Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers

Serge Slama

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/785>

DOI : 10.4000/revdh.785

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2014

Référence électronique

Serge Slama, « Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 27 mai 2014, consulté le 08 juillet 2020.
URL : <http://journals.openedition.org/revdh/785> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.785>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers

Serge Slama

NOTE DE L'AUTEUR

Ce texte est une version actualisée d'une contribution au Forum Trans Europe Experts du 30 mars 2012 dans le cadre d'une table ronde sur la charte des droits fondamentaux présidé par Sophie Robin-Olivier [[http://www.transeuropexperts.eu/index.php?part=5&sujet=195](http://www.transeuropexperts.eu/index.php?part=5& sujet=195)].

- 1 Dans un commentaire de l'arrêt *Test-Achat ASBL*¹, Laurence Burgorgue-Larsen perçoit « un courant jurisprudentiel émergent qui démontre que la Cour de justice prend très au sérieux la Charte »². En droit des étrangers³, nous aimerions partager l'enthousiasme de notre collègue s'agissant de l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« CDFUE ») et pouvoir écrire, comme elle, que dans cette matière « la Charte brille seule de tous ses feux »⁴. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, on peut se demander si les juridictions prennent suffisamment au sérieux⁵ les potentialités de la Charte lorsqu'elle est invoquée par des ressortissants de pays tiers.
- 2 A la lecture de la Charte, il apparaît pourtant que ceux-ci bénéficient, *prima facie*, de presque tous les droits et libertés fondamentaux consacrés par celle-ci. Certains droits fondamentaux sont même spécifiques aux étrangers : droit d'asile (CDFUE, article 18) et protection « par ricochet » en cas d'expulsion et d'extradition (CDFUE, article 19)⁶. Les seules exceptions figurent au titre V « citoyenneté » dans lequel sont expressément mentionnés les droits spécifiques des « citoyens de l'Union »⁷. Et à bien y regarder, à l'exception du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen et de la protection

diplomatique et consulaire, les droits du citoyen européen sont ou peuvent être accessibles aux ressortissants de pays tiers⁸.

- 3 L'analyse de la jurisprudence montre que si la Charte est de plus en plus souvent utilisée dans les décisions portant sur le droit des étrangers ou le droit d'asile, la Cour de Luxembourg n'est néanmoins jamais montée en généralité pour définir les principes régissant son application aux non-citoyens européens. Ainsi, l'utilisation de la CDFUE en droit des étrangers est essentiellement « confortative » de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (I). Toutefois on constate aussi s'agissant du droit d'asile une jurisprudence plus constructive et autonome qui pourrait rejaillir sur l'ensemble des ressortissants de pays tiers (II)

I. Une jurisprudence essentiellement confortative de celle de la Cour EDH en droit des étrangers

- 4 Il ressort de l'analyse des arrêts relatifs au droit des étrangers rendus par la Cour de justice⁹ que si, avant l'entrée en vigueur de la Charte, ses débuts sur le plateau de Kirchberg étaient plutôt prometteurs (A). Par la suite, les espoirs fondés sur elle n'ont, pour l'instant, pas ou très peu été tenus (B).

A. Des débuts prometteurs sur le plateau de Kirchberg

- 5 Après quelques vains essais d'invocation de la Charte des droits fondamentaux à partir de 2003 par des requérants ou la Commission¹⁰, la Cour de justice se l'est appropriée pour la première fois dans l'affaire *Parlement c/ Conseil*¹¹. Saisie d'un recours du Parlement, inspiré par le Gisti, contre la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 sur le regroupement familial, la Cour de justice a alors estimé que, même dépourvue de portée juridique contraignante, la Charte pouvait être utilisée comme guide d'interprétation dans la mesure où « le législateur communautaire a [...] entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la charte »¹². Dans le prolongement de sa propre jurisprudence¹³ mais aussi et surtout de celle de la Cour EDH¹⁴, la Cour de Luxembourg a alors consacré au bénéfice des étrangers le droit au respect de la vie privée et familiale « reconnu par l'article 24 de la Charte ». Elle ajoutait que cette disposition « doit être lue en corrélation avec l'obligation de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de ladite charte [...] ».
- 6 Après cette entrée en matière tonitruante, la Cour va manquer deux occasions de définir la portée de la Charte en droit des étrangers.
- 7 La première occasion – l'affaire *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni* – aurait pu permettre à la Cour de justice de tracer la frontière des droits et libertés fondamentaux issus de la Charte bénéficiant aux seuls citoyens européens et ceux accessibles aux non-citoyens. Dans son recours contre le droit de vote au Parlement accordé au *qualifying Commonwealth citizen*, qui sont des ressortissants de pays tiers, l'Espagne insistait en effet sur le fait que l'article 39 de la CDFUE réserve le droit de vote et l'éligibilité au Parlement européen aux seuls « citoyens de l'Union » et que ce droit « ne [peut] être

qualifié de «droit de l'homme» ou de «liberté fondamentale» ». Mais la Cour de justice a préféré se réfugier derrière l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999 de son homologue strasbourgeoise pour rejeter la requête compte tenu de la large marge d'appréciation des Etats membres dans ce domaine¹⁵.

- 8 Avec l'arrêt *Metock*, la Cour de justice a manqué une seconde occasion de consacrer, en se référant à la Charte, le droit pour un ressortissant de pays tiers de rejoindre son conjoint européen « quels que soient le lieu et la date de leur mariage ainsi que la manière dont ce ressortissant d'un pays tiers est entré dans l'État membre d'accueil »¹⁶. Pourtant, comme dans la directive sur le regroupement familial, le considérant 31 de la directive 2004/38 mentionne expressément celle-ci.
- 9 Mais c'est bien évidemment avec son entrée en vigueur en décembre 2009 que l'utilisation de la Charte par la Cour de justice a suscité le plus d'attentes. Or, en droit des étrangers, celle-ci n'a, pour l'instant, cessé de décevoir.

B. Les amours (pour l'instant) déçus du droit des étrangers avec la Charte

- 10 S'agissant, en premier lieu, du droit au regroupement familial, la Cour de justice a complété sa première interprétation de la directive n° 2003/86/CE à l'aune des articles 7 et 24 de la CDFUE dans l'arrêt *Chakroun*¹⁷. Elle rappelle à cette occasion que dans la mesure où l'autorisation du regroupement familial est la règle générale, les possibilités d'apporter des limitations doivent être interprétées de manière stricte. Par ailleurs, la marge de manœuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive qui est de favoriser le regroupement¹⁸. Pour développer cette interprétation, la Cour s'appuie de nouveau sur le droit au respect de la vie familiale « consacré tant par la CEDH que par la charte »¹⁹. Dans la même affaire, elle déclare contraire au droit européen une législation nationale qui introduisait une distinction selon que les liens familiaux étaient antérieurs ou postérieurs à l'entrée du regroupant en soulignant que son interprétation « est par ailleurs conforme à l'article 8 de la CEDH et à l'article 7 de la charte »²⁰.
- 11 S'agissant, en second lieu, de l'incidence du statut de citoyen européen sur le droit au séjour des membres de la famille, le grand arrêt *Ruiz Zambrano*²¹ est décevant quant à l'utilisation de la Charte. En effet, la CJUE était saisie de questions préjudicielles portant sur l'interprétation combinée des articles 12, 17 et 18 [CE] et « des articles 21, 24 et 34 de la charte » pour déterminer s'ils permettaient de reconnaître des droits au séjour et au travail autonomes au bénéfice des parents sans-papiers d'enfants en bas âge bénéficiant du statut de citoyen européen. *A priori* ces enfants se trouvaient dans une situation « purement interne » dans la mesure où ils n'ont pas fait usage de leur liberté de circulation et ne pouvaient par suite se prévaloir de la directive n° 2004/38. Néanmoins, la Cour s'est fondée sur l'article 20 TFUE pour consacrer le principe selon lequel sont contraires au droit de l'UE « des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »²². Elle n'a toutefois fait aucune utilisation de la Charte. Cette absence de fondamentalisation est d'autant plus regrettable que par la suite la Cour de justice n'a cessé de rogner ce « noyau dur » des droits conférés par le statut de citoyen en validant des situations de discriminations à rebours particulièrement choquantes²³.

- 12 Ainsi, dans l'affaire *Mc Carthy*, la Cour admet la possibilité pour un Etat membre de prendre une mesure d'éloignement à l'encontre d'un conjoint jamaïcain d'une citoyenne britannico-irlandaise qui n'a pas fait « usage » de la liberté de circulation²⁴. La Charte n'aurait-elle pas dû servir dans cette affaire pour tempérer les effets de cette discrimination à rebours en garantissant, sur le fondement de son article 7, le droit de cette citoyenne européenne de vivre en famille avec son conjoint dans le pays de son choix ? Le fait de faire reposer la jouissance de « l'essentiel » des droits du citoyen européen sur un critère aussi contingent et inégalitaire que la mobilité n'expose-t-il pas le droit de l'UE à une remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH²⁵ ?
- 13 Plus prudente, dans l'arrêt *Dereci*²⁶, la Cour de justice préfère placer la balle dans le camp des juges nationaux en leur laissant le soin d'apprécier si la situation du ressortissant d'un Etat tiers, membre de la famille d'un citoyen européen, déclenche, ou non, l'application du droit de l'Union. Elle indique, aussi, de manière plus satisfaisante, qu'il y a privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union lorsque le citoyen « se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union »²⁷ et que, dans ce cas, il sera fait application, soit de l'article 7 de la CDFUE, soit de l'article 8 § 1 de la CEDH.
- 14 Dans trois décisions plus récentes, la Cour de Luxembourg n'a toutefois pas creusé davantage ce sillon.
- 15 La première affaire concerne une fillette, citoyenne européenne, dont les père et mère, respectivement japonais et allemands, ont vécu en Allemagne, avec droit au séjour pour le père. Après le divorce, la mère s'est établie en Autriche et le père a cherché un droit au séjour comme « membre de famille ». Saisie par la voie préjudicielle, la Cour a estimé, assez curieusement, que le refus d'accorder au père un droit de séjour dérivé du statut de citoyennes de l'Union de son ex-épouse et de sa fille ne risque pas de priver celles-ci de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits (alors même qu'à l'évidence cela prive la fille de son père). Elle écarte donc l'applicabilité des articles 7 et 24 de la CDFUE dès lors que le refus d'admission au séjour ne relève pas de la mise en oeuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte²⁸.
- 16 Dans la seconde affaire, la Cour de justice prolonge l'arrêt *Chakroun* en mentionnant que l'article 7, paragraphe 1, sous c), de la directive 2003/86 « ne saurait être interprété et appliqué d'une manière telle que cette application méconnaîtrait les droits fondamentaux énoncés auxdites dispositions de la Charte ». Mais en l'espèce, elle estime aussi qu'il appartient aux autorités nationales compétentes de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, en tenant particulièrement compte de ceux des enfants concernés²⁹.
- 17 La troisième et dernière affaire, l'arrêt *Kreshnik Ymeraga* confirme une lecture restrictive de la jurisprudence *Zambrano*. D'une part le statut de citoyen de l'Union en lui-même, indépendamment de l'exercice de sa liberté de circuler, ne peut justifier un droit au regroupement familial au bénéfice d'un ressortissant d'un pays tiers. D'autre part, un citoyen de l'Union sédentaire ne relève pas du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux. En l'espèce, l'un des requérants au principal, originaire du Kosovo, est arrivé mineur en 1999 au Luxembourg chez un oncle de nationalité luxembourgeoise, qui devint son tuteur légal. Si la demande d'asile a été rejetée par les autorités luxembourgeoises, sa situation a été régularisée en 2001 et, par

la suite, il a entamé des études et a trouvé un emploi régulier puis acquis la nationalité luxembourgeoise en 2009. Entre 2006 et 2008, sont arrivés au Luxembourg des membres de sa famille. Après avoir essuyé un refus de protection internationale, ils ont introduit en 2008 une demande de regroupement familial qui a été rejetée, et confirmée par le tribunal administratif. Mais une fois que leur proche a été naturalisé, ils ont demandé en 2009 une demande de carte de séjour en tant que membres de la famille d'un citoyen de l'UE. Après rejet de leur demande et de leur requête en première instance par le tribunal administratif, la Cour d'appel a posé la question préjudicielle en demandant si l'article 20 TFUE et certaines dispositions de la CDFUE pouvaient permettre de leur octroyer un droit au regroupement familial. La Cour de justice estime néanmoins que l'article 20 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre refuse à un ressortissant d'un pays tiers le séjour sur son territoire, alors que ce ressortissant veut résider avec un membre de sa famille qui est citoyen de l'UE demeurant dans cet État membre dont il possède la nationalité et qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation en tant que citoyen de l'Union, pour autant qu'un tel refus ne comporte pas la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union. Elle précise d'une part que le refus des autorités luxembourgeoises d'accorder aux membres de la famille de l'intéressé un droit de séjour en tant que membres de la famille d'un citoyen de l'Union ne relève pas de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, de sorte que la conformité de ce refus aux droits fondamentaux ne saurait être examinée au regard des droits institués par cette dernière et que d'autre part, une telle constatation ne préjuge pas de la question de savoir si, sur le fondement d'un examen à la lumière des dispositions de la Conv. EDH un droit de séjour ne saurait être refusé aux ressortissants de pays tiers concernés dans le cadre du litige au principal³⁰.

- 18 Significativement la charte des droits fondamentaux n'est pas mentionnée dans certaines affaires dans lesquelles les droits fondamentaux des citoyens de l'UE et des membres de leur famille sont tout simplement ignorés. C'est particulièrement le cas dans une affaire dans lequel le juge européen adopte un raisonnement pour le moins absurde et surréaliste en considérant que la continuité du séjour d'un conjoint d'un citoyen de l'UE est interrompue par des périodes successives d'incarcération – comme s'il était en orbite géostationnaire durant son emprisonnement et non sur le territoire de l'Etat membre³¹. Comme le relève Claire Saas dans un commentaire, avec cet arrêt « l'incarcération, en soi, constitue un stigmate indélébile de l'absence d'intégration. Cette solution repose sur le refus d'une appréciation individualisée de la situation personnelle, toute exécution d'une peine d'emprisonnement emportant défaut d'intégration »³².
- 19 S'agissant, en troisième lieu, du droit du « retour » des ressortissants des pays tiers, on constate dans la trilogie « *El Dridi*³³ – *Achughbabian*³⁴ – *Sagor*³⁵ », la même utilisation décevante voire même l'absence d'utilisation de la Charte. Pourtant, lorsque MME Masera et Vigano ont suscité la question préjudicielle dans l'affaire *El Dridi* leur objectif était clairement de faire reconnaître en référence au considérant 24 de la directive qui mentionne la CDFUE qu'une interprétation de la directive « retour » conforme aux droits fondamentaux devait faire obstacle à ce qu'un irrégulier puisse faire l'objet d'une peine d'emprisonnement³⁶. L'absurdité de sanctionner d'une telle peine de prison une personne qu'on cherche à éloigner du territoire européen n'est donc pas contraire au droit de l'UE parce que cela porte atteinte aux droits fondamentaux (ou au simple bon sens) mais parce que cela porte atteinte à l'application des normes et procédures

communes prévues par cette directive en retardant le retour de la personne concernée³⁷.

- 20 En dernier lieu, une lueur d'espoir dans une utilisation plus inspirée de la Charte en droit des étrangers est née avec la décision *Kamberaj*³⁸ qui, comme le note Sophie Robin-Olivier, marque des « petits pas vers l'inclusion sociale des ressortissants des pays tiers »³⁹. La Cour de justice interprète en effet de manière favorable, au regard de l'article 34§3 de la CDFUE, l'article 11, § 1 de la directive n°2003/109 du 25 novembre 2003 qui garantit une égalité de traitement avec les nationaux aux résidents de longue durée en ce qui concerne notamment la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale⁴⁰. Elle renvoie toutefois l'appréciation de la notion de « prestations essentielles » à la juridiction nationale.
- 21 Si l'application de la Charte en droit des étrangers par la Cour de Luxembourg est souvent en retrait, on constate heureusement une jurisprudence plus exigeante s'agissant du droit d'asile.

II. Une jurisprudence sur le droit d'asile plus constructive et autonome

- 22 Si la CDFUE commence à être invoquée en 2008-2009⁴¹, c'est l'année 2010 qui marque un tournant avec plusieurs affaires dans lesquelles elle est mise à contribution s'agissant du droit d'asile. L'utilisation qui en est faite par la Cour de justice est plus constructive et exigeante qu'en droit des étrangers. On perçoit deux lignes de forces dans cette jurisprudence : d'une part la volonté de la Cour de Luxembourg de mettre en cohérence le régime européen de l'asile avec la Convention de Genève, à laquelle se réfère expressément l'article 18 de Charte (A) ; d'autre part, l'utilisation des articles 41 et 47 pour apporter un certain nombre de garanties procédurales aux demandeurs d'asile, ce qui pourrait rejaillir favorablement sur les ressortissants des pays tiers en situation irrégulière (B).

A. Une mise en cohérence du régime européen d'asile avec la Convention de Genève à l'aune de l'article 18 CDFUE

- 23 Dans la mesure où l'article 18 de la CDFUE n'a pas d'équivalent direct dans la CEDH il n'est guère étonnant de voir la jurisprudence se développer dans cette matière⁴². Le droit d'asile est également expressément garanti par cette disposition « 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 ». Dans ce cadre, tout en affirmant l'autonomie du système européen de l'asile, la Cour s'efforce d'unifier les régimes et d'interpréter restrictivement les dérogations en les mettant en cohérence avec la Convention de Genève.
- 24 C'est en premier lieu dans l'affaire *Salahadin Abdulla* que la Cour de Luxembourg pose les bases de sa jurisprudence dans l'application de l'article 48 de la Charte. Pour interpréter les articles 2, 7 et 11 de la directive « qualification » 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004⁴³, elle développe des « observations liminaires » dans lesquelles elle rappelle que « la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés ». Mais elle ajoute immédiatement

que l'interprétation de la directive « doit également se faire [...] dans le respect des droits fondamentaux, ainsi que des principes reconnus notamment par la charte »⁴⁴.

- 25 Ces principes sont en deuxième lieu repris dans l'arrêt *Bolbol*⁴⁵. A cette occasion, la Cour de justice développe une interprétation stricte de la clause d'exclusion s'agissant des réfugiés « UNRWA »⁴⁶. Cette jurisprudence favorable se poursuit dans l'arrêt *Bundesrepublik Deutschland c/ B. et D.* à propos de l'exclusion des personnes inscrites sur une liste européenne d'organisations terroristes pour l'interprétation des notions d'accusation de « crime grave de droit commun » et d'agissements « contraires aux buts et aux principes des Nations unies » de l'article 12 de la directive 2004/83/CE conformément à la Convention de Genève et à la CDFUE⁴⁷. La même logique conduit la Cour à prolonger l'arrêt *Bolbol* dans l'affaire *El Kott*⁴⁸ en estimant que dès lors que la protection de l'UNRWA a cessé, les personnes concernées ne sont plus exclues des autres protections internationales et peuvent donc se prévaloir de la directive « qualification ». La Cour précise qu'un tel régime favorable n'entraîne pas « une discrimination interdite par le principe d'égalité de traitement consacré à l'article 20 de la Charte » au détriment des autres demandeurs d'asile compte tenu de la différence de situation⁴⁹. En s'appuyant sur l'article 18 de la Charte, la Cour a aussi estimé, en interprétant la même directive, que la persécution religieuse peut, dans certaines circonstances, justifier l'octroi du statut de réfugié⁵⁰.
- 26 En troisième lieu, et surtout, c'est avec l'affaire *N.S.* qu'on a constaté l'utilisation la plus satisfaisante de la Charte des droits fondamentaux, et ce dans la perspective de mettre la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en cohérence avec celle de Strasbourg s'agissant de l'application du règlement « Dublin 2 ». Faisant immédiatement suite de l'arrêt *M.S.S.* ayant condamné la Belgique et la Grèce pour violation des articles 3 et 13 de la CEDH, la décision de la Grande chambre constitue l'utilisation la plus aboutie de la Charte des droits fondamentaux. D'un point de vue numérique, d'une part, la Charte est mentionnée à quarante-sept reprises dans cette décision – soit plus que dans l'ensemble des autres décisions antérieures relatives à l'asile. Mais surtout, d'autre part, la Charte a accompagné la Cour de justice tout en long de son raisonnement. Elle s'est d'abord assuré de son applicabilité en estimant que le pouvoir d'appréciation conféré aux États membres par l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 343/2003 afin de déterminer l'État membre responsable d'une demande d'asile « ne constitue qu'un élément du système européen commun d'asile ». La Charte a ensuite permis à la Cour de juger que si dans le cadre de l'application des instruments internationaux garantissant les droits fondamentaux les États membres peuvent s'accorder une « confiance mutuelle » lors de l'application du règlement « Dublin 2 », cette présomption n'est pas irréfragable. Dans l'hypothèse où il y aurait lieu de craindre « sérieusement » qu'il existe des défaillances « systémiques » de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la CDFUE, il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas procéder au transfert du demandeur d'asile.
- 27 La Cour de justice a prolongé, avec plus ou moins de bonheur, cette décision par d'autres arrêts utilisant positivement la Charte. Avec l'affaire *K. c/ Bundesasylamt*, elle a d'abord ouvert une « nouvelle brèche »⁵¹ dans l'application du règlement « Dublin II » en reconnaissant que le droit au regroupement familial peut justifier la non mise en œuvre des critères de détermination d'un État responsable d'une demande d'asile par

l'application de la « clause humanitaire » afin de respecter les droits fondamentaux des familles de demandeurs d'asile. Ensuite, dans l'affaire *Halaf*, se rapportant aux travaux préparatoires du règlement, elle a estimé que ses auteurs ont souhaité permettre à chaque Etat membre de décider souverainement de procéder à un examen de la demande d'asile ne relevant pas *a priori* de sa responsabilité, « en fonction de considérations politiques, humanitaires ou pratiques ». Elle estime donc à l'aune de l'article 18 de la Charte et au regard de l'étendue du pouvoir d'appréciation ainsi conféré à chaque Etat membre, que le point de savoir si l'Etat membre responsable a répondu ou non à une demande de reprise en charge d'un demandeur d'asile « n'a pas d'incidence sur la possibilité pour un autre Etat membre d'examiner une demande d'asile »⁵². Ce droit d'évocation constitue toutefois une simple faculté pour les Etats membres. Cette compétence est d'ailleurs confirmée dans le nouveau règlement du 26 juin 2013 qui la compte au nombre des « clauses discrétionnaires » figurant à son article 17.

- 28 A l'aune de l'article 4 de la CDFUE, la Cour précise enfin dans l'affaire *Pui* que dans la situation de défaillance systémique de l'examen des demandes d'asile de l'arrêt *N.S.*, l'impossibilité de transférer un demandeur d'asile vers l'Etat membre initialement désigné comme responsable n'implique pas, en tant que telle, que l'Etat membre procédant à la détermination de l'Etat membre responsable soit tenu d'examiner lui-même la demande d'asile sur le fondement de l'article 3, paragraphe 2, du règlement. En outre lorsque l'Etat responsable a accepté la prise en charge d'un demandeur d'asile, le demandeur ne peut contester cette acceptation qu'en se prévalant des « défaillances systémiques » de la procédure d'asile dans cet Etat⁵³. S'agissant plus spécifiquement des transferts la Hongrie, la Cour juge dans *Abdullahi* ne disposer « d'aucun indice » qui permette de considérer que tel est le cas de ce transfert vers ce pays et elle conclut que, dans les circonstances de l'espèce, le demandeur ne peut remettre en cause « le choix de ce critère qu'en invoquant l'existence de défaillances systémiques » du système d'asile hongrois risquant une atteinte à l'article 4 de la Charte de l'UE⁵⁴. On peut toutefois, là aussi, se demander si les nouvelles dispositions du règlement n° 604/2013, en particulier ses articles 26 et 27, ne vont pas appeler une autre approche du droit de recours en la matière⁵⁵.
- 29 En dernier lieu, à l'aune de l'article 24 de la CDFUE, qui consacre la notion d'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour de Luxembourg donne, dans un arrêt *M.A. et a.*, une interprétation souple du règlement « Dublin 2 ». Elle estime que l'Etat compétent devait être celui sur le territoire duquel se trouve le mineur isolé dès lors qu'il n'a pas d'attaches avec un autre Etat membre, et ce même dans l'hypothèse où il aurait déposé une première demande d'asile dans un autre Etat membre⁵⁶.
- 30 Ces améliorations substantielles du statut européen du demandeur d'asile, à l'aune notamment de la CDFUE, ne sont pas seuls facteurs de progrès ; on constate aussi des améliorations formelles.

B. La consécration de garanties apportées au demandeur d'asile en cours de procédure

- 31 1. On constate des avancées importantes sur le terrain des garanties formelles apportées aux demandeurs d'asile en cours de procédure, aussi bien procédurales que

de la jouissance de droits sociaux souvent sous la pression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi d'un dialogue constructif avec celle-ci.

- 32 En premier lieu, l'arrêt *Samba Diouf* a été l'occasion pour la Cour de justice de préciser la portée du droit au recours effectif garanti par l'article 47 de la CDFUE. Saisie d'une question préjudicielle visant à l'interprétation de l'article 39 de la directive 2005/85, elle a estimé que l'absence de recours autonome contre la décision de recourir à une procédure accélérée ne porte pas, en elle-même, atteinte à ce droit dès lors que les motifs qui ont conduit l'autorité à examiner le bien-fondé de la demande peuvent être effectivement soumis à un contrôle juridictionnel⁵⁷. En écho à l'arrêt *I.M. contre France*⁵⁸, elle s'est également penché sur l'effectivité des recours dans le système irlandais dans le cadre des procédures accélérées d'examen de demande de protection internationale à l'aune de l'article 47 de la Charte⁵⁹. En deuxième lieu, avec l'arrêt *M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform*⁶⁰, la Cour de justice se livre à une interprétation encore plus constructive puisqu'elle consacre le droit d'être préalablement entendu déduit des principes généraux du droit de l'UE assurant le respect des droits de la défense. Ce droit se rattache également autres composantes du droit de bonne administration, inscrit à l'article 41 de la Charte (mais réservé aux actes des institutions de l'UE⁶¹), les droits au procès équitable et au recours effectif, inscrits à l'article 47 et la présomption d'innocence, inscrit à l'article 48. Parallèlement, dans récente affaire, la Cour de justice a encore davantage assis sa compétence en élargissant le champ de la Charte en estimant que : « Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »⁶².
- 33 2. Une telle évolution n'a pas tardé à rejaillir en droit des étrangers. En effet, dans deux jugements rendus en formation élargie, le tribunal administratif de Lyon a jugé que l'administration préfectorale devait « entendre » l'étranger « préalablement » à l'édition d'une décision d'obligation de quitter le territoire français⁶³. Néanmoins, très rapidement, des juridictions administratives françaises, particulièrement des cours d'appel, ont neutralisé la portée de ce principe en droit français, avant même que la Cour de justice n'ait répondu à la demande de question préjudicielle⁶⁴.
- 34 Généralement, elles ont considéré que si les OQTF constituent bien la « mise en œuvre » du droit de l'UE car ce sont des décisions de « retour » au sens de la directive 2008/115/CE ; néanmoins, selon elles, le droit d'être entendu n'oblige pas à inviter préalablement l'administré à présenter des observations orales ou écrites pour adopter cette décision. C'est à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement de prendre spontanément l'initiative de demander à être entendu, sans avoir besoin d'en être informé par l'administration. Plus largement ces juridictions estiment que « les garanties apportées dans le cadre de la procédure administrative contentieuse suffisent à assurer « pleinement le respect des droits de la défense, au sens du principe fondamental que sous-tend les articles 41, 47 et 48 de la Charte [...] »⁶⁵. Cela revient à dupliquer la jurisprudence du Palais Royal qui, depuis 1991, a systématiquement neutralisé la portée du principe général du respect des droits de la défense dans la phase pré-contentieuse⁶⁶. La plupart des CAA estiment aussi que lorsqu'il formule une demande de titre de séjour, un étranger ne peut ignorer

que le préfet en cas de refus peut prendre une décision d'obligation de quitter le territoire français⁶⁷. Cette position ne fait néanmoins pas l'unanimité et cette difficulté a suscité des questions préjudicielles. Dans ces affaires françaises la procédure accélérée n'a cependant – et malheureusement – pas été demandée⁶⁸.

- 35 Parallèlement, le 5 juillet 2013, la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle du *Raad van State* (Conseil d'Etat néerlandais). L'urgence a cette fois-ci été demandée et accordée dans la mesure où le ressortissant d'un pays tiers était maintenu en rétention. Les juges néerlandais ne doutaient pas, contrairement à certains de leurs homologues français, de l'existence et de l'applicabilité aux décisions de retour « de l'obligation d'assurer le droit d'être entendu au regard du droit de l'Union » mais s'interrogeaient « seulement » sur « les conséquences » attachées à une telle violation lors de l'adoption d'une décision de prolongation d'une rétention.
- 36 Dans cette décision⁶⁹, rendue sur rapport du juge français, Jean-Claude Bonichot, la Cour de justice constate d'abord que si les auteurs de la directive « retour » ont encadré de manière détaillée les garanties accordées aux ressortissants des pays tiers en situation irrégulière en ce qui concerne tant la décision d'éloignement (décision écrite, motivée, voies de recours effectives) que celle de leur rétention (décision écrite, motivée, contrôle juridictionnel), ils n'ont en revanche pas précisé si et dans quelles conditions devait être garanti le droit d'être entendu, ni les conséquences à tirer de la méconnaissance de ce droit. La Cour rappelle qu'en vertu de sa jurisprudence constante, les droits de la défense, qui comportent le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier, « figurent au nombre des droits fondamentaux faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union et consacrés par la Charte »⁷⁰ et que le respect de ces droits « s'impose même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »⁷¹. Cette affirmation est cependant aussitôt nuancée par le rappel, d'une part, que le respect des droits de la défense n'apparaît pas comme une prérogative absolue mais peut comporter, sous certaines conditions, des restrictions dans un but d'intérêt général⁷². D'autre part, elle estime que l'existence d'une violation de ceux-ci doit être appréciée dans le contexte factuel et juridique de l'adoption de la mesure contestée⁷³.
- 37 En l'occurrence, la directive comporte, à son article 15 § 2 dernier alinéa, une exigence, de caractère général, de remise en liberté pour le cas où la rétention ne serait pas légale. Dans ce contexte normatif, la Cour reconnaît que s'il est loisible aux Etats membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de permettre l'exercice des droits de la défense des ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière selon les mêmes modalités que celle retenues pour régir les situations internes, ces modalités doivent néanmoins être conformes au droit de l'Union et, notamment, ne pas remettre en cause l'effet utile de la directive. Par voie de conséquence, selon l'interprétation de la Cour, une violation du droit d'être entendu n'entraîne pas systématiquement l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause. Il faut que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent⁷⁴. En outre, le requérant doit établir que cette violation a eu un effet sur le sens de la décision. La charge de la preuve pèse sur celui-ci et non sur l'administration. Cette solution laisse donc au juge national – en l'occurrence le juge administratif – l'entière responsabilité de l'appréciation de l'incidence de l'irrégularité constatée sur le sens de la décision contestée⁷⁵.

- 38 Sur le fondement de l'article 47 de la CDFUE, la Cour de justice exige également qu'un administré puisse connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision prise à son encontre. En l'espèce un citoyen de l'UE avait fait l'objet d'une décision de non-admission au Royaume-Uni sans que les motifs ne lui soient communiqués pour des raisons de sécurité nationale. Si cette restriction à la liberté de circulation est admise par la directive 2004/39/CE pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, en revanche la Cour de justice juge qu'il est nécessaire d'informer l'intéressé des motifs afin, notamment, qu'il puisse décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent, et de permettre à ce juge de contrôler la légalité de la mesure - ledit juge devant pouvoir, de manière générale, c'est-à-dire en principe, exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs. L'article 47 de la Charte implique également, rappelle-t-elle, le respect du principe du contradictoire : les parties à un procès doivent avoir le droit de prendre connaissance de toutes les pièces ou observations présentées au juge en vue d'influer sur sa décision et de les discuter⁷⁶.
- 39 En dernier lieu, dans l'arrêt *Cimade et Gisti*, la Cour de justice a été amenée à aborder la question des droits sociaux des demandeurs d'asile en cours de procédure d'examen de leur demande avec la consécration d'un droit aux conditions matérielles d'accueil au bénéfice de tous les demandeurs d'asile, y compris ceux relevant d'une procédure régie par le règlement « Dublin 2 » et ce jusqu'à leur transfert effectif vers l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile. A cette occasion, la Cour monte en généralité en mentionnant que « l'économie générale et la finalité de la directive 2003/9 ainsi que le respect des droits fondamentaux, notamment les exigences de l'article 1er de la Charte selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, s'opposent [...] à ce qu'un demandeur d'asile soit privé, fût-ce pendant une période temporaire [...] de la protection des normes minimales établies par cette directive »⁷⁷. Dans le cadre d'une autre question préjudicielle en interprétation de dispositions des articles 13 et 14 de la même directive « accueil » de 2003 posée par une juridiction sociale bruxelloise, saisie d'un litige opposant l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (ci-après la « Fedasil »), la Cour de Luxembourg porte son attention sur le contenu substantiel de l'obligation de garantir des conditions dignes aux demandeurs d'asile. Elle s'attache particulièrement à préciser le montant devant être versé pour assurer ces normes minimales afin que les besoins fondamentaux des demandeurs d'asile soient effectivement couverts, et à encadrer la marge de manœuvre laissée aux Etats en cas de saturation du dispositif national. Or, en convergence avec la Cour de Strasbourg⁷⁸, la Cour de Luxembourg martèle l'exigence de dignité découlant de l'article 1^{er} de la CDFUE des conditions d'accueil qui doivent être réservées aux demandeurs d'asile : le montant de l'allocation offerte aux demandeurs d'asile doit ainsi être « suffisant » (terme employé 10 fois) afin que les conditions de vie offertes soient « dignes » (terme employé 8 fois) et « adéquates » (terme employé 8 fois)⁷⁹.
- 40 Ainsi elle a pu ainsi devancer, une fois n'est pas coutume, la Cour de Strasbourg sur ce terrain puisque parallèlement celle-ci a été saisie de requêtes des demandeurs d'asile sur le fondement de l'article 3 de la CEDH qui, malgré les injonctions et astreintes prononcées par le tribunal administratif de Paris, ont tardé à être hébergés⁸⁰ ou par des familles maintenues pendant près de 6 mois dans un campement de tentes rue Blida à Metz pendant⁸¹.

- 41 Au bilan, on ne peut que constater que la Cour de Luxembourg ne s'est donc pas encore saisie de la Charte pour ériger un vrai statut constitutionnel européen des étrangers et des demandeurs d'asile comme l'ont fait de nombreuses cours suprêmes⁸² à partir de leur *Bill of Rights*. Ainsi, par exemple, la Cour suprême des États-Unis estime que « les étrangers bénéficient des protections constitutionnelles lorsqu'ils sont venus sur le territoire des États-Unis et ont développé des liens importants avec ce pays » (« *aliens receive constitutional protections when they have come within the territory of the United States and developed substantial connections with this country.* »⁸³). Présentant le 4^{ème} rapport sur l'application de la charte des droits fondamentaux la vice-présidente de la Commission européenne et commissaire chargée de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, Mme Viviane Reding, constate « avec satisfaction qu'en servant de véritable dispositif de protection pour nos citoyens et de guide aux institutions de l'Union, aux États membres comme aux juridictions, la Charte déploie à présent toute sa vigueur » notamment parce qu'elle est de plus en plus souvent invoquée devant les juridictions nationales et européenne et utilisée par celles-ci⁸⁴. Elle insiste surtout sur le fait qu'elle conçoit « entièrement qu'un jour, les citoyens dans les États membres puissent se prévaloir directement de la Charte, sans qu'il soit besoin d'un lien de rattachement clair avec le droit de l'UE. La Charte devrait être le « Bill of Rights » de l'Europe, sa Déclaration des droits à elle. »⁸⁵. Faisons le vœu que les juridictions nationales et européennes finiront par prendre totalement au sérieux cette Charte en droit des étrangers.

NOTES

1. CJUE, GC, 1er mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, aff. C-236/09, *ADL* du 3 mars 2011 par M-L. Basilien-Gainche [<http://revdh.org/lettre-dl/2011/03/03>] ; D. 2011. 1592, et les obs. M. Robineau ; *RDSS* 2011, 2011 p. 645, comm. G. Calvès ; *Dr. soc.* 2011. 689, étude E. Grass ; *RTD. europ.* 2012. 405, obs. Florence Benoit-Rohmer ; *Europe* 2011, comm. 188, A. Rigaux.
2. L. Burgorgue-Larsen, « Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide », *AJDA* 2011. 967.
3. Par Convention lorsque nous évoquons dans cet article les « étrangers » nous entendons nous référer exclusivement au droit régissant les ressortissants des pays tiers compte tenu des spécificités du droit régissant les citoyens de l'Union européenne.
4. L. Burgorgue-Larsen, *art. préc.*
5. La reprise du titre de Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978 – *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995) se veut un hommage à son égard.
6. Pour une invocation infructueuse de l'article 19 de la CDFUE v. CAA de Douai, 22 septembre 2011, n°11DA00357.
7. Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen et aux élections municipales – articles 39 et 40 ; droit à une bonne administration, à l'accès aux documents et au Médiateur – article 41 à 43 ; droit de pétition – article 44 ; liberté de circulation et d'installation – article 45 ; protection diplomatique et consulaire – article 46 et liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre de l'article 15-2.

8. Ainsi, l'article 15-3 de la Charte prévoit, s'agissant du droit au travail, que : « Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens de l'Union » et l'article 45-2 que : « La liberté de circulation et de séjour *peut être* accordée, conformément aux traités, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre ». De même le droit de vote et l'éligibilité aux élections municipales sont accordés à des ressortissants de pays tiers dans plusieurs États membres de l'UE.

9. Sur une soixantaine d'arrêts de la Cour de Luxembourg rendus entre 2003 et 2013 répondant à la requête « charte des droits fondamentaux » et « ressortissants de pays tiers » sur Curia, environ la moitié concerne spécifiquement des questions de droit des étrangers ou du droit d'asile.

10. CJCE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01 ; CJCE, 20 mai 2003, *Neukomm*, aff. C-138/01.

11. CJCE, GC, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03 ; AJDA 2006. 2285, note L. Burgorgue-Larsen ; D. 2006. 1988 ; RDT 2007. 61, obs. S. Robin-Olivier ; RFDA 2007. 101, étude H. Labayle ; RTD eur. 2006. 673, étude B. Masson.

12. *Ibid.*, pt 38.

13. Aff. C60/00 du 11 juillet 2002, *Carpenter* et C109/01 du 23 septembre 2003, *Akrich*.

14. Cour EDH, 19 février 1996, *Gül c. Suisse*, JCP G 1997, I, 4000, n° 36, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 28 novembre 1996, *Ahmut c. Pays-Bas*, RUDH 1997, p. 26, obs. M. Levinet ; Cour EDH 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, AJDA 2001, p. 1072, note J-F. Flauss ; JCP G 2002, I, 105, note F. Sudre.

15. CJCE, GC, 12 septembre 2006, aff. C-145/04, *Royaume d'Espagne c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, pts 41-42 et pt 94 ; AJDA 2006. 2271, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RTD eur. 2007. 25, étude L. Burgorgue-Larsen.

16. CJUE, 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Metock*, AJDA 2009. 321, note H. Alcaraz ; RSC 2009. 197, obs. L. Idot ; RTD eur. 2009. 91, note S. Ph. D. Hammamoun et N. Ph. D. Neuwahl.

17. CJUE, 2 ch., 4 mars 2010, n° C-578/08, *Chakroun*, Europe 2010. comm. 163, obs. L. Driguez ; D. 2010. 2868, O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot.

18. *Ibid.*, p. 42.

19. *Ibid.*, pt. 44.

20. *Ibid.*, pt. 63.

21. CJUE 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi*, aff. C-34/09, pt 44, ADL du 11 mars 2011 par M. Gkegka ; AJDA 2011. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *ibid.* 1082, note M. Houser ; D. 2011. 1325, note S. Corneloup ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RDSS 2011. 449, note C. Boutayeb et A. Raccah ; Rev. crit. DIP 2012. 352, note J. Heymann ; RTD eur. 2011. 564, obs. E. Pataut ; *ibid.* 2012. 23, étude S. Platon ; *ibid.* 398, obs. F. Benoit-Rohmer ; JCP 2011, act. 318, F. Picod ; Europe n° 5, 2011, comm. 149, A. Rigaux ; JCP S. 2011. 1195, comm. par J. Cavallini.

22. V. aussi l'invocation des articles 20 et 21 de la CDFUE dans le contentieux contre la circulaire du 5 août 2010 sur l'évacuation « prioritaire » des campements de « roms » qui le Conseil d'Etat ne censure toutefois que sur le seul fondement du principe constitutionnel d'égalité sans distinction selon l'origine : CE 7 avr. 2011, *Association SOS racisme - Touche pas à mon pote*, n° 343387, Lebon ; AJDA 2011. 760 et 1438, note D. Bailleul ; Constitutions 2011. 383, obs. O. Le Bot ; RTD eur. 2011. 887, obs. D. Ritleng.

23. V. pour un cas de discrimination à rebours défavorable aux citoyens de l'UE : CE 22 juin 2012, *Valentin Muntean*, n° 347545 et la remarquable étude d'Héloïse Gicquel, « Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours », AJDA 2013 p. 863. Voir pour une application favorable : TA de Lyon, 25 septembre 2012, n° 1204141, AJDA 2013 p. 809, concl. O. Cotte.

24. CJUE 5 mai 2011, *Shirley McCarthy*, aff. C-434/09, ADL du 10 mai 2011 par M. Benlolo-Carabot [<http://revdh.org/2011/05/10/>] ; JCP G 2011. 598, obs. F. Picod ; D. 2011. 1604, note. S. Corneloup ; AJDA 2011. 930, et 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD eur. 2011. 564, obs. E. Pataut.
25. Dans le cas français, le Conseil d'Etat a validé cette différence de traitement au regard de l'article 14 de la CEDH, combiné avec son article 8, en l'estimant liée à une différence de situation objective : CE, 19 mai 2010, *Cimade et Gisti*, n° 323758, aux tables, ADL du 22 mai 2010 par S. Slama ; JCP A 2010, act. 410. Dans une délibération du 14 avril 2014, le Défenseur des droits maintient que la législation s'appliquant aux couples mixtes est discriminatoire (Défenseur des Droits, recomm. n° 2014-071 du avril 2014 [<http://www.amoureuxauban.net/wp-content/uploads/2014/04/D%C3%A9cision-du-D%C3%A9fenseur-des-Droits-n%C2%B0-2014-071-14-avril-20141.pdf>]).
26. CJUE 15 nov. 2011, aff. C-256/11, *Dereci*, pts 71 à 74, ADL du 3 décembre 2011 par M. Gkegka [revdh.org/2011/12/03/] ; RTD eur. 2012. 23, étude S. Platon ; ibid. 398, obs. F. Benoit-Rohmer ; AJDA 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 390, chron. O. Boskovic.
27. *Ibid.*, pt 66.
28. CJUE 8 novembre 2012, *Iida*, pts 78-81, AJDA 2013. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.
29. CJUE 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. C-356/11 et C-357/1, pts 77 à 81, AJDA 2013 p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère.
30. CJUE 8 mai 2013, *Kreshnik Ymeraga et a.*, aff. C-87/12, pts 43-44, RFDA 2013 p. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz, F. Martucci. Voir aussi, sans qu'il ne soit fait référence à la Charte : CJUE, 21 février 2013, *M.N. contre Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte*, C-46/12, ADL 29 juillet 2013 par E. Bernard [<http://revdh.org/2013/07/29/>] et CJUE, 12 mars 2014, *O. contre Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contre B. et G.*, aff. C-456/12 et C-457/12, *Revue des droits de l'homme/ADL*, 1er avril 2014, par M. Gkegka et V. Réveillère ; JCP A 2014, act. 318, par D. Berlin.
31. CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, Aff. C-378/12, GDR-ESLJ, 1er février 2014 par L. Ferial et R. Foucart [<http://www.gdr-elsj.eu/2014/02/01/>] ; AJDA, 2014. 336 chron. M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère,
32. Claire Saas, « La continuité du séjour d'un membre d'une famille de citoyen européen est interrompue par toute incarcération », *Revue des droits de l'homme/ADL*, 17 mars 2014 [<http://revdh.revues.org/630>].
33. CJUE 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11, ADL du 29 avril 2011 par M.-L. Basilien-Gainche : AJDA 2011. 878, et 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2011. 1880, note G. Poissonnier, 1400, entretien S. Slama, et 2012. 390, spéc. 396, obs. K. Parrot ; AJ pénal 2011. 362, note S. Slama et M.-L. Basilien-Gainche ; Rev. crit. DIP 2011. 834, note K. Parrot ; Europe 2011. Etude 7, obs. F. Kauff-Gazin.
34. CJUE, GC, 6 décembre 2011, *Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne*, aff. C-329/11, ADL 7 décembre 2011, par S. Slama [<http://revdh.org/2011/12/07/>] ; AJDA 2011. 2384, et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 333, et les obs., note G. Poissonnier, et 390, spéc. 396, obs. K. Parrot ; Constitutions 2012. 63, obs. A. Levade ; Dr. adm. févr. 2012, p. 46, obs. V. Tchen ; Europe 2012, n° 2, Comm. 73, comm. F. Gazin ; Gaz. Pal. 2012, n° 45, p. 17, comm. P. Henriot.
35. CJUE 6 décembre 2012, *Md Sagor*, aff. C-430/11, ADL du 12 décembre 2012 par M.-L. Basilien-Gainche [<http://revdh.org/2012/12/12/>] ; AJDA 2012 p. 2354 et ibid. 2013. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère. Voir aussi, même si elle ne mentionne pas la charte : CJUE 21 mars 2013, *Abdoul Khadre Mbaye*, aff. C-522/11.
36. Voir les explications de L. Masera, « Les ressorts de l'affaire *El Dridi* », in Gisti, *Un régime pénal d'exception*, coll. Penser l'immigration autrement, 2012, p. 128.
37. V. S. Slama, « La philosophie de la directive « retour » au prisme des arrêts *El Dridi* et *Achughbabian* », in Gisti, *Immigration, Un régime pénal d'exception*, p. 140. Pour un bilan récent :

Pascal Schumacher, « La politique de l'Union européenne en matière de retour sous le regard de la Commission européenne », in *Revue des droits de l'homme/ ADL*, 14 avril 2014 (URL: <http://revdh.revues.org/646>).

38. CJUE, CG, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj c/ Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES)*, aff. C-371/10, *Constitutions* 2012. 290, obs. A. Levade ; D. 2013. 324, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot.

39. *RTD europ.* 2012 p. 495. La position adoptée par la CJUE n'est pas sans rapport avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : voir par exemple : Cour EDH, 1^{er} Sect. 28 octobre 2010, *Saidoun c. Grèce et Fawsie c. Grèce*, Resp. Req. n° 40083/07 et 40080/07, ADL du 29 octobre 2010 par N. Hervieu ; Cour EDH, 4^{ème} sect., 8 avril 2014, *Dhahbi c/ Italie*, req. n°17120/09.

40. V. dans le contentieux sur le droits aux prestations familiales des enfants entrés en dehors du regroupement familial la question préjudicielle posée au regard de cette même disposition (TASS Bouches-du-Rhône 15 janv. 2013, *Mme Anouthani X.*, n° 20904404 et les explications de Lola Isidro dans sa lettre ADL du 12 avril 2013) et sèchement rejetée par la Cour de Luxembourg faute de clarté pour irrecevabilité manifeste (CJUE, ordo., 14 novembre 2013, *Anouthani Mlamali / Caisse d'allocations familiales des Bouches-du-Rhône*, Affaire C-257/13).

41. V. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Suède et Turco / Conseil*, aff C-52/05 P ; CJCE, 29 janvier 2009 *Migrationsverket contre Edgar Petrosian*, C-19/08 et CJCE, 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07.

42. Au total on recense une cinquantaine de décisions sur Curia portant sur l'asile dans lesquelles la Charte est mentionnée entre 2008 et 2013.

43. Remplacée depuis par la directive 2011/95 du 13 décembre 2011.

44. CJUE, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla*, C-175/08, pts 51 à 54 ; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; *RTD eur.* 2010. 599, chron. L. Coutron.

45. CJUE 17 juin 2010, *Bolbol*, n° C-31/09, *Europe* 2010. comm. 269, obs. F. Kauff-Gazin ; D. 2010. 2868, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot.

46. Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient

47. CJUE, 9 novembre 2010, *Bundesrepublik Deutschland c/ B. et c/ D.*, C-57/09 et C-101/09. V. pour le cas français, la non transmission d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité de la clause d'exclusion à l'article 2 de la CDFUE sur l'abolition de la peine de mort (CE, 8 octobre 2010, *K. Daoudi*, n° 338505) et le non-lieu à statuer en l'état sur la QPC transmise qui pose en réalité, pour le Conseil constitutionnel, une question de compatibilité au droit de l'UE (Cons. const., décision 2010-79-QPC, 17 décembre 2010, *Kamel D.*, ADL du 17 décembre 2010 par S. Slama [<http://revdh.org/2010/12/17>] ; *Constitutions* 2011. 54, chron. A. Levade ; *Europe* 2011. 5, obs. D. Simon ; *RFDC* 2011.588, obs. Ph. Mouron).

48. CJUE, GC, 19 décembre 2012, *Abd El Karem El Kott et autres*, C-364/11 ; *AJDA* 2013 p. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013.324, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *GDR-ELSJ*, 2 janvier 2013 par J. Pétin [<http://www.gdr-elsj.eu/2013/01/02>].

49. *Ibid.*, pt 20.

50. CJUE, 5 septembre 2012, *Bundesrepublik Deutschland c/ Y. et Z.*, aff. C-71/11 et C-99/11 ; ADL du 11 septembre 2012 par L. Leboeuf [<http://revdh.org/2012/09/11>] ; *GDR-ELSJ*, 9 septembre 2012, par H. Labayle [<http://www.gdr-elsj.eu/2012/09/09>] ; *AJDA* 2012. 2267, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013.324, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

51. F. Gazin, « Clause humanitaire », *Europe* 2013, comm. 20.

52. CJUE, 4^{ème} chambre, 30 mai 2013, *Zuheyra Frayeh Halaf contre Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, n° C-528/11, pts 37-38 ; ADL 22 juin 2013 par M-L. Basilien-Gainche [<http://>

- revdh.org/2013/06/22] ; *AJDA* 2013. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *RFDA* 2013 p. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz, F. Martucci.
53. CJUE 14 novembre 2013, *Bundesrepublik Deutschland c/ Kaveh Puid*, n° C-4/11 ; *AJDA* 2014 p. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *RFDA* 2013 p. 123, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz, F. Martucci.
54. CJUE, G.C., 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi*, Aff. C-394/12, *ADL* 21 février 2014 par P. Schumacher [<http://revdh.revues.org/590>] ; *AJDA* 2014 p. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère. V. aussi CE, Ord. réf. 29 août 2013, *M. Xhafer G. et autres*, Req. n° 371572 ; *ADL* 16 sept. 2013 par. R. Kempf [<http://revdh.org/2013/09/16>] ; *AJDA* 2013. 2382, note C. Bami. Plus largement voir C.-A. Chassin, « De la réadmission des demandeurs d'asile », *ADJA* 2013. 2377
55. V. Christophe Pouly, « Les garanties procédurales dans le nouveau régime d'asile européen commun », *AJDA* 2013. 2358.
56. CJUE, 6 juin 2013, *M. A. et a.*, n° C-648/11, *AJDA* 2013. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2013. 1476, et 2073, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ADL* 22 juin 2013 par M.-L. Basilien-Gainche [<http://revdh.org/2013/06/22>].
57. CJUE 28 juill. 2011, n° C-69/10, *Samba Diouf*, *AJDA* 2011. 2339, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *JCP* 2011. 940, veille F. Picod ; *D.* 2012.390, chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot. V. aussi CAA de Nantes, 19 décembre 2011, n° 11NT0035 et CAA de Marseille, 31 mai 2012, n° 12MA00715.
58. Cour EDH, Anc. 5e Sect. 2 février 2011, *I.M. c. France*, Req. n° 9152/09, *ADL* du 3 février 2012 par N. Hervieu [<http://revdh.org/2012/02/03>] ; *AJDA* 2012. 244, et 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP A* 2012. 2212, comm. G. Marti ; *Dr. Adm.* 2012, comm. 37, V. Tchen ; *JCP G* 2012, doct. 924, chron. F. Sudre.
59. CJUE, 31 janvier 2013, *H.I.D et B.A.*, aff. C-175/11, GDR-ELSJ, 8 février 2013 par J. Petin (<http://www.gdr-elsj.eu/2013/02/08>).
60. CJUE, 1re ch., 22 nov. 2012, aff. C-277/11, *M. M c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform*, pts 81 et 82 ; *Europe* 2013, comm. 19, F. Gazin ; GDR-ELSJ du 1 décembre 2012 par J. Petin [<http://www.gdr-elsj.eu/2012/12/01>].
61. V. sur la genèse de ce droit Loïc Azoulai et Laure Clément-Wilz, « La bonne administration » in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Droit administratif européen* sous la direction de, Bruylant, 2^{ème} éd., 2013. Si le droit d'être préalablement entendu figure à l'article 41-2 de la CDFUE comme composante du « droit de bonne administration », celui-ci n'est formellement réservé aux « affaires traitées [...] par les institutions, organes et organismes de l'Union » (CJUE 21 décembre 2011, *Cicala*, aff. C-482/10. V. pour des applications dans le contentieux de l'OQTF : CAA de Bordeaux, 29 mars 2012, *Artak X.*, n° 11BX01905 ; CAA de Bordeaux, 3 avril 2012, *Jamel A.*, n° 11BX02847 ; CAA de Nancy, 23 avril 2012, *Karush A.*, n° 11NC01074 ; CAA de Douai, 5 juillet 2012, *Solomon A.*, n° 12DA00509).
62. CJUE, GC, 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, pts 19 à 21 ; GR-ELSJ du 11 mars 2013 par L. Delgado [<http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/11>] ; *AJDA* 2013. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *AJ pénal* 2013. 270, note C. Copain ; *RTD eur.* 2013. 267, note D. Ritleng.
63. TA de Lyon, 28 février 2013, n° 1208055, *Ancuta Dumitru* (citoyenne de l'UE) et n° 1208057, *Lareille Lunda Makiese* (ressortissante de pays tiers), *RFDA* 2013 p. 839, concl. Henri Stillmunkes. V. S. Slama, « Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF », *ADL* 19 mars 2013 [<http://wp.me/p1Xrup-116>].
64. V. pour un plaidoyer en faveur de cette position : M. Clément, « Droit d'être entendu, droit de la défense et OQTF », *GDR-ELSJ*, 29 avril 2013 [<http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/29>].
65. CAA de Lyon, 14 mars 2013, n° 12LY02737, cons. 10 à 15 ; CAA Bordeaux, 1^{ème} ch., 4 avril 2013, n° 12BX01849.

66. CE, Sect., 19 avril 1991, *Préfet de police c/ Demir*, n°120435 ; CE, avis, 19 octobre 2007, *Hammou et Benabdelhak*, n°306821 au *Lebon* ; CE, avis, 28 novembre 2007, *Barjamaj*, n°307999, au *Lebon*.
67. CAA Bordeaux, 16 juillet 2013, n°13BX00601 ; CAA Nancy, 1er juillet 2013 n°13NC00058, CAA Nantes, 27 juin 2013 C. 12NT02014, CAA Marseille, 18 juin 2013, n°12MA04450.
68. TA de Melun, 8 mars 2013, *Mme Sophie Mukarubega*, n°1301686 enregistrée sous le n°C-166/13 et TA de Pau, 30 avril 2013, *M. Khaled Boudjlida*, n° 1300264, enregistrée sous le n°C-249/13.
69. CJUE, 2ème ch., 10 septembre 2013, *M. G., N. R. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C 383/13 PPU, pts 27-45.
70. CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a./Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié au Recueil, points 98 et 99
71. CJUE, 22 novembre 2012, *M.*, C-277/11, pt 86.
72. Par ex. pour répondre à des impératifs d'urgence en matière de protection de la santé publique, CJCE 15 juin 2006, *Dokter e.a.*, n° C-28/05.
73. CJUE 18 juill. 2013, *préc.*
74. V. dans le même sens CE 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, *Lebon* ; *AJDA* 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RFDA* 2012. 284, concl. G. Dumortier.
75. *AJDA* 2013 p. 2307, chron. M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère.
76. CJUE, GC, 4 juin 2013, *ZZ contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-300/11, *AJDA* 2013 p. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère.
77. CJUE 27 sept. 2012, *La Cimade & Gisti c/ Ministre de l'intérieur*, aff. C-179/11 ; *ADL* 2 octobre 2012 par M.-L. Basilien-Gainche (<http://revdh.org/2012/10/02>) ; *AJDA* 2012. 1821, obs. D. Poupeau, et 2267, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *Europe* 2012. comm. 425, obs. D. Simon ; *D.* 2013. 314 chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot. Voir les décisions du Conseil d'Etat préalablement à cette décision : CE 7 avril 2011, *La Cimade et Gisti*, n°335924, aux tables ; *AJDA* 2011. 759 ; *D.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RFDA* 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier et après CE 17 avril 2013, *La Cimade et Gisti*, n°335924, *D.* 2013. 314 chron. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *JCP A* 2013, act. 391, veille L. Erstein ; *JCP A* 2014, 2091, obs. G. Marti ; CE, 30 déc. 2013, *La Cimade*, n° 350193, au *Lebon* ; *JCP A* 2014, act. 67 L. Erstein.
78. Cour EDH, G.C. 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09, § 250-263 – *ADL* du 21 janvier 2011 (2) par N. Hervieu ; Cour EDH, 1e Sect. 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, Req. n° 8687/08 – *ADL* du 6 avril 2011 par N. Hervieu.
79. CJUE, 4ème ch., 27 février 2014, *FEDASIL contre consorts Saciri*, affaire C-79/13, *Rev DH/ ADL*, 5 mars 2014 par M.-L. Basilien-Gainche, S. Slama [<http://revdh.revues.org/607>], *Lettre de l'EDEM* mars 2014 par L. Tsourdi [<http://www.uclouvain.be/458114.html>].
80. Affaires *Panohi et Atayi*, n°30027/12. V. aussi requête 28820/13 N.H. c. France – Communiquée le 16 janvier 2014.
81. CE, 3 octobre 2013, *Brahim Gjutaj et a.*, n° 372391 – affaire portée devant la Cour EDH et communiquée à la France dès le 7 octobre sous le n° 63141/13 suite à une mesure provisoire. Dans les trois affaires, le Gisti et la Cimade ont été admis en qualité de tiers intervenants à présenter un *amicus curiae*.
82. B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871. Sur cette thématique de la constitutionnalisation dans le cadre européen : v. Jean-Marc Sorel, Stéphanie Hennette-Vauchez (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la CEDH n° 1, 2011.
83. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 271 (1990). Voir aussi *Leng May Ma v. Barber*, 357 U.S. 185, 187 (1958).

84. V. par exemple sur CJUE 08 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, n° C-293/12 déclarant invalide la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications : M-Ch. De Montecler, « La CDFUE n'est pas 1 tigre de papier », *AJDA* 2014. 773.

85. Commission, « Droits fondamentaux: la Charte de l'UE gagne en importance, pour le plus grand bénéfice de ses citoyens », Communiqué de presse, Bruxelles, le 14 avril 2014 [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-422_fr.htm]

RÉSUMÉS

Cinq ans après son entrée en vigueur le 1er décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux ne manque pas d'être invoquée en droit des étrangers lorsque l'affaire en cause est dans le champ du droit de l'Union européenne. Le bilan de son application est néanmoins en demi-teinte. Si son utilisation dans les décisions portant sur le droit des étrangers ou le droit d'asile est de plus en plus fréquente, la Cour de Luxembourg n'est néanmoins jamais montée en généralité pour définir les principes régissant son application aux non-citoyens européens. L'utilisation de la Charte en droit des étrangers nous paraît essentiellement « confortative » de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg tandis qu'on constate une jurisprudence plus constructive et autonome s'agissant du droit d'asile qui pourrait rejaillir sur l'ensemble des ressortissants de pays tiers.

Five years after its entry into force on 1 December 2009, the Charter of Fundamental Rights does not lack to be apply in cases of immigration law when the matter at issue is in the field of the EU law. The results of its application is still halftone. If its use in decisions on the migrants right's or asylum is increasingly common, the Luxembourg Court has never defined the general principles governing its application to non-EU citizens. The use of the Charter in immigration law seems to be essentially a confirmation of the jurisprudence of the ECHR. By contrast there is a more constructive and independent jurisprudence concerning the asylum law which could benefit third country nationals.

AUTEUR

SERGE SLAMA

Serge Slama est Maître de Conférences en droit public, Université Evry-Val d'Essonne, chercheur rattaché au CREDOF