HAL
open science

Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle

Loïc Azoulai

To cite this version:

Loïc Azoulai. Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2018, 54 (3), pp.519-562. hal-03230253

HAL Id: hal-03230253

https://sciencespo.hal.science/hal-03230253v1

Submitted on 19 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RTD Eur. 2018 p.519

Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle

Loïc Azoulai, Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

L'essentiel du travail des juristes européens sur la question de l'immigration se présente comme une réflexion sur les mécanismes mis en place par l'Union européenne et ses États membres pour réguler l'afflux de migrants (1). Il leur est aisé de constater que ces mécanismes fonctionnent mal. Ils se donnent dès lors pour tâche de trouver des remèdes. Recherche qui se résout généralement par l'établissement d'une formule associant responsabilité et solidarité. La responsabilité consiste, pour les États membres, à respecter à la lettre les règles relatives aux contrôles des personnes franchissant les frontières extérieures de l'Union et d'assumer les charges que leur impose le régime d'asile européen commun. La solidarité, c'est de pouvoir compter sur un partage entre États membres des coûts liés à la prise en charge des nouveaux arrivants et sur la mise en place d'une répartition équilibrée des nouveaux arrivants sur le territoire européen. La formule idéale veut que des comportements plus responsables entraîneront une solidarité plus forte. Force est toutefois de constater que tous les gouvernements européens n'adhèrent pas à cette formule : certains refusent la responsabilité, d'autres rejettent la solidarité. Au demeurant, dans l'autre grand domaine de crise mettant en cause l'Union européenne - l'euro -, où la même formule est proposée, de fortes résistances se font également entendre (2). Dans ce cas, responsabilité veut dire respect des règles portant sur la discipline budgétaire, tandis que la solidarité porte, pour l'essentiel, sur des mécanismes de transferts financiers entre États membres de l'Union.

Ce qui est frappant, dans ces deux cas, c'est que la discussion se tient uniquement sur un plan institutionnel, sans grand souci des vies qui sont affectées par les dispositifs ainsi mis en place. Quand nous cherchons à structurer l'action de l'Union et de ses États membres pour réguler les mouvements migratoires, nous avons tendance à oublier que c'est la vie des migrants et de l'ensemble des Européens que nous contribuons à structurer ou à déstructurer. C'est pourquoi je propose d'ouvrir une autre voie. Pour bien appréhender cette question, il faut cesser d'envisager toute étude sur l'immigration en Europe comme relevant de la science du gouvernement, ayant pour unique ambition de dégager des dispositifs de gestion de crise. Certes, cette réflexion est importante, peut-être même impérieuse dans le moment que nous vivons. Mais elle doit être accompagnée d'une réflexion plus large et plus profonde qui touche à la manière dont les structures existantes affectent la vie des migrants tout autant que la vie des Européens ainsi que la perception que ceux-ci ont du phénomène de l'immigration (3).

Le droit est un bon candidat pour mener cette réflexion. C'est qu'il est des deux côtés à la fois, celui des structures institutionnelles, celui des existences individuelles et des croyances collectives. Le droit a certes pour fonction de refléter l'état de la société et de réguler les phénomènes sociaux ; mais il a aussi vocation à contribuer à former les phénomènes sociaux et des expériences individuelles, et il est l'objet d'appropriations réelles ou imaginaires par les individus ou des groupes sociaux. Cela suppose de concevoir le droit autrement que comme un simple instrument de gouvernance ou comme le reflet de tendances sociales ou d'idées plus profondes que lui. Cela suppose de l'analyser comme un ensemble de formes, de concepts et de techniques contribuant *par lui-même* à la thématisation de modes d'existence (4). À travers ses formes, ses concepts et ses techniques, le droit européen de l'immigration produit un savoir sur les migrants. En outre, il est à l'origine d'un ensemble divers de pratiques politiques, administratives, sociales : des modes de régulation, des pratiques administratives de contrôle, des pratiques policières d'identification et de sélection, mais aussi des pratiques individuelles et collectives de contestation des règles applicables mobilisant le savoir produit par le droit (5). Ce savoir et ces pratiques ont de multiples effets sur la vie des migrants (6).

Cette manière de réorienter l'analyse court le risque du moralisme. On ne saurait méconnaître ce risque. Il est difficile de s'en tenir à un exposé froid des épreuves auxquelles l'Union et son droit astreignent les migrants et l'ensemble des Européens (7). Pourtant, il importe d'éviter l'écueil de se complaire dans la critique du manque ou de l'absence d'humanité du droit (8). Une telle position nous priverait de la possibilité de découvrir la variété et la complexité des conceptions, parfois contradictoires, qui se dégagent du jeu entre les différents niveaux d'énonciation du droit (niveau européen aussi bien que national, niveau

législatif aussi bien jurisprudentiel) et entre les différents moments d'application du droit. Le droit européen de l'immigration ne se réduit pas à l'expression appauvrie d'une politique et d'une idéologie(9). Pour en découvrir tous les motifs et toutes les variations, il convient de ne point dissocier la critique de l'analyse des opérations créées par le droit. L'enquête portera donc sur les concepts et les techniques du droit européen de l'immigration en vue de révéler les formes et les modèles à partir desquels la vie des migrants est saisie et pensée et, par-là, transformée ou déformée. Identifier ces épreuves de modélisation et de transformation est un enjeu essentiel.

Ce qu'il faut précisément essayer de saisir, ce sont ces « moments de vacillement du cadre de la vie sociale et de tremblement de l'identité collective des peuples » que la dramatique crise des migrants a fait surgir en Europe(10). Dans les sociétés européennes, le cadre de la vie sociale s'ancre pour une grande part dans le droit. Cet ancrage est d'autant plus prégnant dans les domaines où la coordination sociale n'est pas spontanément assurée. L'immigration est assurément l'un de ces domaines. Visible à l'échelle nationale, l'absence de consensus social est encore plus évidente à l'échelle européenne. Les opinions publiques sont divisées en leur sein et entre elles, les gouvernements européens ne cessent de se déchirer. Dès lors, on ne peut guère se fier aux normes sociales et aux comportements des acteurs ; il faut s'en remettre au droit qui joue le rôle d'agent des politiques publiques et de garant privilégié de l'ordre social. Gardons-nous cependant de le réduire à cela. Mis au contact de réalités sociales, politiques, culturelles, humaines extrêmement diverses, mis en oeuvre par des acteurs hétérogènes, il est doté de son propre mouvement ; il développe ses propres contenus, qui sont multiples et divers. Telle la société, il se met à trembler. À condition d'approfondir les données du droit, on se donne une chance de saisir ce qui, dans le moment présent, vacille.

Mais il faut, pour cela, accepter de se libérer des lieux communs. Le discours dominant est saturé de lieux communs. Il repose sur l'idée qu'il existe une stricte corrélation entre lutte acharnée contre l'immigration illégale et traitement équitable de l'immigration régulière ; il impose comme une évidence l'idée que les problèmes liés à l'immigration et les questions soulevées par l'asile doivent être strictement séparés. Or, d'une part, ce sont là des raccourcis grossiers qui occultent une grande part de la construction des politiques européennes en matière d'immigration. Celle-ci résulte de tâtonnements et de motifs complexes, parfois contradictoires(11). D'autre part, il est clair que ces raccourcis sont le produit de stratégies politiques. Celles-ci ont pour but d'enfermer le débat dans des oppositions tragiques. « Migrant économique » ou demandeur d'asile ? Étranger régulier ou « clandestin » ? Dans ces questions, les réponses se laissent déjà entendre : l'accueil inconditionnel pour les uns, ceux qui cherchent à sauver leur vie, l'expulsion définitive pour les autres, ceux qui n'auraient d'autre souci que de rechercher une vie meilleure. Il est évident que poser ainsi le problème, c'est faire peu de cas de la réalité des flux migratoires mixtes qui mêlent les cas et les causes des migrations(12). Mais, précisément, il y a dans cette manière de poser le problème une forme d'occultation. Si ces dichotomies (immigration illégale/immigration légale ; immigration économique/asile) sont devenues prégnantes au point d'occuper tout l'espace politique et médiatique, si elles ont fini par occuper l'imaginaire social des Européens, c'est qu'elles constituent un refuge où se retrancher pour éviter de poser la question des vies réellement vécues - celles des migrants mais aussi les nôtres, Européens, associés au phénomène migratoire par l'action, l'opinion ou le sentiment(13). Dans ce contexte, le droit est mobilisé pour consolider un imaginaire social éloigné des réalités vécues.

Acceptons de rouvrir les questions existentielles. Renonçons aux oppositions fabriquées. Saisir le droit européen de l'immigration dans une perspective existentielle, c'est refuser de s'arrêter aux règles, aux intérêts qui les motivent et même aux principes qui structurent son ordonnancement ; c'est essayer de reconduire les règles et leur application vers le style d'existence qu'elles dénotent et qu'elles produisent effectivement. Politique des visas, contrôles aux frontières, immigration économique, immigration régulière de longue durée, regroupement familial, gestion des flux migratoires, politique de retour et lutte contre l'immigration illégale, système commun de l'asile et de la protection internationale, tels sont les principaux chapitres structurant la vaste matière du droit européen de l'immigration ; ils constituent différents *corpus* de règles, chacun possédant ses propres particularités(14). On pourrait se tourner vers chacun d'eux pour identifier le statut, les droits et les obligations qu'ils réservent aux migrants. On découvrirait, sous ces régimes, des caractères, la possibilité de caractériser des figures remarquables : l'immigré proche par la famille ou la culture, l'étranger choisi et actif, la victime à la recherche de protection, l'abuseur, l'étranger indésirable(15). Ici, toutefois, on voudrait tenter de saisir ce qui traverse ces différents régimes : la formulation de modes d'existence.

I - Une vie qualifiée

Partir des différents chapitres qui composent le droit européen de l'immigration, c'est constater que ceux-ci appréhendent les migrants sous différentes catégories. En la matière, il est évident que l'opération de qualification précède et domine toutes les autres (16). Classer les personnes migrantes est un préalable déterminant l'application du régime qui leur est applicable. Une grande part de l'inlassable travail administratif et du contrôle juridictionnel aussi bien que de l'oeuvre doctrinale passe dans cette opération. Associer une personne à une catégorie comme celle de demandeur d'asile, membre de la famille d'un ressortissant de pays tiers en séjour régulier dans un État membre de l'Union ou encore ressortissant de pays tiers en situation irrégulière, c'est toute une affaire : l'affaire d'un arsenal de procédures mises en oeuvre par une série d'organes interprétant un ensemble complexe de règles. En fait, la nature réelle de cette opération catégorielle apparaît dans son opposition aux opérations que le droit de l'Union applique à ses sujets « historiques », ceux auxquels il s'est d'abord adressé et à partir desquels il a construit ses cadres d'analyse, à savoir les individus tirant des droits des règles du marché intérieur et les citoyens de l'Union.

A - Un formalisme

Qualifier les personnes est, en effet, chose banale en droit de l'Union. De cette qualification dépendent les droits subjectifs et la capacité d'action reconnus aux individus en fonction du rôle que ceux-ci sont appelés à jouer dans l'ordre économique et social que se donne pour tâche d'édifier l'Union européenne (17). Que le droit de l'Union soit essentiellement de nature catégorielle, cela résulte précisément de son constructivisme. Il se donne pour but d'instituer un marché, d'édifier un ordre socio-économique (18). À ses destinataires, potentiels participants à cet ordre, il ne fait pas qu'attribuer des droits ou imposer des obligations ; il leur suggère d'entrer dans un ordre. Se déployant sur un plan transnational, cet ordre a vocation à se juxtaposer aux ordres sociaux existant sur une base nationale (19). De là découle son formalisme si particulier. Celui-ci a deux traits distincts : labile, il multiplie les positions à occuper ; pragmatique, il est soucieux des réalités à construire plutôt que des statuts hérités.

En droit de l'Union, il y a autant de qualifications qu'il y a de places à occuper ; chacun peut être revêtu, alternativement, de rôles différents. Le récent arrêt *Schrems* du 25 janvier 2018 en fournit une illustration. À propos de la notion de consommateur, figure centrale du droit de l'Union, abordée en l'occurrence dans le contexte de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, la Cour de justice précise que cette notion « doit être interprétée de manière restrictive, en se référant à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne, une seule et même personne pouvant être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et comme un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations » (20). En effet, les sujets du droit de l'Union subissent ou jouissent de multiples façons de la vie sociale façonnée par ce droit. L'accès aux catégories que forge ce droit (consommateur, opérateur économique, employeur, salarié, etc.) est réglé objectivement, sur la base de situations de fait qualifiées par le droit, sans souci excessif des intentions animant les personnes concernées.

Or, appliquée aux migrants, l'entreprise de catégorisation rompt avec cette manière de procéder. Pour eux, l'opération de qualification a un effet totalisant : elle détermine le cycle entier de leur existence sur le territoire de l'Union. Les données fondamentales de celle-ci sont affectées : le lieu de vie, l'accès à un logement, à une profession, les relations familiales et sociales. Elles le sont même parfois en dehors du territoire européen (21). Ce qui est en jeu n'est plus simplement l'assignation de rôles socio-économiques sur un marché mais la définition des attributs essentiels de la vie personnelle. En outre, cette qualification a un effet réifiant : elle fixe la position des migrants sur le sol européen. Revenir sur une qualification déjà opérée, même en dépit des changements de circonstances, s'avère chose excessivement difficile. De fait, le droit européen de l'immigration est à l'origine de la multiplication de situations maintenues en suspens, irrésolues sur le plan juridique. Typique est le cas où l'attribution du statut de ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier se heurte à l'impossibilité pratique d'éloigner ce ressortissant (22). Le cas des migrants « non-éloignables » est un casse-tête pour les autorités nationales et européennes (23).

Un arrêt rendu le même jour que l'arrêt *Schrems* rend bien compte de ce qui sépare le formalisme du droit de l'Union en matière économique et sociale et la manière dont celui-ci opère en matière migratoire. Dans l'arrêt *F.*, la question posée était de savoir si une autorité nationale était en droit d'ordonner une expertise sous forme de tests de personnalité portant sur l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile (24). La Cour ne s'oppose pas à la possibilité d'une expertise : « Il ne peut être exclu que, dans le contexte particulier de l'appréciation des déclarations d'un demandeur de protection internationale relatives à son orientation sexuelle, certaines formes d'expertise se révèlent utiles à l'évaluation des faits et des circonstances [...] ». Toutefois, elle refuse que cette expertise soit « réalisée dans un contexte où la personne appelée à se

soumettre à des tests projectifs de personnalité se trouve dans une situation où son avenir dépend étroitement du sort que cette autorité réservera à sa demande de protection internationale »(25). Il est clair que, à l'égard des demandeurs d'asile, le travail de qualification a une portée existentielle : il vise à dévoiler une grande partie de la sphère personnelle des personnes concernées tout autant qu'à établir la réalité de leur rapport à la véracité. Aussi, les autorités nationales se sauraient-elles se fonder sur « une image d'orientation sexuelle » acquise par des moyens incertains, des tests de personnalité. Enquêter sur l'identité personnelle, rechercher la vérité d'une existence, cela exige plus que des tests psychologiques ; l'expertise doit ménager une place aux récits de vie. Le droit européen s'adapte ici à une situation qui ne lui est pas familière. Il n'a pas de mal à privilégier l'analyse objective des situations personnelles lorsqu'il s'agit d'attribuer des rôles économiques et sociaux dans le cadre du marché intérieur : c'est ce qu'exposait l'arrêt *Schrems.* Cependant, une analyse purement objective ne suffit plus lorsqu'est en jeu, comme en matière migratoire, la qualification de parcours de vie. Après tout, ce qui se joue ici, c'est non seulement un destin individuel mais, plus largement, l'identité et la nature des membres qui ont vocation à composer le corps social constituant l'Union.

Labile, le droit de l'Union est aussi généralement pragmatique. Il s'attache, pour qualifier une situation et produire ses effets, aux réalités économiques et sociales plutôt qu'aux qualités et attributs que revêtent ces réalités selon les droits nationaux. C'est là le trait caractéristique d'un droit se donnant pour tâche de construire un nouvel ordre socio-économique. On le retrouve notamment en matière économique (concurrence et marché intérieur) et en matière de citoyenneté de l'Union. L'arrêt *Trojani* en est une illustration remarquable(26). Un sans-abri, ressortissant français, avait été recueilli en Belgique par l'Armée du salut. Hautement précaire était sa situation : à l'évidence, il ne satisfaisait pas les conditions d'acquisition du statut de résident dans un autre État membre fondées sur l'existence de ressources suffisantes. Or, la Cour de justice choisit de ne pas s'arrêter à ce défaut majeur. Dans cet arrêt, elle reconnaît le droit pour l'intéressé de posséder un titre à demeurer en Belgique et le droit d'obtenir les moyens nécessaires à son intégration. Elle manifeste ainsi clairement qu'il importe de faire prévaloir les droits d'une présence sur le territoire issue d'un mouvement transnational, fût-elle démunie, sur les formes étriquées du droit positif inspirées par des considérations budgétaires ou politiques. Pareil mouvement est constant dans sa jurisprudence relative aux Européens. Considérations économiques et enjeux de partage de souverainetés doivent céder face à l'objectif concret de favoriser l'intégration des citoyens de l'Union dans les États membres de l'Union(27). Telle est la condition d'une véritable intégration européenne, acquise au niveau des personnes et des peuples et non seulement des structures étatiques et des groupements économiques.

Or, c'est en sens contraire que se développe la casuistique en matière migratoire. Celle-ci s'évertue à reconduire des situations concrètes à des catégories juridiques et, par-là, à des partages de compétence. Deux cas fort éloignés l'un de l'autre illustrent cette opération. La première est une affaire de prostituées bulgares, polonaises et slovaques entrées régulièrement aux Pays-Bas puis actives sur ce territoire sans toutefois posséder de permis de séjour en bonne et due forme(28). Au moment des faits, les pays d'origine des intéressées avaient le statut d'États candidats à l'accession à l'Union européenne, liés à celle-ci par des accords d'association. Au moment où l'affaire était jugée, certains de ces États étaient devenus membres de l'Union. Il est notable cependant que, en dépit de l'appel de l'avocat général d'interpréter les dispositions de ces accords dans la perspective de l'adhésion et en vue de l'acquisition de la citoyenneté européenne par les ressortissants de ces États, les juges de la Cour de justice ont considéré que les intéressées étaient de simples ressortissantes d'États tiers en situation irrégulière(29). Qu'elles fussent intégrées « socialement » sur le territoire de l'Union apparut sans incidence. Elles furent soumises aux règles du droit national de l'immigration, forcées de repartir dans leur pays d'origine et de formuler, depuis ce lieu éloigné, une demande de séjour sur le territoire néerlandais. Eussent-elles été liées, par une relation familiale ou de dépendance, à des citoyens européens, il est certain que leur sort eût été différent(30).

En 2016, la Cour de justice fut saisie des effets dramatiques de la situation syrienne. L'affaire concernait la demande de visas humanitaires par une famille syrienne auprès de l'ambassade de Belgique au Liban (31). Famille plus éloignée de nous que les prostituées européennes par le statut - la Syrie ne bénéficiant assurément pas du régime d'État associé accordé aux pays candidats à l'Union -, mais peut-être plus proche par les valeurs et sans doute aussi par les causes géopolitiques complexes qui ont mené cette famille dans l'état dans lequel elle s'est trouvée(32). En droit, cette proximité morale, politique et, en fait, existentielle s'est avérée sans poids. Soulevée par la juridiction belge de renvoi, la question des éventuelles attaches sociales de cette famille en Europe n'a pas même été considérée par la Cour de justice. Celle-ci a considéré que, peut-être sans même s'en apercevoir, les autorités belges avaient erronément qualifié la situation en cause. Plutôt qu'une demande de visas de courte durée relevant du code européen des visas, la situation s'analyse, en fait, comme une demande d'asile introduite à l'extérieur de l'Union européenne. Or, une telle

demande relevant du seul droit national, l'Union ne saurait imposer à l'État membre concerné une obligation humanitaire ou le respect des droits fondamentaux tirés de son ordre juridique. Manière, pour la Cour, de rejeter la création d'une nouvelle voie légale d'entrée sur le territoire européen. Manière de convertir une présence embarrassante aux portes de l'Europe en une non-présence. Dès lors, il était loisible de reconduire la famille à son point de départ, un lointain poste diplomatique et de lui opposer une décision de refus d'admission.

Il est difficile de ne pas discerner un même souci de mise à distance, au prix d'un périlleux exercice de formalisme juridique, dans la récente décision du Tribunal de se déclarer incompétent pour juger de la validité de l'accord « qui aurait prétendument été conclu entre le Conseil européen et la République de Turquie le 18 mars 2016 et intitulé Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016 »(33). En somme, dans le cas des migrants, se trouver dans une situation particulière de proximité ou en situation de détresse ne vaut pas nécessairement droit d'être pris en considération. Inflexible formalisme du droit européen, manière de créer, par rapport à nous Européens, une forme tangible d'éloignement.

B - Une forme de vie

Loin de nous donc, mais loin d'eux-mêmes également. Soumis à un tel formalisme, les migrants sont forcés de vivre en Europe au travers de catégories éloignées de leur propre expérience de vie. Certes, subir la réduction d'une existence riche en expériences vécues à l'état de pauvre être social et juridique est le lot commun des individus vivant dans nos sociétés. Cependant, appliquée aux migrants, cette réduction prend une forme particulière : celle de critères à remplir. Ces critères varient selon les catégories. Tantôt, il s'agit de garanties à fournir. Tel est notamment le cas en matière de regroupement familial. Le regroupant peut être soumis à l'obligation de fournir la preuve qu'il dispose d'un logement « normal », d'une assurance maladie et de ressources stables, régulières et suffisantes(34). En outre, les États membres peuvent exiger du regroupant qu'il se conforme à des mesures d'intégration(35). En d'autres termes, il y a loin de la proximité familiale à l'assurance d'une intégration sociale réussie(36). Tantôt, il s'agit de se soumettre à une analyse de risques. Le droit de l'Union comporte de multiples dispositions relatives aux risques que les migrants feraient courir à l'Union et à ses États membres : risques d'immigration illégale à l'entrée(37), risques de mouvement secondaire sur le territoire de l'Union(38), risques de fuite(39).

En ce sens, la Cour de justice considère qu'une étudiante irakienne souhaitant être admise à faire des études dans un État membre de l'Union peut légitimement être considérée comme une « menace potentielle » pour la sécurité publique(40). Comment évaluer cette menace ? À l'aune d'un comportement personnel, pour autant que l'on puisse en juger à distance ; plus sûrement, selon la Cour, à l'aune d'un parcours professionnel une fois celui-ci replacé dans le contexte de la situation politique, sociale et économique du pays où réside l'étudiante. Une vie et son projet singulier d'immigration se trouvent ainsi rabattus sur des considérations générales et abstraites. L'appréciation de la situation individuelle est soumise à une « appréciation globale de l'ensemble des éléments » de contexte. Bien qu'il se donne pour ambition de connaître la vie personnelle des migrants, le droit de l'Union admet des limites à sa volonté de savoir.

Quel est ce but de cette construction ? La réponse n'est que trop évidente. Les expertises et les critères d'évaluation des migrants fournissent des éléments d'identification qui renvoient, en creux, à l'existence d'un ordre social à protéger : l'ordre des sociétés-nations européennes, ayant pour valeurs essentielles la sûreté intérieure et la cohésion sociale. Il s'agit, en somme, d'éviter d'exposer ces sociétés à des risques d'insécurité ou à la perspective d'une perte de bien-être général. Certes, une telle préoccupation n'est pas neuve en droit de l'Union. Un citoyen de l'Union menaçant gravement la sécurité ou la tranquillité publiques ou susceptible de devenir une charge déraisonnable dans son État d'accueil est sujet à expulsion vers son État d'origine. Cependant, dans le domaine de la citoyenneté européenne, une telle décision ne peut être qu'exceptionnelle ; elle requiert de tenir compte de la situation personnelle de la personne en cause. Selon la jurisprudence de la Cour, l'expulsion doit être en principe exclue si une forme d'intégration sociale (familiale, professionnelle, affective) dans l'État d'accueil peut être constatée. Ce n'est que si la présence de la personne concernée menacerait d'une manière grave et actuelle le système de valeurs ou l'infrastructure sociale de l'État d'accueil que la Cour admettra de déroger au droit de résidence des citoyens de l'Union(41). Autrement dit, pour ceux-ci, l'ordre social national s'apparente à un point de fuite ; il est situé dans un cadre plus général, l'espace européen de circulation et d'intégration, qui constitue pour eux un « espace élargi d'opportunités multiples »(42). Au contraire, pour les migrants, la perspective est centrée sur le point d'arrivée - la société d'accueil et les menaces réelles ou potentielles que celle-ci est en droit de craindre -, et celui-ci est fixe. En droit, le migrant n'est pas en tant que tel considéré comme une menace ; mais il est l'agent porteur de risques. Risques qui apparaissent dès lors qu'il est susceptible d'entrer en contact avec

l'un des corps sociaux composant l'Union. De cette interaction naît une figure : non pas celle du délinquant, plutôt celle du marginal - proche de la catégorie du déviant désocialisé dégagée par la sociologie, notamment dans son approche interactionniste (43).

Cette construction a deux conséquences notables. D'une part, elle prive les personnes concernées de leurs capacités d'action et d'imagination. La psychologie et les sciences cognitives ont montré l'importance des anticipations et des projections dans les parcours de vie des migrants (44). Loin que les migrants aient pour point de fixation la société d'arrivée sur le territoire européen, ils associent bien souvent leurs projets de vie à une migration à l'intérieur de l'Union. Or, le droit européen ne conçoit pas que ceux-ci puissent se projeter au-delà de leur point d'arrivée dans l'Union, soit qu'ils souhaitent rejoindre le territoire d'un autre État membre, soit qu'ils souhaitent circuler dans l'Union (45). Il contribue à fixer les migrants sur un point du territoire de l'Union. C'est qu'il craint par-dessus tout les mouvements internes dans l'Union, ce qu'il qualifie de « mouvements secondaires ». En ce sens, il s'oppose au « régime de frontière et de mobilité » qui serait, selon certains auteurs, le propre de la vie des migrants (46). D'après ces auteurs, les dispositifs de surveillance et de contrôle mis en place par les États sont illégitimes en ce qu'ils nient l'existence même des migrants. Pour le droit européen, au contraire, les migrants constituent un type particulier de personnes provenant de l'extérieur de l'Union, certes susceptibles d'être dotées d'un statut et de droits, mais dont il est légitime de nier la liberté de mouvement à l'intérieur de l'Union.

D'autre part, cette construction favorise un symptôme que le droit de l'Union appelle couramment « abus ». La figure de l'abuseur est omniprésente dans ce droit (47). Il n'est pas de document plus explicite sur ce point que la recommandation de la Commission du 7 mars 2017 visant à rendre les retours plus effectifs (48). Celle-ci instruit les autorités des États membres au sujet des multiples abus contre lesquels il convient de se prémunir : abus constitué par l'introduction d'une demande d'asile, qui « n'est présenté qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision de retour » ; utilisation abusive des droits et des procédures, « en particulier l'introduction d'un recours peu de temps avant la date prévue pour l'éloignement » ; abus « liés à de fausses allégations médicales nouvelles visant à empêcher l'éloignement ». Or, l'abus ainsi désigné n'est souvent rien d'autre que le résultat de l'impossibilité d'enfermer une vie dans des catégories trop larges et trop abstraites (49) ; c'est le résultat du fait que « moins nous sommes libres de décider qui nous sommes ou de vivre comme nous l'entendons, et plus nous essayons d'ériger une façade, de masquer les faits et de jouer des rôles » (50). Ce que dit Hanna Arendt des immigrés juifs allemands aux États-Unis, on peut le dire des migrants arrivés en Europe, au terme du traitement que leur applique le droit de l'Union. En fait, à se tenir dans le cadre du droit, il n'est que deux manières de sortir de l'enfermement catégoriel : l'une est vue comme un vice, c'est l'abus ; l'autre est tenue pour vertueuse, c'est l'état de vulnérabilité - sur lequel nous allons revenir.

II - La vie, un fait institutionnel

Le droit européen de l'immigration présente une autre particularité notable. Il soumet systématiquement les parcours de vie individuels à une prise en charge par les institutions. Il n'est peut-être pas de meilleure manière de saisir le traitement que le droit de l'Union applique aux migrants qu'à travers la remarquable métaphore employée par Robert Musil en guise d'introduction à *L'homme sans qualités* : deux personnes marchent dans la ville ; les voilà attirées par un attroupement ; un accident s'est produit, un homme a été bousculé par un camion ; l'homme est étendu au bord du trottoir. Musil écrit : « La dame et son compagnon s'étaient approchés eux aussi et, par-dessus les têtes et les dos courbés, avaient considéré l'homme étendu [...] La dame ressentit au creux de l'estomac un malaise qu'elle était en droit de prendre pour de la pitié ; c'était un sentiment d'irrésolution paralysant. Après être resté un instant sans parler, le monsieur dit : "Les poids lourds dont on se sert chez nous ont un chemin de freinage trop long". La dame se sentit soulagée par cette phrase [...] ; il lui suffisait que l'affreux incident pût être intégré ainsi dans un ordre quelconque, et devenir un problème technique qui ne la concernait plus directement. Du reste, on entendait déjà l'avertisseur strident d'une ambulance [...] Ces institutions sociales sont admirables ! [...] Des hommes, vêtus d'une espèce d'uniforme, s'occupèrent de lui, et l'intérieur de la machine avait l'air aussi propre et bien ordonné qu'une salle d'hôpital. On s'en alla, et c'était tout juste si l'on n'avait pas l'impression, justifiée, que venait de se produire un événement légal et réglementaire ». Pour le droit européen, et donc pour nous, les migrants sont comme des accidentés de la route. Tout l'effort consiste à les faire entrer dans un faisceau d'institutions et ainsi, en fait, dans un cadre circonscrit de possibilités d'agir.

A - Prise en charge

Dès leurs premiers pas sur le sol européen, les migrants arrivés de manière irrégulière sont pris en charge par des « autorités compétentes » (immigration, police, médecine) aux fins d'identification et d'orientation, en

vue d'une intégration, d'un retour ou d'une relocalisation (51). Mais, ce qui est frappant, c'est que ce sort n'est pas réservé aux seuls « irréguliers ». Tous les migrants, qu'ils soient destinés ou non à rester sur le territoire européen, connaissent ce même sort. Aucune place n'est pratiquement donnée à l'expression des préférences personnelles des demandeurs d'asile transférés d'un État membre à un autre ou à celles des personnes ayant manifestement besoin d'une protection internationale relocalisées dans l'Union ; ceux-ci sont pris en charge dans des dispositifs complexes de coopération institutionnelle (52). Il n'est jusqu'aux ressortissants de pays tiers résidents de longue durée qui ne soient soumis à ce processus d'institutionnalisation de leur existence. Certes, ces derniers sont libres, dans une certaine mesure, de se mouvoir et de développer une vie sociale. Mais, chose remarquable, il est possible de les soumettre à des obligations d'intégration civique. Autrement dit, même au terme d'une période prolongée de présence régulière en Europe, il est possible de considérer que leur intégration nécessite une réformation culturelle et idéologique sous l'égide des autorités (53). N'est-ce pas là encore une forme, différée, de prise en charge institutionnelle ? Selon le droit européen, il ne peut y avoir de rapport spontané entre migrants et société européenne. Tout rapport social suppose toujours une médiation mise en oeuvre par des organes habilités par l'État.

Cette situation soulève deux problèmes. Le premier concerne l'encadrement des pratiques institutionnelles. La jurisprudence de la Cour de justice suit, à cet égard, des lignes apparemment classiques. D'un côté, elle met l'accent sur la protection contre l'arbitraire. Ainsi juge-t-elle par exemple que, dans le cadre des procédures de transferts de demandeurs d'asile, toute privation de liberté doit être strictement encadrée. Pour apprécier les risques et établir la nécessité d'une mise en rétention, les autorités nationales ne sauraient se fonder sur un acte de portée trop générale (54). Des critères clairs et précis doivent être établis. D'un autre côté, la Cour a, dans ce domaine, un souci aigu de l'efficacité de l'action publique. Dans l'arrêt *M. G. et N. R.*, elle avait à examiner une décision nationale de prolongement de détention d'un étranger en instance d'éloignement (55). Certes, elle commença par réaffirmer la nécessité impérative de respecter les droits de la défense bien que le respect de ces droits ne soit pas expressément prévu par le texte de la directive « retour » dans un tel cas. Mais c'est pour opérer, ensuite, une neutralisation des effets pratiques de la violation avérée de ces droits, sur le fondement d'une théorie ancienne, développée en matière de droit de la concurrence. Selon cette théorie, la violation de garanties procédurales n'est pas de nature à entraîner la nullité d'un acte si, en l'absence d'une telle irrégularité, l'acte adopté n'eût pas été substantiellement différent (56). Solution de régularisation d'un vice procédural qui se comprend en matière de politique de concurrence, où l'on peut admettre que l'entreprise concernée soit considérée plus comme une source d'information que comme une partie à protéger, mais qui paraît difficile à justifier lorsqu'est en jeu la sauvegarde des libertés d'un individu en situation de vulnérabilité. Pour retenir cette solution, la Cour s'abrite derrière l'exigence de mettre en place une « politique efficace d'éloignement » laquelle est « une priorité pour les États membres ».

À vrai dire, cette ambiguïté dans la protection est typique de la matière. Elle apparaît également dans le traitement des affaires relatives à la détention des migrants en situation irrégulière. Si la Cour est réticente à admettre la détention, surtout si celle-ci est prolongée, c'est d'abord parce que la détention constitue, en fait, un obstacle à l'objectif d'éloigner les personnes en situation irrégulière (57). En revanche, des comportements considérés comme pathologiques, c'est-à-dire un refus persistant de s'éloigner ou un retour injustifié sur le territoire au terme d'une première expulsion, parce qu'ils mettent en cause l'objectif de prévention et de lutte contre l'immigration illégale, peuvent justifier une détention (58). Ainsi apparaît une ambivalence caractéristique du droit européen de l'immigration : la police des actes des autorités publiques se transforme en police des comportements des migrants.

L'autre problème soulevé par l'existence d'une forte médiation institutionnelle concerne la place laissée aux individus. Que cette place soit réduite ne saurait étonner. Façonné pour une grande part par les représentants des États membres rattachés aux ministères des Affaires intérieures, le droit européen privilégie les traitements administratifs. Il favorise le pouvoir discrétionnaire et contient autant qu'il le peut les possibilités de contestation. Ces possibilités, pourtant, il ne les nie pas. Les nier reviendrait à un déni de justice et à une mise en cause de l'État de droit dans l'Union. Des voies de recours ont été aménagées dans l'ensemble des textes européens régissant l'immigration (59). Dans sa jurisprudence, la Cour de justice souligne qu'elle protège les garanties procédurales des migrants (60). Pour autant, cela ne conduit pas à soustraire ceux-ci du carcan institutionnel auquel ils sont soumis.

Cela apparaît nettement dans le domaine du transfert des demandeurs d'asile. La Cour de justice a récemment élargi les possibilités de contester l'application des critères employés par les autorités des États membres pour opérer le transfert. Sous l'empire du régime précédent (Règl. Dublin II), un demandeur ne pouvait remettre en cause la responsabilité d'un État membre qu'en invoquant l'existence de défaillances

systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre(61). Selon la Cour, le règlement Dublin III appelle une « évolution » en ce sens que le nouveau système « ne se limite pas à instituer des règles organisationnelles gouvernant uniquement les relations entre les États membres [...] mais a décidé d'associer à ce processus les demandeurs d'asile, en obligeant les États membres à les informer des critères de responsabilité et à leur offrir l'occasion de fournir des informations permettant la correcte application de ces critères »(62). Évolution qui conduit certes à affermir la protection juridictionnelle face à l'exigence de célérité dans le traitement des demandes d'asile. Mais cela ne revient pas à leur reconnaître une liberté de mouvement : en tout état de cause, « l'introduction d'un recours au titre du règlement n° 604/2013 ne saurait être assimilée [...] au forum shopping que le système de Dublin vise à éviter ». La Cour souligne que « la convenance du requérant » ne joue aucun rôle dans ce système(63). Le migrant est avant tout un objet de médiation ou de coopération institutionnelle ; il ne jouit pas du régime de libéralité reconnu au citoyen de l'Union dans le choix de ses liens de rattachement.

B - Mise à l'écart

De ce qui précède, il résulte que les migrants sont des êtres dont les rapports familiaux ou sociaux sont secondaires par rapport à la relation qu'ils entretiennent avec les institutions étatiques. Cela concerne à l'évidence les migrants ayant franchi irrégulièrement les frontières extérieures de l'Union. Selon le droit européen, il n'y a pas lieu, pour eux, de présumer une forme d'existence sociale(64). Leur condition est d'être tenus et maintenus à l'écart de la société. Les récentes conclusions du Conseil européen du 28 juin 2018 évoquent la mise en place de « centres contrôlés établis dans des États membres »(65). La réalisation de ce projet demeure hypothétique. Il témoigne cependant avec force d'une mise à l'écart aux fins de contrôle.

Les nouveaux arrivés en situation irrégulière ont généralement pour destination des centres de rétention ou d'orientation. Dans ces centres, la désocialisation est patente. Tel est le cas exemplaire de Mme B. A., ressortissante afghane soumise à une procédure de transfert de France vers un autre État membre de l'Union. Assignée à résidence avec ses enfants dans une banlieue excentrée en attendant son transfert, elle demande à être placée dans le centre d'accueil et d'orientation dans lequel elle se trouvait précédemment, de façon à avoir accès aux services essentiels et à scolariser ses enfants. Le Conseil d'État français rejette sa demande au motif que les autorités publiques sont fondées à agir dans « l'intérêt général qui s'attache à la bonne gestion des flux de demandeurs et des moyens d'hébergement disponibles »(66). Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union ne juge pas autrement : la gestion efficace des flux migratoires est un objectif de l'Union érigé en raison suffisante d'une possible mise à l'écart(67).

Il est vrai que, s'agissant des étrangers en situation régulière, la Cour de justice reconnaît la nécessité de faciliter « la communication entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants nationaux » et de favoriser « l'interaction et le développement de rapports sociaux entre ceux-ci »(68). Rappelons toutefois que ces rapports ne sont pas envisagés comme le produit d'une interaction spontanée. Le cas des ressortissants résidents de longue durée est le plus frappant. C'est qu'il concerne des personnes dont on peut présumer qu'elles sont intégrées sur le sol européen. Or, ayant eu à examiner l'obligation imposée par les Pays-Bas de réussir un examen d'intégration civique même après avoir acquis le statut de résidents de longue durée, la Cour de justice a admis que, même pour cette catégorie privilégiée de migrants, les rapports sociaux procèdent de l'acquisition d'une connaissance tant de la langue que de la société d'accueil, connaissance inculquée par des institutions spécialisées mandatées par l'État. Certes, il convient de tenir compte, dans les modalités de mise en oeuvre de cette obligation, des circonstances individuelles particulières susceptibles d'alléger cette charge. Mais il demeure que, « pour établir des liens avec la société d'accueil », les rapports sociaux doivent être préparés, médiatisés, modélisés.

Un trait marquant du droit européen de l'immigration semble venir contrarier pareille analyse : c'est sa propension à produire des *sponsors*, des sortes de parrains qui soutiennent les migrants à leur arrivée sur le sol européen. Cette figure prend des formes variées : le regroupant en matière de regroupement familial(69), l'accueillant désigné dans les textes régissant l'entrée dans l'Union(70), l'aidant dans le domaine de l'asile(71). Cependant, aussi étroite soit-elle, cette relation attestée de dépendance entre un migrant et une personne résidant de manière régulière dans l'Union ne vaut pas, selon les critères du droit européen, intégration sociale. La preuve en a été donnée par l'arrêt *K. et A*. Dans cet arrêt, la Cour de justice reconnaît qu'il est loisible aux États membres d'imposer aux membres de la famille du regroupant une obligation de démontrer des facultés d'intégration dans la société d'accueil et de résidence du regroupant(72). Cela signifie que même si, à certaines conditions, le regroupement est un droit(73), il n'établit qu'une proximité entre des proches, non la capacité de s'intégrer dans les sociétés européennes(74). Autrement dit, le droit

européen de l'immigration rejette l'idée selon laquelle la cellule familiale est le laboratoire de l'appartenance sociale. Il reconnaît assurément l'existence de certains modes de socialisation propres au migrant (75). Mais il ne reconnaît pas que, chez lui, l'être social soit donné avec la famille, les amis, les proches. La personne migrante est toujours ramenée à une abstraction qui nécessite, pour se socialiser, une prise en charge par les institutions.

Cette réduction prive les migrants d'attributs essentiels reconnus au sujet de droit dans les droits modernes. D'abord, il est susceptible de les priver de droits élémentaires tels que la liberté de circuler. Il est constant que la nécessité d'une bonne prise en charge par les autorités publiques peut justifier un ancrage forcé sur une partie du territoire national, un confinement territorial (76). Surtout, il les prive de la capacité pleine et entière de former des relations sociales, condition du déploiement de rapports juridiques étendus (77).

On comprend mieux, dans ces conditions, l'action de groupes sociaux et d'organisations de la société civile en faveur du parrainage des migrants et de la création de « solidarités citoyennes ». Mais il ne faut pas méconnaître que, dans les conditions posées par le droit européen, cette action s'apparente à une lutte. Significatif est à cet égard le discours du président de la République française, prononcé à Calais le 16 janvier 2018, qui semble opposer une forme de solidarité spontanée, civile et sociale, à ce qu'il appelle une prise en charge des migrants « structurée » et « organisée », mise en oeuvre par les services de l'État en collaboration avec les collectivités territoriales (78). Ce n'est pas que les bénévoles, les collectifs citoyens et les associations actives seraient désorganisés. Ce n'est pas non plus que les migrants seraient incapables de créer par eux-mêmes des institutions et des structures collectives (79). C'est plutôt que la prise en charge de l'État, orientée vers la préservation des ordres sociaux et politiques établis par les collectivités nationales, n'admet pas de forme d'institutionnalisation concurrente, orientée vers les projets de vie formés par les migrants. Par l'essentiel de ses traits et de ses dispositions, le droit européen est du côté de l'État et de ses institutions.

III - Une vie réduite aux besoins

Une dernière thématique est présente et insistante dans le droit européen de l'immigration : c'est celle des besoins. Celle-ci est ambivalente. Elle revêt parfois le sens d'une exigence imposée aux migrants. Ainsi, dans le cadre du droit au regroupement familial, le regroupant doit démontrer qu'il est capable de subvenir à ses propres besoins ainsi qu'à ceux des membres de sa famille (80). Dans ce cas, la référence aux besoins correspond à une exigence de s'élever à un niveau de vie telle que l'intégration des migrants dans la société d'accueil ne devienne pas une charge pour celle-ci. Elle agit banalement comme critère de qualification. Dans d'autres cas, la référence aux besoins agit au contraire comme instrument de correction des qualifications découlant de l'application normale des textes européens. C'est sur cette référence qu'il faut s'arrêter.

A - Besoins et justice sociale

Dans certains de ses textes, le droit de l'Union mobilise la catégorie des besoins pour signifier son ralliement à une règle élémentaire de justice (81). Aux termes de la directive sur la protection temporaire, les États membres « prévoient l'aide nécessaire, médicale ou autre, en faveur des bénéficiaires de la protection temporaire ayant des besoins particuliers, tels que les mineurs non accompagnés ou les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle » (82). La Cour de justice met en oeuvre une telle conception dans certains de ses arrêts. Ce faisant, elle élève les besoins au rang de justification à des solutions dérogeant à l'application des règles les plus générales du droit de l'Union.

Dans l'arrêt du 24 avril 2012, M. Kamberaj, ressortissant albanais résidant de longue durée et occupant un emploi stable dans la province autonome de Bolzano, se voit refuser une aide au logement au motif que le budget destiné aux ressortissants de pays tiers est épuisé (83). Selon la province et le gouvernement italien, ce refus était fondé sur le fait que, dans l'Union, les questions de redistribution sociale relèvent des États membres. De fait, le droit européen ne fait pas obligation d'étendre aux ressortissants de pays tiers les mécanismes de la solidarité nationale, réservés aux concitoyens et aux très proches citoyens européens. Certes, la directive 2003/109/CE relative aux ressortissants de pays tiers de longue durée pose une règle d'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux. Cependant, cette règle est loin d'être absolue. En outre, la Cour a eu l'occasion d'affirmer que le principe général de non-discrimination à raison de la nationalité inscrit à l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des États membres et ceux des États tiers » (84). En outre, le droit de l'Union reconnaît un « principe de préférence » en

faveur des citoyens de l'Union par rapport aux ressortissants de pays tiers, notamment dans l'accès à l'emploi (85). En dépit de ces principes, la Cour rejeta dans cette affaire l'argument des autorités locales. Elle fit prévaloir la nécessité d'appliquer la règle d'égalité de traitement. L'obligation faite aux autorités d'accorder une aide à M. Kamberaj est justifiée par le fait que sont en cause, en l'espèce, des « besoins élémentaires tels que la nourriture, le logement et la santé ». En pareil cas, la directive doit se lire, selon la Cour, à la lumière de l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrant un droit à l'aide sociale : chacun, quel que soit son statut, doit pouvoir mener une vie décente selon ses besoins élémentaires.

Dans l'affaire *Abdida*, un ressortissant nigérien avait vu sa demande d'autorisation de séjour en Belgique rejetée en dépit de la maladie grave dont il souffrait, au motif que son pays d'origine disposerait d'infrastructures médicales adéquates (86). Dans son arrêt, la Cour de justice distingue la nécessité de garantir un droit de recours à l'intéressé de la nécessité d'assurer, dans la mesure du possible, la « prise en charge des besoins de base d'un ressortissant de pays tiers ». En effet, cette dernière ne relève pas de « considérations humanitaires » ; elle repose sur une exigence élémentaire de justice sociale : l'obligation pour toute collectivité en Europe de prendre en charge une partie des risques de l'existence supportés par les membres qui la composent, quel que soit leur statut légal. Il en va ainsi dès lors qu'est en cause la perte des moyens essentiels d'existence.

Au fond, la Cour de justice impose l'idée que les États européens sont responsables de la satisfaction des besoins élémentaires des ressortissants de pays tiers présents sur leur territoire, quel que soit leur statut. Dans ces cas, les États ne sont pas simplement envisagés comme des communautés politiques composées ; ils s'apparentent à des « communautés éthiques » dans lesquelles « nous sommes collectivement responsables de la satisfaction des besoins élémentaires de chacun d'entre nous » au-delà des intérêts des seuls citoyens (87). Devoir de justice sociale donc, mais dont il faut bien voir que la portée reste fort limitée. On ne demande pas aux États d'étendre aux migrants l'ensemble de leurs mécanismes de solidarité et de sécurité sociale. Le droit de l'Union considère que ceux-ci, mis en place sur une base nationale de territorialité, sont légitimement réservés aux nationaux et aux citoyens européens, membres de peuples avec lesquels une relation étroite existe, ressortissants d'États avec lesquels un pacte politique a été conclu (88).

B - Besoins et humanité

A-t-on assez remarqué que la référence aux besoins est centrale dans les rares décisions des juridictions administratives françaises favorables aux migrants de Calais ? Bien que leur état de « clandestinité » fût établi, le tribunal administratif de Lille eut l'occasion d'admettre qu'il leur était loisible d'instituer et de disposer de lieux de vie répondant à leurs besoins élémentaires (89). À quoi le Conseil d'État opposa l'argument de la défense institutionnelle de l'ordre public et de la protection contre les risques sanitaires (90). Notons cependant que, dans une affaire proche, le même Conseil d'État s'est appuyé sur l'argument des besoins pour faire droit aux revendications des migrants de Calais de disposer de conditions de vie décentes (91). Ne nous y trompons pas, cependant. Cette jurisprudence a une portée limitée. Elle concerne les rares cas où les autorités, juges ou autorités administratives, jugent bon ou utile de s'approprier l'appel à l'humanité, en général rejeté hors du monde institutionnel et confié aux « aidants » ou à des organisations agissant hors de l'État et de tout cadre juridique. Sans doute y a-t-il là le fait de convictions personnelles ; peut-être aussi la volonté de faire valoir le fait que les autorités les plus rigoureuses dans l'application des règles peuvent se montrer, dans des cas sensibles, capables de douceur et d'humanité.

À vrai dire, un tel appel est irrésistible. Il est produit par le droit européen lui-même, par son « surmoi humanitaire ». Un cas limite concerne les agents chargés de la sécurisation des frontières extérieures de l'Union (92). Leur mission les oblige à éprouver l'inconfort moral de devoir choisir entre la tâche qui est la leur de lutter contre l'immigration illégale et la nécessité à laquelle ils sont confrontés d'aider des personnes en grande détresse. Le guide portant sur le code de conduite adressé à toutes les personnes participant aux activités de Frontex illustre cette tension : au nom du respect des valeurs et des droits de l'homme, il est expressément demandé à des agents de police chargés du contrôle des frontières d'accorder une attention particulière aux besoins des personnes vulnérables. Ce qui crée, en pratique, un conflit d'inclinations : la suspicion le dispute à la compassion (93). Il est remarquable que cette tension se résolve, dans la pratique de ces agents comme d'ailleurs dans les dispositions du droit européen, par une attention particulière accordée à ceux des migrants qui sont considérés comme les plus vulnérables, notamment les enfants et les mineurs isolés (94). Ceux que le droit européen désigne parfois comme des personnes «

particulièrement vulnérables »(95). De manière symptomatique, la décision portant relocalisation de personnes ayant manifestement « besoin de protection internationale » prévoit qu'une « priorité est accordée aux demandeurs vulnérables »(96). Pour ces derniers, la compassion ; moyennant quoi, il apparaît moins suspect de suspecter les autres migrants.

Il est certain que cette thématique des besoins est puissante en droit européen, comme elle l'est en droit national(97). Même si elle est inspirée par une idée d'humanité, elle se distingue de la technique classique du respect des droits fondamentaux. En matière de droits fondamentaux, on admet couramment que le respect de ces droits puisse céder devant des objectifs d'intérêt général. L'argument des besoins, lui, ne souffre aucune limite. C'est que, faisant appel à la compassion, il ne se soumet pas à l'exercice de la mise en balance des intérêts, à la mise en discussion des raisons(98). Ce point est bien illustré par la décision de l'*Upper Tribunal* britannique (chambre de l'asile et de l'immigration) dans l'affaire *ZAT*, à propos de la situation de mineurs isolés à Calais demandant à rejoindre des membres de leur famille sur le territoire du Royaume-Uni(99). En réponse à l'argument du gouvernement britannique selon lequel le droit au respect de la vie familiale trouve sa limite dans le respect des obligations découlant du droit de l'Union en matière de détermination de l'État responsable de la demande d'asile, le Tribunal a répondu qu'une appréciation aussi générale ne saurait prévaloir sur les circonstances individuelles et les « besoins particuliers » de chacun des requérants.

Pris à la lettre, cet absolutisme de l'argument des besoins est de nature à mettre en péril des montages juridiques patiemment construits, peut-être même des politiques tout entières. Et tel serait assurément le cas si la portée de l'argument des besoins n'était, en fait, soigneusement circonscrite. En droit européen, il joue le rôle d'un simple correctif, destiné à être employé dans des cas d'espèce. Il s'agit de prendre en considération des individus isolés, placés dans des situations exceptionnelles(100). Ainsi limité, l'argument des besoins n'est pas en mesure de déranger l'ordre des objectifs poursuivis par l'Union. Cela ressort clairement d'un arrêt récent de la Cour de justice dans lequel elle refuse de répondre à l'invitation de l'un de ses avocats généraux de considérer qu'un sauvetage en mer de migrants motivé par la nécessité de « subvenir à leurs besoins fondamentaux (en leur assurant des moyens de vivre, un abri et des soins médicaux) » puisse conduire à soustraire ceux-ci au régime des personnes ayant franchi « irrégulièrement » la frontière extérieure de l'Union(101). La prise en compte ponctuelle des besoins n'emporte manifestement pas modification des données de base du droit européen de l'immigration.

IV - Conclusion

La question des migrants en Europe soulève d'épineux problèmes de diplomatie européenne, de coopération institutionnelle et de gestion opérationnelle des crises. Mais elle crée aussi des épreuves de nature existentielle. Cette étude a montré que le droit européen donne accès à ces épreuves. Deux points ressortent avec un certain relief.

Il est frappant, d'abord, de constater que le droit européen s'attache à des épreuves qu'il prête aux Européens plutôt qu'à celles vécues par les migrants. L'importance accordée à l'opération de qualification des migrants au travers de catégories totalisantes témoigne ainsi de la réticence des Européens de prendre en compte les trajectoires de vie complexes des migrants. De même, le confinement institutionnel des migrants et la multiplication des dispositifs d'intégration sociale témoignent de la difficulté des Européens à admettre une ouverture des corps sociaux qu'ils forment avec leurs concitoyens. Par ailleurs, l'appel à la logique des besoins et la mise en place de mesures de protection pour les plus vulnérables constituent l'expression du retour chez les Européens de dilemmes moraux, résultat du conflit entre les politiques mises en place et les idéaux qui continuent à les animer. Il reste que tout cela se traduit en épreuves bel et bien vécues par les migrants. Le droit européen oblige les migrants à subsumer leur vie sous des qualifications abstraites ayant des effets étendus. Ceux-ci n'échapperont à cette épreuve de qualification que dans des circonstances exceptionnelles, s'ils sont capables de montrer qu'ils sont en proie aux besoins les plus élémentaires. De sorte qu'envisagée au prisme du droit européen, la vie des migrants se tient entre vie entièrement codifiée et vie totalement nue(102).

Un second point ressort de l'étude. Ce que ce droit semble persister à méconnaître, et qui est commun à toutes ses branches - immigration régulière ou irrégulière, regroupement familial ou asile -, c'est la possibilité des migrants de participer pleinement et spontanément à la vie sociale. Il y a partout, à l'évidence, une volonté d'éloignement. Cette mise à distance reflète sans doute une crainte partagée par de larges parts de la population européenne : la crainte du « corps étranger », la crainte que l'arrivée et l'accueil de migrants aient pour effet de dénaturer des modes de vie enracinés dans les sociétés nationales. En partie impressionné par cette perception, le droit européen de l'immigration semble se vouer à la protection des

sociétés européennes. Il le fait d'ailleurs assez confusément, sans donner de contenu précis à ce qu'il protège. Sa stratégie est purement négative ; elle consiste à mettre à distance les migrants, les privant d'accès à la vie sociale - y associant une prise en charge par les institutions étatiques.

Qu'une telle crainte soit fondée ou non, au fond, importe peu. Elle constitue un fait social majeur en Europe aujourd'hui. Ce qui est cru et craint est ce qui est vécu et cela emporte des conséquences sur tous les plans, personnel, social et politique. Cependant, il est encore temps de se demander s'il est légitime d'en faire un moteur du droit qui régit la vie de nos sociétés. Quand bien même on considérerait qu'il est légitime de prendre en considération les préférences, voire les illusions, des Européens (103), quand bien même les Européens seraient portés à s'entendre sur l'idée de quantifier l'arrivée des migrants sur le sol européen (104), continuer à faire comme si les migrants peuvent vivre à distance d'eux-mêmes et de la société est intenable. Conçoit-on réellement une vie sans vie sociale ? C'est là un point sensible du droit européen de l'immigration et peut-être même du droit européen en général.

Mots clés :
LIBRE CIRCULATION * Libre circulation des personnes * Immigration * Politique migratoire européenne * Migrant * Institutions * Coopération * Prise en charge * Justice sociale

(1) Un bel exemple d'une telle réflexion est donné par D. Thym, The "refugee crisis" as a challenge of legal design and institutional legitimacy, CMLR 2016, p. 1545-1573.

(2) Sur un tel rapprochement, v. Editorial comments, From eurocrisis to asylum and migration crisis : Some legal considerations about the EU's current existential struggles, CMLR 2015, p. 1-14.

(3) Sur l'importance de tenir compte des perceptions, voire des croyances, des opinions publiques des États d'arrivée des migrants, v. J. Waldron, What Respect is Owed to Illusions about Immigration and Culture ?, *NYU School of Law, Public Law Research Paper n° 16-49*, 2016 (disponible en ligne).

(4) Sur l'idée du droit contribuant à la définition de modes d'existence et de coexistence sociale, v. C. Geertz, Fact and Law in Comparative Perspective, *in* C. Geertz, *Local Knowledge*, Fontana Press, London, 1983, p. 167-234.

(5) Sur le lien entre pratiques de contestation et savoir produit par le droit, v. V. Corcodel, The Legal Construction of Migrant Forms of Life : From Calais to Reception and Orientation Centres, à paraître, 2018 (disponible auprès de l'auteur).

(6) Sur l'idée du droit comme savoir et effets de savoir constitutifs de pratiques sociales, v. M. Valverde, *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton University Press, 2009.

(7) Sur la notion d'épreuve appelée aussi « épreuve-défi » quand elle touche aux existences individuelles, v. D. Martucelli, Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie, Sociologie, 2015, p. 43-60.

(8) Pour une perspective plus « morale », v. N. Ferreira & D. Kostakopoulou, *The Human Face of the European Union*, Cambridge University Press, 2016.

(9) Bien qu'il soit à l'évidence aussi, pour partie, l'expression d'une politique sujet à la critique : en ce sens, A. J. Menéndez, The Refugee Crisis : Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration, *European Law Journal*, 2016, p. 388-416.

(10) E. Balibar, Europe et réfugiés : l'élargissement, *in* E. Balibar, *Europe, crise et fin ?*, Le bord de l'eau,

2016, p. 159.

(11) V. Guiraudon, Les effets de l'européanisation des politiques d'immigration et d'asile, *Politique européenne*, 2010, 31, p. 7-32 ; P. de Bruycker (dir.), *L'émergence d'une politique commune d'immigration*, Bruylant, 2004 ; A. Favell, L'européanisation d'un nouveau « champ politique » : le cas de la politique d'immigration, Cultures & Conflits, 2000, p. 2-20.

(12) Sur l'idée de « flux mixtes » mettant à mal les oppositions catégorielles, v. Organisation internationale pour les migrations, *Challenges of Irregular Migration : Addressing Mixed Migration Flows*, 7 nov. 2008 (disponible en ligne).

(13) L'idée du côtoiement entre les formes de vie des migrants et nos propres formes de vie, ainsi que l'idée d'une communication entre elles, sont très présentes chez M. Macé, *Sidérer, considérer. Migrants en France, 2017*, Verdier, 2017.

(14) Pour une introduction, v. J.-Y. Carlier et F. Crépeau, Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement ?, AFDI, 2011, p. 641-674. Sur les différents chapitres de la matière, v. K. Hailbronner & D. Thym, *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, Hart, 2016 ; C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016 ; P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder & K. Wouters, *European Migration Law*, Intersentia, 2nd ed., 2014 ; S. Peers, E. Guild, D. Acosta Arcarazo, K. Groenendijk, V. Moreno-Lax & J. Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law*, Brill, 2nd ed. revised, 2012-2015 (3 Vol.).

(15) Pour une stimulante tentative de catégorisation, v. J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Larcier, 2016.

(16) Sur cette opération et ses implications, v. S. Barbou des Places, La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers, *REVUE Asylon(s),* n° 4, mai 2008 (en ligne).

(17) L. Azoulai, S. Barbou des Places & E. Pataut, Being a Person in the European Union, *in* L. Azoulai, S. Barbou des Places & E. Pataut (eds.), *Constructing the Person in EU law. Rights, Roles, Identities*, Hart, 2016, p. 3-11.

(18) En général, sur le lien entre catégories juridiques et constitution de la société, v. P. Dresch & J. Scheele (eds.), *Legalism. Rules and Categories*, Oxford University Press, 2015.

(19) Sur ce point, v. L. Azoulai et E. Dubout, Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire, *in* B. Bonnet (dir.), *Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives*, LGDJ, 2016, p. 567-583.

(20) CJUE 25 janv. 2018, aff. C-498/16, *Schrems*, ECLI:EU:C:2018:37, pt 29, D. 2018. 246 ; *ibid*. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid*. 1033, obs. B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell ; Dalloz IP/IT 2018. 371, obs. M. Combet.

(21) Ainsi, par exemple, au terme de l'art. 11 de la Dir. 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée. V., à titre d'illustration, CJUE 1er oct. 2015, aff. C-290/14, *Celaj*, ECLI:EU:C:2015:640, AJDA 2015. 1832 ; *ibid*. 2257, chron. E.

Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, et CJUE 16 janv. 2018, aff. C-240/17, *E.*, ECLI:EU:C:2018:8, AJDA 2018. 79. Il faut également signaler à cet égard l'importance des accords de réadmission liant l'Union ou certains États membres et un certain nombre d'États tiers ainsi que l'ensemble des dispositifs mis en place ces dernières années pour externaliser le traitement des migrations vers l'Union européenne : v. Commission européenne, 7 juin 2016, *Communication relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans la cadre de l'Agenda européen en matière de migration*, COM(2016) 385 final.

(22) En vertu not. des art. 9, 13 et 15 de la Dir. 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. V., sur ce point, B. Queiroz, Non-Removable Migrants in Europe : An Atypical Migration Status ?, *European Public Law*, 2018, p. 281-310.

(23) Sur ce cas, v. Commission européenne, *Study on the situation of third-country nationals pending return/removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries*, HOME/2010/RFXX/PR/1001, 11 mars 2013 (disponible en ligne).

(24) CJUE 25 janv. 2018, aff. C-473/16, *F.*, ECLI:EU:C:2018:36, D. 2018. 241.

(25) Pts 37 et 52 de l'arrêt *F.*

(26) CJUE 7 sept. 2004, aff. C-456/02, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488, AJDA 2005. 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2004. 2545 ; RDSS 2005. 245, note F. Kessler.

(27) Nous n'ignorons pas, cependant, les décisions récentes de la Cour de justice en matière de couverture sociale des citoyens de l'Union qui remettent en cause ce mouvement d'extension de la protection des citoyens européens. Cette jurisprudence se manifeste, précisément, par un retour du formalisme dans le raisonnement et par une réémergence des considérations liées à la souveraineté économique, sociale et politique des États membres. V. CJUE 11 nov. 2014, aff. C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358, AJDA 2015. 821, note E. Aubin ; *ibid*. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2014. 2300, et les obs. ; *ibid*. 2015. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJ fam. 2014. 655, obs. P. Berthet ; RDSS 2014. 1155, obs. C. Boutayeb ; RTD eur. 2015. 640, obs. E. Pataut ; CJUE 15 sept. 2015, aff. C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597, D. 2015. 1841 ; *ibid*. 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RDSS 2015. 1017, note C. Boutayeb ; RTD eur. 2016. 640, obs. E. Pataut ; CJUE 25 févr. 2016, aff. C-299/14, *García Nieto*, ECLI:EU:C:2016:114, D. 2016. 545 ; *ibid*. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2016. 640, obs. E. Pataut ; CJUE 14 juin 2016, aff. C-308/14, *Commission c/ Royaume-Uni*, ECLI:EU:C:2016:436, D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2016. 644, obs. E. Pataut. Sur cette jurisprudence, v. E. Pataut, Quelle solidarité pour quels citoyens ? Chronique citoyenneté 2015, RTD eur. 2015. 640 et 644.

(28) CJUE 16 nov. 2005, aff. C-327/02, *Panayotova et a.*, ECLI:EU:C:2004:718. Sur cette même mise à distance, s'agissant de ressortissants turcs, v. CJUE 29 mars 2017, aff. C-652/15, *Tekdemir*, ECLI:EU:C:2017:239.

(29) Concl. av. gén. Poiares Maduro sous cette aff, ECLI:EU:C:2004:110, § 25 et 26.

(30) Riche d'enseignements est à cet égard CJUE 8 mai 2018, aff. C-82/16, *K. A. et a.*, ECLI:EU:C:2018:308, AJDA 2018. 943 ; D. 2018. 1012.

(31) CJUE 7 mars 2017, aff. C-638/16 PPU, *X. et X. c/ État belge*, ECLI:EU:C:2017:173, RTD eur. 2018.

454, obs. F. Benoît-Rohmer .

(32) V., en ce sens, concl. av. gén. Mengozzi sous cet arrêt.

(33) Trib. UE 28 févr. 2017, aff. T-192/16, *NF c/ Conseil européen*, ECLI:EU:T:2017:128, D. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2017. 609, obs. C. Rapoport. Cette ordonnance a fait l'objet d'un pourvoi, lequel est pendant (aff. C-208/17 P).

(34) Dir. 2003/86/CE relative au regroupement familial, art. 7, § 1.

(35) Dir. 2003/86/CE, art. 7, § 2.

(36) Sur la distinction entre association familiale et intégration sociale au sens large, v. M. Lister, Immigration, Association, and the Family, *Law & Philosophy*, 2010, p. 717-745.

(37) Art. 21 du Règl. (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009 établissant un code communautaire des visas. Sur l'évaluation de ce risque, v. CJUE 19 déc. 2013, aff. C-84/12, *Koushaki*, ECLI:EU:C:2013:862, AJDA 2014. 16 ; D. 2014. 82, et les obs. ; Rev. crit. DIP 2014. 379, note S. Barbou des Places.

(38) Cela apparaît très clairement dans la proposition de la Commission sur la refonte du régime d'asile commun : *Proposition de règlement 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*, COM(2016) 270 final. V. égal. consid. 40 de la Décis. (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 sept. 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

(39) Dir. 2008/115/CE, art. 15, § 1 a).

(40) CJUE 4 avr. 2017, aff. C-544/15, *Fahimian*, ECLI:EU:C:2017:255, AJDA 2017. 714 ; *ibid*. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; D. 2017. 817 ; *ibid*. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2017. 929, note C. Mazille.

(41) CJUE 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806, pt 85, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. Pataut.

(42) L'expression est utilisée par U.K. Preuß, Problems of a concept of European citizenship, *European Law Journal* (1995), p. 280.

(43) A. Ogien, *Sociologie de la déviance*, PUF, 2018.

(44) S. Koikkalainen, Imagining mobility : the prospective cognition question in migration research, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2016, p. 759-776.

(45) Il est vrai que les directives portant sur l'immigration régulière et sur l'immigration économique comportent des dispositions relatives à la possibilité de séjourner dans un autre État membre mais celles-ci

soumettent systématiquement ce séjour à des limites et à un strict encadrement : Dir. 2003/109/CE, art. 14 et 15 ; Dir. 2009/50/CE, art. 18 ; Dir. (UE) 2016/801, art. 27 à 32 ; Dir. 2014/66, art. 20 à 23.

(46) S. Mezzadra & B. Nielson, *Border as Method*, Duke University Press, 2013.

(47) V. not., dans le domaine de l'asile, M. Walter-Franke, Building a European Asylum Regime in Discordance. Polarized representations of refugees in the discursive process of policy-making, Politique européenne, n° 60, 2018, p. 35-70.

(48) Recomm. (UE) 2017/432 de la Commission visant à rendre les retours plus effectifs dans le cadre de la mise en oeuvre de la Dir. 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil.

(49) Les enquêtes sociologiques et anthropologiques portant sur les migrants nous renseignent abondamment sur ce point : v. not. M. Agier, *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, 2008.

(50) H. Arendt, Nous autres réfugiés, Pouvoirs, 2013, p. 5-16.

(51) Règl. (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes. Sur ce texte, v. le dossier coordonné par D. Ritleng, RTD eur. 2017. 435.

(52) Sur les transferts, v. art. 23 du Règl. (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride. Sur la relocalisation, consid. 35 de la Décis. (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 sept. 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce. Pour une discussion sur l'idée de choix en contexte de relocalisation ou de réinstallation, v. M. J. Gibney, Refugees and justice between states, *European Journal of Political Theory*, 2015, p. 448-463.

(53) CJUE 4 juin 2015, aff. C-579/13, *P. S.*, ECLI:EU:C:2015:369, AJDA 2015. 1585, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser.

(54) CJUE 15 mars 2017, aff. C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, D. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

(55) CJUE 10 sept. 2013, aff. C-383/13 PPU, *M. G. et N. R.*, ECLI:EU:C:2013:533. V. P. De Bruycker et S. Mananashvili, *Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States : G & R, *Common Market Law Review*, 2015, p. 569-590.

(56) Sur cette technique, v. D. Ritleng, La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire, *in* L. Coutron (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaires et européens*, Bruylant, 2012, p. 209-228. Il convient de distinguer cette technique du régime des nullités appliqué au contentieux des étrangers sur le modèle de la procédure pénale : v. art. L. 552-13 CESEDA transposé de l'art. 802 C. pr. pén.

(57) CJUE 28 avr. 2011, aff. C-61/11 PPU, *El Dridi*, ECLI:EU:C:2011:268.

(58) CJUE 1er oct. 2015, aff. C-290/14, *Celaj*, ECLI:EU:C:2015:640, AJDA 2015. 1832 ; *ibid*. 2257, chron.

E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; CJUE 7 juin 2016, aff. C-47/15, *Affum*, ECLI:EU:C:2016:408, AJDA 2016. 1151 ; *ibid*. 1681, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 1255, et les obs. ; AJ pénal 2016. 387, obs. C. Saas. Sur l'objectif de lutte contre l'immigration illégale, v. égal. CJUE 21 juin 2017, aff. C-9/16, *A.*, ECLI:EU:C:2017:483.

(59) Sur ce point, v. déjà E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Throd-Country Nationals in the Schengen Information System*, Nijhoff, 2008 ; P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder & K. Wouters, *European Migration Law*, Intersentia, 2nd ed., 2014.

(60) V., par ex., CJUE 22 nov. 2012, aff. C-277/11, *M.*, ECLI:EU:C:2012:744, RTD eur. 2013. 77, étude D.-U. Galetta ; *ibid*. 685, obs. F. Benoît-Rohmer ; Rev. UE 2016. 239, étude K. Kecsmar. Dans le même sens, v. J. Bast, Of General Principles and Trojan Horses - Procedural Due Process in Immigration Proceedings under EU Law, *German Law Journal*, 2010, p. 1006-1024.

(61) CJUE 10 déc. 2013, aff. C-394/12, *Abdullahi*, EU:C:2013:813, AJDA 2014. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2014. 445, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2014. 335, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci.

(62) CJUE 7 juin 2016, aff. C-63/15, *Gezelbash*, ECLI:EU:C:2016:409, pt 51, AJDA 2016. 1152 ; *ibid*. 1681, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2017. 346, obs. S. Barbou des Places.

(63) Pts 54 et 57.

(64) V., en ce sens, concl. av. gén. Sharpston sous aff. C-554/13, *Z. Zh. et O.*, ECLI:EU:C:2015:94, § 53, D. 2015. 1321.

(65) Concl. du Conseil européen, 28 juin 2018, pt I.6, (www.consilium.europa.eu/media/35943/28-euco-final-conclusions-fr.pdf).

(66) CE, ord., 21 févr. 2017, n° 408131, ECLI:FR:CEORD:2017:408131.20170221.

(67) V., dans ce sens, CJUE 29 mars 2017, aff. C-652/15, *Tekdemir*, ECLI:EU:C:2017:239.

(68) CJUE 4 juin 2015, aff. C-579/13, *P. S.*, ECLI:EU:C:2015:369, pt 47, préc.

(69) Dir. 2003/86/CE relative au regroupement familial, art. 7.

(70) Règl. (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), art. 5, § 2 ; Règl. (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009 établissant un code communautaire des visas, art. 14, § 4.

(71) Règl. (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, art. 8.

(72) CJUE 9 juill. 2015, aff. C-153/14, *K. et A.*, ECLI:EU:C:2015:453, AJDA 2015. 1585, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

(73) CJUE 4 mars 2010, aff. C-578/08, *Chakroun*, ECLI:EU:C:2010:117, D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier.

(74) V., sur ce point, la position contraire, refusant l'idée d'un test imposé aux membres de la famille, J. H. Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013, p. 187.

(75) Sur ce point, v. l'analyse de S. Barbou des Places, Les frontières sociales de l'Europe, *in* S. Barbou des Places, P. Rodière et E. Pataut (dir.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Pedone, 2018.

(76) En ce sens, CJUE 1er mars 2016, aff. C-443/14 et C-444/14, *Alo et Osso*, ECLI:EU:C:2016:127, AJDA 2016. 1059, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 546 ; *ibid*. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

(77) É. Balibar forge une expression pour rendre compte de cette destitution. En résonnance avec l'idée marxienne de l'essence humaine comme ensemble de rapports sociaux (6e thèse sur Feuerbach), il nomme « malêtre » l'être inassignable à des rapports sociaux. Le « malêtre » serait la condition du sujet contemporain, en situation de constant décalage par rapport aux catégories sociales, politiques et ontologiques que lui assignent les normes sociales et juridiques (É. Balibar, *Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*, PUF, 2011).

(78) www.elysee.fr/declarations/article/transcription-du-discours-du-president-de-la-republique-aupres-des-forces-mobilisees/.

(79) C. Louis et E. Tassin, Dans la ville des jungles, 11 oct. 2016, https://blogs.mediapart.fr/edition/la-jungle-et-la-ville/article/111016/dans-la-ville-des-jungles.

(80) Dir. 2003/86/CE, art. 7, § 1 c).

(81) Sur ce point, v. S. Barbou des Places, Les frontières sociales de l'Europe, *in* S. Barbou des Places, P. Rodière et E. Pataut (dir.), *op. cit*.

(82) Dir. 2001/55/CE du Conseil du 20 juill. 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, art. 13, § 4.

(83) CJUE 24 avr. 2012, aff. C-571/10, *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233, D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2013. 489, étude F. Zitouni ; Constitutions 2012. 290, obs. A. Levade ; RTD eur. 2012. 495, obs. S. Robin-Olivier ; *ibid*. 2013. 669, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid*. 679, obs. F. Benoît-Rohmer.

(84) CJUE 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/08, *Vatsouras et Koupatanze*, ECLI:EU:C:2009:344, pt 52, AJDA

2009. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDT 2009. 671, obs. P. Mavridis.

(85) L'art. 11, § 3 a), de la Dir. 2003/109/CE aménage cette préférence. V. plus généralement en ce sens CJUE 21 juin 2012, aff. C-15/11, *Sommer*, ECLI:EU:C:2012:116, pts 33-35, D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis ; CEDH 18 févr. 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, pt 49.

(86) CJUE 18 déc. 2014, aff. C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453, AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; RTD eur. 2016. 351, obs. F. Benoît-Rohmer.

(87) A. Honneth, *Ce que social veut dire. 1. Le déchirement du social*, Gallimard, 2013, p. 294.

(88) V. sur ce point F. de Witte, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford University Press, 2015.

(89) TA Lille, ord., 12 août 2016, n° 1605689.

(90) CE 12 oct. 2016, n° 402783, AJDA 2016. 2284, concl. X. Domino.

(91) CE 31 juill. 2017, n°s 412125 et 412171, Lebon ; AJDA 2017. 1594 ; D. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJCT 2018. 51, obs. É. Péchillon.

(92) V. en ce sens, clairement, art0 9 du Règl. (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.

(93) Cette tension est très bien analysée par K. Franko Aas & H.O.I. Gundhus, Policing Humanitarian Borderlands : Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life, *The British Journal of Criminology*, 2015, p. 1-18.

(94) P. Dumas, L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne, RTD eur. 2013. 35.

(95) Décis. (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 sept. 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, consid. 34.

(96) Pour la définition de ces personnes, la Décis. (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 sept. 2015 renvoie à l'art. 21 de la Dir. 2013/33/UE mentionnant les personnes « telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les victimes de mutilation génitale féminine ».

(97) Il est notable que, dans le projet de loi « Collomb » sur « asile et immigration », le renforcement des procédures de contrôle et de rétention va de pair avec une plus grande prise en considération des cas de vulnérabilité : v. C. Pouly, Projet de loi « Collomb » : l'Assemblée renforce certains droits mais préserve la

logique restrictive, *Dictionnaire permanent*, Éditions législatives, Bull. n° 277, mai 2018.

(98) D. Fassin, *La Raison Humanitaire. Une histoire morale du temps présent*, Gallimard, 2010.

(99) Royaume-Uni, Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber, *R (on the application of ZAT and Others) v Secretary of State for the Home Department*, IJR [2016] UKUT 61 (IAC), 29 janv. 2016, disponible en ligne. Notons que cette décision a été censurée par une décision de la *Court of Appeal (Civil Division)* du 2 août 2016.

(100) V., en ce sens, à propos d'une demande de protection subsidiaire, CJUE 24 avr. 2018, aff. C-353/16, *MP*, ECLI:EU:C:2018:276, AJDA 2018. 879 ; D. 2018. 893.

(101) Cette proposition a été avancée par l'av. gén. Sharpston dans ses concl. sous CJUE 26 juill. 2017, aff. C-670/16, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:480, § 50 à 57, AJDA 2017. 2299, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot. La Cour de justice a préféré ne pas se prononcer sur ce point mais sa réponse, si elle devait être donnée, ne fait pas de doute.

(102) Les qualificatifs de « vie codifiée » et de « vie nue » sont l'objet de théorisations qui ont une certaine résonnance dans les travaux actuels en sciences sociales. Ces théories ne recoupent pas exactement ce dont il est question ici, sur le plan du droit européen de l'immigration, mais elles sont suggestives et il peut être utile de s'y reporter. Sur la codification, P. Bourdieu, Habitus, code et codification, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986 (64), p. 40-44. Sur la vie nue, G. Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997.

(103) V. J. Waldron, What Respect is Owed to Illusions about Immigration and Culture ?, *NYU School of Law, Public Law Research Paper n° 16-49*, 2016 (disponible en ligne).

(104) Sur les arguments économiques ou culturels soutenant l'idée d'immigration quantifiée ou choisie, v. S. Chauvier, Immigration rationnée, *Raisons politiques*, 2007, p. 41-61, et S. Perry, Immigration, Justice and Culture, *in* W. F. Schwartz (ed.), *Justice in Immigration*, Cambridge University Press, 1995, p. 94-135.

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés