiblement identiques (96 heures à quinze jours). Il sera également important de déterminer si la procédure d'urgence est ou non réellement justifiée, ce qui dépend en réalité de la question de savoir si une procédure d'exécution forcée est effective ou non<sup>264</sup>. Afin de permettre un traitement plus efficace des requêtes nous pourrions par exemple considérer que les OQTF avec délai puissent être traités en procédure normale. D'autres hypothèses comme le placement en rétention ou la mise en œuvre de la procédure Dublin pourraient également justifier la nécessité de la mise en œuvre de procédures d'urgence en la matière<sup>265</sup>. Le rapport propose notamment une suppression de la possibilité d'interjeter l'appel dans le cadre de la procédure de transferts Dublin<sup>266</sup> ; une telle hypothèse s'expliquant par le besoin de rationaliser les procédures applicables mais qui ne doivent pas éluder le droit au recours effectif des concernés, ce qui pourrait également donner naissance à un contentieux important.

De manière générale, il s'agit sur le plan procédural de rationaliser les procédures applicables afin de permettre une gestion plus efficace des dossiers contentieux. En la matière, les multiples exceptions au régime de droit commun paralysent également excessivement les procédures contentieuses. Enfin, il s'agit de rappeler que cette complexité procédurale est également largement due à la mauvaise articulation entre le domaine règlementaire et législatif en la matière, celle-ci participant largement à ce phénomène de multiplication des exceptions et régimes dérogatoires. Une simplification sur ce sujet serait ainsi également bénéfique au contentieux dans son ensemble. C'est ainsi que si la modernisation et la rationalisation des procédures applicables en matière de contentieux des étrangers est indispensable en la matière, sur le plan juridictionnel l'encadrement de l'intervention des différents juges compétents et le renforcement du caractère impératif des décisions rendues par le juge sont des réformes indispensables afin de faciliter l'appréhension contentieuse du droit des étrangers.

---

<sup>264</sup> Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*, p.38.

<sup>265</sup> À ce titre, voir les propositions n°2-1, 2-2, 2-3 et 2-4, Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *op.cit.*

<sup>266</sup> *Ibidem*, p.41-42.



### *Chapitre III. L'encadrement renouvelé des interventions entre les différents juges compétents et le renforcement privilégié du caractère impératif des décisions rendues*

Sur le plan purement juridictionnel, la répartition complexe des compétences juridictionnelles en matière de contentieux des étrangers appelle, sans pour autant contrevenir aux principes constitutionnels de répartition des compétences entre l'ordre juridictionnel et administratif, à repenser l'articulation de leur intervention respective (section 1). Une telle amélioration resterait lettre morte sans travailler au renforcement du caractère impératif des décisions rendues par le juge compétent (section 2).

#### **Section 1. L'encadrement de l'articulation entre les interventions des juges compétents**

Sur le plan juridictionnel, il est en l'état indispensable de fluidifier l'intervention des différents juges compétents. Comme le souligne le Professeur Tchen, la Commission<sup>267</sup> chargée de travailler en 2008 sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration a eu l'occasion de penser la question de l'unification du contentieux. C'est ainsi qu'une telle unification au profit du juge administratif a été directement écartée et ce car elle conduirait à une révision de l'article 66 de la Constitution, un acte politiquement et juridiquement lourd de conséquence, notamment en ce que l'indépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir exécutif et législatif est un PFRLR<sup>268</sup>. Au contraire, les travaux mirent aussi en exergue une éventuelle unification du contentieux au profit du juge judiciaire, qui notamment à l'occasion des recours dirigés contre les OQTF pourrait se prononcer à la fois sur celle-ci et sur la rétention. Là aussi, une telle option fut rapidement écartée, notamment car le transfert dans le domaine de compétence du juge judiciaire ne serait pas justifié dès lors qu'il n'y a aucune atteinte portée à la liberté individuelle de l'étranger. Si une troisième voie avait été proposée à savoir celle de la création d'une juridiction spécialisée, cela aurait certainement conduit à « *accentuer l'illisibilité du contentieux des étrangers* »<sup>269</sup>. En réalité, les situations juridiques sont si variées en matière

---

<sup>267</sup> Sur ce point, voir les propositions de la Commission présidée par l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud contenues dans un rapport remis au président de la République le 11 juillet 2008.

<sup>268</sup> Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC.

<sup>269</sup> Vincent Tchen, *Droit des étrangers, op.cit.*, p.150.

de contentieux, qu'il est difficilement imaginable de favoriser l'intervention d'un juge unique en la matière.

Si l'hypothèse d'une réforme visant à unifier la totalité du contentieux au profit d'un seul juge n'est donc pas envisageable, cela n'empêche pas la nécessité d'encadrer de manière plus accrue encore l'articulation de l'intervention entre les différents juges compétents, tant du juge administratif, judiciaire ou de l'asile. Là aussi le rapport publié par le Conseil d'État en 2020 mit en exergue différentes voies d'amélioration. Premièrement, ce dernier rappelle que « *la transformation de l'office du juge du séjour et de l'éloignement en plein contentieux doit être écartée, au bénéfice d'un approfondissement de l'usage des pouvoirs dont dispose le juge de la légalité* »<sup>270</sup>. Des mesures visant à améliorer la communication entre le juge administratif et le juge des libertés et de la détention pourraient être également profitables. De la même manière, l'articulation des compétences de la CNDA et du juge administratif de droit commun doivent être fluidifiées ; le Conseil d'État considère notamment que la compétence de la CNDA devrait être totalement exclue pour toute question procédurale. Cela conduirait entre autres à revenir sur certaines jurisprudences<sup>271</sup>. Enfin, il pourrait être intéressant au regard du caractère fortement évolutif de la matière de favoriser l'échange d'informations et d'analyses concernant l'actualité jurisprudentielle au sein des juridictions et entre magistrats, par exemple par le biais de forums sur l'intranet des juridictions<sup>272</sup>.

Comme le préconise le Conseil d'État, il serait enfin intéressant de « *parfaire l'articulation de l'intervention du juge du séjour et de l'éloignement avec celles du juge des libertés et de la détention et du juge de l'asile* »<sup>273</sup>. Il s'agirait alors notamment d'organiser les délais procéduraux différemment de manière à ce que le juge des libertés et de la détention n'ait plus à statuer qu'une seule fois sur la décision du placement en rétention et sur celle de prolongation. Un renforcement du rôle du juge des référés pourrait être également une voie d'amélioration probante en la matière, ces contentieux étant souvent caractérisés par l'urgence. Mais, si une organisation repensée de l'exercice des compétences entre les différents juges

---

<sup>270</sup> Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », *op.cit.*, p.45.

<sup>271</sup> Voir par exemple la décision CE, 23 décembre 2016, *M. Chergui*, n°403971 à l'occasion de laquelle le Conseil d'État avait considéré qu'une décision de l'OFPRA constatant l'irrecevabilité d'une demande d'asile en rétention relève en cas de contentieux de la CNDA.

<sup>272</sup> Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », *op.cit.*, p.51.

<sup>273</sup> *Ibidem.* p.48.

compétents est importante sur le plan juridictionnel, le renforcement du caractère impératif des décisions rendues l'est encore plus.

## **Section 2. Le renforcement du caractère impératif des décisions rendues**

Il s'agit là d'un enjeu fondamental à l'amélioration du cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers. Comme nous avons eu l'occasion de l'observer précédemment, l'un des enjeux majeurs du contentieux des étrangers est le très faible taux d'exécution effectif des décisions en la matière. Cela conduit au maintien sur le territoire de nombreux étrangers en situation irrégulière et cela participe à la pression exercée sur les juridictions compétentes. Il est aujourd'hui impératif de repenser les outils mis à disposition du juge afin de renforcer le caractère impératif de ses décisions. Comme le rappelle le Conseil d'État au sein de son rapport, le juge administratif devrait tout d'abord user plus largement du pouvoir d'injonction dont il dispose depuis la loi du 23 mars 2019, et notamment de son pouvoir d'astreinte<sup>274</sup>. Cela conduit le juge à apprécier la situation à la date à laquelle il statue<sup>275</sup>. Le juge ne devrait ainsi pas seulement enjoindre l'administration de réexaminer la demande en question mais également de délivrer le titre de séjour. Cela reviendrait tout simplement pour le juge à user plus effectivement des outils mis à sa disposition lors de son office.

La question du renforcement de l'exécution des décisions administratives renvoie plus spécifiquement à celle de l'exécution des décisions de justice. Si bon nombre d'actes administratifs sont concernés par cette non-exécution, celle des décisions de justice l'est tout particulièrement et souligne le caractère dégradé de l'office du juge en matière d'étrangers. L'exercice de l'exécution est une notion « *extrinsèque à la juridiction administrative* »<sup>276</sup>. En matière de contentieux des étrangers de nombreuses procédures existent afin de faire exécuter de manière forcée les décisions d'éloignement, voir notamment les visites domiciliaires<sup>277</sup> et les retenues de passeport<sup>278</sup>. Si certaines modifications du cadre normatif pourraient être pensées afin de renforcer le caractère impératif des décisions rendues comme par exemple « *prévoir la possibilité d'édicter une décision d'éloignement dès la date de l'ordonnance*

---

<sup>274</sup> *Ibidem.* p. 47.

<sup>275</sup> CE, 4 juillet 1997, *Epoux Bouzerak*, n°156298, Rec. p.278.

<sup>276</sup> Christophe Fardet, « La notion d'exécution des décisions de justice administrative », *Civitas Europa*, 2017/2 n°38 pp.13-27.

<sup>277</sup> CESEDA article L.732-8 (ex. art. L. 561-2 II).

<sup>278</sup> CESEDA article L.814-1 (ex. art. L. 611-2).

*rejetant le recours contre la décision de l'OFPRA »<sup>279</sup>, la réalité est qu'il s'agit surtout d'une question de moyens matériels et financiers. Bien souvent le problème est que l'administration ne dispose pas des moyens nécessaires pour lui permette de mettre en œuvre les décisions d'éloignement, soit sur le plan financier soit tout simplement car l'étranger destinataire de l'acte est en fuite. Le renforcement du caractère impératif des mesures est indispensable à l'amélioration du cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers, mais de telles mesures ne pourront être effectives que si de réelles sanctions sont mises en place en cas de non-respect ; et surtout si des procédures sont mises en œuvre afin d'assurer le caractère effectif de ces sanctions. S'il est ainsi impératif de prévoir des moyens matériels supplémentaires afin d'assurer la mise en œuvre des décisions en matière de contentieux des étrangers édictées à l'encontre des étrangers en situation irrégulière, il s'agit également de considérer la situation de l'étranger témoignant d'une insertion dans la société française.*

#### *Chapitre IV. La question de la régularisation des étrangers témoignant de leur insertion dans la société française*

La question de la régularisation des étrangers témoignant de leur insertion dans la société appelle à être étudiée en raison de sa portée pratique. En effet, si nombreux sont les étrangers amenés à être maintenus sur le territoire pour les raisons étudiées ci-contre, au fil des années ces derniers développent des liens susceptibles de justifier de leur insertion dans la société française. Nous rappelons à ce titre qu'afin d'obtenir un titre de séjour, l'étranger peut avancer différents motifs tels que des motifs professionnels, éducatifs mais aussi familiaux. En la matière, tout étranger souhaitant se maintenir durablement sur le territoire français doit pouvoir justifier d'une condition d'intégration suffisante, on parle de « *contrat d'intégration républicaine* »<sup>280</sup>. Les conditions de régularisation sont parfois difficiles, le Conseil d'État a par exemple eu l'occasion d'annuler une circulaire permettant la régularisation par le travail au titre d'une admission exceptionnelle au séjour<sup>281</sup>. De la même manière, le contexte lié à la crise sanitaire actuelle a remis au cœur des débats la question de la régularisation, le Portugal ayant par exemple rapidement pris des mesures de régularisation tandis que la France fut critiquée

---

<sup>279</sup> Voir à ce titre la proposition n°16 du rapport Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », *op.cit.*, p.53.

<sup>280</sup> Ce dispositif a notamment été mis en place par un décret n°2016-900 du 1<sup>er</sup> juillet 2016.

<sup>281</sup> CE, 23 octobre 2009, *GISTI*, n°314397.

pour avoir seulement prolongé les délais de validité des titres de séjour<sup>282</sup>. De manière plus général, il semble aujourd'hui impératif de penser des mécanismes de régularisation plus systématiques, ce qui aurait pour effet d'alléger l'introduction de procédures contentieuses inutiles. Cependant, cela suppose nécessairement un encadrement juridique important, notamment afin de vérifier le bien-fondé des motifs allégués par l'étranger. S'il est vrai que la question du maintien des étrangers en situation irrégulière sur notre territoire pose des difficultés tant sur le plan juridique que politique, voire sociétal, « *tout cela tend à occulter ce que notre pays compte d'enthousiasmes à accueillir, d'engagements des élus, des acteurs administratifs comme des entreprises de la société civile, de succès silencieux de l'intégration* »<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Jean-Paul Jean, « Les juridictions face à la pandémie de covid-19 », Les cahiers de la Justice, Dalloz, 2020/3 n°3 pp. 498-503.

<sup>283</sup> Collège des praticiens du droit des étrangers, « *Pour des politiques migratoires conformes à toutes les exigences de la république. Faire reculer les situations de non-droit* », 21 janvier 2020.

## Conclusion générale

Le contentieux des étrangers est la conséquence juridique et procédurale d'un droit complexe et hétérogène, visant lui-même à encadrer un phénomène multifactoriel : le phénomène migratoire. Pourtant, et bien que l'immigration soit le théâtre de débats sociétaux et politiques, elle sera toujours une réalité avec laquelle il faut apprendre à composer et ce notamment en arrêtant d'y répondre par l'urgence. La question des frontières est centrale au phénomène migratoire. À qui les ouvrir, sous quelles conditions et pour quels motifs ? La crise de la Covid-19 participe de la peur de l'autre ainsi que de la tendance au protectionnisme dont font état de nombreux pays dans le monde. Si en 2020 la France a délivré 712 311 visas contre 3 534 999 en 2019 soit une baisse de 79,8%<sup>284</sup>, phénomène que l'on peut expliquer par la crise sanitaire, cette accalmie n'est que de courte durée et ne balaye pas les enjeux inhérents à la politique migratoire. À l'heure actuelle la question migratoire fait toujours état d'une double réalité : la pression migratoire excessive exercée sur les États qui ne peuvent légitimement satisfaire toutes les demandes de titre de séjour ou d'asile, d'une part, et, d'autre part, la situation humanitaire désastreuse dont font écho les associations d'aides aux migrants.

Face à cette situation, le juge tient un rôle central et déterminant. Plus que jamais, le contrôle exercé par le juge est essentiel afin d'éviter les abus tant de l'administration que des étrangers. Sur le plan de l'asile ainsi que sur celui de la politique migratoire, le juge est celui à même de mettre en balance les intérêts des parties en présence. Pourtant, nous avons eu l'occasion de constater que ce rôle est aujourd'hui largement mis à mal. L'hétérogénéité du cadre juridique applicable en matière de contentieux des étrangers rend difficile l'exercice de l'office du juge en la matière. Si d'une part la pression exercée sur les juridictions par le contentieux des étrangers semble difficilement soutenable sur le long terme, il est également indispensable que le juge puisse mettre en œuvre les outils mis à sa disposition afin de garantir un contrôle efficace ainsi que le respect des droits et libertés dont jouit l'étranger.

---

<sup>284</sup> Chiffres publiés le 21 janvier 2021 par le ministère de l'Intérieur : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/278205-immigration-les-chiffres-pour-lannee-2020>

Nous avons pu établir les sources de ces dysfonctionnements majeurs. Ceux-ci s'expliquent tant sur le plan politique, que juridique. Plusieurs années après les premiers jalons d'une politique migratoire européenne en mesure de concilier les contraintes économiques, sociales, politiques et de respect des droits de l'homme, force est de constater qu'aujourd'hui encore la matière souffre des réticences des États membres quant au partage de leurs prérogatives de souveraineté. La difficile répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres constitue aujourd'hui un obstacle majeur à l'avènement d'une politique migratoire et d'asile efficace et harmonisée à l'échelle de toute l'Union. La première caractéristique d'une politique migratoire devrait être son efficacité. Si la reconnaissance d'une souveraineté européenne propre en matière de politique migratoire semble difficilement envisageable sur le plan politique en raison de l'attachement des États à leur prérogatives de souveraineté ainsi que du manque de consensus dont ils font preuve, un retour aux particularismes nationaux est un scénario encore moins envisageable ; l'Union demeurant la seule entité à même d'œuvrer, laborieusement certes, au rapprochement des législations nationales en la matière. Si l'Europe est aujourd'hui indéniablement un partenaire indispensable à la politique migratoire et d'asile, la stratégie européenne manque de cohérence. Un réel consensus européen semble à l'heure actuelle être une perspective plus utopique que réellement envisageable. Cependant, l'action de l'Union européenne ces derniers mois témoigne d'une véritable volonté d'amélioration, le nouveau pacte pour la migration constituant un premier pas vers une prise de conscience collective. Ces obstacles politiques conduisent à des dysfonctionnements juridiques majeurs, notamment sur le plan procédural.

Ce constat rend indispensable la proposition de voies d'amélioration concrètes et tangibles afin de faciliter l'office du juge français dans un cadre juridique renouvelé et mieux adapté aux enjeux migratoires. Il s'agit alors de réformer le cadre juridique et procédural, tant à l'échelle européenne que nationale et ce en mettant l'accent sur la coopération, la transparence et la simplification des normes applicables en la matière. Si toutes les mesures proposées sont en l'état réalisables, celles-ci dépendent plus largement d'une véritable volonté politique visant à leur mise en œuvre. L'amélioration du cadre juridique applicable au contentieux des étrangers est un premier pas vers l'instauration de réels instruments de régulation des flux migratoires mais celle-ci ne se suffit pas. Des actions tangibles sur le plan sociétal, politique voire humanitaire restent des corollaires indispensables à l'instauration d'un cadre juridique plus efficace. Cela souligne toute l'importance d'introduire une réflexion quant à notre approche du phénomène migratoire, ce qui demeure « *indispensable à notre cohésion sociale, à notre santé*

*démocratique, à notre efficacité économique et finalement à notre rayonnement européen et international en tant que Nation* »<sup>285</sup> dont le juge est le garant.

S'il est aujourd'hui trop tôt pour considérer que les travaux engagés tant à l'échelle européenne que nationale porteront leurs fruits, nous pouvons d'ores et déjà affirmer que les années à venir seront déterminantes quant à notre capacité à répondre aux futurs défis migratoires. Si comme le rappelait A. Sen « *une mentalité d'urgence fondée sur une croyance erronée en des cataclysmes imminents conduit à des réponses essoufflées qui sont profondément contre-productives* »<sup>286</sup>, le juge national est plus que jamais le garant de la mise en œuvre d'une approche future basée sur la justesse de l'appréciation des faits et la rigueur de l'application du droit, ni laxiste ni arbitraire. Comme le rappelle Anicet Le Pors, « *Dis-moi comment tu juges, je te dirai qui tu es* »<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Collège des praticiens du droit des étrangers, « *Pour des politiques migratoires conformes à toutes les exigences de la république. Faire reculer les situations de non-droit* », 21 janvier 2020.

<sup>286</sup> Traduit de l'anglais in A. Sen, 1994, « *Population : Delusion and Reality* », *New York Review of Books*, p.71.

<sup>287</sup> Anicet Le Pors, *Juge de l'asile, op.cit.*



# Bibliographie

## Ouvrages généraux

Broyelle, C., *Contentieux administratif*, juin 2020, Lextenso.

Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, Presses Universitaires de France, 2018.

Dollat, P., *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Intégral concours, Paris Sirey, 2010.

Gauthier, C., S. Platon, et D. Szymczak, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Dalloz, 2016.

Martucci, F., *Droit de l'Union européenne*, 1<sup>ère</sup> édition, Hypercours, Dalloz, 2017.

Ost, F., *À quoi sert le droit ?* 1<sup>ère</sup> édition, Bruylant, 2016.

## Ouvrages collectifs – actes de colloques

« *Dialogue entre juges* », Cour européenne des droits de l'homme, 25 janvier 2008.

« *L'office du juge* », Paris, Sénat, Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006.

« *La concurrence des juges en Europe : le dialogue des juges en question* », Université de Tours, 25 au 27 novembre 2015.

« *Recent ECtHR case law in asylum law* », Academy of European Law, Professor Ledi Bianku, 2017.

« *The effects of COVID19 in the migration crisis from a comparative US-EU perspective* », Jean Monnet Project, Sciences Po Strasbourg, 16 novembre 2020.

Bilan de recherche de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie, Martinus *Nijhoff Publ.*, Académie de droit international de La Haye, 1989, p. 16.

Collège des praticiens du droit des étrangers, « *Pour des politiques migratoires conformes à toutes les exigences de la république. Faire reculer les situations de non-droit* », 21 janvier 2020.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, « *Avis sur la situation des personnes exilées à Calais et Grande-Synthe* », 11 février 2021, avis n°A-2021-3.

Conseil d'État, « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* », octobre 2020.

Conseil d'État, 2019, Bilan d'activité.

Direction générale des politiques internes, département thématique droit des citoyens et affaires constitutionnelles, Parlement européen, « *Répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres en matière d'immigration* », 2011.

Dossiers sur les droits de l'homme n°8 « *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme* », Éditions du Conseil de l'Europe, 2001.

Giannopoulos C., « *Les accords de réadmission de l'UE : les enjeux de la gestion des migrants en situation irrégulière par délocalisation* », 5<sup>ème</sup> journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Centre des études internationales et européennes de l'Université de Strasbourg, 8 février 2019.

Haguenau-Moizard, C., « *L'externalisation de la politique migratoire et les contrôles aux frontières extérieures* », 5<sup>ème</sup> journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice,

Centre des études internationales et européennes de l'Université de Strasbourg, 8 février 2019.  
Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, « *Global trends forced displacement in 2019* », 2020.

Institut français des relations internationales, « *Les politiques migratoires en France, en Italie et en Espagne. Un système complexe d'interdépendances internes et régionales* », Juin 2020.

Ipsos Public Affairs « *Enquête sur la souveraineté européenne* », Fondation Jean Jaurès, Fondation Friederich Ebert, Ipsos, Janvier 2021.

Maurer, M., « *La généralisation de la notion de pays sûrs* », Centre d'études internationales et européennes, 5<sup>ème</sup> journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Centre des études internationales et européennes de l'Université de Strasbourg, 8 février 2019.

Menghi, M., Quéré, J. « *La libre circulation des européens. État des lieux d'un droit fantasmé* », Institut Jacques Delors, Notre Europe, Janvier 2018.

Office français de protection des réfugiés et apatrides, « *Rapport d'activité 2019* », juin 2020.

Rapport d'information n°401 (2005-2006) de M. Adrien Gouteyron, fait au nom de la commission des finances, déposé le 15 juin 2006.

Sarolea, S., « *Les méthodes d'élaboration des accords de gestion externe des migrations : une approche critique* », 5<sup>ème</sup> journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Centre des études internationales et européennes de l'Université de Strasbourg, 8 février 2019.

## **Ouvrages en droit des étrangers – ouvrages spécialisés**

Arendt. H., *We Refugees*, *The Menorah Journal*, janvier 1943.

Bisiaux, S., *Communs parce que divisés*, Actes de recherches à l'ENS, n°12, 2016.

Carlier, J.Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne : Recueil de jurisprudence*, Émile Bruylant, 2020.

- Carlier, J.Y., et S. Saroléa. *Droit des étrangers*, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, 2016.
- Chaltiel, F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'Exemple français*, LGDJ, 2000.
- Crettiez, X., Piazza, P. *Du papier à la biométrie : identifier les individus*, Presses de Sciences Po, 2006.
- Dollat, P., *La citoyenneté européenne : théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- Dollat, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant, 1998.
- Jault-Seseke, F., S. Corneloup, et Places S.B., *Droit de la nationalité et des étrangers*, Thémis Droit, Presses universitaires de France, 2015.
- Lambert, P., C. Pettiti, et Barreau de Bruxelles, Institut des droits de l'homme. *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du séminaire du 21 mars 2003*, Droit et justice, Bruylant, 2003.
- Le Pors, A., *Juge de l'asile*, Les sens du droit, Michel Houdiard Éditeur, 2010.
- Néraudau-d'Unienville, E., et Jullien-Laferrière F., *Ordre public et droit des étrangers en Europe : la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruylant, 2006.
- Poupet, R., C. Pauti, M. Meneghini, et L. Jannin. *Le droit d'asile en Europe : études comparées*, Logiques Juridiques, Editions L'Harmattan, 2000.
- Seguin, D., *Guide du contentieux du droit des étrangers*, LexisNexis, 2012.
- Sureau, F., *Le chemin des morts*, Gallimard, NRF, 2013.
- Tchen, V., *Droit des étrangers*, Collection Manuels, LexisNexis, 2019.
- Troper, M., *Le droit et la nécessité*, Collection Léviathan, PUF, 2011.
- Vandendriessche, X., *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile commenté et annoté*, Code administratif, Dalloz, 2012.
- Weil, P., *La France et ses étrangers : l'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Collection Folio/histoire, Gallimard, 2005.

## Thèses

Aubin, E., *La France face à la construction de la citoyenneté de l'Union européenne*, thèse, Tours, 1999, 674 p.

Chassang, C., *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, thèse, Paris X, 2013.

Duvignau, J., *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, thèse, Pau, 2010, 479 p.

## Articles

Andrez, E., Spire, A., « Droit des étrangers et statut personnel », *Plein droit*, 2001, n°4, pp. 3-7.

Barral, C., « Vers la fin du « paradigme de l'immobilité » ? » *Hommes & migrations. Revue française de référence sur les dynamiques migratoires*, n° 1315 (1 juillet 2016) : pp. 100-104.  
Belorgey, J-M. *Plein droit*, n°64, avril 2005.

Berrod, F., « Un virus et des frontières », *J. Droit Eur.*, Bruylant, juin 2020, p. 245.

Bigo, D. 1998, in L. Gabrielli, « Les enjeux de la sécurisation de la question migration dans les relations de l'Union européenne avec l'Afrique », *Politiques Européennes*, 2007/2 n°22, pp. 149-173.

Brücker, P. Veron, D., Vertongen, Y., « Du mouvement des sans-papiers à la « crise » des réfugiés : évolution des catégories d'action et enjeux théoriques », *Critique internationale*, Presses de Sciences Po, 2019/3 n°84, pp. 9-21.

Centre international de formation européenne, « La discussion sur la souveraineté demeure une sorte de « refoulé » de la construction européenne : rarement abordée de front, elle est plutôt esquivée, ou mal posée, dans les débats publics », *L'Europe en formation*, 2013/2 (n°368), pp. 3-9, CMLRev, 2018.

Constant, A., Zimmermann, K.F., « Le défi des migrations : quelles options pour l'Europe ? », Association d'économie financière, *Revue d'économie financière*, 2017/1 n° 125, pp.195-208.

Constantinesco, V., « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ? », Centre international de formation européenne, *L'Europe en formation*, 2013/2 n°368, pp. 119-135.

Crombé, X., « MIE/MNA : un accueil sous tension », *EMPAN*, 2019/4 n°116 pp.24-29.

Delaunay, B., Le Clainche, M., Pissaloux J., Rouban, L. et Supplisson, D. « Chronique de l'administration ». *Revue française d'administration publique* n° 133, n° 1 (18 mai 2010) : pp. 137-68.

Delaunay, B., Le Clainche, M., Pissaloux J., Rouban, L. et Supplisson, D. « Chronique de l'administration ». *Revue française d'administration publique* n° 145, n° 1 (3 mai 2013) : pp. 209-34.

Delors, J., Discours devant le Parlement européen en date du 17 janvier 1989, *Bulletin des Communautés européennes*, 1989, n° Supplément 1/89.

Dollat, P., « La liberté de circulation et la citoyenneté européenne ». *Hommes et migrations*, 1998, pp. 25-35.

Dollat, P., « Qui est étranger dans l'Union Européenne ? » *Revue Hommes et Migrations*, 1 janvier 2009, pp. 108-113.

Dumont, G-F., « *La régulation de la migration, un impératif pour la liberté de circulation. Doit-on contrôler l'immigration ?* », Editions Prométhée, pp.115-122, 2009.

Fardet, C., « La notion d'exécution des décisions de justice administrative ». *Civitas Europa* N° 39, n° 2 (2017), pp. 13-27.

Gabrielli, L., « Les enjeux de la sécurisation de la question migratoire dans les relations de l'Union européenne avec l'Afrique. » *Politique européenne* n° 22, n° 2 (2007), pp.149-73.

Gemenne, F., « Ouvrir les frontières, une question de souveraineté », *Cités*, 2016/4 n°68, pp.49-60.

GISTI, « Le juge européen : l'ultime recours ? » *Plein droit*, n°92, mars 2012.

GISTI, « Nous accusons l'UE et les États membres », *GISTI*, 2018/3 n° 118, pp. 7-13.

Jean, J., « Les juridictions face à la pandémie de Covid-19 ». *Les Cahiers de la Justice* n° 3, 2 novembre 2020, pp. 493-503.

Kovler, A., « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », Centre international de formation européenne, *L'Europe en formation*, 2013/2 n°368, pp. 209-222.

La veille Permanente, « *Recodification du Ceseda : vers une publication en début d'année 2021 ?* », Éditions législatives, Lefebvre Dalloz, septembre 2020.

Laferrière, F-J., « La communautarisation de la politique migratoire ». *Migrations Societe* N° 116, n° 2 (2008) : pp. 59-71.

Lambert, H., *The position of aliens in relation to the European convention on human rights*. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

Lhomel, E., « Immigration et élargissement de l'Union européenne ». *Le Courrier des pays de l'Est* n° 1060, n° 2 (1 juillet 2007) : pp. 4-24.

Lochak, D., « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers ». *Revue française d'administration publique*, n° n°159 (2016) : pp.701-714.

Martins, V., « Towards a Europeanisation of French Mediterranean politics? », Centre international de formation européenne, *L'Europe en formation*, 2013/2 n°368, pp.223-240.

Montecler (de), M-C., « *Le contentieux des étrangers toujours en hausse* », Dalloz Actualité, 18 mai 2018.

Passegand, J. « France, terre d'asile ? », *Pour*, 2008/4 n°199, p. 41 à 45.

Qadim, N., « Contentieux des étrangers et vague managériale au tribunal administratif de Paris ». *Droit et sociétés* n° 84, n° 2, 6 septembre 2013, pp. 313-38.

Rousseau, C., Foxen, P., « Le mythe du réfugié menteur : un mensonge indispensable ? », *L'Évolution psychiatrique*, volume 71 n°3, juillet-septembre 2006, pp. 505-520.

Saglio-Yatzimisky, M-C., « Temps du trauma, terre de l'asile », in P. Boucheron, *Migrations, réfugiés, exil*, Odile Jacob, 2017.

Sauvé, J-M., allocution de clôture, « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », *RFDA*, n°4, 2011, p. 684.

Sen, A. 1994, « Population : Delusion and Reality », *New York Review of Books*, p.71.

Thym, D., « *Judicial Maintenance of the Sputtering Dublin System on Asylum Jurisdictions* », Torelli, M., « Le juge administratif et le droit des étrangers », presse de l'université de Toulouse 1 Capitole, *Regards sur le droit des étrangers*, pp. 179-191.

Tsourdi, E. Costello, C., « *The Evolution of EU Law on Refugees and Asylum* », in Paul Craig and Gráinne de Búrca, « *The Evolution of EU Law* », Oxford, 2021.

Wihtol de Wenden, C., « Ouverture et fermeture de la France aux étrangers. Un siècle d'évolution », in *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 2002, n°1, pp. 27-38.

## **Textes institutionnels des institutions de l'Union européenne**

### Commission européenne

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 22 novembre 2000 « *Une politique communautaire en matière d'immigration* » COM (2000) 757 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 « *Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* » COM (2005) 184 final.

Recommandation de la Commission du 23 septembre 2020 sur les voies légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires, C (2020) 6467 final.

### Conseil européen

Conseil européen de Tampere des 15 et 19 octobre 1999.

Conseil européen de La Valette des 11 et 12 novembre 2015.

## Parlement européen

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final.

## **Documents émanant des institutions des États membres**

### Activité parlementaire

Avis n°153 (2018-2019) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 novembre 2018, « *Asile, immigration, intégration et nationalité* ».

## **Sources de droit international**

Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

## **Sources de droit primaire de l'Union européenne**

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 391-407.

Version consolidée du traité sur l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 13-390.

Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012, p. 47-390.

## **Sources de droit dérivé de l'Union européenne**

### Directives

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19.7.2000, p. 22-26.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p.98-107.

Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18.6.2009, p.17-29.

Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection

des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JO L 101 du 15.4.2011, p. 1-11.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20.12.2011, p.9-26.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p.60-95.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013.

Directive (UE) 2016/801 du Parlement européen et du Conseil - du 11 mai 2016 - relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, JO L 132 du 21.5.2016, p.21-57.

### Règlements

Règlement (CE) 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243 du 15.9.2009, p.1-58.

Règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29.6.2013, p.31-59.

Règlement (UE) 2016/1953 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relatif à l'établissement d'un document de voyage européen destiné au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, et abrogeant la recommandation du Conseil du 30 novembre 1994, JO L 311 du 17.11.2016, p.13-19.

Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, p.1-52.

Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 303 du 28.11.2018, p.39-58.



## Sources de droit national

### Sources législatives

Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Recueil Duvergier p. 361.

Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF n°180 du 27 juillet 1952.

Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, JORF n°0274 du 26 novembre 1993.

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n°170 du 25 juillet 2006.

Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JORF n° 270 du 21 novembre 2007.

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JORF n°0139 du 17 juin 2011.

Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, JORF n°0057 du 8 mars 2016.

Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF n°0209 du 11 septembre 2018.

### Sources infra-législatives

Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JORF du 4 novembre 1945.

Décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, JORF n°0237 du 12 octobre 1990.

Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020.

Décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020 portant partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n°0315 du 30 décembre 2020.

## Table des décisions

### Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80.

Cour EDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98.

Cour EDH, 11 juillet 2006, *Saadi c. Royaume-Uni*, n°13229/03.

Cour EDH, *M.S.S contre Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, n°30696/09.

Cour EDH, Grande Chambre, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres contre Italie*, n°27765/09.

Cour EDH, 1<sup>er</sup> septembre 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, n°16483/12.

Cour de justice des Communautés européennes et Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, n°6-64, ECLI:UE:1964:66.

CJCE, 9 juillet 1987, *Allemagne c/ Commission*, n° C 281/85, ECLI:EU:C:1987:351.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, n° 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, n° C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.

CJCE, Assemblée Plénière, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, n°C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, n° C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429.

CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2011, *N.S. and ME*, n° C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865.

CJUE, Grande Chambre, 2 mars 2010, *Abdulla contre Bundesrepublik Deutschland*, n° C-175/08, ECLI:EU:C:2010:105.

CJUE, Grande Chambre, 6 décembre 2011, *Achughbabian contre Préfet du Val-de-Marne*, n° C-329/11, ECLI:EU:C:2011:807.

CJUE, Grande Chambre, 19 juin 2018, *Gnandi*, n° C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465.

CJUE, Grande Chambre, 6 octobre 2020, *Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle contre JD*, n° C-181/19, ECLI:EU:C:2020:794.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 23 janvier 1987, n°86-261 DC, Journal officiel du 25 janvier 1987, p.924, Recueil, p.8, ECLI:FR:CC:1987:86.224.DC.

Cons. const., 28 juillet 1989, n°89-261 DC, Journal officiel du 1<sup>er</sup> août 1989, p.9679, Recueil, p.81, ECLI:FR:CC:1989:89.261.DC.

Cons. const., 9 janvier 1990, n°89-266 DC, Journal officiel du 11 janvier 1990, p. 464, Recueil, p.15, ECLI:FR:CC:1990:89.266.DC.

Cons. const., 22 janvier 1990, n° 89-269 DC, Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972, Recueil, p.33, ECLI:FR:CC:1990:89.269.DC.

Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC, Journal officiel du 13 août 1993, p.11722, Recueil, p.224, ECLI:FR:CC:1993:93.325.DC.

Cons. const., 1<sup>er</sup> juin 2018, QPC n°2018-709, JORF n°0125 du 2 juin 2018, texte n°88, ECLI:FR:CC:2018:2018.709.QPC.

### Conseil d'État

CE, Section, 4 juillet 1997, *Epoux Bouzerak*, n°156298, Rec. p.278, ECLI:FR:CESSR:1997:156298.19970704.

CE, Section, 23 octobre 2009, *GISTI*, n°314397, Rec., ECLI:FR:CESSR:2009:314397.2009:1023.

CE, Ord., 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme – Collectif de défense contre l'islamophobie en France*, n°403578, Rec., ECLI:FR:CEORD:2016:403578.20160926.

CE, 23 décembre 2016, *M. Chergui*, n°403971, Rec., ECLI:FR:CECHR:2016:403971.20161223.

CE, Avis, 28 juin 2019, *M. et Mme. Jata*, n°426703, Rec., ECLI:FR:CECHR:2019:426703.20190628.

CE, Ord., 21 janvier 2021, *Association des avocats pour la défense du droit des étrangers et autres*, n°447878, Inédit au Rec., ECLI:FR:CEORD:2021:447878.20210121.

### **Sites internet**

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/fr/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/)

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

<https://www.conseil-etat.fr>

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fr>

<https://www.ecre.org>

<https://www.europarl.europa.eu/portal/fr>

<https://www.gisti.org/spip.php?page=sommaire>

<https://www.iom.int/fr>

<https://www.lefigaro.fr>

<https://www.lemonde.fr>

<https://www.liberation.fr>

<https://www.touteurope.eu>

## Annexe : Synthèse des propositions visant à l'amélioration du contentieux des étrangers<sup>288</sup>

<b>1</b>	<b>À l'échelle européenne : mettre en place des mesures permettant l'avènement d'une coopération accrue entre les États membres</b>
<i>1-1</i>	<i>Aboutir à un consensus politique entre les États membres en matière de politique migratoire</i>
<i>1-2</i>	<i>Renforcer le dialogue entre les juges européens et nationaux</i>
<i>1-3</i>	<i>Améliorer et moderniser les procédures communes applicables au contentieux des étrangers à l'échelle européenne</i>
<b>2</b>	<b>À l'échelle nationale</b>
<i>2-1</i>	<i>À l'échelle administrative</i>
<i>2-1-1</i>	<i>Améliorer l'efficacité de l'accueil administratif des étrangers et demandeurs d'asile</i>
<i>2-1-2</i>	<i>Améliorer la communication entre les différents acteurs du contentieux des étrangers</i>
<i>2-1-3</i>	<i>Repenser la défense de l'administration en matière de contentieux des étrangers par la création de conseils nationaux spécialisés</i>
<i>2-2</i>	<i>À l'échelle procédurale et contentieuse</i>
<i>2-2-1</i>	<i>Réduire le nombre de procédures applicables au regard du degré d'urgence présenté par chaque requête</i>
<i>2-2-2</i>	<i>Fluidifier l'articulation entre les interventions des différents juges compétents</i>
<i>2-2-3</i>	<i>Renforcer le caractère impératif des décisions rendues</i>
<i>2-2-4</i>	<i>Régulariser les étrangers témoignant de leur insertion dans la société française</i>

<sup>288</sup> Ce document vise à établir une synthèse des différentes propositions visant à l'amélioration du contentieux des étrangers évoquées dans ce travail de recherche. Le fruit de ce travail a été largement influencé par l'étude des travaux du Conseil d'État et des institutions européennes en la matière (voir sur ce point : Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », octobre 2020. Voir également : Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil, 23 septembre 2020, COM (2020) 610 final).

# Table des matières

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
I. Un droit éclectique .....	1
II. La distinction fondamentale entre la politique migratoire et la politique d'asile et de protection des réfugiés.....	3
III. Un contentieux mettant en exergue les débats relatifs à l'exercice de la souveraineté.....	4
IV. Le juge en matière de contentieux des étrangers : gardien d'un équilibre fragile entre les libertés fondamentales et l'ordre public .....	7
V. La complexe répartition des compétences juridictionnelles en matière de contentieux des étrangers ...	8
VI. L'influence déterminante du droit européen .....	9
VII. La figure controversée de l'étranger en France .....	10
VIII. La construction historico-juridique du cadre normatif applicable au contentieux des étrangers ....	12
IX. L'avènement progressif d'un cadre juridique en matière d'asile.....	13
X. La nécessaire construction d'un « droit européen des étrangers ».....	14
XI. Le renversement du théâtre des conflits à l'échelle mondiale : facteur de bouleversement des politiques migratoires européennes .....	16
XII. Le contentieux des étrangers : un défi contemporain .....	18
XIII. De l'intérêt d'adopter une approche processuelle du contentieux des étrangers.....	19
<b>PARTIE I. LE DIFFICILE PARTAGE DES PREROGATIVES DE SOUVERAINETE DES ÉTATS-MEMBRES AU SEIN DE L'UNION EXPLIQUE LA COMPLEXITE DU CADRE JURIDIQUE DU CONTENTIEUX DES ETRANGERS</b> .....	<b>21</b>
<b>TITRE I. LA POLITIQUE MIGRATOIRE : UNE PREROGATIVE DE SOUVERAINETE PARTAGEE</b> .....	<b>22</b>
<i>Sous-titre I. La politique migratoire : une hiérarchie des normes fondée sur le principe de la compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres</i> .....	<i>24</i>
Chapitre I. L'étendue du partage des compétences entre l'Union européenne et ses États membres.....	25
Section 1. Les compétences limitées de l'Union européenne .....	26
I. La politique migratoire s'exerce dans le cadre de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice .....	27
II. Un domaine de compétence déterminé en vertu du principe d'attribution .....	30
III. Les objectifs de l'Union européenne en matière de politique migratoire .....	30
A. Les objectifs sur le plan interne .....	31
B. Les objectifs sur le plan externe .....	31
IV. Les limites à la compétence de l'Union européenne.....	33
A. La compétence des États membres .....	33
B. Le respect des principes d'attribution, de spécialité et de subsidiarité.....	35
C. Les limites territoriales .....	35
Section 2. La compétence des États-membres pour l'entrée sur leur territoire et l'attribution d'un titre de séjour .....	36
I. Les obligations inhérentes aux États-membres .....	36
II. La compétence des États membres en matière de contrôle de l'immigration sur leur territoire.....	37
Chapitre II. La politique migratoire de l'Union est fondée sur un corpus juridique excessivement hétérogène .....	39
Section 1. La dialectique entretenue entre le droit de l'Union et les droits nationaux implique un processus de coordination d'une multitude de sources .....	39
Section 2. Le tableau du cadre normatif en vigueur en matière de politique migratoire .....	42
I. Les normes issues du droit de l'Union européenne .....	42
A. Les normes issues du droit dérivé de l'Union européenne .....	43
1. Les actes législatifs européens en matière de migration légale .....	43
2. Les actes législatifs européens en matière d'intégration .....	45
3. Les actes législatifs européens en matière de migration irrégulière .....	45
B. L'influence de la Charte des droits fondamentaux .....	46
C. Le caractère inadapté de l'actuel agenda européen en matière de politique migratoire .....	46
1. La politique migratoire européenne est inadaptée à la réalité du contentieux.....	47
2. Une absence de consensus à l'échelle européenne qui paralyse le processus décisionnel .....	48
3. Des critères d'interprétation des faits qui varient d'un État à l'autre .....	50
II. Les normes issues du droit interne .....	51
A. L'intégration du droit européen en droit interne français .....	52
B. La diversité des normes de droit interne.....	53
1. Les normes constitutionnelles.....	53
2. Les limites du partage entre le domaine législatif et réglementaire .....	54
<i>Sous-titre II. L'influence des autres sources internationales et européennes en matière de politique migratoire</i> .....	<i>59</i>
Chapitre I. Les sources issues du Conseil de l'Europe.....	59
Chapitre II. Les sources issues de l'Organisation des Nations Unies .....	61

TITRE II. LA POLITIQUE D'ASILE ET LA PROTECTION DES REFUGIES : UNE OBLIGATION FAITE AUX ÉTATS MEMBRES.....	63
<i>Sous-titre I. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.....</i>	66
<i>Sous-titre II. Les normes européennes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés.....</i>	69
Chapitre I. Le rapprochement limité des législations des États membres prises en application du droit de l'Union en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés .....	69
Section 1. L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	71
Section 2. La convention de Dublin du 15 juin 1990 dit dispositif Dublin .....	72
Section 3. Les exigences européennes minimales pour la protection des demandeurs d'asile.....	73
Section 4. Les autres dispositions de l'Union applicables en matière de politique d'asile.....	73
Section 5. La variabilité de la mise en œuvre des critères de la Convention de Genève.....	75
Chapitre II. Le Conseil de l'Europe et la convention européenne des droits de l'homme.....	76
<i>Sous-titre III. Les normes internes en matière de politique d'asile et de protection des réfugiés.....</i>	78
Chapitre I. Les normes constitutionnelles .....	78
Chapitre II. Les normes législatives .....	79
Chapitre III. Les normes réglementaires .....	80
<b>PARTIE II. LES DIFFICULTES QUI RESULTENT DU PARTAGE DES PREROGATIVES DE SOUVERAINETE QUANT A L'EXERCICE DE L'OFFICE DU JUGE FRANÇAIS SUPPOSENT DES REFORMES AMBITIEUSES.....</b>	<b>82</b>
TITRE I. LES INSUFFISANCES JURIDICTIONNELLES PROPRES AU CONTENTIEUX DES ETRANGERS ENTRAVENT L'OFFICE DU JUGE FRANÇAIS .....	83
<i>Sous-titre I. La multiplicité des juridictions compétentes complique le contrôle opéré par les juges européens et nationaux.....</i>	86
Chapitre I. À l'échelle nationale la répartition des compétences entre le juge administratif, le juge judiciaire et les juridictions spécialisées est source de complexité.....	87
Section 1. La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en matière de politique migratoire manque parfois de cohérence .....	87
I. La compétence de principe du juge administratif en matière de contrôle des actes administratifs en droit des étrangers .....	88
II. La compétence du juge judiciaire se substitue à celle du juge administratif en cas de rétention ou de privation de liberté.....	90
Section 2. La compétence de principe des juridictions administratives spécialisées en matière d'asile se heurte à la compétence subsidiaire du juge administratif.....	92
I. Les décisions de l'OFPPRA relèvent de juridictions administratives spécialisées.....	92
A. La décision administrative de l'établissement public administratif en charge de statuer sur les demandes d'asile : l'OFPPRA .....	92
B. La compétence juridictionnelle en premier et dernier ressort de la CNDA.....	94
C. La compétence en cassation du Conseil d'État.....	96
II. La compétence subsidiaire du juge administratif de droit commun .....	96
Chapitre II. À l'échelle européenne le rôle croissant des juges européens en matière de contentieux des étrangers est source de difficulté pour les juges nationaux .....	98
Section 1. Les juges européens sont des acteurs clés du contentieux des étrangers .....	98
I. Le rôle grandissant de la Cour de justice de l'Union européenne par la voie du renvoi préjudiciel ....	98
II. Le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme .....	99
Section 2. La réception difficile de la jurisprudence européenne par le juge national en matière de contentieux des étrangers.....	100
<i>Sous-titre II. La multiplicité des régimes procéduraux applicables complexifie inutilement les procédures contentieuses.....</i>	103
Chapitre I. Les nombreux délais et procédures juridictionnelles applicables en droit interne français doivent pouvoir être homogénéisés .....	103
Chapitre II. Un impact qualitatif négatif en termes d'évaluation de la justice française déjà surchargée .....	105
Section 1. L'obtention du titre de séjour à l'usage .....	106
Section 2. L'inexécution des décisions conduit trop souvent au maintien des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français et à la multiplication des recours juridictionnels .....	108
Section 3. L'objectif de régulation des flux migratoires peut porter atteinte aux exigences de justice et de respect des libertés fondamentales .....	110
I. L'atteinte portée aux exigences de justice dans le cadre du contentieux des étrangers.....	110
II. L'atteinte portée aux exigences des libertés fondamentales dans le cadre du contentieux des étrangers .....	113
TITRE II. LA NECESSAIRE MISE EN PLACE DE REFORMES AMBITIEUSES VISANT A PALLIER CES DYSFONCTIONNEMENTS.....	116
<i>Sous-titre I. À l'échelle européenne : le nouveau pacte pour la migration proposé par la Commission européenne doit permettre une coopération accrue entre les États membres.....</i>	116

Chapitre I. La nécessaire instauration d'un climat de confiance pour l'élaboration d'une politique migratoire et d'asile commune aux États membres .....	117
Chapitre II. Le nécessaire renforcement du dialogue entre les juges européens et nationaux .....	120
Chapitre III. L'amélioration et la modernisation des procédures applicables au contentieux des étrangers à l'échelle européenne.....	123
<i>Sous-titre II. À l'échelle nationale : la mise en œuvre d'une simplification procédurale et le renforcement du caractère contraignant des décisions de justice .....</i>	<i>126</i>
Chapitre I. Le renforcement de l'efficacité des mesures administratives et l'amélioration des modes d'examen de la situation de l'étranger .....	127
Chapitre II. La réduction du nombre de procédures juridictionnelles applicables en droit interne .....	129
Chapitre III. L'encadrement renouvelé des interventions entre les différents juges compétents et le renforcement privilégié du caractère impératif des décisions rendues .....	131
Section 1. L'encadrement de l'articulation entre les interventions des juges compétents.....	131
Section 2. Le renforcement du caractère impératif des décisions rendues .....	133
Chapitre IV. La question de la régularisation des étrangers témoignant de leur insertion dans la société française	134
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>136</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>139</b>
<b>ANNEXE : SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS VISANT À L'AMÉLIORATION DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS.....</b>	<b>151</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES.....</b>	<b>152</b>