

Texte tiré d'une intervention au colloque organisé par la Faculté catholique de Lyon, La notion de personne en droit de l'UE, Vendredi 23 mai 2014

**Le ressortissant d'Etat tiers en droit de l'UE : étranger ou personne ?
approche utilitariste ou axiologique du ressortissant d'Etat tiers..**

**Par Fabienne GAZIN, Maître de conférence HDR en droit public à
l'Université de Strasbourg**

« Pour l'homme éveillé, il n'y a qu'un monde, pour l'homme endormi, il n'y a que son monde » Héraclite

L'homme encore endormi, pour Héraclite, a une vision nombriliste, étriquée, du réel. Il perçoit inéluctablement le monde à travers son propre filtre, ses propres intérêts. Il envisage l'autre comme différent de lui, extérieur à lui, séparé de lui. L'homme égo-centré ne voit que lui et appréhende l'Autre, autrui, comme un étranger et, en définitive, comme le produit d'une projection de son propre mental.

Tel pourrait aussi être le cas, sur un plan « macro-social », d'un Etat, d'une société humaine ou d'une civilisation et du regard qu'il porte sur les autres Etats, sociétés ou civilisations.

Endormies au sens d'Héraclite, c'est-à-dire non conscientes d'une Réalité unique, ces collectivités se positionnent en tant que références, se construisent par comparaison avec d'autres communautés, organisent leurs relations en fonction de leurs propres intérêts, projets ou valeurs.

Les sociétés endormies se pensent au centre du monde, et pensent l'autre comme différent.

N'est-ce pas le cas de tout homme et, par prolongement, de toute communauté d'hommes ? Qui pourrait appréhender l'autre de manière objective, neutre, d'égal à égal ? Un besoin de comparer, distinguer, « catégoriser », s'avère inhérent à toute entité humaine ou sociétale.

Levi- Strauss¹ estime ce phénomène inévitable : « Aucune civilisation ne peut se penser elle-même si elle ne dispose pas de quelques autres pour servir de termes de comparaison, aucun individu non plus » ;

C'est ainsi que se sont construits les Etats-nations, selon une logique binaire « national/étranger », logique poussée à l'extrême qui oriente le statut civique et

¹ Anthropologie structurale deux, pocket poche, 2003, p.54.

social de la personne, ainsi que les conditions de circulation de cette personne sur le territoire national. L'étranger est tributaire du bon vouloir et des règles définies par l'Etat en termes d'entrée, de séjour et de sortie de son territoire. La protection des droits fondamentaux vient toutefois lui garantir un noyau dur de droits fondamentaux inhérents à la qualité d'être humain et non de national.

La construction européenne ne semble pas avoir échappé à cette approche « égo-centrée » de la personne.

Ce sont les « ressortissants des Etats membres » d'abord, et, à partir de 1993, avec la création dans le traité de Maastricht de la citoyenneté européenne, les « citoyens européens » qui jouissent des droits et sont soumis aux devoirs des traités. Le traité sur l'Union européenne prévoit même (art. 3§2) que c'est à ses citoyens que l'Union « offre » un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assuré la libre circulation des personnes etc.. »

L'Union européenne s'adresse et s'intéresse avant tout à ses citoyens. Elle a tenté de construire un statut homogène de *l'Homo europeanus* à travers le concept structurant et fédérateur de citoyen européen.

Dans ce paradigme où le citoyen est au centre, le ressortissant d'Etat tiers n'obtient au mieux que des faveurs et au pire s'avère *persona non grata* sur le territoire européen.

Cette étude vise tout d'abord à démontrer que c'est avant tout en fonction **de ses propres intérêts**, qu'ils soient essentiellement d'ordre économique ou sécuritaire (prévenir les infractions, protéger la sécurité intérieure de l'UE) que l'Union appréhende le ressortissant d'Etat tiers (I).

Mais l'Union est traversée par d'autres aspirations, plus absolues, plus universelles. Elle connaît un début « d'éveil » au sens d'Héraclite. Elle promeut et protège aussi **des valeurs** d'inclusion, d'intégration, de solidarité, en bref, de reconnaissance du ressortissant d'un Etat tiers comme une personne à part entière, dotée de droits inhérents à sa qualité d'être humain (II).

I. Le ressortissant d'Etat tiers, une notion à géométrie variable, construit en fonction des intérêts de l'UE

Une analyse du droit positif européen atteste de l'emploi d'un concept générique, celui de « ressortissant de pays tiers ». Ces personnes sont dotées de statuts disparates (A). Malgré cet émiettement statutaire, une logique sous-jacente oriente néanmoins le droit européen (B)

A. La notion de « ressortissant d'Etat tiers »

A la différence du citoyen européen, appréhendé par l'article 20 TFUE comme « *toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre* », les traités ne définissent pas la notion de « ressortissant d'un pays tiers »², employée aux articles 77 (présentation des politiques migratoires), 78 (asile), 79 (immigration), 154 (droits des travailleurs) TFUE.

Cette notion ne semble pas présenter de difficulté, elle apparaît viser *a priori* « les ressortissants des Etats tiers » à l'UE. Pourtant, il n'en est rien. La réalité apparaît plus complexe. Un examen plus minutieux des normes de droit dérivé atteste d'une approche casuistique de la question.

Ainsi, l'article 2 du code communautaire des visas définit comme « ressortissant de pays tiers », **toute personne qui n'est pas citoyen de l'Union au sens de l'article 20§1 TFUE.**

Mais l'article 3 de la directive « retour » de 2008³ retient une définition différente du « ressortissant de pays tiers » et exclut de cette catégorie non seulement « **tout citoyen de l'UE** » au sens de l'article 20§1 TFUE mais aussi « **les personnes jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telle que définie à l'article 2 point 5) du code frontières Schengen** »,

c'est à dire

_« les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union exerçant son droit à la libre circulation, auxquels s'applique la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres

_« ainsi que « les ressortissants de pays tiers et les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, qui, en vertu d'accords conclus entre la Communauté et ses États membres, d'une part, et ces pays tiers, d'autre part, jouissent de droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union »).

² **En anglais : « third-country national » ; en espagnol : « nacional de un tercer país » ; en italien : « cittadino di paese terzo » ; en allemand : « Drittstaatsangehöriger“ jede Person, »**

³ Dir 2008/115/CE du PE et du Conseil, 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE n° L348, 24 déc. 2008, p.98.

Apparaît d'emblée le caractère construit, voire artificiel, et en tout cas la relativité de la notion : les ressortissants d'Etat tiers ayant un lien affectif avec un citoyen européen⁴ ainsi que les ressortissants d'Etat tiers partenaires privilégiés de l'UE – et l'on pense aux Etats de l'AELE, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein et la Suisse--, ne sont plus considérés comme des ressortissants d'Etats tiers..

En outre, alors que la notion de citoyen de l'Union recouvre une catégorie *a priori* homogène (même si des différences de statut persistent, notamment entre citoyens actifs et non actifs), la notion de ressortissant de pays tiers ne renvoie pas à un statut uniforme. Bien au contraire, elle renferme des catégories fort disparates de personnes, soumises à hiérarchisation, à gradation.

Une lecture attentive des normes de droit dérivé va jusqu'à rendre compte qu'aucun ordre juridique n'aura autant que l'ordre juridique européen « catégorisé » le ressortissant d'Etat tiers.

Demandeur de visa Schengen, détenteur de visa Schengen, demandeur d'asile, réfugié, détenteur d'une protection subsidiaire, résident de longue durée, détenteur d'une carte bleue, ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen, ressortissants d'Etat tiers placés en rétention, sans évoquer les catégories issues de la pratique de la mise en œuvre des règles européennes « les dublinables », les « dublinés », les non régularisables-non expulsables, etc..

Chaque catégorie obéit à des règles très précises en termes d'entrée, de séjour, de circulation, de droits sociaux, d'accès au marché du travail sur le territoire des Etats membres de l'UE.

Il existe un chapelet de statuts, en constante évolution, précisé et complété par des sous-catégories, dont les critères d'appartenance sont déterminés par le droit européen lui-même.

S'il n'est pas possible de reprendre l'ensemble de ces statuts car ils apparaissent multiples et justifieraient l'élaboration d'une étude approfondie⁵, il suffira de rappeler que la définition des catégories n'est pas neutre, surtout en droit des étrangers. Plusieurs travaux rendent compte de ce que cette catégorisation ne repose pas tant sur des réalités sociologiques,

⁴ C'est à dire les membres de la famille tels que définis par la directive 2004/38 relative au droit de séjour du citoyen européen, JOUE n° L 158 du 30/04/2004 p.77.

⁵ Déjà menée notamment par J-Y Calier, in La condition des personnes dans l'UE, Larcier 2007 ; Y Pascouau, La politique migratoire de l'Union européenne, Bruylant 2010.

biologiques ou migratoires, mais est déterminé par l'ordre juridique de référence qui les fabrique en fonction de ses propres intérêts⁶. Dans cette logique, le droit européen poursuit des arrière-pensées, que l'on peut qualifier « d'utilitaristes »..

B/ Une approche utilitariste de l'étranger

Force est de constater qu'en droit de l'UE, les catégories sont en partie fondées sur deux intentions : attirer les étrangers « intéressants » et repousser les indésirables. L'intérêt général européen s'est construit autour de ces deux dénominateurs communs, les Etats membres n'ont pas voulu ou n'ont pas pu mettre en place une politique d'immigration plus « ouverte », même si l'article 79TFUE aurait pu le permettre⁷. Au final, l'Union ne fait que reprendre les objectifs des politiques d'immigration nationales⁸.

⁶ V. S. Barbou des Places, La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers ? revue *Asylon*, n°4, 2008 : « L'idée de catégoriser des personnes physiques suscite presque inmanquablement une réticence, « car elle apparaît idéologiquement ambiguë, ou plus exactement ambivalente. Cette ambivalence tient à ce que la catégorie est un instrument au service d'une finalité susceptible de varier considérablement ».

⁷ Article 79 TFUE : 1. 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, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci.

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures dans les domaines suivants:

a) les conditions d'entrée et de séjour, ainsi que les normes concernant la délivrance par les États membres de visas et de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins du regroupement familial;

b) la définition des droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans un État membre, y compris les conditions régissant la liberté de circulation et de séjour dans les autres États membres;

c) l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, y compris l'éloignement et le rapatriement des personnes en séjour irrégulier;

d) la lutte contre la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants.

3. L'Union peut conclure avec des pays tiers des accords visant la réadmission, dans les pays d'origine ou de provenance, de ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou qui ne remplissent plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire de l'un des États membres.

4. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

1. Attirer les étrangers « intéressants » : l'immigration « choisie »

Le Pacte sur l'asile et l'immigration de septembre 2008 signé sous présidence française s'inscrit dans cette logique de choix des étrangers qui sont les bienvenus en Europe.. Il a souligné la nécessité d'attirer et de conserver sur le territoire de l'UE une main d'œuvre hautement qualifiée provenant d'Etats tiers. La directive « carte bleue » n° 2009/50⁹ traduit juridiquement cet objectif politique. Elle vise à favoriser l'admission et la mobilité des ressortissants sur le territoire de l'UE aux fins d'un emploi hautement qualifié pour des séjours de + de 3 mois. Le critère d'un emploi hautement qualifié est déterminé à partir d'un seuil salarial (au moins une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'Etat concerné).

On relèvera que cette logique d'attractivité des « cerveaux » était déjà en germe dans la directive 2005/71/CE¹⁰ qui concerne la procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique. En outre, un projet de règlement, en cours de discussion devant le Parlement européen, prévoit de rendre l'Union européenne plus attrayante pour ces chercheurs étrangers, de même que pour les stagiaires et les étudiants. Il en résulterait une réforme de la directive 2004/114 qui concerne les étudiants étrangers et qui améliorerait leurs conditions de travail et de vie¹¹.

Comme l'indique Paul Martens, non sans critique¹², l'Union développe une « fraternité sélective », un « darwinisme social ».

5. 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. Voir sur cette politique d'immigration, C. Bertrand, Les conditions d'une politique commune de l'immigration : apport et limites, Europe 2010, Etude n°2.

⁸Sur les orientations des politiques migratoires des Etats membres, V. C. Balleix, La politique migratoire de l'UE, la Documentation française, p.49 et s ;

⁹ Dir. 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, JOUE n°L155, 18 juin 2009, p.20.

¹⁰ Dir. 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JOUE du 3 nov. 2005, p. 11

¹¹ Jean-Philippe Foegle, « Débat sur l'immigration professionnelle et étudiante : L'étudiant étranger sous les projecteurs français et européens, in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 8 juillet 2013.

¹² Conclusions du colloque de Louvain sur « l'étranger face au droit », sous la dir. de J-Y Carlier, Bruylant 2010.

Vont dans le même sens d'un élitisme, d'un tri entre ressortissants de pays tiers désirables et indésirables, les propositions de la Commission datant de février 2013 sur les « frontières intelligentes »¹³. La Commission estime que certains voyageurs, non soumis à obligation de visa (et l'on pense aux riches hommes d'affaires ou touristes russes ou chinois) ont contribué en 2011 à apporter à l'économie européenne la somme de 271 milliards d'euros.. La mise en place d'un système automatisé de franchissement des frontières vise à faciliter l'accès de ce type de personnes qui dépensent ou investissent dans l'UE. A l'inverse, le paquet dit « frontières intelligentes » entreprend d'affiner les outils de détection des « overstayers », c'est à dire des ressortissants de pays tiers qui, entrés légalement dans le cadre d'un court séjour de 3 mois, entendent néanmoins se maintenir plus durablement sur le territoire Schengen, en contrariété avec le droit européen. Par le biais d'un prélèvement d'empreintes digitales, il s'agit de rendre « traçables » et transparents les corps humains et de détecter les déplacements et la durée de séjour de ces individus.

2/ Repousser les étrangers « indésirables »

Un second objectif de la politique migratoire de l'UE est d'ordre plus répressif. Il s'agit de lutter contre l'immigration clandestine et le séjour irrégulier, comme l'indique l'article 79c) TFUE. Ce volet de la politique migratoire de l'UE a été nourri par un arsenal de mesures, dont la directive dite « retour » n°2008/115/CE qui vise à « définir une politique de retour efficace ». Cette directive communautarise la procédure d'éloignement des ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre. Elle aménage les conditions de rétention d'un ressortissant de pays tiers de manière pragmatique, dans le but de donner son effet utile à la directive¹⁴. Certains droits procéduraux sont néanmoins reconnus aux dites personnes tombant sous le coup d'un retour.

L'on relèvera, en outre, l'installation d'un climat général de méfiance envers certaines catégories de migrants, dont l'UE craint le maintien durable sur le territoire d'un Etat membre ou les demandes abusives de statut. Il en va ainsi des demandeurs d'asile ou des demandeurs de visas Schengen.

¹³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, 28 février 2013, COM(2013) 95 final ; Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs du 28.2.2013 COM(2013) 97 final) visent en particulier à faciliter la venue dans l'Union des ressortissants d'Etats tiers ne présentant pas de problème de situation illégale et pour lesquels aucun visa n'est requis

¹⁴ Si pas de retour envisageable, pas de rétention possible : CJUE, 28 avr. 2011, El dridi, aff. C-61/11 PPU, confirmé par CJUE, 6 déc. 2012, Sagor, aff. C-430/11.

Développées historiquement dans le cadre des Accords de Schengen, dont on a pu à juste titre souligner leur vocation et leur développement avant tout sécuritaire¹⁵, les politiques d'asile et de visa portent les stigmates de la peur européenne de « l'asylum shopping » et du « visa shopping ».

Ainsi, c'est notamment pour éviter « l'asylum shopping » qu'un seul Etat est déclaré compétent pour examiner une demande d'asile au titre de la convention de Dublin signée dans le cadre des Accords de Schengen et convertie depuis en règlement de l'UE.

En outre, la refonte du règlement Eurodac de 2013¹⁶ relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement Dublin s'inscrit dans cette tendance. Ce dispositif permet l'accès aux données à caractère personnel des demandeurs de visa aux services répressifs des Etats membres, ce qui conforte une suspicion insidieuse et inquiétante selon laquelle un demandeur d'asile serait un criminel..

Un soupçon comparable pèse sur les demandeurs de visas, dont figure parmi l'une des conditions d'obtention du visa posée par le code communautaire des visas de 2009¹⁷, la fourniture d'informations permettant d'apprécier la volonté de la personne de quitter le territoire national avant l'expiration du visa.

Dans le même sens, afin de détecter au mieux les abus, un règlement de 2008 crée le système informatisé des visas, le VIS¹⁸, qui enregistre des données biométriques des demandeurs de visas, dont l'un des objectifs est, selon son cons. n°5 « d'améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visas, la coopération consulaire et la consultation des autorités centrales chargées des visas en facilitant l'échange de données entre les États membres sur les demandes de visas et les décisions y relatives, dans le but de simplifier les procédures de demande de visa, de prévenir le «visa shopping», de faciliter la lutte contre la fraude et de faciliter les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et sur le territoire des États membres. Le VIS devrait également aider à l'identification de toute personne qui ne remplit pas ou ne

¹⁵ La philosophie générale des accords de Schengen peut être résumée par la formule suivante : « pas de liberté de circulation interne sans mesures de compensation ».

¹⁶ Règl. UE n° 603/2013 du PE et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 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 et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, JOUE n° L180, 29 juin 2013, p.1.

¹⁷ Règl. n°810/2009 du PE et du Conseil du 13 juil. 2009 établissant un code communautaire des visas (JOUE n° L243, 15 sept. 2009, p.1)

¹⁸ Règl. n°767/2008 u Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS), JOUE n° L218, 13 août 2008, p.60.

remplit plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour applicables sur le territoire des États membres ».

Les développements précédents ont pu démontrer que malgré l'existence d'une forte hétérogénéité statutaire, apparaît des fils directeurs reliant les différentes catégories. Des tendances lourdes, de type utilitariste et sécuritaire innervent le droit dérivé européen applicable aux ressortissants d'Etats tiers et tracent un dénominateur commun aux différents statuts. Il s'agit d'orientations politiques d'ensemble orientant désormais la politique européenne en matière migratoire. Cette approche globale doit néanmoins se conjuguer avec une logique plus protectrice de valeurs fondamentales, qui vient limiter les conséquences négatives du choix d'une logique sélective des ressortissants d'Etats..

II. Le ressortissant d'Etat tiers n'est pas un « étranger » mais une personne appréhendée selon les valeurs de l'UE

L'Union européenne apparaît traversée par des dialectiques différentes, voire contradictoires. En matière migratoire, elle intègre, outre des orientations utilitaristes, des considérations humanistes et inclusives propres à protéger des valeurs. La personne est ici appréhendée en tant qu'être humain, et pas seulement en tant que membre de la communauté européenne. C'est ainsi que certaines valeurs européennes sont étendues aux ressortissants d'Etats tiers, tels que la protection des droits fondamentaux ou encore l'intégration de ressortissants de pays tiers durablement installés sur un territoire (B). Est révélatrice de cette tendance, la terminologie utilisée par les instruments européens. Au lieu d'utiliser un concept « exclusif », le terme « étranger » pour les ressortissants d'Etats tiers à l'UE, le droit de l'Union reprend la notion plus neutre de ressortissant de pays tiers (A).

A/ « Les mots pour le dire » : le retrait de la notion « d'étranger » dans le droit européen

Un lecture attentive des normes de droit primaire ou dérivé rend compte de ce qu'à aucun moment le droit positif européen n'emploie le concept « d'étranger ». Il utilise, on l'a vu, le concept plus neutre de « ressortissant de pas tiers »

Ce concept d'étranger apparaît lourdement chargé. Il induit une logique de séparativité, voire introduit une impression de discrimination entre les

individus ou de jugement de certains individus. Il suffira de rappeler que la notion d'étranger, en français, a la même racine que l'adjectif « étrange »¹⁹. Si le concept demeure aujourd'hui employé en droit de l'UE, c'est exclusivement par la doctrine²⁰.

L'on notera que ce concept n'a, en outre, été utilisé à notre connaissance qu'à deux reprises.

Il y est fait mention une première fois dans les débuts de la construction européenne, et à propos des ressortissants d'autres Etats membres²¹. Il va sans dire que la construction du marché intérieur puis de la citoyenneté européenne a rendu obsolète le recours à cette dénomination pour les ressortissants d'autres Etats membres de l'Union. Au niveau intra-européen, ce concept appartient, à l'instar d'autres notions, tels que les termes « importation ou exportation de marchandises », à un réservoir terminologique dépassé, ou, à tout le moins, renouvelé par les besoins de l'intégration économique, juridique et sociale européenne..

Mais le droit européen aurait pu maintenir le concept d'étranger à l'égard des ressortissants de pays tiers, révélant une construction classique de communauté humaine à partir de la différence. Cette notion n'a, à notre connaissance, été appliquée qu'à une seule reprise, au ressortissant de pays tiers, dans le cadre de l'article 1^{er} de la Convention d'application des Accords de Schengen de 1990. L'étranger y est défini comme « *toute personne autre que les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne* ». Cette utilisation n'a en outre, été que temporaire car le traité d'Amsterdam expurge l'acquis de Schengen de la notion d'étranger et la remplace par le concept plus neutre de « ressortissant de pays tiers ». Il est vrai que la période entourant le traité d'Amsterdam est marquée par « l'esprit de Tampere » qui souffle sur les eaux européennes et dont l'ambition est de « rapprocher le statut juridique des ressortissants de pays tiers de celui des ressortissants des Etats membres »²²..

Cette volonté d'intégration, d'inclusion des ressortissants d'Etats tiers se traduit aussi au plan de la promotion et de l'application des valeurs européennes

¹⁹ J. Bart, « Etranger », in Dictionnaire de la culture juridique, ss ; la dir. de D . Alland et S. Rials, PUF 2003, p.667.

²⁰ V. notamment : M. Gautier, « Etranger », répertoire Dalloz de droit communautaire, 2012.

²¹ Directive 64/82/CEE relative à la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public. Cette directive est abrogée et remplacée par la directive 2004/38 relative au droit de séjour du citoyen européen sur le territoire d'un autre Etat membre de l'UE.

²² Conclusions du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, point 21.

B/ Le ressortissant d'Etats tiers, une personne à qui s'appliquent les valeurs de l'Union européenne

L'Union européenne entend promouvoir et protéger des valeurs. Impératifs d'ordre étique, traduits au plan juridique, les valeurs dans l'Union européenne sont énumérées à l'article 2 TUE. Elles résident dans le « respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». Il nous apparaît que l'intégration sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne émerge en tant que valeur européenne, qui, même non proclamée par le droit primaire, innerve l'esprit de nombreuses normes européennes et de la jurisprudence à l'égard du ressortissant d'Etat tiers.

1/ La préservation de « l'irréductible » dans l'homme : la protection des droits fondamentaux des ressortissants d'Etat tiers

En Europe, deux juges assument pleinement la mission de gardiens des droits fondamentaux : la Cour européenne des droits de l'homme, gardien naturel, et la Cour de justice de l'Union européenne qui s'est vue reconnaître ce rôle depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la consécration de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en tant que source du droit primaire. Si nos développements se concentrent exclusivement sur la jurisprudence du juge de Luxembourg, l'on sait que l'œuvre prétorienne de la CEDH à l'égard du ressortissant d'Etat tiers est immense.²³

Comme l'indique de manière imagée Braibant, la Charte européenne des droits fondamentaux marque le passage d'une Europe « fonds commun de placement » à une Europe « fonds commun de valeur »²⁴. Elle s'inspire d'une philosophie universaliste, reconnaissant à « toute personne » des droits inhérents à son humanité. Plusieurs passages du préambule en attestent :

« les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs

²³ Pour en convenir, il suffira de mentionner la jurisprudence sur le non-refoulement des migrants : CEDH, 7 juil. 1989, Soering c/Royaume-Uni req. n°14038/88 ; et de manière éclatante sur le non-refoulement en mer : CEDH, gde ch, 23 fév. 2012, Hirsi et Jamaa c/ Italie, req. n° 2012 27765/09

²⁴ G. Braibant, in colloque de l'Assemblée nationale, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le 26 avril 2000, compte-rendu des débats publiés sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/europe/colloques/charte.pdf>

*communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit. Elle place **la personne au coeur** de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ».*

La Charte ne s'adresse pas seulement « aux citoyens européens » mais à « toute personne », et par conséquent fait du ressortissant de pays tiers, quel que soit son statut, un destinataire des droits fondamentaux. Il bénéficie de droits dits « indérogeables » dont le droit à la vie (art 2), l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (3). Par ailleurs, la Charte « fondamentalise » plusieurs droits sociaux, dont le droit à l'aide sociale et à la sécurité sociale (art 34).

Seuls échappent à cette applicabilité générale le chapitre 5 intitulé « citoyenneté », réservé aux ressortissants des Etats membres de l'UE.

Par ailleurs, la Charte rend compte d'une volonté de protéger certains ressortissants d'Etats tiers en leur conférant des droits spécifiques, tels que le droit d'asile (article 18) et la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (article 19).

Cette approche en termes axiologiques révèle ce que l'humain comporte d'irréductible, au-delà de sa condition d'étranger à l'UE. La CJUE a confirmé à plusieurs reprises sa volonté de protéger ce qui relève, à notre sens, de la préservation de la dignité humaine.

Sa jurisprudence se révèle particulièrement vigilante à l'égard des étrangers vulnérables, en particulier les demandeurs d'asile. De manière audacieuse, le juge effectue, au nom de la protection effective des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, une relecture du règlement Dublin II en interdisant aux Etats membres de l'UE d'appliquer à la lettre et de manière automatique le dispositif de transfert des demandeurs d'asile vers l'Etat désigné comme étant responsable de l'examen d'une demande²⁵. Pour la Cour, « l'article 4 de la charte doit être interprété en ce sens qu'il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'«État membre responsable» au sens du règlement n° 343/2003 lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le

²⁵ CJUE, gde ch., 21 déc. 2011, aff. NS c/ Royaume Uni, aff. C-411/10

demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition » (point 106).

Dans la lignée de cette tendance protectrice, l'on citera, la jurisprudence *Cimade et Gisti*²⁶ qui interprète la « directive accueil » des demandeurs d'asile comme conférant à tout demandeur, y compris les « dublinés »²⁷, le droit au versement d'une allocation temporaire d'attente et ce, conformément à la directive « accueil » et à l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il s'agira enfin de mentionner l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé à l'article 24§2 de la Charte qui justifie d'écarter l'application des critères de droits communs de désignation de l'Etat responsable en cas de dépendance familiale justifiant un regroupement²⁸. Plus généralement, cet intérêt supérieur doit guider la définition de l'Etat responsable du traitement de la demande, ce qui suppose qu'en cas de demandes d'asile multiples, ce soit l'Etat le mieux placé pour apprécier l'intérêt du mineur qui soit désigné comme responsable²⁹.

Certes, la protection des droits fondamentaux des ressortissants des Etats tiers n'en est qu'à ses débuts. Ainsi, la Cour de justice de l'UE n'a pas (encore ?) développé une jurisprudence consacrant un statut « constitutionnel » des ressortissants d'Etats tiers, à l'instar de nombreux juges suprêmes³⁰. En particulier, la protection des droits fondamentaux des ressortissants en situation irrégulière souffre encore d'un déficit important. La directive « retour » protège davantage l'intérêt des Etats et l'intérêt européen à l'éloignement des personnes concernées que les droits fondamentaux des personnes.³¹

²⁶ CJUE, 27 sept. 2012, *Cimade et Gisti*, aff. C-179/11, Europe 2012, comm. n° 345, obs. D. Simon. Voir aussi, CJUE, 27 févr. 2014, *Federaal agentschap*, aff. C-79/13 : Europe 2014, comm. 153, obs. F. Gazin à propos du montant de l'aide financière octroyée aux demandeurs, qui doit être conforme à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux qui protège la dignité humaine.

²⁷ C'est à dire les demandeurs d'asile devant être transférés dans l'Etat membre que l'application des critères du dispositif du règlement Dublin II a désigné comme étant compétent pour traiter de la demande d'asile.

²⁸ CJUE, gde ch., 16 nov. 2012, *K c/ Bundesasylamt*, aff. C-245/11 : Europe 2013, comm. 20, obs. F. Gazin ; M. L. Basilien-Gainche, *Quand l'humanitaire l'emporte sur les critères pour la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile*, actualités droits et libertés, 16 nov. 2012.

²⁹ CJUE, 6 juin 2013, aff. C-648/11, *MA, BT, DA contre Secretary of State for the Home Department*, Europe 2013, comm. n°342, obs. F. Gazin.

³⁰ V. notamment : S. Slama, *Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers*, in *La Revue des droits de l'homme* n°5/2014.

³¹ On notera l'évolution de la jurisprudence sur ce point. Dans une première veine jurisprudentielle, elle contraint les Etats à appliquer la directive retour « conformément aux droits fondamentaux » : CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11PPU : F. Kauff-Gazin : La

Mais, au-delà de cet impératif de protection des droits fondamentaux, s'esquisse un statut de ressortissant de pays tiers résident, proche de celui du citoyen européen.

2/ L'intégration des ressortissants d'Etats tiers

Le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999 a fait de l'intégration des ressortissants d'Etats tiers sur le territoire d'un Etat membre de l'UE une priorité politique européenne. Les conclusions de la présidence affirment qu'« une politique plus énergique en matière d'intégration devrait avoir pour ambition de leur offrir des droits et des obligations comparables à ceux des citoyens européens ». Cet objectif a été quelque peu remis en question par les attentats terroristes des années 2000 qui ont eu pour conséquence de développer davantage le volet répressif de la politique européenne à l'égard des migrants. Mais il reste de « l'esprit de Tampere » la directive 2003/109 relative aux résidents longue durée³² qui confère un statut stable aux personnes ayant résidé de manière légale et ininterrompue pendant cinq ans sur le territoire d'un Etat membre. Ces personnes se voient reconnaître un titre de séjour ainsi qu'un accès au marché du travail dans l'Etat de résidence. Elles bénéficient aussi d'une protection contre l'éloignement. Cette directive a récemment été interprétée dans une logique plutôt favorable aux individus³³. Le juge refuse d'interpréter la directive comme excluant le droit à une aide sociale et à une aide au logement pour un ressortissant albanais résidant sur le territoire de la province de Bolzano. Il se fonde, pour ce faire, sur une interprétation de la directive lue à la lumière de l'article 34§3 de la Charte des droits fondamentaux qui reconnaît le droit à une aide sociale et une aide au logement.

directive retour au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011, Europe 2011, Etude 7. Lorsque les Etats membres utilisent en dernier ressort des mesures coercitives pour procéder à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne comportent pas l'usage de la force allant au-delà du raisonnable. **Ces mesures sont mises en œuvre comme il est prévu par la législation nationale conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique du ressortissant concerné d'un pays tiers** ». Puis, l'on observera un infléchissement jurisprudentiel puisque dans la dernière jurisprudence en date, il n'est plus question d'interprétation de la directive retour « conformément aux droits fondamentaux » : CJUE, 6 déc. 2012, Md Sagor, aff. C-430/11. Dans ce dernier arrêt, à aucun moment le juge n'examine si l'assignation à résidence telle que prévue par le droit italien est proportionnée et conforme aux droits fondamentaux..

³²Dir. du 25 novembre 2003, JOCE n° L16, 23 janv. 2004, p.1.

³³CJUE, 24 avr. 2012, aff. C-571/10 : Europe 2012, comm. n°243, obs. F. Gazin ; Jean-Yves Carlier, La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne, JDE 2013 n° 197 p.103-114.

Cette volonté d'assimilation ou de quasi-assimilation d'un ressortissant de pays tiers à un citoyen européen s'avère particulièrement forte pour un membre de la famille d'un citoyen européen, même si les liens affectifs avec ce citoyen ont été coupés. C'est précisément cette situation qui nous paraît déterminante. En effet, la directive 2004/38 sur le droit de séjour du citoyen européen permet le maintien d'un droit de séjour aux membres de la famille du citoyen européen ressortissant de pays tiers dans les cas de divorce ou de rupture du partenariat enregistré si le mariage ou le partenariat ont duré au moins 3 ans entre les personnes. Dans ce cas, on voit bien que l'objectif poursuivi par la réglementation européenne n'est pas que dans l'intérêt du citoyen européen mais aussi et surtout du ressortissant d'Etat tiers qui a tissé des liens avec la société de l'Etat membre d'accueil, au-delà de la logique de regroupement familial.

Le critère de la résidence sur le territoire d'un Etat membre de l'UE permet ainsi, dans certains cas, à un ressortissant d'Etat tiers d'obtenir ou de conserver un statut et, partant, d'être totalement intégré sur le territoire de l'Etat membre de résidence.

Conclusion :

La multiplication des statuts des ressortissants de pays tiers révèle à notre sens une logique de contrôle des migrants, marquée par des intentions économique et sécuritaire. Ces objectifs se doublent néanmoins d'une tendance autre, inspirée par la Charte européenne des droits fondamentaux et plus généralement par une volonté de reconnaître, accueillir ou protéger le ressortissant de pays tiers par-delà les catégories qui séparent, c'est à dire dans sa dimension d'humain.

Cette logique apparaît encore timide, et souvent de nature essentiellement réparatrice afin éviter qu'une personne ne soit traitée de manière incompatible avec sa qualité d'homme. L'on pourrait estimer qu'il s'agit là d'un courant de profondeur qui influence en arrière plan le législateur et le juge. Certes, ce sont les courants de surface qui apparaissent aujourd'hui les plus visibles.. Et l'esprit européen apparaît encore en sommeil dans ce qu'il a de plus riche et de plus profond. Rappelons toutefois les belles paroles d'espoir prononcées par V. Havel dans son discours prononcé en 1990 devant le Parlement européen : « *Les 12 étoiles du drapeau européen sont comme un rappel que le monde pourrait devenir meilleur si nous avons de temps en temps le courage de regarder vers les étoiles* » !