

## De l'Article 8 de la CEDH à la Loi du 20 Novembre 2007

La condition des étrangers sur le territoire français a fait naître au fil des années de multiples débats. Il existe une très nette distinction pour accéder au territoire national selon qu'on se situe ou non dans le cadre du regroupement familial. En effet, ce dernier va alléger considérablement les contraintes administratives pesant sur les étrangers qui peuvent y prétendre.

Cette facilité qui est offerte aux étrangers implantés sur le territoire national est le fruit d'une construction juridique interne influencée par des principes issues des libertés fondamentales, et c'est dans ce contexte que nous allons tenter d'appréhender l'évolution du regroupement familial de l'article 8 de la CEDH à la loi du 20 Novembre 2007.

La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales signée à Rome le 4 Novembre 1950 énonce comme principe dans son article 8 que "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance." et prévoit comme limitation "(qu')Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Concernant le droit interne, la dernière loi en date est celle du 20 Novembre 2007, dite "Loi Hortefeux" qui apporte certaines restrictions au regroupement familial. Elle vient finaliser toute une évolution normative relative à ce sujet.

Ainsi, le premier texte ouvrant cette possibilité en France est l'ordonnance du 2 Novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, complétée par le décret du 29 Avril 1976 affirmant le droit pour les familles d'étrangers remplissant un certain nombre de conditions de pénétrer sur le territoire français *a priori*. Néanmoins, le regroupement familial ne constitue pas à cette date un droit et n'est pas textuellement mentionné.

Ce principe ne sera finalement consacré par le législateur qu'avec la loi du 24 Août 1993, dite loi Pasqua, qui va créer au sein de l'ordonnance de 1945 un chapitre VI entièrement consacré au regroupement familial. La crise économique aidant, ce principe va être progressivement encadré à partir de 1993 dans le but de limiter l'afflux de migrants. Sujet politique par excellence, l'immigration va recevoir un traitement différencié au gré des changements de majorité, et donner lieu à de nombreuses réformes que nous allons étudier par la suite.

Il faut noter qu'avant d'être consacré par le législateur, le regroupement familial est surtout une construction jurisprudentielle, qui découle en droit interne d'une interprétation extensive de l'article 8 de la CEDH, et du préambule de la constitution de 1946, qui énonce que "la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement". Ainsi, le droit des étrangers à mener une vie familiale normale constitue la racine du droit au regroupement familial, consacré historiquement de manière jurisprudentielle, réglementaire, puis enfin législative.

Il faut bien distinguer les deux régimes distincts, applicables aux ressortissants d'états membres de la Communauté Européenne d'une part, et aux ressortissants d'Etats tiers d'autre part.

Dans le premier cas en effet, le régime applicable est celui de la loi du 24 Juillet 2006, appliquant la directive 2004/38 du conseil, relative au "droit des citoyens de l'Union Européenne et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire communautaire", qui se place sur le terrain de la citoyenneté européenne et met donc en place un régime spécifique.

C'est le second cas, celui des ressortissants d'états tiers qui va nous intéresser ici. En effet, bien que les politiques migratoires aient été communautarisés par le traité d'Amsterdam, le droit dérivé issu notamment de la directive 2003/86 du 22 Septembre 2003 a contribué à ce que le régime applicable aux ressortissants d'états tiers conserve une certaine marge d'appréciation sur le plan national.

C'est pour cela que toute la problématique du regroupement familial est de savoir comment conjuguer une politique migratoire restrictive avec le respect du droit fondamental qu'est le respect du droit à une vie privée et familiale énoncé dans l'article 8 de la CEDH.

L'intérêt d'un tel sujet réside dans l'approche étatique. En effet, plus la politique d'un état est encline à respecter les droits fondamentaux, moins le principe du regroupement familial à travers l'immigration ne posera de soucis, et à l'inverse plus la politique migratoire sera stricte, plus on portera potentiellement atteinte aux droits fondamentaux.

C'est avant tout par une analyse chronologique que nous pourrons comprendre l'imbrication entre le droit national et l'article 8 de la CEDH, et il conviendra donc de décrire la formation du droit au regroupement familial dans le droit français (I), avant de s'intéresser à son durcissement progressif sur le fondement de l'article 8-2 de la CEDH (II).

## **I – La formation du droit au regroupement familial dans le droit français**

L'ordonnance de 1945 partait d'une approche pragmatique consistant à ouvrir la possibilité d'une immigration de main d'oeuvre dans un pays en pleine reconstruction, elle reprenait d'ailleurs beaucoup d'éléments du régime issu de la législation du 2 Mai 1938.

Le régime applicable aux migrants sur cette base a donc laissé une marge d'appréciation importante à l'administration et à ce titre, a surtout été encadré par le juge administratif.

Ainsi, la facilité offerte au migrant de faire venir sa famille sur le territoire national a été, dans un premier temps, une reconnaissance jurisprudentielle, qui n'a que bien plus tard été encadré par la législation.

### **A – La reconnaissance jurisprudentielle d'un droit au regroupement familial**

Comme nous l'avons vu, c'est un décret du 29 Avril 1976 qui créait de manière assez libérale, un droit, pour les familles d'étrangers remplissant un certain nombre de conditions de séjourner sur le territoire français. Deux ans après la publication de ce décret, le pouvoir réglementaire décida de suspendre ce droit pour une durée de trois ans, en raison des difficultés économiques que traversait le pays, et publia a cet effet un nouveau décret le 10 Novembre 1977.

Cette suspension fit l'objet d'un recours en annulation, auquel fit droit le Conseil d'Etat, le 8 décembre 1978 (G.I.S.T.I., C.F.D.T. et C.G.T.).

C'est à cette occasion qu'il reconnu comme principe général du droit le droit au respect de la vie familiale, tiré du préambule de la constitution de 1946.

Ainsi, la création de ce PGD dans une affaire ou le décret en cause traitait du regroupement familial nous amène à en déduire qu'un droit au regroupement familial découlerait du droit au respect de la vie familiale.

En revanche, le Conseil d'Etat va longtemps refuser de se référer à l'article 8. Ainsi, en 1980, dans l'arrêt Touami Abdeslem il rejette le pourvoi tiré d'une violation de ce texte.

Cette jurisprudence restera constante jusqu'à l'arrêt CE, sect., 10 avril 1992, Marzini.

Du côté du Conseil Constitutionnel, la question de la conformité des textes régissant le droit de l'immigration avec l'article 8 de la CEDH ne se posera pas puisque depuis la jurisprudence IVG de 1975, ce dernier refuse de contrôler la conventionnalité d'une loi.

En revanche, il fera application à partir de sa décision du 13 Août 1993 du préambule de la constitution de 1946, pour estimer que le droit au respect de la vie familiale a acquis une valeur constitutionnelle. Il en sera ainsi de manière constante pour toutes les lois traitant du regroupement familial qui seront déférés devant lui. Sa jurisprudence notable la plus récente, en la matière est la décision du 15 Décembre 2005 où il énonce que "la procédure de regroupement familial [...] est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale".

## **B – L'encadrement du droit au regroupement familial**

Le régime libéral du décret du 29 Avril 1976 qui ne prévoyait que quatre cas pour lesquels le regroupement familial pouvait être refusé (durée de résidence en France du chef de famille trop courte, ressources insuffisantes, conditions de logement inadaptées, ou nécessités de l'ordre public) ne sera pas modifié de façon notable durant les années 80, mais de l'euphorie de 1981 à la montée en puissance du Front National, certains ajustements seront néanmoins opérés.

Ainsi la loi Deferre du 29 Octobre 1981 va instituer une protection vis-à-vis des mesures d'éloignement du territoire français pour certaines catégories de personnes, dont les membres de la famille du titulaire d'un titre de séjour longue durée. Cette mesure est suivie d'un premier fléchissement, le 17 Juillet 1984, puisque par la loi Dufoix, une liste de catégories de personnes ayant vocation à s'établir en France est établie, mais impose que le regroupement familial s'opère désormais depuis le territoire d'origine.

Le 9 Septembre 1986, à l'occasion du changement de majorité, est voté une première loi Pasqua, instituant l'exigence de la preuve de l'entrée régulière sur le sol français, ainsi que du séjour régulier au moment de la demande de carte de séjour, et donne à la condition de ressources suffisantes un caractère législatif. Cette loi est abrogée par la loi Joxe, du 2 Août 1989, à l'occasion là encore d'un changement de majorité.

La véritable réforme intégrale du droit de l'immigration va intervenir par la loi du 24 Août 1993, dite loi Pasqua, laquelle fait entrer le regroupement familial dans les textes législatifs en réformant l'ordonnance du 2 Novembre 1945.

Cette loi va largement durcir les conditions du regroupement familial en instituant un seuil de ressources chiffré, en refusant explicitement l'accès aux ménages polygames, en subordonnant la délivrance d'un titre de séjour à une condition de résidence légale préalable, souvent difficile à réaliser en pratique, et en ne permettant la délivrance d'une carte de séjour au conjoint étranger qu'à la condition que ce dernier ai résidé une année pleine sur le territoire national. En outre les sanctions au maintien illégal sur le territoire sont largement durcies.

Admettant la trop grande rigueur de cette disposition et suite à un grand mouvement de protestation de la part des sans-papiers et de leurs défenseurs, le gouvernement va, le 24 Avril 1997, par la loi dite Debré, assouplir légèrement ce régime en retrouvant un droit de séjour effectif pour le conjoint étranger.

Preuve si il en est que l'immigration est un sujet éminemment politique, c'est à nouveau à l'occasion d'un changement de majorité que l'on va assister à une modification du droit applicable au regroupement familial dans un sens plus positif.

Ainsi, le mouvement de protestation de la part des sans-papiers ne faiblissant pas, la loi dite "Chevènement" du 11 Mai 1998 va apporter un assouplissement supplémentaire, en rendant obligatoire la motivation du refus de visa pour les membres de la famille d'une personne résident légalement sur le territoire national. Ce refus peut ainsi faire l'objet d'un recours administratif. En outre, la loi instaure de façon explicite l'attribution d'un titre de séjour au demandeur "dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que les refus d'autoriser son séjour porteraient à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée", mais l'administration gardant un pouvoir discrétionnaire, cette attribution n'est donc pas une obligation.

On assiste donc dans les textes à un durcissement progressif de la législation depuis 1993, et nous allons maintenant étudier quelle évaluation nous pouvons faire de ces nouvelles règles au regard de l'article 8 de la CEDH.

## **II – Un durcissement progressif sur le fondement de l'article 8-2**

Ce sont finalement les dispositions du deuxième paragraphe de l'article 8 de la CEDH qui vont justifier toutes les entorses faites au droit du respect de la vie familiale. En effet, ce paragraphe prévoyant toute une série de dérogations au principe énoncé au paragraphe premier, le refus d'accorder un titre de séjour sera bien souvent justifiable par l'Etat au regard de ses engagements Européens.

A l'occasion de la communautarisation des politiques migratoires, ces exceptions vont être conservées, et par l'influence directe que le droit communautaire va avoir sur les législations nationales, ils vont être confirmés dans les différents ordres internes.

### **A – L'approche européenne et communautaire**

Tout d'abord il est important de préciser que la Cour Européenne des Droits de l'Homme se refuse à consacrer un droit au regroupement familial, dans la mesure où dans l'article 8-2, des exceptions sont prévues afin de ne pas porter atteinte à la souveraineté des états en matière de politique migratoire. Ainsi, elle se borne à apprécier, en fonction du cas d'espèce la stricte violation du droit au respect de la vie familiale.

L'arrêt fondateur en matière de regroupement familial est l'arrêt *Abdulaziz et Autres* du 29 Mai 1985 qui posait la question de l'accès au territoire d'un état partie à la Convention des membres de la famille d'étrangers établis dans ledit état. Elle y concluait à l'applicabilité de l'article 8 car en l'espèce, les "mesures prises dans le domaine de l'immigration risquaient de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8". Dans un deuxième temps, la cour traita des conséquences de l'éloignement des étrangers sur leur vie familiale, en arrivant au même constat.

L'interprétation que peut faire la Cour Européenne des Droits de l'Homme des dispositions de l'article 8 ne permet pas de déterminer une frontière entre les obligations positives et les obligations négatives qui pèsent sur l'Etat. ainsi, dans un arrêt du 28 Novembre 1996 (*Ahmut c/ Pays-Bas*) elle pose comme condition "de tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble".

La jurisprudence de la CEDH laisse une marge de manoeuvre somme toute assez large à l'Etat, qui tire des dispositions de l'article 8-2 la possibilité de refuser un titre de séjour au titre du regroupement familial dans un certain nombre de cas, reconnaissant que ce refus peut être motivé par exemple par la situation personnelle des intéressés et par l'intérêt général, rappelant également qu'au delà des engagements découlant des traités, les états tirent d'un principe général de droit international le droit de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol, que pour finir, que "l'article 8 ne saurait être (...)

(...) interprété comme comportant pour un état une obligation générale de respecter le choix par des couples mariés de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire".

Le droit communautaire reprend peu ou prou ces analyses.

L'idée d'harmoniser les législations nationales en matière de regroupement familial n'est pas nouvelle puisque dès 1993, les ministres de l'intérieur des états membres avaient adopté une résolution sur l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial. Qui plus est l'adoption de la Charte des Droits Fondamentaux en 2000 à Nice semblait indiquer un accord au fond sur les valeurs en question à propos du droit des étrangers à mener une vie familiale normale, institué à l'article 7 de la Charte. En outre, ce même article 7 apporte les mêmes limites que l'article 8 de la CEDH constituant un parallèle frappant entre les deux normes. Il en résulte au final que les limites tolérées par l'article 7 de la Charte seront les mêmes que celles tolérées par l'article 8 de la CEDH.

L'adoption de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial le 22 septembre 2003 fut celle d'un texte particulièrement controversé au point qu'il va nourrir un recours en annulation de la part du Parlement Européen devant la Cour de Justice des Communautés.

Malgré le rejet du recours, la CJCE, a malgré tout fait une avancée substantielle dans la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union puisqu'elle effectue une lecture des dispositions les plus controversée favorable aux dispositions de l'article 8 de la CEDH, ainsi qu'au principe de "l'intérêt supérieur de l'enfant", tout en reconnaissant que la porte ouverte par l'importante marge de manoeuvre que laisse la directive aux états membres ainsi que les nombreuses dérogations qu'elle prévoit ne sont que "l'expression de la difficulté de procéder à un rapprochement des législations dans un domaine qui jusque-là, relevait de la compétence des seuls états membres."

Cette directive 2003/86 qui est donc reconnue conforme aux droits fondamentaux issus de l'article 8 de la CEDH présente un intérêt évident pour notre sujet, puisque les lois françaises les plus récentes en matière d'immigration en sont la transposition en droit interne.

## **B – Un durcissement caractérisé du droit au regroupement familial**

La loi du 26 Novembre 2003, dite "loi Sarkozy", va finalement revenir sur cet assouplissement, et poser les bases suivantes, qui seront confirmées par la suite.

Tout d'abord, les personnes admises dans le cadre du regroupement familial se verront attribuer une carte de séjour temporaire d'un an renouvelable une fois. Il ne pourront demander une carte de résident qu'après deux ans de présence en France et elle pourra leur être refusée s'ils ne peuvent justifier des conditions d'intégration

républicaine. Ce caractère temporaire d'une durée de deux ans vaut également en cas de rupture de la vie commune.

Ensuite, les ressources de la personne résident initialement sur le territoire doivent atteindre le SMIC, cette condition tout comme celle du logement pourront être vérifiées par le maire de la commune.

Pour finir, des sanctions importantes seront prises concernant les regroupements familiaux de fait.

La loi du 24 Juillet 2006 sur l'immigration choisie va s'inspirer de la directive 2003/86, sans en être une véritable transposition, par ailleurs ses conséquences sur le regroupement familial seront minimales dans la mesure où le seul changement notable est la condition que l'étranger demandeur du regroupement familial réside depuis 18 mois sur le territoire national, au lieu d'un an auparavant.

La véritable révolution en matière de regroupement familial va intervenir le 20 Novembre 2007 lors de l'adoption de la loi dite "Hortefeux." En effet, à la lecture des motifs, on peut constater que le droit au regroupement familial étant le premier facteur d'entrée et de séjour sur le sol français, il constitue davantage pour le législateur une immigration "subie" dû aux droits fondamentaux difficilement contournables, là où la loi cherche à mettre en place une immigration "choisie". Et c'est le renforcement du principe du regroupement familial qui va dès lors être au centre de cette loi.

L'objet de cette réforme est ainsi dans un premier temps de durcir les conditions requises en matière de regroupement familial, et dans un deuxième temps de mettre en place un véritable parcours complet visant à l'intégration de l'étranger dans la société française.

Tout d'abord, la première des dispositions est celle qui a provoqué la plus vive émotion dans l'opinion publique, à savoir la recherche des empreintes génétiques. Considérant l'ampleur du phénomène de fraude aux actes de l'état civil dans certaines régions du monde, et la difficulté pour les agents diplomatiques d'établir avec certitude la filiation dans de nombreux cas, le législateur a introduit pour le demandeur de visa originaire d'un pays dans lequel l'état-civil est défaillant, et désireux de rejoindre ou d'accompagner l'un de ses parents pouvant faire valoir le regroupement familial de demander que son identification soit recherchée à l'aide de ses empreintes génétiques afin d'apporter la preuve du lien de filiation avec la mère naturelle. Cette disposition, attaquée devant le Conseil Constitutionnel pour une double rupture du principe d'égalité puisque mettant le père et la mère d'une part, et l'enfant biologique et l'enfant adopté d'autre part, dans des situations différentes.

Le Conseil Constitutionnel a estimé que concernant la détermination de la filiation à l'égard de la mère, cette disposition était conforme à la règle du conflit des lois telle qu'issue du code civil, et concernant la seule filiation biologique envisageable par un test génétique, il a effectué une réserve d'interprétation en rappelant que ces tests génétiques



"ne pourront priver l'étranger de la possibilité de justifier du lien de filiation selon d'autres modes de preuves admis en vertu de la loi applicable." Validant ainsi le principe de l'identification génétique, et suscitant du même coup de nombreuses interrogations de la part des commentateurs.

Ensuite, la loi va inscrire l'immigration familiale dans la logique d'intégration républicaine des étrangers.

Ainsi, "l'article L.411-8 dispose que "Pour lui permettre de préparer son intégration républicaine dans la société française, le ressortissant étranger de plus de seize ans pour lequel le regroupement familial est sollicité bénéficie, dans son pays de résidence, d'une évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République. Si cette évaluation en établit le besoin, l'autorité administrative organise à l'intention de l'étranger, dans son pays de résidence, une formation dont la durée ne peut excéder deux mois. Le bénéfice du regroupement familial est subordonné à la production d'une attestation de suivi de cette formation".

A l'issue de ce parcours, une troisième disposition prévoit enfin la conclusion d'un contrat d'accueil et d'intégration entre la famille et l'état, par lequel les conjoints devront suivre une formation sur les droits et devoirs des parents en France et s'engager à respecter l'obligation de scolarisation pour leurs enfants. En cas de non respect de ce contrat, la loi prévoit la possible suppression ou mise sous tutelle des allocations familiales, ainsi que la prise en compte par le préfet de ce non-respect lors du renouvellement de la carte de séjour.

Le commentaire que nous pouvons faire sur cette loi est qu'elle dépasse largement les seules prescriptions de la directive 2003/86, et que certaines dispositions, notamment celles relatives à la formation dispensée sur le territoire national, posent des questions légitimes quant à leur conformité avec l'article 8 de la CEDH. Or la mesure prévue par le projet de loi peut difficilement s'analyser comme étant nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public.

Comme nous l'avons déjà mentionné, en l'absence de catalogue précis des obligations pesant sur l'état au titre de l'article 8 de la CEDH, seul un recours devant cette juridiction pourra nous éclairer sur la conformité de ces dispositions.