

À LA CROISÉE DES DROITS
Droit public comparé, droit international et droit européen

L'ÉTRANGER : SUJET DU DROIT ET SUJET DE DROITS

Sous la direction de
Thierry DI MANNO et Marie-Pierre ÉLIE

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 8

ISBN 978-2-8027-2653-1

D / 2008 / 0023 / 124

© 2008 Etablissements Emile Bruylant, S.A.

Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

TABLE DES MATIÈRES

Présentation	13
L'étranger et le droit :	
essai de mise en perspective historique	17
I. - L'étranger et le droit du Moyen-âge au XVIII ^e siècle	18
II. - L'étranger et le droit : de la Révolution Française à 1945	21

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉTRANGER ET LA CONTRAINTE DU DROIT..... 25

SECTION 1

L'ÉTRANGER ET L'UNION EUROPÉENNE..... 27

La condition des ressortissants des pays tiers	
dans l'Union européenne	29
I. - Une compétence communautaire à l'efficiencie relative.....	31
A. - Une compétence désormais acquise.....	31
B. - Initiatives et résultats : l'inversion des proportions	34
1. - La réactivité de la Commission	34
2. - Des avancées modérées.....	37
II. - Le mirage de l'égalité de traitement.....	38
A. - Un droit d'entrée et de séjour restrictif et différencié.....	38
1. - L'opportunité du regroupement familial	38
2. - La catégorisation des ressortissants	
non communautaires en fonction de leur activité	41
a. - Les régimes spécifiques.....	42
b. - La catégorie en attente de statut.....	43
c. - Les laissés pour compte : l'absence de droit	
de séjour dépassant les catégories spécifiques.....	44
3. - La nationalité critère de différenciation	45

B. - Les droits du migrant établi régulièrement sur le sol de l'Union : un bilan mitigé	46
1. - Quelques améliorations ponctuelles	46
a. - La lutte contre les discriminations.....	46
b. - La protection des ressortissants des États tiers en matière de sécurité sociale.....	47
2. - Le timide statut des résidents de longue durée	48

Du rapport asymétrique existant entre les droits de citoyenneté européenne et leurs bénéficiaires 53

I. - Une diversité de droits de citoyenneté européenne bénéficiant à tous les ressortissants communautaires	54
A. - La citoyenneté européenne : un statut réservé aux ressortissants des États membres	55
B. - Des droits de nature diverse découlant du statut de citoyen européen	59
1. - Le droit fondamental de non-discrimination, article 12 TCE.....	60
2. - Des droits économiques et sociaux	61
3. - Des droits politiques	65
II. - L'inclusion des ressortissants de pays tiers dans le cercle des bénéficiaires de certains droits de citoyenneté européenne ...	68
A. - Les éléments de rattachement pour bénéficiaire de certains droits de citoyenneté européenne sans avoir la nationalité d'un État membre de l'Union	70
1. - Le lien de famille comme élément de rattachement.....	70
2. - La résidence dans un État membre de l'Union européenne comme élément de rattachement....	72
B. - Les droits de citoyenneté européenne dont peuvent se prévaloir les ressortissants de pays tiers membres de famille d'un citoyen européen ou résidents d'un État membre de l'UE.....	72
1. - Le droit de vote aux élections du Parlement européen..	73
2. - Le droit de séjour	75

SECTION 2

L'ÉTRANGER ET LES ÉTATS

Statut du réfugié et droit d'asile en France et en Espagne 82

I. - La déficiente configuration constitutionnelle du droit d'asile	85
A. - L'insertion fictive de l'asile dans la sphère constitutionnelle	85

B. - La fictive efficacité normative de la disposition constitutionnelle	89
II. - L'efficacité de la distinction entre l'asile constitutionnel et le refuge conventionnel.....	94
A. - La neutralisation législative de la distinction et la défaillance du contrôle du Tribunal constitutionnel.....	94
B. - La disjonction jurisprudentielle de l'asile et du refuge par le Conseil constitutionnel.....	101
Extradition et contrôle juridictionnel préalable	
Observations comparées sur la France et les États-Unis	105
I. - L'influence limitée du droit international sur le contrôle juridictionnel préalable	106
A. - Le champ d'application de la doctrine des « garanties suffisantes ».....	107
1. - L'enracinement jurisprudentiel de la <i>rule of non inquiry</i>	107
2. - Le compromis américano européen des « assurances suffisantes »	109
B. - L'usage jurisprudentiel inefficace du droit international	111
1. - La prévalence de la notion d'« ordre public français » comme norme de référence	111
2. - L'utilité discutable des exceptions conventionnelles à la <i>rule of non inquiry</i>	113
II. - Une nécessaire revitalisation interne du contrôle juridictionnel préalable	115
A. - L'hypothèse d'une solution constitutionnelle	115
1. - L'« exception humanitaire » en disgrâce	115
2. - Le droit constitutionnel de l'État requérant comme norme de référence	117
B. - Les conditions procédurales d'une investigation optimale.....	119
1. - L'efficacité nécessaire des mesures provisoires.....	119
2. - Les exigences procédurales posées par le mandat d'arrêt européen.....	120

DEUXIÈME PARTIE
L'ÉTRANGER ET LA GARANTIE DES DROITS.....125

SECTION I
L'ÉTRANGER ET LE DROIT
AU RESPECT DE LA PERSONNE HUMAINE127

**Prohibition constitutionnelle des discriminations raciales
et contrôle d'identité des étrangers.**

La comparaison des droits français et espagnol 128

- I. - le principe de non- discrimination raciale :
une formulation constitutionnelle sujette à débat 135
 - A. - Une prohibition française qui semble postuler
l'existence de plusieurs races 135
 - B. - Une prohibition espagnole qui semble
ne bénéficier qu'aux seuls nationaux..... 139
- II. - La divergence des jurisprudences constitutionnelles
française et espagnole dans la prise en compte du critère racial
lors des contrôles des titres de séjour des étrangers 141
 - A. - Le critère racial ne peut être pris en compte
en France pour présumer l'extranéité 142
 - B. - Le critère racial peut être pris en compte
en Espagne pour présumer l'extranéité 145

**Les implications du resserrement de la notion
de liberté individuelle sur la garantie juridictionnelle
des droits des étrangers en matière de privation de liberté 149**

- I. - Une dualité de compétences favorisée par l'adoption
d'une approche extensive de la liberté individuelle 151
- II. - Une spécialisation des contentieux imposée
par le resserrement de la notion de liberté individuelle 156

**La construction de la garantie de la liberté personnelle
de l'étranger en Italie 167**

- I. - Le rattachement à la garantie d'une liberté classique..... 171
 - A. - L'application des principes cardinaux de la garantie
de la liberté personnelle..... 172
 - 1. - Une liberté à double visage 172
 - 2. - Une garantie renforcée 174
 - B. - L'insertion dans un dispositif de protection sectorielle
de la personne..... 175
 - 1. - La complémentarité des normes constitutionnelles..... 175

2. - Les critères d'identification de l'atteinte à la liberté personnelle.....	177
II. - L'élaboration d'un régime de restrictions spécifiques	178
A. - Un régime de restrictions dessiné par le législateur.....	178
1. - Les motifs de restrictions	178
2. - Les modalités de restrictions.....	180
B. - Un régime de restrictions corrigé par le juge constitutionnel	182

SECTION 2

L'ÉTRANGER ET LES DROITS FAMILIAUX ET SOCIAUX	187
--	-----

La liberté de mariage et les droits des étrangers..... 189

I. - La valeur juridique de la liberté de mariage	191
A. - Une liberté fondamentale traditionnellement reconnue....	191
B. - Une liberté au fondement constitutionnel incertain	193
II. - Contrôle de validité des mariages et acquisition de la nationalité	198
A. - L'acquisition de la nationalité par le mariage	199
B. - Le contrôle de la validité des mariages.....	203

Le droit au regroupement familial 209

I. - La valeur normative du droit au regroupement familial	212
A. - En droit interne : un droit fondamental en demi-teinte.....	213
1. - Un droit contingent imposant des obligations positives au législateur français.....	213
2. - Un droit protégé de façon hétérogène en Europe	217
B. - En droit international : un droit fondamental rarement assorti d'obligations positives	222
1. - Une protection accordée récemment en droit international public.....	223
2. - La protection relative du droit communautaire	228
II. - L'évolution restrictive d'un droit à l'effectivité limitée.....	232
A. - L'applicabilité limitée du droit au regroupement familial	232
1. - Une conception stricte de la cellule familiale.....	232
2. - Le triptyque des conditions traditionnelles	237
3. - Un droit à géométrie variable selon le « regroupé »	242
B. - L'évolution de l'objet du droit au regroupement familial	246
1. - Une aggravation des conditions traditionnelles restreignant le champ d'application du regroupement familial.....	246

2. - L'apparition d'un nouveau critère relatif à l'intégration.....	250
Annexes.....	254
Tableau n°1 L'Évolution du nombre de regroupements familiaux en France entre 1947 et 2006	254
Tableau n° 2 Sources normatives du droit au regroupement familial en Europe	255
Tableau n° 3 Tableau comparatif des conditions nécessaires au bénéfice du regroupement familial par le regroupant	256
Tableau n° 4 Tableau comparatif des conditions nécessaires au bénéfice du regroupement familial pour le regroupé	257
Les garanties nationales et supranationales des étrangers en matière de droits sociaux.....	259
I. - La dynamique supranationale d'assimilation entre étrangers et nationaux en matière de droits sociaux	262
A. - L'assimilation « totale » des étrangers en situation régulière.....	262
B. - L'assimilation « minimum » des étrangers en situation irrégulière.....	269
II. - La volonté étatique de limitation des droits sociaux des étrangers	274
A. - Les limites ponctuelles.....	274
B. - Les limites persistantes.....	278
SECTION 3	
L'ÉTRANGER ET LES GARANTIES PROCÉDURALES.....	285
Les droits procéduraux des étrangers à l'entrée et à la sortie du territoire dans les systèmes de <i>common law</i>.....	287
I. - Les mesures de détention des étrangers ou la reconnaissance d'un droit à l' <i>habeas corpus</i>	289
A. - Un droit au recours conditionné contre les mesures de détention à l'entrée du territoire.....	289
B. - Un droit au recours garanti contre les mesures de détention à la sortie du territoire	294
II. - Le <i>due process</i> ou le droit à une procédure équitable contre les mesures d'immigration	299
A. - La consécration d'un droit au recours : les garanties du principe de justice naturelle.....	300
B. - Vers une remise en cause du droit d'appel	306
TABLE DES MATIÈRES	313