

LE DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

Par Raphaël DÉCHAUX*

Le regroupement familial est, aujourd'hui en France, la principale procédure d'immigration légale avec le droit d'asile¹. On peut définir cette procédure, que l'on retrouve dans la quasi-totalité des pays d'immigration, comme le droit, pour un étranger en situation régulière, d'obtenir pour sa famille proche une autorisation légale de résider à ses cotés sur le territoire national². Bien que le débat politique fasse une large place à cette question depuis une dizaine d'années et que les sociologues et les historiens travaillent sur ce phénomène depuis longtemps, le droit au regroupement familial demeure encore assez peu connu du juriste français. Classiquement catégorisé comme un droit de l'homme de la « deuxième génération », c'est-à-dire un « droit-créance », le droit au regroupement familial trouve ses sources dans le droit à la protection de la famille³.

Si le regroupement familial est apparu, sociologiquement, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, on peut identifier trois périodes dans l'évolution de la reconnaissance et du régime de ce droit par les États occidentaux.

La première période, allant de 1945 jusqu'au milieu des années 1970, est celle de la banalisation de cette pratique, sans que les États, alors en période de croissance économique, ne viennent contrôler ou limiter un phénomène dans lequel on ne voyait que des avantages, l'immigration ayant aidé la reconstruction des États européens après la guerre⁴.

* Allocataire de recherches - Moniteur de l'enseignement supérieur au sein du GERJC - Institut Louis Favoreu (CNRS-UMR 6201), Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III).

¹ Depuis l'arrêté du 3 juillet 1974 (n° 74-949), l'immigration économique dite « de main d'œuvre » est interdite en France. Seule l'immigration familiale et en matière de droit d'asile sont permises, à titre permanent.

² Article L. 411-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après Cesda) : « Le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins dix-huit mois, sous couvert d'un des titres d'une durée de validité d'au moins un an prévus par le présent code ou par des conventions internationales, peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre du regroupement familial, par son conjoint, si ce dernier est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants du couple mineurs de dix-huit ans ».

³ Il se rattache ainsi à l'idéologie d'influence judéo-chrétienne dans la construction intellectuelle des droits de l'homme, alors que le droit à l'éducation ou le droit à la sécurité sociale, autres droits-créances, se rattachent plus à la conception dite « socialiste » des droits de l'homme. Sur « la doctrine catholique des droits de l'Homme », lire PINI (J.) in FAVOREU (L.) (dir.) et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public science politique, 3^{ème} édition, 2005, pp. 39 et 40.

⁴ Le texte fondateur du droit des étrangers, l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ne possède aucune disposition jusqu'en 1993 sur le regroupement familial. Néanmoins, un décret du 24 décembre 1945 confie au ministère de la Population la mission de faciliter l'établissement familial des étrangers, dans le but d'aider à la reconstruction. Une circulaire du Ministre de la

Avec la crise économique qui se développe suite aux chocs pétroliers successifs, la nécessité politique de contrôler les flux migratoires a obligé les différents gouvernements à créer de nouvelles normes de limitation à l'entrée et au séjour des étrangers sur leur territoire. La relation (inévitabile) entre crise économique, chômage de masse et immigration, contribua également au développement de politiques de plus en plus restrictives⁵. Cette période a vu le développement de critères économiques conditionnant le bénéfice du regroupement familial. En France, le décret du 29 avril 1976 fut le premier véritable acte officialisant et juridicisant la procédure de regroupement familial⁶.

La troisième période commence avec les attentats du 11 septembre 2001 à New York. La « guerre contre le terrorisme » ainsi que les attentats de Madrid du 11 mars 2004 et ceux de Londres du 7 juillet 2005 ont conduit à un durcissement des conditions d'entrée et de séjour des immigrants partout en Occident. Le problème de l'intégration des immigrés est maintenant appréhendé comme un problème de sécurité nationale ; la réglementation du regroupement familial inclut donc désormais la condition d'une intégration du « regroupant » au sein du tissu national qui l'accueille, lui et sa famille.

En 1971, cinq ans avant la première reconnaissance juridique du regroupement familial en France, le nombre de bénéficiaires de cette procédure était alors à son plus haut niveau, soit 81 496 personnes. Depuis, les chiffres officiels montrent une nette diminution, diminution accentuée depuis quatre ans : de 27 267 admis en 2002 à 22 978 en 2005⁷. Cette diminution est la conséquence de la volonté constante des différents gouvernements de limiter et restreindre le régime du regroupement familial. D'ailleurs, après avoir révisé les principes gouvernant le regroupement familial par la loi du 24 juillet 2006⁸, le gouvernement actuel a révisé les conditions concernant le mariage des Français à l'étranger, ainsi que les conditions d'union de Français avec des étrangers⁹. On assiste donc, actuellement, à une réforme de l'ensemble du modèle d'immigration familiale.

Santé de 1947 est également souvent citée comme texte originel du droit au regroupement familial (*JORF* 1947, p. 1230). La première législation européenne en la matière date de la loi allemande de 1965.

⁵ « L'immigration demeure aujourd'hui sans rapport avec les capacités d'accueil de la France et ses besoins économiques », Nicolas Sarkozy, *exposé des motifs de la loi relative à l'immigration et à l'intégration*, consultable sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl2986.asp>.

⁶ Décret n° 76-383 du 29 avril 1976 *relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France*, *JORF*, 2 mai 1976.

⁷ Source statistique : Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), publié par *Le Monde* du 5 janvier 2006, p. 20. Voir ég. annexe 1 *infra*.

⁸ Loi n° 2006-911, *relative à l'immigration et à l'intégration* du 24 juillet 2006, *JORF* du 25 juillet 2006, p. 11047.

⁹ Loi n° 2006-1376, *relative au contrôle de la validité des mariages* du 14 novembre 2006, *JORF* du 15 novembre 2006, p. 17115.

Suite à cette évolution législative et réglementaire¹⁰, un nouveau régime est-il apparu ? Ainsi que le souligne le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, la dernière loi constitue en fait la 34^{ème} modification de cette législation depuis 1976¹¹. Le droit au regroupement familial est ainsi marqué en France par une importante « instabilité normative », caractéristique de l'étude du droit des étrangers de façon générale.

La prolifération et l'instabilité normative du droit au regroupement familial donnent l'image d'un droit relatif et conditionné à la volonté de la majorité élue au Parlement. Le regroupement familial serait-il donc organisé et limité exclusivement suivant la volonté du législateur ? Il est vrai qu'il n'existe, dans aucun texte constitutionnel, d'article consacrant explicitement un droit au regroupement familial ; seul le droit à la protection de la famille est généralement consacré dans les constitutions des pays européens. Or, le droit à « mener une vie familiale normale », englobe des droits très divers, qui vont du droit à fonder une famille à la protection de l'intimité familiale, tous de natures très différentes du droit au regroupement familial, dont les bénéficiaires sont, par définition, des étrangers. Il est donc nécessaire de déterminer une approche délimitée et normativiste de cette pratique, comparatiste, en laissant une large place à l'étude du droit européen et communautaire¹². Les problématiques qui ressortent sont donc simples : quelle est la valeur normative du droit au regroupement familial ? Constitue-t-il un droit fondamental et, si oui, comment peut-on le catégoriser ? Comment un droit aussi particulier pour l'État, mais aussi ses destinataires s'applique-t-il ?

L'étude de la place du droit au regroupement familial au sein de la hiérarchie des normes est nécessaire pour déterminer sa valeur (I) et l'étude de son régime législatif, pour déterminer son effectivité (II).

¹⁰ Un décret n° 2005-253 du 17 mars 2005 *relatif au regroupement familial des étrangers* puis une circulaire du 17 janvier 2006 (DPM/DM1/2/2005) également *relative au regroupement familial des étrangers* ont été adoptés récemment. Néanmoins, ces deux actes (ainsi que la totalité des décrets, ordonnances, circulaires ou arrêtés relatifs au regroupement familial depuis 1945) sont maintenant codifiés dans la partie réglementaire du Ceseda depuis leur abrogation formelle par le décret n° 2006-1378 du 14 novembre 2006, *JORF* du 15 novembre 2006.

¹¹ SCHOETTL (J.-E.), « La loi relative à l'immigration et à l'intégration est-elle constitutionnelle ? », *in LPA*, n° 154, 3 août 2006, p. 7.

¹² Il nous a semblé pertinent d'analyser, dans les grandes lignes, différentes législations européennes en matière de regroupement familial. Notre étude portera, de façon non exhaustive, sur la R.F.A., la Belgique, la Suisse, le Danemark, les Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie et, dans une moindre mesure, le Royaume-Uni et le Portugal. Les données chiffrées et normatives sont tirées, sauf mention expresse, de l'étude effectuée par le service juridique du Sénat en matière de regroupement familial. Sénat, Documents de travail du Sénat, Série étude de législation comparée n° 158, « Le Regroupement Familial », février 2006, Service des Affaires européennes, Division des Etudes de législation comparée. Ce rapport est consultable sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/lc/lc158/lc1580.html>.

I - LA VALEUR NORMATIVE DU DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

Deux types d'obligations peuvent découler du droit au regroupement familial. Les premières sont négatives, ce sont celles qui interdisent à l'État de séparer une famille. Les secondes sont positives, ce sont celles qui imposent à l'État de ne pas empêcher, voire de favoriser, la réunion des membres d'une famille. C'est ce dernier type d'obligation qui nous semble rendre compte le mieux de ce que l'on entend communément par « regroupement familial »¹³. Nous analyserons donc quelles obligations positives ont été consacrées par certains États européens (A), mais aussi quelle est la protection internationale du droit au regroupement familial (B).

A) EN DROIT INTERNE : UN DROIT FONDAMENTAL EN DEMI-TEINTE

L'apparition du droit au regroupement familial dans les systèmes juridiques nationaux a été progressive. Si la majorité des États européens ont donné une valeur constitutionnelle au droit à mener une vie familiale normale, il n'est cependant pas évident que la protection effectuée par les cours constitutionnelles aille jusqu'à la consécration d'un droit fondamental au regroupement familial pour les étrangers. La problématique est ici de savoir si le juge estime que ce droit implique ou non des obligations positives pour le législateur et, dans ce cas, si elles impliquent l'existence d'un droit autonome, tant en France (1) qu'à l'étranger (2).

1°) Un droit contingent imposant des obligations positives au législateur français

En France, le droit au regroupement familial a emprunté tous les échelons de la pyramide des normes : de réglementaire en 1947 et 1976 à législatif en 1993, il a alors été élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Le droit au regroupement familial est intégré au bloc de constitutionnalité français et trouve sa source formelle au dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier dispose ainsi que : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Interprété littéralement, ce « principe particulièrement nécessaire à notre temps », caractéristique d'un droit-créance, induit un interventionnisme économique, une « obligation » d'assistance étatique face à la pauvreté, et le droit à des minima sociaux (RMI) pourrait y trouver sa source constitutionnelle plus que le droit à

¹³ Les obligations négatives du droit au regroupement familial s'apparentent plus, selon nous, au respect de la vie familiale normale, sauf lorsqu'elles visent à protéger le droit au regroupement familial sur place. Signalons que les obligations positives sont à l'encontre du législateur, mais qu'elles peuvent viser tant les pouvoirs publics que les étrangers requérants.

mener une vie familiale normale¹⁴. Or, le juge constitutionnel français, dans la décision des 12 et 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*¹⁵, a consacré le droit au regroupement familial comme un droit constitutionnel des étrangers découlant de ce dixième alinéa¹⁶. L'inscription constitutionnelle de la famille a donc conduit le juge à reconnaître un droit dont les bénéficiaires sont exclusivement des étrangers.

Cette consécration constitutionnelle a été rendue plus aisée grâce à l'arrêt du Conseil d'État *GISTI* du 8 décembre 1978¹⁷. Moins de deux ans après le décret de 1976 reconnaissant le droit au regroupement familial, la situation économique nationale s'étant aggravée, le même gouvernement, dans un décret du 10 novembre 1977, suspendait provisoirement l'application du précédent. Saisi par le GISTI, le Conseil d'État annula le décret¹⁸ et consacra, le premier, un droit constitutionnel au regroupement familial issu du Préambule de 1946¹⁹. Plus récemment, dans le cadre du contentieux relatif au référé-liberté, le Conseil d'État a, logiquement, admis que le droit à mener une vie familiale normale était bien une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative²⁰.

Suite à ces jurisprudences, peut-on déterminer précisément quelle est la nature du droit au regroupement familial ? La question est d'autant plus intéressante que la valeur de ce droit apparaît comme inextricablement liée à la problématique sur sa nature. Il est d'abord nécessaire de bien

¹⁴ Sur les droits-créances en général, voir la thèse de Laurence Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels*, 2001, 562 p., sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946 notamment, pp. 154 à 175 (thèse en cours de publication en 2007 chez Bruylant). Selon cet auteur, « la plupart des auteurs [de l'époque] ne manquent pas d'émettre des doutes sur la portée [de l'alinéa 10], compte tenu de son caractère "vague" et "imprécis" », p. 155.

¹⁵ 93-325 DC, *GDCC*, n° 42, p. 743, *Rec.* p. 224, *RJC* I-539. Dans la décision du 3 septembre 1986, *Entrée et séjour des étrangers* (86-216 DC, *Rec.* p. 135, *RJC* I-281), le Conseil constitutionnel avait déjà indiqué que l'alinéa 10 du Préambule de 1946 imposait à « l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous les éléments d'appréciation, y compris, si besoin est, de sa vie familiale », cons. 18.

¹⁶ « Les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; [...] ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectif de valeur constitutionnelle ; [...] il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit » (cons. 69).

¹⁷ C.E. 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien aux travailleurs immigrés et autres*, *GAJA*, 15^{ème} édition, 2005, n° 90, p. 624, *Rec.* p. 493.

¹⁸ La décision était prévisible puisque, dans son avis du 27 octobre 1977 concernant le projet de décret, la Haute Juridiction avait rendu un avis défavorable : « les étrangers ayant régulièrement leur résidence en France ont un droit fondamental, comme les nationaux, à mener une vie familiale normale », attendu recopié presque à l'identique par le Conseil constitutionnel, sans la référence au « droit fondamental » cf. *GAJA*, p. 628.

¹⁹ En effet, il ne s'agissait pas uniquement d'un « PGD » pour le Conseil d'État puisque ce dernier affirmait que « ledit décret vise à mettre en œuvre aux lieux et places d'un législateur défailant un droit au regroupement familial, qu'impliquait soit un principe général, soit un principe constitutionnel », cons. 2.

²⁰ CE, sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, n° 238211, cons. 2. Conclusions du commissaire du gouvernement Silva *in RFDA*, 1^{er} avril 2002, n° 2, pp. 324 à 335. Cette consécration par le juge des référés, si elle était prévisible et cohérente avec la jurisprudence antérieure, permet, par le biais d'un contrôle *a posteriori* et au cas par cas, de renforcer l'effectivité des obligations positives issues du droit à mener une vie familiale normale.

identifier la nature du droit à mener une vie familiale normale. Sur ce sujet, Mme Laurence Gay estime que « le Conseil [constitutionnel] oppose au législateur un droit dont l'objet est avant tout une abstention de sa part, prolongée le cas échéant d'obligations positives destinées à en assurer un exercice effectif »²¹. Bien qu'une part importante de la doctrine considère que le droit à mener une vie familiale normale entre dans la catégorie des droits-créances²², cet auteur estime qu'il s'agit d'un droit-liberté puisque « les obligations pesant sur le pouvoir [...] sont bien constitutives d'un droit-liberté [tels que] ne pas entraver l'évolution de la famille, ne pas la maintenir artificiellement séparée »²³. On peut, dès lors, analyser le droit au regroupement familial comme une obligation positive de valeur constitutionnelle, nécessaire à l'effectivité d'un droit-liberté, le droit à mener une vie familiale normale. En effet, pour que le droit à mener une vie familiale normale des étrangers soit effectif, il est nécessaire que le regroupement familial soit possible. En ce sens, le droit au regroupement familial ne constitue donc pas un droit fondamental autonome, mais est la condition constitutionnelle de réalisation du droit fondamental à mener une vie familiale. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, constante et cohérente en la matière, paraît confirmer cette position puisque le Conseil rappelle dans chaque décision cette règle : « aucun principe non plus qu'aucune règle constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire »²⁴. Si le droit au regroupement familial ne constitue donc pas un droit fondamental subjectif, la Haute Juridiction consacre, en tant qu'obligation constitutionnelle, *la détermination* des conditions du regroupement familial. Le législateur bénéficie toutefois d'une large marge d'appréciation quant *aux modalités d'application* de ces conditions²⁵. On remarque, par ailleurs, que la principale conciliation que doit effectuer le Conseil, lorsqu'il est saisi d'une loi traitant du regroupement familial, porte notamment sur la sauvegarde de l'ordre public, simple

²¹ GAY (L.), *op. cit.*, *ibidem*, p. 155. Plus loin cet auteur estime également que « la "prestation" de l'État (la délivrance d'un titre de séjour) n'est pas en soi l'objet du droit mais une simple mesure administrative nécessaire à son exercice », *ibidem*, p. 165.

²² Notamment ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat droit public, 7^{ème} édition, 2006, p.431, GENEVOIS (B.), « Principes généraux du droit », in *Répertoire du contentieux administratif Dalloz*, §§ 575-576, p. 55. *Contra*, FAVOREU (L.) et *alii*, *op. cit.*, p. 222.

²³ *Ibidem*, p. 161. Madame Gay souligne d'ailleurs que, dans l'arrêt *GISTI* de 1978, « le Conseil d'État annule une mesure d'ingérence faisant obstacle au libre déroulement de la vie familiale », *idem*.

²⁴ 93-325 DC, cons. 2 ; 2003-484 DC, cons. 28 ; 2005-528 DC, cons 14 ; 2006-539 DC du 20 juillet 2006, in *JORF* du 25 juillet 2006, p. 11066, cons 6. Certains auteurs estiment au contraire que « La Constitution est source d'un droit créance obligeant les autorités publiques à délivrer un titre de séjour à l'étranger qui vient rejoindre sa famille », PELLISSIER (G.), « Le statut constitutionnel des droits et libertés des étrangers (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* », in *LPA*, 27 juin 1997 (77) p. 9

²⁵ Il s'agit d'une jurisprudence constante en matière de droits fondamentaux ; le Conseil considère qu'il ne peut censurer le législateur qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation de sa part lorsqu'il définit ou limite l'application d'un droit constitutionnel (pour un ex. récent : 2006-535 DC, cons. 20).

objectif à valeur constitutionnelle, et que ce dernier prévaut souvent lorsqu'il est opposé au « droit » au regroupement familial²⁶.

Le droit au regroupement familial ne remplit donc pas les conditions pour être catégorisé parmi les « droit-créances » substantiels. Si Mme Gay considère que sa nature peut être identifiée comme une « classique modalité d'aménagement d'une liberté »²⁷, il semblerait que la conséquence de cette identification soit celle d'un « droit de procédure », les deux positions n'étant pas contradictoires²⁸. Le droit au regroupement familial se définirait et se limiterait alors à la garantie constitutionnelle d'existence d'une *procédure* de regroupement familial, déterminée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, tandis que le droit à la santé, par exemple, ne peut se définir ou se limiter uniquement à la procédure de remboursement de frais médicaux par la Sécurité sociale²⁹.

Le Conseil constitutionnel impose le respect de quatre conditions générales par le législateur pour que le droit constitutionnel au regroupement familial ne soit pas vidé de son contenu. Le séjour doit tout d'abord être stable avant qu'un étranger en situation régulière puisse demander un regroupement familial, le Conseil ayant ainsi admis des durées allant de un à deux ans³⁰. Des conditions matérielles d'existence sont également nécessaires au bénéfice du regroupement familial, pour éviter que la venue de la famille en France ne s'accompagne d'une situation de paupérisation (ressources économiques et logement suffisamment important)³¹. Le Conseil veille aussi à ce que le législateur détermine des conditions tenant au respect de l'ordre public et de la santé publique, à l'heure où les risques de terrorisme international ont conduit à un renforcement considérable des dispositifs de contrôle à la frontière des États³². Il est enfin nécessaire que le législateur ne pose pas

²⁶ L'exemple le plus pertinent en la matière pourrait être celui du mariage polygame, 93-325 DC précitée, cons. 77. Le Conseil d'État avait déjà adopté une telle interdiction, voir CE, Ass. 11 juillet 1980, *Montcho*, Rec. p. 315.

²⁷ *Ibidem*, p. 165.

²⁸ La catégorie « droit de procédure » n'existe certes pas en droit constitutionnel français, mais elle nous semble caractériser pertinemment la nature du regroupement familial. On pourrait assimiler le droit au regroupement familial à un « droit-garantie », cette catégorie se définissant ainsi : « [ces droits] donnent à l'individu l'assurance qu'il pourra faire valoir les autres droits dans les meilleures conditions », SCOFFONI (G.), *in* FAVOREU (L.) et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, *ibidem*, p. 272. De même que le principe d'égalité des armes serait une condition d'effectivité du droit au procès équitable (que l'on peut faire découler du principe d'égalité devant la loi qui garantit l'égalité devant la justice), le droit au regroupement familial serait ainsi une condition d'effectivité du droit à mener une vie familiale normale.

²⁹ On peut relever que le Conseil constitutionnel a défini ainsi le droit au regroupement familial : « *la procédure de regroupement familial* établie par le livre IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale », décision 2005-528 DC précitée, cons. 15, nous soulignons. Nous continuerons néanmoins à parler de « droit » au regroupement familial, pour plus de clarté.

³⁰ 93-325 DC, cons. 71.

³¹ 2005-525 DC, cons. 15.

³² 93-325 DC, cons. 56.

d'exigence disproportionnée qui viderait de sens le principe même du droit au regroupement familial³³.

La jurisprudence de la Haute Juridiction dessine donc un cadre constitutionnel, certes peu exigeant, garantissant aux étrangers, en situation régulière, l'existence d'une procédure de regroupement familial. Ces garanties constitutionnelles, tout en laissant une large marge de manœuvre au pouvoir législatif, imposent un certain nombre d'obligations positives garantissant en fait leur droit à mener une vie familiale normale.

2°) Un droit protégé de façon hétérogène en Europe

Ainsi que le remarque le Sénat dans son étude de législation comparée de février 2006, le droit au regroupement familial s'est considérablement durci ces cinq dernières années, particulièrement en Europe du Nord (Allemagne, Royaume-Uni, Pays-Bas et surtout, Danemark)³⁴. La France n'est cependant pas le seul pays d'Europe à avoir consacré un droit constitutionnel au regroupement familial des étrangers. Trois cours constitutionnelles ont consacré ce droit, la majeure partie des autres cours protège seulement le droit à mener une vie familiale normale.

La Constitution italienne du 27 décembre 1947 consacre dans ses articles 29, 30 et 31 les droits de la famille et de ses composantes³⁵. Leur protection par la Cour constitutionnelle italienne est maximale, puisque cette dernière les a caractérisés comme étant des « principes suprêmes inviolables »³⁶. Mais la Cour protège également la procédure de regroupement familial pour les étrangers, qu'elle a défini dans deux arrêts de principe : « ce droit et ce devoir d'élever des enfants [...] et ce droit des parents et des enfants de *vivre en commun au sein de l'unité de la famille* [...] sont des droits fondamentaux de la personne qui s'appliquent donc, par principe, également aux étrangers »³⁷. Dans un arrêt du 27 juillet 2000, la Cour a explicitement reconnu que le droit à une

³³ 93-325DC, cons. 69.

³⁴ Documents de travail du Sénat, Série étude de législation comparée n° 158, « Le Regroupement Familial », février 2006, *ibidem*, p. 4. On remarquera que ces trois derniers pays n'ont pas mis en place de justice constitutionnelle.

³⁵ Notamment les articles 29, « La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage » et 31, « La République favorise par des mesures économiques et autres moyens la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, et particulièrement les familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but ».

³⁶ Arrêts n° 181 de 1976 ; n° 258 de 1982 et enfin n° 158 et 414 de 1991. Ces articles ne peuvent donc pas être modifiés par une procédure de révision constitutionnelle.

³⁷ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 28 du 12 janvier 1995, *in G.U.* du 25 janvier 1995 et arrêt n° 203 du 17 juin 1997, *in G.U.* du 2 juillet 1997, nous soulignons.

vie familiale normale des étrangers impliquait des obligations positives envers le législateur³⁸. Dans cette affaire, elle a jugé que la loi devait prévoir l'interdiction de « l'expulsion d'un étranger [en situation irrégulière] marié, vivant en Italie avec sa femme pendant toute la période de grossesse de celle-ci et dans les six mois suivant la naissance de l'enfant »³⁹. La Cour a récemment renforcé la valeur fondamentale du droit au regroupement familial puisque, depuis 2005, elle le catégorise désormais comme un « principe suprême inviolable », hors d'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle⁴⁰.

La Constitution suisse protège le droit à mener une vie familiale normale grâce à ses articles 13 et 14⁴¹. Le Tribunal fédéral Suisse a récemment reconnu le droit au regroupement familial des étrangers dont l'un possède la nationalité d'un des Etats membres de l'Union européenne⁴², puis aux ressortissants non communautaires, à la seule condition qu'ils possèdent un titre de séjour régulier⁴³.

L'article 22 de la Constitution belge consacre le droit à mener une vie familiale normale⁴⁴ et rappelons que le droit international, et notamment le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après CESDH), sont d'effet direct en droit interne belge. La Cour d'arbitrage admet, comme la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH), que l'article 8 de la CESDH implique des obligations positives envers le législateur⁴⁵. Dans plusieurs arrêts, la Cour protège le droit au regroupement familial des étrangers, sans imposer, comme en France ou en Italie, de garanties substantielles. Un arrêt du 9 janvier 1996 a d'abord posé comme garantie l'interdiction, pour une autorité administrative, de refuser un regroupement familial si elle « prenait sa décision au-delà d'un délai raisonnable ou si elle prenait prétexte d'une séparation qui n'est pas effective et durable »⁴⁶. La Cour effectue donc un

³⁸ Arrêt n° 376, *in Giur. cost.*, 2000, p. 2675, note SANZ DE ALBA (P.), « Chronique Italie », *in AIJC* n° XVI, 2000, p. 801.

³⁹ *Ibidem*, p. 802. L'obligation positive n'a donc pas comme source le droit au regroupement familial, mais cet arrêt permet d'appréhender un régime où le législateur doit faire primer la vie familiale de l'étranger sur la légalité de son séjour, lorsqu'il est marié et que sa femme va avoir un enfant, ou vient d'en avoir un.

⁴⁰ Seul le droit au regroupement familial de la famille proche (« nucléaire ») est considéré comme inviolable par la Cour. Arrêt n° 224 du 8 janvier 2005, *Giur. cost.* 2005, p. 1944, confirmé par les arrêts n° 260 du 20 juin 2005 (*G. U.* du 6 juillet 2005) et n° 464 du 14 décembre 2005 (*G. U.* du 28 décembre 2005).

⁴¹ Article 13§1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications » et 14 « Le droit au mariage et à la famille est garanti ».

⁴² Tribunal fédéral suisse, 4 novembre 2003, *ATF* 130 II 1 *A. und B.* Cette jurisprudence est en fait la conséquence de l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP) signé le 1^{er} juin 2002. Dans cet arrêt, le Tribunal a cependant limité le droit au regroupement familial aux situations transfrontalières.

⁴³ Arrêt du 1^{er} juin 2004, *ATF* 130 II 388 X.

⁴⁴ « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». Le droit au respect de la vie familiale est protégé par la Cour, voir pour un exemple récent l'arrêt n° 69/2005 du 20 avril 2005 (cons. B.22.2). La Cour. Les décisions de la Cour d'arbitrage citées sont consultables sur le site de la Cour <http://www.arbitrage.be/fr/common/home.html>.

⁴⁵ Arrêt n° 131/2005 du 19 juillet 2005 (cons. B.5.4) et n° 194/2005 du 21 décembre 2005 (cons. B.5.1.).

⁴⁶ Arrêt n° 4/06, cons. B14.

contrôle de proportionnalité entre les dispositions permettant à l'autorité administrative de vérifier si la cohabitation des deux époux présente un caractère réel et durable et le droit à mener une vie familiale normale. Cet arrêt a été confirmé explicitement par un arrêt du 28 octobre 2004⁴⁷ et un autre du 19 juillet 2005⁴⁸. On peut enfin citer l'arrêt du 22 mars 2006, qui a, en l'espèce, contrôlé une disposition législative par rapport à la Constitution et à la CESDH mais également à la directive 2003/86/CE⁴⁹. On notera, enfin, que la Cour d'arbitrage a toujours déclaré les dispositions contestées conformes au droit au regroupement familial.

Pays d'accueil et d'immigration⁵⁰, la République Fédérale d'Allemagne (ci-après RFA) consacre dans l'article 6 de sa Loi fondamentale le mariage et la famille⁵¹ ; le Tribunal de Karlsruhe protège cet article depuis les années 50 en tant que « germe de la société »⁵². L'application de cette jurisprudence aux étrangers ayant été consacrée par de nombreuses fois⁵³, la Cour aurait pu en déduire un droit au regroupement familial, pour les familles des résidents en situation régulière. Néanmoins, un arrêt du 12 mai 1987 est allé à l'encontre de cette position, et n'a pas été démenti depuis⁵⁴. Il s'agissait en l'espèce d'une loi qui obligeait les requérants à avoir séjourné régulièrement plus de *huit ans* sur le territoire fédéral avant de bénéficier du regroupement familial or, selon la Cour, « la Loi fondamentale remet largement aux mains des pouvoirs législatifs et exécutifs le soin de fixer le nombre et les conditions dans lesquelles l'accès au territoire fédéral est rendu possible aux étrangers et en particulier de déterminer les conditions d'accueil des travailleurs étrangers ». Le refus de la Cour constitutionnelle fédérale de reconnaître un droit constitutionnel tiendrait au fait qu'il serait incompatible avec l'article 11 de la Loi fondamentale, qui réserve l'entrée et le séjour sur le territoire fédéral aux citoyens allemands, article limité uniquement par l'article 16, relatif au droit d'asile⁵⁵. Néanmoins, ainsi que le remarque le Professeur Jouanjan, ces

⁴⁷ Arrêt n° 164/2004. 3^{ème} alinéa du considérant B.7.2. : « Pour le surplus, le droit au respect de la vie privée et familiale est garanti dans les conditions prévues par la loi, concernant le regroupement familial ».

⁴⁸ Arrêt n° 133/2005.

⁴⁹ Arrêt n° 46/2006, cons 12.

⁵⁰ En 2003, plus de 76 000 étrangers ont été admis en Allemagne au titre du regroupement familial (on constate néanmoins une baisse de 10% entre 2002 et 2003). Rappelons qu'en Allemagne, la conception de l'immigration est radicalement différente de la conception française, puisque le droit du sang et, lors de l'acquisition de la nationalité allemande, le renoncement à la nationalité d'origine sont la règle.

⁵¹ Article 6 alinéa 1 : « Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État ».

⁵² BVerfGE 6, 55, pour un exemple récent, arrêt du 9 avril 2003, *N.J.W.* 2003, p. 2151.

⁵³ Bien que l'article 23 limite géographiquement l'application des droits fondamentaux au territoire fédéral. Voir par ex. : BVerfGE 4 mai 1971, cité par JAULT-SEKE (F.), « Le regroupement familial en droit comparé français et allemand », Paris, L.G.D.J., bibliothèque de droit privé t. 265, 1996, p. 53.

⁵⁴ BVerfGE. 76, 1 ; notes (uniquement en langue allemande) : *FamRZ.* 1988, 363 ; *N.J.W.* 1988, 626 ; *DVBl.* 1988, 98 ; *D.Ö.V.* 1988, 181 et *EuGRZ.* 1988, 449. Voir JAULT-SEKE (F.), *ibidem*, p. 54 et JOUANJAN (O.), « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière. Allemagne », *in AIJC*, 1998, n° XIV, pp. 109 et 110.

⁵⁵ Article 11 alinéa 1 : « Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral ». Article 16a alinéa 1 : « Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile »,

deux droits étant autonomes, le raisonnement de la Cour semble peut convainquant⁵⁶. Mais le droit au regroupement familial a récemment fait débat outre-rhin puisque la loi du 20 juin 2002, première réforme générale des conditions d'immigration en Allemagne depuis 1991, a été annulée par la Cour dans un arrêt du 18 décembre 2002, pour des raisons de procédure⁵⁷. Il est remarquable que cette réforme prévoyait que seuls les mineurs de moins de douze ans pouvaient bénéficier du droit au regroupement familial. Or, cette disposition a été très contestée au sein de la société allemande et il aurait été intéressant de connaître sur le fond la position de la Cour sur ce point, sachant qu'il est de jurisprudence constante que l'article 6 de la Loi fondamentale s'applique aux enfants d'étrangers⁵⁸. Suite à cette annulation, le gouvernement a dû entièrement réécrire sa loi pour arriver à un nouvel accord politique et modifier la disposition sur l'âge des mineurs. La loi du 30 juillet 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, n'a pas été encore contrôlée par le Tribunal de Karlsruhe mais un recours direct reste possible.

Au Portugal et en Espagne, la protection de la vie familiale est assurée par l'article 67 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976⁵⁹ et l'article 39 alinéa 1 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978⁶⁰. En Espagne, la décision du 2 décembre 1988 du Tribunal constitutionnel a consacré un droit fondamental à la vie familiale⁶¹. Depuis, aucun arrêt n'a reconnu un droit au regroupement familial et, bien que la décision du 13 février 2006 ait estimé que la directive européenne 2003/86/CE instaurait un droit supralégislatif au regroupement familial, la Cour n'en a pas tiré de conséquences sur l'ordre constitutionnel espagnol⁶². L'arrêt du 5 mars 1997 du Tribunal constitutionnel portugais a reconnu un droit à l'unité de la famille pour les étrangers mais dans un cas d'expulsion uniquement ; l'effet de l'article 63 de la Constitution portugaise est donc comparable à celui d'une obligation négative envers l'État⁶³. Les deux cours n'ont donc pas

⁵⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁷ BVerfGE. (2 BvF 1/02), 18 décembre 2002, *DVBI*, p. 194. En langue française, FROMONT (M.) « République Fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2002 », *in RDP*, 2004 n° 4, pp. 1143 à 1145. La cause de cette annulation est en fait très simple, l'article 51 alinéa 3 de la loi fondamentale dispose « Chaque *Land* peut déléguer autant de membres qu'il a de voix. Les voix d'un *Land* ne peuvent être exprimées que globalement et seulement par un des membres présents ou leurs suppléants ». Or cette règle de vote n'a pas été respectée par le *Land* de Brandebourg pour des causes politiques ; le Tribunal de Karlsruhe a donc été obligé de déclarer la loi inconstitutionnelle sur le fondement combiné de l'article 51 alinéa 3 mais également 78 de la Loi fondamentale, ce dernier article exigeant l'accord du Bundesrat pour l'adoption des lois fédérales.

⁵⁸ Pour un ex. récent : BVerfGE (2^{ème} Chambre), 25 octobre 2005, 2 BvR 524/01, *DVBI* 2006, pp. 110-113.

⁵⁹ « La famille est la composante essentielle de la société ».

⁶⁰ « Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille ». On peut citer également l'article 18§1 qui garantit le droit à l'intimité familiale. Selon M. Hubert Alcaraz, le droit à l'intimité familiale ne doit pas être confondu avec le droit à mener une vie familiale normale « la reconnaissance [du droit à l'intimité] ne serait qu'une manière de compléter la protection partielle dont fait l'objet la famille », ALCARAZ (H.), *Le droit à l'intimité devant les juges constitutionnels français et espagnols*, Aix-en-Provence, thèse dactylographiée, 2003, p. 272.

⁶¹ Décision STC 231/1988.

⁶² Décision STC 41/2006.

⁶³ Arrêt n° 181/97, note MIRANDA (J.), « Chronique Portugal », *in AIJC* n° XIII, 1997, p. 790

consacré de droit au regroupement familial des étrangers, bien que le droit espagnol, notamment, leur soit favorable⁶⁴. Cette situation est compréhensible, l'immigration étant récente dans ces pays, fermés jusqu'à la fin des années 1970. Néanmoins, notamment du fait de leur position à la frontière sud de l'Europe, ces États ont récemment modifié leur législation, pour prendre en compte les problèmes de plus en plus important d'immigration illégale qu'ils rencontrent, surtout en Espagne⁶⁵.

Rappelons enfin que le Royaume-Uni accorde une valeur supralégislative au droit à vivre en famille, de par la valeur impérative de la CESDH dans son système juridique⁶⁶.

Les systèmes français et italiens semblent, de part leur jurisprudence constitutionnelle, les plus protecteurs du droit au regroupement familial en Europe. Mais les États ne sont pas les seuls à légiférer sur cette question : le regroupement familial touchant aux migrations internationales, le droit international public s'est rapidement saisi de la question. Force est cependant de constater que ce droit s'avère peu contraignant pour les États.

B) EN DROIT INTERNATIONAL : UN DROIT FONDAMENTAL RAREMENT ASSORTI D'OBLIGATIONS POSITIVES

La particularité du regroupement familial est qu'il touche à la maîtrise de l'entrée sur le territoire national or, « c'est une caractéristique de la souveraineté de l'État que de disposer, sous réserve des principes supérieurs et du respect de ses engagements internationaux, d'un pouvoir d'autorisation qui s'exerce sur l'entrée et le séjour des étrangers »⁶⁷. Il est dès lors compréhensible que les jurisprudences supranationales montrent une certaine « timidité » en la matière ; néanmoins le droit au regroupement familial des étrangers est influencé par le droit international relatif à la protection des droits de l'homme (1) mais surtout par le droit communautaire (2).

⁶⁴ L'article 13-1 de la Constitution proclame ainsi que « les étrangers jouissent en Espagne des libertés publiques garanties au présent titre, dans les termes établis par les traités et par la loi », titre dont fait partie l'article 39 alinéa 1. Les deux décisions STC 107/1984 et STC 99/1985 ont reconnu un droit pour les étrangers à la dignité et à la liberté de déplacement et ainsi, l'effectivité de cet article. L'article 15 de la Constitution portugaise reconnaît aux étrangers des droits identiques à ceux des nationaux (sauf en matière politique).

⁶⁵ Pour l'étude du régime portugais, nous nous référons au décret-loi n° 34 du 25 février 2003. Pour l'étude du régime espagnol, nous nous référons à la loi organique n° 4 du 11 janvier 2000 (dont l'article 3 reprend l'article 13-1 de la Constitution) ainsi qu'au décret Royal du 30 décembre 2004.

⁶⁶ L'intégration de la CESDH en droit interne en 1998 par le biais du *European Right Act* a renforcé indirectement la protection de la vie familiale des étrangers. Le dernier acte adopté par le gouvernement travailliste est l'*Immigration, nationality and refuge act*, de 2002. En 2003 on recensait 66 075 entrants au titre du regroupement familial (2002 : 34 905).

⁶⁷ DE SILVA (I.), « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 octobre 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba », *ibidem*, p. 332.

1°) Une protection accordée récemment en droit international public

Deux systèmes de droit international consacrent le droit à mener une vie familiale normale, le droit au regroupement familial n'étant jamais directement visé par les textes internationaux actuels. Nous étudierons le système des Nations-Unies tout d'abord, le système de la CESDH ensuite.

L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme affirme, dans son alinéa 3, que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ». La portée de ce texte est néanmoins cantonnée au domaine politique et, en France, le Conseil d'État a toujours affirmé l'absence de normativité de cette Déclaration⁶⁸. Mais le droit à mener une vie familiale normale a également été consacré par des conventions onusiennes ultérieures. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose d'un certain nombre d'articles visant à garantir le droit à vivre en famille⁶⁹. L'article 17 alinéa 1 interdit les atteintes arbitraires portées à la vie privée et à la famille⁷⁰, l'article 23 garantit le droit à une vie familiale normale⁷¹ et, enfin, l'article 24 le droit, indirect, pour l'enfant à vivre auprès de sa famille⁷². La Convention internationale relative aux droits de l'enfant, signée le 20 novembre 1989⁷³, traite également en partie du regroupement familial. Son article 9 alinéa 1 énonce le droit pour tout enfant de vivre avec sa famille⁷⁴ et son article 10§1 traite, sans la nommer, de la procédure de regroupement familial⁷⁵.

Néanmoins, l'effectivité de ces conventions n'étant pas garantie par un juge supranational, leur portée est, par nature, limitée et tient surtout à la volonté des gouvernements de respecter ou non la lettre de ces traités. Si le juge ordinaire français peut viser ces articles de conventions

⁶⁸ Pour un exemple récent : CE, sect., 4 août 2006, req. 286734 (inédit au Lebon).

⁶⁹ Convention ratifiée par la France en 1981 (décret du 29 janvier 1981).

⁷⁰ « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ».

⁷¹ « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat (alinéa 1). Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile (alinéa 2) ».

⁷² « Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur ».

⁷³ Publiée au *JORF* du 12 octobre 1990.

⁷⁴ « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant [...] ».

⁷⁵ « Conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille ».

internationales⁷⁶, il n'a pas, comme pour la CESDH, la possibilité de voir son interprétation soumise à celle d'un juge supranational. On peut tirer de ce court recensement en droit international public général que le droit à mener une vie familiale normale est devenu un droit « classique » des déclarations de droits de l'homme⁷⁷.

Spécificité du droit européen, les dispositions prévues par la CESDH s'appliquent à tout sujet de droit, national ou étranger, relevant de la juridiction d'un des États parties⁷⁸. Ainsi, dès 1950, les droits fondamentaux protégés par la Convention ont pu être invoqués par des ressortissants étrangers soumis au droit national d'un État ayant ratifié la CESDH⁷⁹. Mais, si le texte reconnaît le droit à mener une vie familiale normale, par le biais du paragraphe 1^{er} de son article 8⁸⁰, un droit fondamental au regroupement familial n'a toujours pas été reconnu par la CEDH, bien qu'une atténuation de sa jurisprudence soit perceptible depuis 2001⁸¹.

Selon la Cour, la notion de vie familiale s'interprète comme un « droit-créance » pour les États parties, car si « l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif *peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale* »⁸². Cependant, l'exécution d'un regroupement familial n'entre pas dans le cadre des obligations positives que doivent remplir les États parties pour rendre le droit protégé par l'article 8 effectif. Dès l'arrêt *Abdulaziz* de 1985, la

⁷⁶ Cf. *infra*, l'arrêt du Conseil d'État du 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, dans lequel le juge administratif a appliqué directement la Convention des droits de l'enfant.

⁷⁷ On peut également citer d'autres conventions internationales entendant consacrer le droit à mener une vie familiale normale, telles les normes adoptées par l'OIT relatives au regroupement familial des travailleurs migrants (convention n°143), et, dans le même domaine, la Convention européenne d'établissement du 9 mai 1951 signée à Paris le 13 décembre 1955 (art. 1 et 2), ainsi que la Convention européenne relative au statut du travailleur migrant du 24 novembre 1977 (art. 19§6) ou la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 (art. 44§2 et 44§1). On peut citer enfin la Charte sociale élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe signée en 1961 (*JORF* du 9 octobre 1974) dont l'article 16 consacre la famille en tant que « cellule fondamentale de la société ».

⁷⁸ Article 1^{er} : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », nous soulignons.

⁷⁹ Rappelons pour mémoire que la France n'a ratifié ce texte qu'en 1974 (*JORF* du 4 mai 1974).

⁸⁰ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Citons également son article 12 : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Encore une fois, il convient de bien distinguer le droit à mener une vie familiale normale, droit-liberté qui induit uniquement des obligations négatives à l'encontre du législateur national, et le droit au regroupement familial.

⁸¹ A ses débuts, la Commission européenne de sauvegarde des droits de l'Homme se montrait (déjà) assez restrictive en matière de regroupement familial : « Le droit pour une personne de pénétrer et de s'établir dans un pays dont elle n'est pas ressortissante n'est pas garanti en tant que tel par la Convention », Décision du 24 avril 1965, req. 1855/63, Ann. Conv., vol VIII, p. 203.

⁸² CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, Série A, n°32, p. 17, §32-33, nous soulignons. Dans les *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme* (ci-après GACEDH), le Professeur Sudre justifie la reconnaissance d'une obligation positive « parce qu'elle est nécessaire à l'effectivité du droit [et] il en va ainsi particulièrement du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ».

CEDH affirme l'inexistence d'un droit au regroupement familial⁸³. Dans l'arrêt *Gül contre Suisse* de 1996⁸⁴, la Cour se limite à vérifier qu'« il n'existe pas à proprement parler d'obstacle au développement d'une vie familiale normale » dans le pays d'origine. A l'aune de cette jurisprudence, il n'existe pas d'obligation pour l'État partie d'accorder un regroupement familial à des étrangers résidants, si la vie familiale est possible dans leur État d'origine⁸⁵. Ainsi que le souligne le Professeur Sudre, cette jurisprudence est contestable car si « l'article 8 [de la CESDH] ne comporte pas le droit absolu pour les étrangers de choisir l'implantation géographique de leur vie familiale et qu'en principe l'État contractant n'enfreint pas la Convention si la vie familiale peut effectivement se reconstituer ailleurs, encore faut-il tenir compte des situations dans lesquelles celle-ci ne semble possible que dans le pays d'accueil, comme l'estimait la Commission »⁸⁶. Ainsi que le soulignent, dans leurs opinions dissidentes, les juges Martens et Russo, le fait que la Cour n'ait pas examiné la situation sous l'angle de la proportionnalité entre le refus d'accorder le regroupement familial et les conditions prévues par le paragraphe 2 de l'article 8⁸⁷, fait également douter de l'application stricte de l'article 8 par la Cour, dans le cas précis du regroupement familial. Neuf mois plus tard, dans l'arrêt *Ahmut contre Pays-Bas* du 28 novembre 1996, la CEDH a confirmé, voire aggravé, son approche restrictive du droit au regroupement familial⁸⁸. La Cour estime encore que dès lors que les étrangers ont volontairement quitté leur pays d'origine, l'État, souverain sur les questions migratoires, ne peut être obligé à faciliter voire permettre le

⁸³ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 94, p. 34, n° 67 req. 9214/80. Dans son paragraphe 68, la CEDH estime ainsi que « l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par un couple marié, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans leur propre pays », même si ces derniers respectent le paragraphe 2 de l'article 8. Dans l'arrêt *Cruz Varas* du 20 mars 1991 (Série A, n°201), la CEDH a confirmé cette jurisprudence, dès lors que tous les membres de la famille peuvent vivre ou continuer à vivre dans leur pays d'origine.

⁸⁴ CEDH, 19 février 1996, req. n° 23218/94, Rec. 1996-I. Notons que la Commission avait rendu un avis opposé dans son rapport du 4 avril 1995 à quatorze voix contre dix. Voir SUDRE (F.), et *alii.*, « Chronique de jurisprudence de la CourEDH 1996 », in *RUDH*, 1996, p. 26.

⁸⁵ Le § 38 alinéa 3 de l'arrêt *Gül* reprend le considérant de principe de l'arrêt *Abdulaziz*. Selon la Cour, le fait que le requérant « a été à l'origine de la séparation d'avec son fils », bien que ce dernier ait fui son pays pour des motifs politiques, et que ce dernier « [ait] toujours vécu et [ait] grandi dans l'environnement culturel et linguistique de son pays » (§ 42) laissait dès lors toute latitude aux autorités suisses pour accorder ou non le regroupement familial.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que si 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 ». Nous soulignons.

⁸⁸ CEDH, req. n° 21702/93, Rec. 1996-VI. Le requérant possédait la double nationalité, néerlandaise et marocaine, et vivait séparé de son fils resté au Maroc, mais le visitait fréquemment. La Cour, après avoir constaté que l'enfant avait « vécu au Maroc toute sa vie » et avait « des liens solides avec l'environnement linguistique et culturel de son pays » (§ 69), a jugé que les Pays-Bas n'avaient pas l'obligation, aux termes de l'article 8§1, d'accorder le bénéfice du regroupement familial au requérant. Encore une fois, le motif du refus n'était donc pas lié au second paragraphe de l'article 8.

développement de la vie familiale sur son sol⁸⁹. Cette jurisprudence est d'autant plus contestable que le requérant, titulaire de la nationalité néerlandaise, se voyait interdire la venue de son fils dans son pays d'adoption, au motif, selon la Cour, qu'il avait « conservé sa nationalité marocaine d'origine »⁹⁰. En fait, la CEDH « conclut à chaque fois que l'État n'a pas failli à ses obligations positives et qu'il a ménagé de façon équitable, après les avoir mis en balance, les intérêts des requérants et les siens- qui sont en général le contrôle de l'immigration »⁹¹.

L'arrêt *Sen contre Pays-Bas* marque une atténuation de la jurisprudence européenne en matière de regroupement familial, sans véritablement constituer un revirement⁹². Dans cet arrêt, la Cour ne prend plus en compte le fait que les requérants soient à l'origine de la rupture de la vie familiale pour dédouaner l'État de toute obligation positive⁹³. Elle sanctionne (à l'unanimité) le rejet du regroupement familial des autorités néerlandaises, en jugeant que le regroupement constituait, pour l'enfant âgée de douze ans, « le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale avec celle-ci, d'autant qu'il existait, vu son jeune âge, une exigence particulière de voir favoriser son intégration dans la cellule familiale de ses parents aptes et disposés à s'occuper d'elle »⁹⁴. La Cour a donc admis que l'article 8 imposait aux États de « ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d'une part, et son propre intérêt à contrôler l'immigration d'autre part »⁹⁵ et s'est livrée, pour la première fois en matière de regroupement familial, à un véritable contrôle de proportionnalité, entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 8. Selon le Professeur Flauss, la Cour a reconnu à la charge des États parties « une obligation positive d'assurer l'unité de la vie familiale au moyen d'un droit au regroupement »⁹⁶. Mais l'évolution de la jurisprudence de la CEDH semble encore incertaine, voire contradictoire⁹⁷, même si l'arrêt *Tuquabo-Tekele et al. contre Pays-Bas* du

⁸⁹ Dans l'arrêt *Abdulaziz* précité, la CEDH estimait déjà que, selon un principe général de droit international public, l'État est toujours souverain pour déterminer les conditions d'accès à son territoire.

⁹⁰ La commission avait pourtant considéré la nécessité de prendre en compte le fait que M. Ahmut possédait la nationalité hollandaise et selon l'opinion dissidente du juge Valticos, « dans tout pays, un national a le droit de faire venir son fils auprès de lui, même si celui-ci n'a pas la même nationalité ».

⁹¹ POLETTI (C.), *Le regroupement familial des ressortissants des États tiers face au droit communautaire*, Mémoire de DEA sous la direction du Professeur Danièle Lochak, Nanterre, 2003, p. 76.

⁹² CEDH, 21 décembre 2001, n° 31465/96. Il s'agissait, comme pour les autres cas étudiés ci-dessus, d'un couple ayant laissé leur petite fille dans leur pays d'origine pour venir travailler aux Pays-Bas, et avait décidé de la faire venir par la suite. L'affaire était d'autant plus intéressante que la femme du requérant était arrivée par le biais du regroupement familial, accepté par les autorités néerlandaises, qui ont, par contre, refusé ce droit pour leur fille. Néanmoins, contrairement aux précédents cas étudiés, le couple avait eu d'autres enfants nés sur le territoire néerlandais.

⁹³ La CEDH a jugé que le fait que les requérants soient à l'origine de la rupture de leur vie familiale avec leur fille « ne saurait toutefois être considéré comme une décision irrévocable de fixer, à tout jamais, son lieu de résidence dans ce pays et de ne garder avec elle que des liens épisodiques et distendus, renonçant définitivement à sa compagnie et abandonnant par-là toute idée de réunification de leur fille », § 40.

⁹⁴ § 40.

⁹⁵ § 41.

⁹⁶ FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 2001-avril 2002) », in *AJDA*, juin 2002, n° 6, p. 505.

⁹⁷ Voir par ex. CEDH, 13 mai 2003, *Chandra c/ Pays-Bas*, n° 53102/99, qui a repris les anciennes jurisprudences *Gül* et *Ahmut*.

1^{er} décembre 2005 semble aller dans le sens d'une protection plus rigoureuse du droit des étrangers à mener une familiale normale⁹⁸.

2°) La protection relative du droit communautaire

L'Union européenne accroît de plus en plus sa prégnance en matière de droits fondamentaux depuis le début des années 1970⁹⁹. Si, jusqu'à récemment, le droit au regroupement familial des ressortissants d'États tiers n'a pas été une source normative du droit communautaire, il constitue, comme pour tous les États occidentaux, une réalité nécessitant une réglementation de plus en plus pressante¹⁰⁰. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre cependant indirectement ce droit dans son article 24§3¹⁰¹. Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) en matière de regroupement familial des étrangers extracommunautaires se limite néanmoins au contrôle des obligations négatives des États membres, alors que le régime mis en place récemment par deux directives se révèle extrêmement restrictif.

La CJCE a consacré, en tant que droit fondamental, le droit à mener une vie familiale normale pour les ressortissants d'États tiers en 2002¹⁰². Néanmoins, la Cour interprète l'article 8 de la CESDH comme imposant des obligations positives en matière de regroupement familial envers les États membres, mais uniquement lorsque les ressortissants extracommunautaires ont un conjoint qui possède la nationalité d'un État membre¹⁰³. La procédure n'est donc pas tout à fait comparable puisque les étrangers bénéficient du même droit au séjour que leur conjoint, un national ayant

⁹⁸ CEDH, 1^{er} décembre 2005, req. n° 60665/00. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que les Pays-Bas avaient violé l'article 8 en refusant le regroupement familial à un enfant de quinze ans dont les parents avaient acquis la nationalité néerlandaise. La Cour souligne encore que le meilleur moyen de leur garantir le droit à une vie familiale normale était la venue de la petite fille au Pays-Bas.

⁹⁹ Pour une analyse historique et substantielle de la protection communautaire des droits fondamentaux, GAIA (P.) *in* FAVOREU (L.) (dir.) et *alii*, *op. cit.*, p. 435 à 553. On renverra également à la thèse de DEAL (E.), *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires*, Aix-en-Provence, 2006, 617 p.

¹⁰⁰ Jusqu'en 1992, la coopération intergouvernementale était la règle, puis le Traité de Maastricht pris en compte la nécessité de développer une politique migratoire au niveau européen et, désormais, l'immigration fait partie du domaine « espace de liberté, de sécurité et de justice » de l'UE. Pour un historique sur la question voir POLETTI (C.), précité, p. 6 à 10. En 2003, le Parlement européen comptabilisait environ 12 millions d'immigrants sur le territoire de l'Union, *Rapport sur la proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial*, du 24 mars 2003, A5-0086/2003, exposé des motifs.

¹⁰¹ « Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». On peut également citer l'article 24§2 de la Charte qui dispose : « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». La normativité de la Charte est en suspens depuis le rejet du TECE par la France et les Pays-Bas, la CJCE refusant toujours de la considérer comme une source formelle du droit communautaire (position toutefois nuancée dans son arrêt du 27 juin 2006, *Parlement contre Conseil*, aff. C-540/03).

¹⁰² La CJCE s'est fondée sur l'article 8 de la CESDH, intégrée en tant que principe général du droit communautaire. CJCE 11 juillet 2002, *Marie Carpenter*, aff. C-60/00, note IDOT (L.), *in Europe*, n° 10, octobre 2002, p. 21.

toujours le droit de faire venir sa famille. Néanmoins, la Cour a refusé, jusqu'à présent, de consacrer l'existence d'obligations positives pour les couples dont aucun des conjoints ne possède un droit au séjour lié à la citoyenneté européenne¹⁰⁴. Elle a jugé, dans un arrêt du 27 juin 2006, la conformité au droit communautaire d'une directive réglementant le regroupement familial au sein de l'Union européenne, dont le Parlement européen estimait la teneur contraire à l'article 8 CESDH¹⁰⁵. Outre un argument de procédure, ce dernier considérait que le droit au regroupement familial était violé par la directive qui prévoit que les États peuvent refuser le regroupement familial des mineurs de plus quinze ans, voire de plus douze ans s'ils ne réussissent pas un examen d'intégration¹⁰⁶. Étaient également contestés la possibilité pour les États membres d'exiger deux ans d'attente avant le dépôt de la demande de regroupement familial et un délai maximum de trois ans entre le dépôt de la demande et l'arrivée de la famille¹⁰⁷.

La Cour, en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH, confirme d'abord que le droit au respect de la vie familiale des étrangers constitue un droit fondamental dans l'ordre juridique communautaire. Mais elle affirme ensuite que, si ce droit peut induire des obligations négatives envers les États (qui peuvent être tenus de ne pas expulser un étranger pour respecter l'article 8), il doit être concilié avec « les intérêts concurrents de la société ». Elle cite ainsi l'arrêt *Sen contre Pays-Bas*, mais soutient que l'article 8 de la CESDH « ne crée pas de droit subjectif pour les membres de la famille à être admis sur le territoire d'un État ». La Cour précise toutefois que la condition d'intégration prévue par l'article 4§1 devra être interprétée par les États membres de façon conforme aux droits fondamentaux de l'UE, ce qui laisse présager un contrôle *a posteriori* de la directive (par le biais de questions préjudicielles) peut-être plus rigoureux¹⁰⁸. La Cour, en

¹⁰³ Arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, *Rec. CJCE* I-6591. Confirmé par l'arrêt *Hacene Akrich* du 23 septembre 2003, aff. C-109/01, *Rec. I*, p. 9607.

¹⁰⁴ Dans un arrêt *Myriem Demirel contre Ville de Schwäbisch Gmünd* du 30 septembre 1987 (aff. C-12/86, *Rec. p. 3729*), la CJCE a reconnu qu'il n'existait aucun droit communautaire au regroupement familial pour les étrangers. Par la suite, dans l'arrêt *Kadiman* du 17 avril 1997 (aff. C-351/95, *Rec. I-2133*), la Cour a défini le regroupement familial dans un État membre comme « se manifest[ant] pendant un certain temps par une cohabitation effective en communauté domestique avec le travailleur », sans pour autant estimer que ce dernier constituait un droit fondamental pour les extracommunautaires (arrêt confirmé par l'affaire *Eyüp* du 22 juin 2000, C-65/98, *Rec. I-4747*). *Contra*, SUDRE (F.) et *alii*, *GACEDH*, p. 510.

¹⁰⁵ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement contre Conseil*, aff. C-540/03, *JOUE C* n° 190 du 12 août 2006, p. 1. Notes KAUFF-GAZIN (F.), in *Europe*, 2006, n° 8, pp. 13 et 14 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », in *AJDA*, n° 41, 4 décembre 2006, pp. 2286 à 2288. On nous permettra seulement de nuancer le propos du Professeur Burgorgue-Larsen en ce que la CJCE aurait donné une portée normative à la Charte puisque la Cour a affirmé dans cet arrêt, encore une fois, que « la Charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant », pt. 38.

¹⁰⁶ Article 4§6 et 4§1 de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 *relative au droit au regroupement familial* (*JOUE L* n° 251 du 3 octobre 2003). Cette disposition était voulue et a été défendue surtout par l'Allemagne, qui n'a finalement pas pu la transposer dans sa dernière loi de 2004, voir *supra*.

¹⁰⁷ Article 8 de la directive.

¹⁰⁸ La Cour interprète très restrictivement la jurisprudence de la CEDH et il n'est pas certain, ainsi que le remarque Mme Kauff-Gazin, que cette dernière suive la CJCE dans son raisonnement, surtout après l'arrêt *Tuquabo-Tekele et autres contre Pays-Bas* précité que la CJCE « omet » de citer dans son arrêt. Or, cet arrêt a condamné les

permettant aux États, sur le fondement de la directive, de limiter le droit au regroupement familial pour les enfants de plus de douze ans, condition d'intégration ou non, ne permet pas, selon nous, une protection effective de l'article 8 de la CESDH¹⁰⁹.

Le préambule de la directive 2003/86/CE énonce que « le but de la directive est de fixer les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial »¹¹⁰. Or, du point de vue général, force est de constater que la directive établit plus un nivellement *a minima* des différentes législations nationales, plutôt que de pousser les États membres à adopter des normes moyennes, qui permettraient une harmonisation progressive du droit au regroupement familial en Europe¹¹¹. Bien que la directive consacre, par son article 3§5, une clause de *stand still*, cette dernière ne pourra servir qu'à conforter les législations les plus restrictives et à aggraver celles plus protectrices : « la présente directive ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les États membres d'adopter ou de maintenir des conditions plus favorables ». Une telle définition dénature la théorie dite de « l'effet cliquet des droits fondamentaux », puisque les États membres peuvent prendre, sur son fondement, une législation moins favorable à celle antérieure¹¹². La directive de 2003 a été complétée par une autre du 29 avril 2004 *relative au droit des citoyens et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*¹¹³. Cette directive diffère tant par sa nature que par son objet : il s'agit du « premier texte législatif qui se fonde explicitement et exclusivement sur la notion de citoyenneté de l'Union, ce qui révèle le caractère politique accru de l'Union »¹¹⁴,

Pays-Bas au motif du refus d'accorder le regroupement familial envers une jeune fille de quinze ans, *ibidem*, p. 14.

¹⁰⁹ La CJCE a validé la directive de 2003 en reconnaissant « une large marge d'appréciation » aux États membres pour son application. La Cour juge en fait la directive conforme au droit communautaire, *du fait de son caractère peu contraignant pour les législations nationales*, et non de son atteinte ou non à l'article 8 CESDH.

¹¹⁰ Le deuxième considérant du préambule affirme même que la directive respecte l'article 8 CESDH ainsi que l'article 24§3 de la Charte.

¹¹¹ « La directive privilégie systématiquement les dispositions les plus restrictives des différentes législations des États membres », in POLETTI (C.), *op. cit.*, p. 34. Voir l'important commentaire de la directive par le Professeur CORTES MARIN (J. M.), « Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne : un droit à géométrie variable ? », in *RDUE*, 2005, n° 4, pp. 721 à 759.

¹¹² Il est remarquable qu'un amendement du Parlement avait d'abord défini ainsi l'article 3§5 : « la transposition de la présente directive ne peut en aucun cas justifier une diminution du niveau de protection déjà garanti par les États membres en matière de regroupement familial dans les domaines couverts par la présente directive ». Le fait que les États aient refusé d'adopter une telle clause montre leur volonté de prendre des législations plus régressives et de justifier, par la suite, cette évolution par la nécessité de transposer la directive communautaire.

¹¹³ Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil, *JOUE L 229* du 29 juin 2004. Remarquons que cette directive en abroge huit anciennes : 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE et 93/96/CEE. Cette directive a élargi notamment la définition du cercle familial.

¹¹⁴ CANDELA SORIANO (M.) et CHENEVIÈRE (C.), « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », in *RTDH*, 2005, n° 64, p. 924. Ainsi que le remarquent ces auteurs, c'est également le premier texte normatif à consacrer le droit à libre circulation et au séjour des *citoyens* européens et des membres de leur famille (article 48 TCE), alors qu'auparavant ces droits fondamentaux du droit communautaire étaient toujours accordés selon des critères économiques (travailleurs, retraités, étudiants, etc...) et non politiques, *idem*, p. 929 et 930.

mais aussi d'un texte réglementant le droit à la libre circulation des citoyens européens ainsi que le droit au séjour de leurs familles lorsqu'elles sont extracommunautaires¹¹⁵. Son champ d'application *rationae materiae* est néanmoins restreint puisqu'elle ne s'applique qu'aux citoyens européens qui migrent à l'intérieur de l'Union.

Le premier apport de cette étude montre donc la relativité de la valeur fondamentale du droit au regroupement familial. Si tous les systèmes étudiés garantissent un droit à mener une vie familiale normale et font découler des obligations négatives à l'encontre du législateur en matière de droit des étrangers, rares sont les Cours qui imposent des obligations positives garantissant un droit au regroupement familial, sauf lorsque le « regroupant » possède la nationalité d'un des États membres de l'UE. Pour connaître l'effectivité de ce droit, nous devons maintenant étudier quelles sont les conséquences de ces obligations sur le régime du droit au regroupement familial.

II - L'ÉVOLUTION RESTRICTIVE D'UN DROIT A L'EFFECTIVITÉ LIMITÉE

L'étude du régime du droit au regroupement familial est nécessaire dès lors que sa nature constitutionnelle se limite à un droit de type procédural. En effet, même si le juge vérifie que le législateur ne dénature pas le droit, il lui laisse un très large pouvoir d'appréciation pour en déterminer les conditions d'application. Il semble pertinent d'étudier d'abord le régime général instauré par les États (A), puis quel a été l'impact de la dernière loi française de 2006 sur la nature du droit au regroupement familial (B).

A) L'APPLICABILITÉ LIMITÉE DU DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

Le bénéfice du droit au regroupement familial comporte plusieurs conditions. Certaines doivent être remplies par le(s) « regroupé(s) » (1), d'autres par le « regroupant » (2). En pratique, l'application du droit dépend également de la nature du « regroupé » (3).

1°) Une conception stricte de la cellule familiale

¹¹⁵ Cette directive ne s'applique donc pas à toutes les demandes de regroupement familial que pourrait adresser un immigré à son État d'accueil mais seulement celles des citoyens de l'Union et de sa famille, la directive de 2004 étant beaucoup plus favorable à ces derniers que celle de 2003. Elle codifie ainsi les jurisprudences de la CJCE précitées, *MARX* et *Akrich*.

Tous les systèmes juridiques étudiés possèdent la même conception stricte, dite « nucléaire », de la famille. La directive 2003/86/CE a également consacré cette approche¹¹⁶, bien que la directive 2004/88/CE se démarque quelque peu. En effet, si les petits-enfants (voire les arrière-petits-enfants) ne font pas partie de la famille visée par la directive de 2004¹¹⁷, les ascendants directs (ce qui exclut les grands-parents) peuvent bénéficier du regroupement familial, à la condition qu'ils soient à la charge de leur enfant, qui doit, rappelons-le, obligatoirement être citoyen européen¹¹⁸. La directive envisage même l'accueil et le droit au séjour d'autres membres de la famille (frère, sœur, cousin, cousine, etc...), tout en laissant à l'État membre le soin de régler de telles dérogations. Notons enfin que ce droit au séjour est limité à trois mois pour les ascendants directs des étudiants¹¹⁹.

En France, seuls le conjoint et les enfants mineurs peuvent bénéficier du regroupement familial¹²⁰. Si cette interdiction du regroupement familial pour les ascendants est désormais la règle de principe en Europe, des dérogations semblent exister dans la majorité des États. On peut citer la loi italienne du 30 juillet 2002 qui a accordé ce droit aux ascendants à la condition que ces derniers soient dans un état de santé particulièrement grave et qu'ils n'aient plus d'enfant dans leur pays d'origine¹²¹. La Cour constitutionnelle italienne, dans son arrêt du 8 juin 2005¹²², a d'ailleurs jugé conforme l'article 29 alinéa 1^{er}, c. du décret législatif n° 286 de 1998 disposant que « l'étranger peut

¹¹⁶ L'article 4§1 dispose ainsi que les États membres « autorisent l'entrée et le séjour [...] des membres de la famille suivants : a) le conjoint du "regroupant" ; b) les enfants mineurs du "regroupant" et de son conjoint, y compris les enfants adoptés [...] c) les enfants mineurs, y compris les enfants adoptés du "regroupant", lorsque celui-ci a le droit de garde [...] ; les enfants mineurs, y compris les enfants adoptés, du conjoint lorsque celui-ci a le droit de garde ». Néanmoins l'article 4§2 permet un élargissement, si les États membres y consentent ; ces derniers « peuvent, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, des membres de la famille suivants : les ascendants en ligne directe au premier degré du "regroupant" ou de son conjoint, lorsqu'ils sont privés du soutien familial nécessaire dans le pays d'origine ...» ainsi que les « enfants majeurs célibataires du "regroupant" ou de son conjoint, lorsqu'ils sont objectivement dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé ».

¹¹⁷ L'article 2§2 c) de la directive parle en effet expressément d'« ascendant direct ».

¹¹⁸ Article 2§2 d) de la directive.

¹¹⁹ Article 7§4 de la directive.

¹²⁰ Article L. 411-2 du Ceseda. Même les grands-parents qui détiennent l'autorité parentale sur leurs petits-enfants ne peuvent pas les faire venir au titre du regroupement familial, CE, 18 octobre 1996, *Oustou*, n° 153669. La circulaire du 17 janvier 2006 (NOR : INT/D/06/00009/C) a confirmé cette interdiction (article II, 1.4).

¹²¹ Article 23§2, legge 30 luglio 2002, n. 189, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo*, G.U. n. 1999 del 26 agosto 2002. En RFA, au Royaume-Uni et au Portugal, les ascendants directs peuvent également obtenir un titre de séjour s'ils sont à la charge de leurs enfants. Le pays le plus ouvert en la matière semble être les Pays-Bas, qui ont accepté le regroupement familial des ascendants de plus de 65 ans, si leurs enfants à l'étranger ne peuvent plus les accueillir et s'ils vivent seuls (les autres membres de la famille peuvent être également admis si une décision contraire serait susceptible de les mettre dans une situation difficile). En Espagne, le droit ouvert aux autres membres de la famille a été supprimé par la loi organique n° 8 du 22 décembre 2000, même s'il semble que, dans la pratique, il soit toujours possible. Seul la France et le Danemark ont expressément interdit ce type de regroupement familial.

¹²² Arrêt n° 244, précitée.

demander le regroupement familial pour les membres [de sa famille tels que] les parents à charge »¹²³. Elle en a profité pour rappeler que le législateur pouvait raisonnablement limiter le droit au regroupement familial des parents du requérant aux situations de grave nécessité.

Dans certains pays, pour que le conjoint puisse bénéficier du regroupement familial, il doit avoir plus de 21 ans (en projet en Allemagne) voire 24 ans au Danemark¹²⁴. Mais, si tous les pays conçoivent que le destinataire du regroupement familial peut être les enfants, tous ne le leur accordent pas automatiquement jusqu'à l'âge de la majorité. En RFA, la loi du 15 juillet 2004, a finalement laissé la limite d'âge pour bénéficier du regroupement familial à seize ans. Mais au Danemark, la dernière réforme du 1^{er} juillet 2004 a abaissé de dix-huit à quinze ans l'âge maximal permettant aux enfants de bénéficier du regroupement familial. Il est intéressant de remarquer que la directive de 2004 a néanmoins défini le descendant direct comme ayant, au maximum, 21 ans ou encore à la charge de ses parents¹²⁵. On constate ici un certain « paradoxe » du droit communautaire, selon lequel un enfant d'immigré de plus de douze ans peut ne pas vivre avec ses parents, alors que, lorsqu'il s'agit de descendants de citoyens européens, un « enfant » de 21 ans (ou plus s'il est à charge) rentre dans le cadre du regroupement familial. Outre le fait que cette limitation semble contraire à la position de la CEDH¹²⁶, ces dispositions ne prennent pas en compte la nécessité pour un adolescent de vivre dans sa famille. La directive va cependant jusqu'à produire l'argument inverse puisque, selon son considérant 12, « la possibilité de limiter le droit de regroupement familial pour les enfants de plus de 12 ans dont la résidence initiale n'est pas chez le « regroupant », vise à tenir compte de la faculté d'intégration des enfants dès le plus jeune âge et garantit qu'ils acquièrent l'éducation et les connaissances linguistiques nécessaires à l'école »¹²⁷. De telles normes,

¹²³ Les requérants invoquaient une rupture d'égalité entre nationaux et étrangers, non justifiée selon eux, puisque ces derniers ne pouvaient vivre avec leurs parents que s'ils étaient à leur charge. La décision de la Cour démontre encore une fois le caractère conditionné à une procédure constitutionnelle et non à un droit substantiel au regroupement familial.

¹²⁴ Loi du 1er juillet 2002. Dans ce pays, le regroupement familial est soumis à l'appréciation de l'administration, qui examine individuellement chaque demande. Ainsi, peuvent bénéficier du regroupement familial des immigrés ne rentrant pas dans les critères législatifs et inversement. En 2004, 3 800 étrangers sont entrés au Danemark au titre du regroupement familial alors qu'il y en avait 15 370 en 2001.

¹²⁵ Article 2§2 c), les membres de la famille comprennent « les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge [du citoyen européen] ». Rappelons que la CJCE a admis la conformité à l'article 8 CESDH de l'article 4§2 point d) alinéa 3 de la directive 2003/86/CE, qui admet que, « par dérogation, lorsqu'un enfant a plus de 12 ans et arrive indépendamment du reste de la famille, l'État membre peut avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la présente directive, examiner s'il satisfait à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de la mise en œuvre de la présente directive », ainsi que l'article 4§6 qui prévoit, par dérogation, la possibilité pour un État membre de limiter le regroupement familial aux enfants de moins de 15 ans.

¹²⁶ CEDH, 21 décembre 2001, *Sen contre Pays-Bas*, précité.

¹²⁷ Préambule de la directive, nous soulignons. Un tel énoncé semble, juridiquement, inattaquable.

qui paraissent contraires à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹²⁸, n'existent pas en France : le Conseil d'État, dans un arrêt *GISTI* du 29 juin 1990, a ainsi affirmé que, lors d'une procédure de regroupement familial, l'âge de la majorité applicable est celui légal pour les Français¹²⁹. La France, la Suède et le Portugal, se sont d'ailleurs officiellement opposés à l'inscription d'une telle disposition dans la directive communautaire¹³⁰.

La directive de 2003 a également entendu limiter le droit au regroupement familial aux couples mariés hétérosexuels, conformément à la jurisprudence de la CJCE en la matière¹³¹. La directive de 2004 n'a pas, elle aussi, consacré le mariage homosexuel, bien que ce fût la volonté du Parlement¹³² et que le considérant 31 de la directive interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹³³. Or, depuis la fin des années 1990, les États européens adoptent des législations qui, si elles ne reconnaissent pas une complète égalité des droits avec les couples hétérosexuels, visent à donner aux couples homosexuels un véritable statut¹³⁴, certains États ayant même récemment consacré un mariage homosexuel¹³⁵. La directive prend tout de même en compte, et ce pour la première fois, les couples non mariés par le biais de la reconnaissance des « partenariats »¹³⁶ dont elle énonce qu'ils doivent être « équivalents au mariage », formule

¹²⁸ Notamment ses articles 9 et 11, voir *supra*. On peut également douter de sa conformité à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹²⁹ Arrêt n° 78519, JCP G, 1991, II, p. 61, confirmé par CE, Pdt. Sect. Cont., 11 octobre 1991, *D^{lle} Laib*, n° 123477.

¹³⁰ Voir la note de la Présidence du Conseil de l'Union européenne au Conseil sur la Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, 25 février 2003, doc. n°6585/03 MIGR13, article 4§1 dernière alinéa, note en bas de page n° 1.102.

¹³¹ Selon la Cour, « il est constant que le terme - mariage -, selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent », CJCE, 31 mai 2001, *D. c/ CONSEIL*, aff. jtes C-122/99 P et C-125/99 P, point 34, note SIMON (D.), in *Europe*, 2001, juillet n° 123, pp. 10 à 11. La CEDH, bien que protectrice des droits des homosexuels, a également relevé, dans un arrêt du 22 avril 1997 *X, Y et Z contre Royaume-Uni* (n° 21830/93), que les relations homosexuelles n'avaient pas de liens avec les relations familiales mais concernaient le domaine de la vie privée de l'individu. Le problème a, peut-être, une cause plus formelle que matérielle puisque c'est le terme même de l'article 12 CESDH qui consacre le droit au mariage « entre un homme et une femme ». Une révision du texte formel serait donc nécessaire pour que la CEDH reconnaisse le droit au mariage homosexuel. Les deux Cours admettent par contre le droit au mariage des transsexuels (arrêts *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, CEDH, 11 juillet 2002, *GACEDH*, n°42, repris par la CJCE, 7 janvier 2004, *K. B.*, aff. C-117/01).

¹³² CANDELA SORIANO (M.) et CHENEVIÈRE (C.), *ibidem*, p. 936.

¹³³ « La présente directive respecte les droits et libertés fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ; en vertu du principe de l'interdiction des discriminations qui y figure, les États membres devraient mettre en œuvre la présente directive sans faire, entre les bénéficiaires de cette dernière, de discrimination fondée notamment sur [...] l'orientation sexuelle ».

¹³⁴ Ainsi la loi néerlandaise sur le concubinage du 5 juin 1997, la loi espagnole sur « l'union civile » du 15 juillet 1998, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au « PACS » en France (99-419 DC du 9 novembre 1999, *Rec.* p. 116) ou, enfin, la loi sur la « cohabitation légale » en Belgique du 19 mars 1998.

¹³⁵ Le premier État a été les Pays-Bas, où la loi du 1^{er} avril 2001 a reconnu le « mariage homosexuel », l'Espagne (loi du 2 juillet 2005), la Belgique (loi du 30 juin 2006) et récemment l'Afrique du Sud (loi du 14 novembre 2006) ayant suivi. Le Canada a reconnu ce droit dans sa *Loi sur le mariage civil* du 20 juillet 2005 et certains États américains commencent à légiférer à ce sujet (le Massachusetts est le seul à l'avoir adopté en 2004).

¹³⁶ Article 2§2 b) de la directive : la famille du citoyen européen comporte son « partenaire avec lequel il a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation de l'État membre, si, conformément à la

caractérisée par son obscure clarté, mais qui serait logiquement applicable aux mariages homosexuels. Les « unions libres » pourront également être reconnues par les États membres, sur le fondement de la directive, à la condition qu'elles soient « durables et dûment attestées »¹³⁷.

En France, si la règle concerne les couples mariés hétérosexuels, l'article L. 4111-7 alinéa 2 du Ceseda précise que le regroupement familial peut être accordé à « l'étranger, ne vivant pas en état de polygamie, n'entrant pas dans les catégories [...] qui ouvrent droit au regroupement familial et dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus ». La directive du 12 mai 1998 a restreint cette possibilité aux seuls concubins bénéficiant d'une situation régulière et de cinq ans de vie commune, sachant que l'intensité et la stabilité de la vie familiale doivent être dûment prouvées¹³⁸. Un arrêt de 2000 *P. et C.* du Tribunal fédéral suisse a également reconnu que les couples de même sexe ne bénéficiaient ni de la protection de l'article 13 alinéa 1 de la Constitution, ni de l'article 8 de la CESDH¹³⁹. En Italie, la Cour constitutionnelle protège plus le mariage que le concubinage et il est de jurisprudence constante que « la vie en commun *more uxorio* est un rapport de fait privé de stabilité et de certitude ainsi que de la réciprocité des droits et des devoirs qui naissent seulement du mariage et qui sont propres à la famille légitime »¹⁴⁰. En Allemagne, à la condition que les concubins (hétérosexuels) aient un enfant, la réforme *Kinderschaftsrechtgesetz* de 1998 a permis de leur ouvrir un droit au regroupement familial. Le Tribunal de Karlsruhe interprète d'ailleurs l'article 6 de la Loi fondamentale comme visant les « communautés de vie assimilables au mariage »¹⁴¹. Seuls les Pays-Bas et le Royaume-Uni reconnaissent explicitement un droit au regroupement familial aux concubins indistinctement de leur orientation sexuelle, s'ils justifient de deux ans de vie commune au Royaume-Uni et d'un an et demi aux Pays-Bas.

législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil ». Seuls les ressortissants de pays où de tels « contrats » existent (PACS en France, « union civile » en Espagne, etc...) pourront donc bénéficier de cette disposition, si elle est transposée dans la législation de l'État d'accueil. Il est regrettable que la directive soit restée aussi floue dans sa définition des partenariats libres (« équivalents au mariage ») et n'ait pas profité de cette occasion pour harmoniser au niveau européen des régimes aussi divers que distincts.

¹³⁷ Selon son article 3§2 b), l'État peut favoriser l'accueil du « partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable dûment attestée ». La preuve de telles unions pourront être apportées par tout moyen (contrat de bail, témoignages, postes, etc...), et sera, encore une fois, défini par le droit national.

¹³⁸ Article L. 411-2 du Ceseda. La circulaire du 10 décembre 1999 prévoyait que les PACSés pouvaient bénéficier du regroupement familial s'ils avaient conclu leur contrat depuis au moins 3 ans. La circulaire du 17 janvier 2006 a confirmé cette possibilité (article II, 1.2).

¹³⁹ ATF 126 II 425, note HOTTELIER (M.) « Chronique Suisse », in *AJIC* 2002 n° XVIII, pp. 829 et 830. Cet arrêt a considéré que le conjoint d'un couple homosexuel ne pouvait obtenir de titre de séjour pour motif familial.

¹⁴⁰ Arrêt n° 237 de 1980 et n° 27 de 1997, récemment, n° 313 du 20 juillet 2000, *Giur. Cost.* 2000, p. 237. Un autre arrêt a d'ailleurs conclu que le concubinage pouvait être considéré comme stable s'il était suivi d'un mariage, arrêt n° 281 du 23 juin 1994, in *G. U.* du 3 août 1994.

¹⁴¹ BverfGE 76, 1, 41.

Le bénéfice du regroupement familial est donc restreint aux familles « classiques », nucléaires et hétérosexuels, alors que la conception sociale, mais aussi juridique, du couple a beaucoup évolué ces dernières années.

2°) Le triptyque des conditions traditionnelles

Ces trois conditions que doit remplir le « regroupant » pour bénéficier du regroupement familial (séjour régulier, respect de l'ordre public et ressources suffisantes ajoutées à un logement adéquat), sont une constante dans tous les actes normatifs pris par les gouvernements français successifs depuis 1976¹⁴². Or, plus les conditions pour bénéficier du regroupement familial sont définies strictement par le législateur, plus le droit est effectif, puisque son applicabilité est facilitée¹⁴³.

La directive 2003/86/CE a réglementé les conditions qui pourront être transposées par les États membres. La première concerne l'existence d'un séjour régulier du requérant depuis deux ans¹⁴⁴, ce dernier devant, en plus, avoir « la perspective fondée d'obtenir un droit au séjour »¹⁴⁵. A cette condition, la directive ajoute celles relatives au logement¹⁴⁶ et aux ressources¹⁴⁷, même si les définitions restent très floues et laissent, encore une fois, « une large marge d'appréciation aux États membres ». Elle rappelle, enfin, la condition traditionnelle de protection de l'ordre public, entendu au sens large c'est-à-dire sécurité et santé publique¹⁴⁸. A ces trois conditions, classiques, la directive ajoute un délai d'attente très long avant la venue la famille (délai confirmé par la CJCE). Outre le

¹⁴² La seule nouveauté apparue depuis 1976 concerne les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », adoptés par la loi du 24 juillet 2006, sur lesquels nous reviendrons par la suite.

¹⁴³ Applicabilité liée à l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si au Danemark ce pouvoir est quasiment absolu, en RFA, le regroupement familial est de droit dans trois cas : le titre de séjour du « regroupant » est permanent (non renouvelable) ou si ce dernier dispose depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour à durée limitée ou enfin si, dans les mêmes conditions, il dispose depuis moins de cinq ans de son titre de séjour à durée limitée mais que son mariage ait été contracté avant son installation en Allemagne et si son séjour dure pendant au moins encore un an.

¹⁴⁴ Article 8 de la directive.

¹⁴⁵ Article 3§1 de la directive. Ni les étudiants, ni les résidents à titre temporaire ne peuvent donc bénéficier du regroupement familial.

¹⁴⁶ Article 7§1 a) de la directive : le logement doit avoir une taille « au moins équivalente à celle d'un logement considéré comme normal pour une famille comparable dans la même région et qui répond aux normes générales de sécurité et de salubrité en vigueur dans l'Etat membre concerné ». La loi française de 2006 s'est directement inspirée de cet article.

¹⁴⁷ Selon l'article 7§1 b) et c), les États membres peuvent exiger une assurance maladie au « regroupant » et aux « regroupés » et les ressources doivent être « régulières, stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de la famille sans recours au système d'assistance sociale de l'État membre concerné ».

¹⁴⁸ Article 6 de la directive.

premier délai, de deux ans, avant de pouvoir effectuer sa demande¹⁴⁹, la directive prévoit que l'État a neuf mois, douze pour les « cas complexes », avant de répondre au demandeur¹⁵⁰. Une fois la réponse donnée, trois ans d'attente seront possibles, au maximum, avant la venue de la famille¹⁵¹. Ainsi, le travailleur migrant venu s'installer en Europe devra d'abord attendre une période de deux ans avant de pouvoir effectuer sa demande de regroupement familial, cette procédure n'ayant pas, par définition, vocation à être demandée lors d'un séjour temporaire. Il devra, ensuite, selon la législation en vigueur, attendre un maximum de *quatre ans* avant que sa famille puisse régulièrement le rejoindre. Outre le fait que cette disposition semble dénaturer le droit au regroupement familial, ne risque-t-elle pas de créer ou de favoriser la venue irrégulière de familles sur le territoire national, non pas parce que ces dernières ne remplissent pas les conditions juridiques relatives à l'octroi du regroupement familial, mais parce que le délai de six ans, avant de pouvoir mener une vie familiale normale, s'avère très décourageant ? Remarquons que la directive 2004/88/CE ne prévoit pas de délais pour le citoyen européen qui fait venir sa famille.

En France, selon l'article L. 411-1 du Ceseda, le « regroupant » doit bénéficier d'un titre de séjour valable depuis au moins 18 mois, depuis la loi du 24 juillet 2006. Le Conseil a toujours accepté la variation de durée de ce délai, sous la réserve expresse que « la demande de regroupement puisse être formulée avant l'expiration de ce délai pour que ce droit soit effectivement susceptible d'être ouvert à son terme »¹⁵². Notons que, contrairement à la règle qui prévaut en droit communautaire, les étudiants qui remplissent les conditions développées ci-dessus peuvent bénéficier du droit au regroupement familial, puisque le Conseil a censuré en 1993 la disposition suivante : « les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour portant la mention "étudiant" ne peuvent bénéficier du regroupement familial »¹⁵³.

En Suisse, le Tribunal fédéral a refusé d'admettre le droit au regroupement familial à l'étranger bénéficiant d'une simple autorisation de séjour, sauf s'il vit sur le territoire national depuis une très longue durée et que sa vie familiale ne serait pas possible ailleurs¹⁵⁴. Au Danemark, le titre de séjour que doit posséder le « regroupant » doit être à durée illimitée, et avoir été délivré depuis au moins trois ans. Sachant que, pour obtenir ce titre, le droit danois exige que le requérant ait possédé sept

¹⁴⁹ Article 8 de la directive.

¹⁵⁰ Article 5§4 de la directive. La directive ne définit cependant pas ces « cas complexes » ?

¹⁵¹ Selon l'article 8 de la directive, les États membres peuvent « introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille »

¹⁵² 93-325 DC précitée, cons. 71.

¹⁵³ Décision 93-325 DC précitée, cons. 74. Le Conseil d'État a confirmé cette jurisprudence, en annulant une circulaire qui demandait aux Préfets de rejeter toute demande émanant d'étudiants, sous motif que leurs revenus sont par nature précaires, CE, 30 septembre 1998, *GISTI*, req. n° 164287.

¹⁵⁴ Arrêt du 1^{er} juin 2004 précité.

ans de titres de séjour régulier, un total de *dix ans* de présence régulière est donc nécessaire, au minimum¹⁵⁵. Le regroupement familial au Danemark semble donc, de fait, quasiment impossible à réaliser.

Le regroupement familial peut être rejeté si la venue en France d'un des membres de la famille « constitue[...] une menace pour l'ordre public » (article L. 411-6 du *Ceseda*). Condition axiologique à toute immigration légale, la sauvegarde de l'ordre public, ainsi que celle de la santé publique, est prévue dans toutes les législations nationales comme internationales¹⁵⁶. L'une des dispositions les plus emblématiques en France est l'interdiction de la polygamie, prévue par l'article L. 411-7 du même code¹⁵⁷. Il est d'ailleurs de jurisprudence constante que les conditions d'une vie familiale normale s'apprécient selon les critères et les valeurs français, et que, dès lors, la polygamie ne peut être acceptée¹⁵⁸. Concernant la santé du « regroupant », l'arrêté du 11 janvier 2006¹⁵⁹, réglementant l'article L. 411-6 du *Ceseda*, prévoit l'interdiction du regroupement familial pour le « regroupé » uniquement s'il est atteint d'une maladie prévue par le « règlement sanitaire international »¹⁶⁰, à savoir peste, choléra ou fièvre jaune. Au Danemark, le « regroupant » ne doit pas avoir été condamné pour violences conjugales lors des dix dernières années et le « regroupé », comme le « regroupant », ne doivent pas avoir commis d'infractions sexuelles sur les mineurs au cours de la même période, si le regroupement contient leurs enfants. De telles précisions semblent pertinentes lorsqu'elles permettent d'éviter de donner un trop large pouvoir d'interprétation à l'autorité administrative, souvent restrictive en ce domaine¹⁶¹.

¹⁵⁵ En Espagne, la loi organique du 11 janvier 2000 prévoit que le « regroupant » doit posséder un titre de séjour valable depuis un an et valable pour un an encore, au minimum. Aux Pays-Bas, seul un titre de séjour durable est nécessaire (nouvelles règles entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2004.). Le titre de séjour doit être valable depuis un an au Portugal et, en RFA, depuis la loi du 30 juillet 2004, seul un titre de séjour autre qu'un visa est exigé pour demander un regroupement familial

¹⁵⁶ L'article 6 de la directive 2003/86/CE prévoit cette disposition. Le pays le plus sévère en la matière sont les Pays-Bas puisque aucun délit ne doit avoir été commis par le(s) « regroupé(s) » pour que le regroupement familial soit accepté. Mais les conditions sanitaires sont également très strictes puisque les étrangers atteints de la tuberculose, par exemple, sont interdits d'entrée. Notons que 10 623 immigrés sont venus au titre du regroupement familial dans ce pays, en 2003 (15 000 en 2000).

¹⁵⁷ Voir *supra* la validation de cette disposition par le Conseil constitutionnel.

¹⁵⁸ « Considérant que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution », considérant 77, décision 93-325 DC précitée.

¹⁵⁹ Arrêté du 11 janvier 2006 *relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France* (NOR : SOCN0610095A), *JORF* du 24 janvier 2006.

¹⁶⁰ Décret n° 89-38 du 24 janvier 1989, *JORF* du 27 janvier 1989.

¹⁶¹ Les tribunaux administratifs sont parfois obligés de censurer des refus peu motivés sur le fond du droit : TA Poitiers, 29 septembre 2004, *Dagnaud*, n° 0400888 : rejet de regroupement familial présentée pour ses deux enfants par une étrangère, au motif que « celle-ci était défavorablement connue des services de police ». TA Marseille, 6 août 1996, *El Haddadi*, n° 94-289, rejet de regroupement familial au motif que le requérant était entendu en qualité de témoin dans une affaire pénale.

En France, la loi du 26 novembre 2003 a tranché un débat en fixant le SMIC comme seuil minimum et obligatoire de ressource¹⁶². L'étude du droit comparé nous apprend que les prestations sociales non contributives ne sont jamais prises en compte dans le calcul des revenus¹⁶³. Au Danemark, les étrangers voulant bénéficier du regroupement familial doivent disposer d'un salaire brut mensuel d'environ 1200 € et d'une garantie bancaire d'au moins 7 400 €, sachant que, depuis 2004, quasiment toutes les prestations sociales sont exclues du calcul de ces ressources (sauf les allocations chômage). En Allemagne, la loi de 2004 a prévu que le salaire minimum du « regroupant » devait être calculé sans les prestations sociales. Le « regroupant » en Espagne doit bénéficier de ressources financières suffisantes, qu'il s'agisse ou non de revenus du travail (décret n° 2393 du 30 décembre 2004) ainsi que d'une couverture sociale pour lui et les « regroupés » (condition prévue par l'article 8 de la directive européenne). Au Pays-Bas, le « regroupant » peut justifier de ressources par le biais de prestations sociales contributives mais il doit bénéficier de 1201,20 € par mois minimum pour faire venir un conjoint et 2042,04 € pour un ascendant âgé. Il doit également signer une garantie financière (valable cinq ans) pour sa famille de 4 357,80 €. Au Portugal, la loi précise uniquement que les moyens de subsistances doivent être « suffisants ». Au Royaume-Uni, les ressources doivent être comptabilisées sans aucune allocation (chômage, invalidité, logement, prestations familiales, etc...).

Le « regroupant » doit en outre disposer d'un logement dont la superficie est en rapport avec la composition de la famille et qui répond aux normes de sécurité et de salubrité. Dans chaque pays, la taille de logement exigé est modulable suivant la composition de la famille¹⁶⁴. En France, le décret du 8 décembre 2006 a réglementé le nouveau régime mis en place par la dernière loi du 24 juillet 2006¹⁶⁵ : l'article R. 411-5 du Ceseda conditionne la recevabilité du logement au nombre de mètres carrés par « regroupé(s) », sachant que ce ratio change suivant la zone d'habitation du « regroupant »¹⁶⁶.

¹⁶² Le Conseil d'État est assez souple en la matière puisqu'il a jugé qu'une promesse d'embauche fixant un salaire égal au SMIC était suffisante (CE, 10 avril 1995, *Ministre de l'Intérieur contre Polat*, req. n° 145091) et que les allocations chômage s'apparentaient à des « ressources stables » (CE, 21 février 1996, *El Bahri*, req. n° 144762).

¹⁶³ Documents de travail du Sénat, Série étude de législation comparée n° 158, « Le Regroupement Familial », février 2006, *ibidem*, p. 3, voir eg. tableau en annexe 4.

¹⁶⁴ En RFA, la loi dit simplement que le « regroupant » doit être en mesure d'héberger sa famille, les conditions de logement varient selon les *Länder* (généralement 10 m² par « regroupé » est demandé). Au Danemark, un règlement précise que chaque pièce doit héberger au plus deux personnes, à moins que la superficie dont dispose chaque occupant ne soit d'au moins 20 m². En cas de location, le bail doit être valable encore au moins trois ans au moment où la demande de regroupement est présentée. En Espagne, le logement doit simplement être spacieux et au Portugal « adéquat ».

¹⁶⁵ Décret n° 2006-1561 du 8 décembre 2006 *relatif au regroupement familial des étrangers et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire)*, NOR : SOCX0609759D, in *JORF* du 10 décembre 2006.

¹⁶⁶ Selon cet article le logement en zone A doit être égal à « 22 m² pour un ménage sans enfant ou deux personnes, augmentée de 10 m² par personne jusqu'à huit personnes et de 5 m² par personne supplémentaire au-delà de huit

3°) Un droit à géométrie variable selon le « regroupé »

L'étude du droit au regroupement familial fait apparaître deux catégories distinctes de destinataires : le travailleur migrant et l'enfant¹⁶⁷. Or, on remarque que, plus le « regroupé » est jeune, plus le regroupement familial a de chances d'être validé, même si l'enfant est déjà sur le territoire. Pour des raisons philosophiques autant que politiques, la protection des droits de l'enfant constitue une priorité en Europe, ce qui transparaît clairement dans la jurisprudence, dans deux catégories de contentieux ; celui relatif au regroupement familial sur place tout d'abord et celui relatif à la protection de « l'intérêt supérieur » des enfants ensuite.

Le Conseil d'État a reconnu l'applicabilité directe des dispositions de l'article 8 de la CESDH, en matière d'expulsion d'étranger¹⁶⁸, mais aussi de refus de regroupement familial sur place¹⁶⁹. Notons qu'il s'agit alors d'obligations négatives tirées du droit au regroupement familial, puisqu'elles imposent à l'autorité administrative de ne pas reconduire l'enfant à la frontière. Les lois du 24 août 1993¹⁷⁰ et du 11 mai 1998¹⁷¹ ont prévu la possibilité d'effectuer un regroupement familial partiel, concernant les enfants uniquement. Le Conseil constitutionnel, tout en confirmant que la règle était l'interdiction et l'autorisation la dérogation, a affirmé, par réserve d'interprétation, que la demande de regroupement familial sur place devait pouvoir être présentée auprès de l'administration par le requérant¹⁷². L'article L. 411-4 alinéa 2 du Cesda dispose en effet qu'« un regroupement familial partiel peut être autorisé pour des motifs tenant à l'intérêt des enfants ». La

personnes ; en zone B : 24 m² pour un ménage sans enfant ou deux personnes, augmentée de 10 m² par personne jusqu'à huit personnes et de 5 m² par personne supplémentaire au-delà de huit personnes ; - en zone C : 28 m² pour un ménage sans enfant ou deux personnes, augmentée de 10 m² par personne jusqu'à huit personnes et de 5 m² par personne supplémentaire au-delà de huit personnes ». Les trois zones sont définies par le 1^{er} alinéa du j du 1^o du I de l'article 31 du code général des impôts suivant des critères géographiques.

¹⁶⁷ Ainsi que nous l'avons vu en première partie, de nombreuses conventions internationales protégeant indirectement le droit au regroupement familial ont été adoptées depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Certaines ont comme destinataire le travailleur migrant (*Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* ou la *Convention européenne relative au statut du travailleur migrant*), d'autres les enfants (*Convention internationale relative aux droits de l'enfant*).

¹⁶⁸ CE, Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470, *Rec.* p. 493. Notons que la Haute Juridiction administrative a également reconnu un principe général du droit, applicable uniquement aux réfugiés, d'unité de la famille (CE, Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, n° 112842, *Rec.* p. 523).

¹⁶⁹ Ex. TA Marseille, 8 octobre 2002, *Bitan*, n° 00-2426 (décision de rejet d'une demande de regroupement familial jugée disproportionnée par le juge administratif sur le fondement de l'article 8 CESDH. En l'espèce, il s'agissait d'une étrangère mariée à un français décédé qui avait trois enfants, dont deux nés à l'étranger, qui vivaient auprès de leur famille française et étaient scolarisés en France).

¹⁷⁰ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993, *relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *JORF* du 29 août 1993.

¹⁷¹ Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, *JORF* 12 mai 1998. Ce gouvernement a d'ailleurs, par la suite, régularisé 8 200 « sans-papiers » au titre du regroupement familial sur place.

¹⁷² 93-325 DC, cons. 73.

notion d'« intérêt de l'enfant » visée par le législateur est subjective, bien qu'elle ait été précisée par un décret de 2005¹⁷³, et soit appréciée au cas par cas par le Préfet¹⁷⁴. Néanmoins, lorsque le conjoint est en situation de dépendance importante, le Conseil d'État appliquera également la CESDH pour censurer le refus de délivrer le regroupement familial partiel¹⁷⁵ ou lorsque, du fait de l'ancienneté du lien unissant les conjoints, le refus conduirait à une rupture du droit à mener une vie familiale normale¹⁷⁶. Par contre, le juge est beaucoup plus sévère dès lors que le couple n'a pas d'enfant ou s'est formé récemment¹⁷⁷, ou si le « regroupé(e) » peut bénéficier du regroupement familial rapidement s'il retourne dans son pays d'origine¹⁷⁸. En Italie, la Cour constitutionnelle protège le couple de concubins mais le jugera « privé de stabilité » s'ils n'ont pas d'enfant, et refusera ainsi le regroupement familial sur place de l'étranger vivant avec un national¹⁷⁹. Selon un commentateur de cette décision, « il est vraisemblable que la présence d'un enfant aurait, au plan concret, conduit la Cour à une position différente. Il ne se serait pas agi alors de protéger les droits du couple non marié mais ceux de l'enfant à être élevé au sein de la cellule familiale »¹⁸⁰.

Les arrêts *Sen contre Pays Bas* et *Tuquabo-Tekele* de la CEDH montrent que l'âge de l'enfant constitue un élément en faveur du bénéfice du regroupement familial. Il s'agit, cette fois, des obligations positives, tirées par le juge administratif du droit à mener une vie familiale normale, qui

¹⁷³ Article R. 421-3 Ceseda : « Dans le cas où le regroupement sollicité n'est que partiel, la demande comporte en outre : 1° L'exposé des motifs, tenant notamment à la santé ou à la scolarité du ou des enfants ou aux conditions de logement de la famille, qui justifient, au regard de l'intérêt du ou des enfants, que le regroupement familial ne soit pas demandé pour l'ensemble de la famille ; 2° La liste de ceux des membres de la famille pour lesquels le regroupement familial est demandé ».

¹⁷⁴ Circulaire du 1^{er} mars 2000. La jurisprudence administrative apprécie strictement le regroupement familial partiel dont le bénéficiaire est l'enfant ; CAA Paris, 8 octobre 2005, *Abadi*, req. n° 01PA01961.

¹⁷⁵ CE, 30 décembre 2003, *Zhong*, n° 258450 (étranger de 69 ans et atteint d'une maladie handicapante).

¹⁷⁶ CE, 8 mars 2004, *Préfet de police c/ Dombia*, n° 252076 (étranger vivant en France depuis sept ans, marié depuis trois ans à une résidente régulière ; le couple possède deux enfants nés en 1999 et 2001 en France). Néanmoins, le juge vérifie rigoureusement l'existence des attaches avec le pays d'origine : CE, 17 octobre 2003, *Préfet du Val d'Oise c/ Dermatas*, n° 243422 (confirmation d'un arrêté d'expulsion d'une ressortissante turque en France depuis 1998 et mariée à un résident régulier depuis 2000, dont elle a eu deux enfants, du fait de l'existence d'attaches importantes avec son pays d'origine).

¹⁷⁷ CE, 27 octobre 2003, *Chabane*, n° 255681 (étranger entré en France en 2000 et en couple avec une résidente régulière depuis un an à la date de l'arrêt) ou CE, 5 novembre 2004, *Préfet de police c/ Stanimirovic*, n° 258833 (étrangère en France depuis 1991 ayant épousé un résident régulier mais n'ayant pas d'enfant avec lui et ayant gardé des attaches avec son pays). S'il semble normal, éthiquement, de considérer l'intérêt de l'enfant comme supérieur à l'intérêt du couple, cette dernière jurisprudence pourrait néanmoins être critiquée comme discriminante. Sa conséquence est qu'une famille sans enfants, dont l'un des conjoints est en situation irrégulière, a plus de chance de voir ce dernier expulsé que s'ils avaient eu un enfant. Du fait que le couple ait peut-être librement décidé de ne pas avoir d'enfant, la cause pouvant aussi être biologique et le droit à une vie familiale normale n'étant pas conditionné à la procréation, cette différence de traitement est-elle objectivement justifiable ?

¹⁷⁸ CE, 22 juillet 2002, *Fofana*, n° 241286 (enfant dont la maladie n'est pas suffisamment grave pour rendre nécessaire la présence de son père et dont la possibilité d'un regroupement familial ne rend que temporaire l'éloignement de celui-ci).

¹⁷⁹ Arrêt n° 313 du 20 juillet 2000 précitée.

¹⁸⁰ Note *AJJC*, 2000, *ibidem*, p. 804. Le Tribunal de Karlsruhe a reconnu également l'application de l'article 6§1 de la Loi fondamentale aux enfants d'immigrés, BVerfGE, 25 octobre 2005, précité.

obligent les autorités administratives à accorder le bénéfice du regroupement familial à un enfant, *même s'il ne rentre pas dans le cadre de la procédure prévue par la loi*. Si le Ceseda définit dans son article L. 411-2 la possibilité tant pour l'enfant que pour le conjoint de bénéficier du regroupement familial, le Conseil d'État est sans conteste plus favorable au premier. L'enfant est défini par le code des étrangers comme « l'enfant légitime ou naturel, ayant une filiation légalement établie ainsi que l'enfant adopté, en vertu d'une décision d'adoption, sous réserve de la vérification par le Ministère public de la régularité de cette décision lorsqu'elle a été prononcée à l'étranger » (article L. 314-11). Le Conseil d'État a ainsi considéré que le bénéficiaire d'une procédure de *Kafala*, courante en Algérie et au Maroc mais éloignée de la procédure d'adoption occidentale¹⁸¹, entrainait dans le champ d'application du droit au regroupement familial¹⁸². Cette jurisprudence permet d'adapter le droit au regroupement familial à sa réalité sociologique puisqu'une part très importante d'immigrés en France viennent du Maghreb, la disposition de l'article L. 411-2 du Ceseda serait difficilement applicable pour les « regroupants » issus de cette région. On peut même penser que l'effectivité de cette disposition était liée à cette jurisprudence du Conseil d'Etat. Ajoutons enfin que le Conseil d'État a reconnu, dans l'arrêt *Mlle Cinar* du 22 septembre 1997¹⁸³, l'effet direct de la Convention internationale des droits de l'enfant, plutôt que le principe constitutionnel du droit au regroupement familial ou que l'article 8 de la CESDH¹⁸⁴. Le considérant de principe qui est dégagé depuis cet arrêt par le Conseil d'État est parfaitement explicite : « il appartient à l'autorité administrative de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant [...] ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leur vie privée et familiale et ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 selon lesquelles dans toutes les décisions qui concernent les enfants... l'intérêt supérieur de l'enfant doit

¹⁸¹ L'adoption étant interdite par le Coran (Sourate 33-4), les musulmans ont recours à un « engagement unilatéral de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur », YOUSNI HADDAD (N.), « La *Kafala* en droit Algérien », in *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, POUSSON PETIT (J.) (dir.), Toulouse, 1997, p. 133, cité par BOULANGER (F.), « la sauvegarde des effets de la « *Kafala* » par l'appel à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Dalloz*, 2005, n°2, p. 130. Notons que cet engagement est un acte notarié avec témoin, homologué par un tribunal civil mais qui diffère de l'adoption occidentale puisque aucun lien de filiations n'existe dans une *Kafala* et que la jurisprudence a jugé expressément qu'il ne s'agissait pas d'un lien comparable à celui d'une adoption (CA Metz, 21 janvier 2003), *idem*.

¹⁸² CE, 30 juillet 2003, M. *Lamrani*, req. n° 223327, confirmé par l'arrêt *Dra et Boulouida*, CE, 24 mars 2004, req. n° 220434. La circulaire interministérielle du 17 janvier 2006 précitée a repris expressément cette jurisprudence dans son article 2.2.1.

¹⁸³ CE. 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, req. n° 161364, *Rec.* p. 320, conclusions du Commissaire du gouvernement Abraham in *RFDA*, n° 14, mai-juin 1998, p. 562.

¹⁸⁴ Ainsi que le rappelle le Commissaire Abraham dans ses conclusions, l'effet direct d'une convention internationale est rejeté dans deux cas, soit si « l'objet même de la stipulation est de régler les rapports d'État à État », soit lorsque la stipulation « n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour arriver à cette fin », *ibidem*, p. 563.

être une considération primordiale »¹⁸⁵. En appliquant l'article 3 alinéa 1 de cette Convention¹⁸⁶ plutôt que ses articles traitant plus directement du droit à une vie familiale normale¹⁸⁷ ou la jurisprudence *GISTI* ou *Maîtrise de l'immigration*, le juge administratif français protège non pas le droit au regroupement familial pour les enfants d'étrangers résidents en France, mais bien « l'intérêt supérieur » des enfants¹⁸⁸. La source des obligations positives régissant le droit au regroupement familial n'est donc pas uniquement le droit à mener une vie familiale normale mais également la considération de l'intérêt supérieur des enfants.

B) L'ÉVOLUTION DE L'OBJET DU DROIT AU REGROUPEMENT FAMILIAL

« Il ne saurait y avoir, pour toutes les familles de par le monde, un droit absolu et inconditionnel à s'installer en France sans projet d'intégration, sans travail, sans logement digne, sans perspectives. C'est dans cet esprit que j'ai conçu la réforme du regroupement familial »¹⁸⁹. La loi du 24 juillet 2006 s'inscrit dans la continuité des réformes du regroupement familial entreprises depuis 1993 par les différents gouvernements. Elle ne module au final que cinq dispositions du régime, mais limite, de fait, la catégorie de bénéficiaires du regroupement familial (1). Une nouvelle condition a également été créée par la loi dont la normativité semble incertaine (2).

1°) Une aggravation des conditions traditionnelles restreignant le champ d'application du regroupement familial

La loi du 24 juillet 2006 a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sous une seule réserve, minime, relative aux nouveaux « principes fondamentaux reconnus par les

¹⁸⁵ CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, *Ministre des affaires sociales contre Mme Naïma*, 24 mars 2004, n° 249369, cons. 2.

¹⁸⁶ « Dans toute les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, de tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être un considération primordiale ». On peut apprécier le degré « précis, complet et inconditionnel » de cette disposition. Le Commissaire Abraham justifie néanmoins son choix du fait que cette disposition peut s'appliquer, sans transposition, à des situations individuelles, mais aussi du fait « que le texte vise directement les autorités administratives dans l'exercice de leur pouvoir de décision individuelle », *ibidem*, p. 564.

¹⁸⁷ Cf. article 9 et 10 cités *supra*.

¹⁸⁸ Or, en l'espèce, il s'agissait bien d'un regroupement familial. Mlle Cinar, elle-même bénéficiaire d'un regroupement familial, avait sollicité un regroupement familial sur place pour son enfant, que le préfet lui avait refusé au motif de son interdiction par le nouvel article L. 411-6 du *Ceseda* (qui venait d'entrer en vigueur suite à la loi du 24 août 1993, alors que la demande de Mlle Cinar datait du 18 août). On peut peut-être expliquer cette jurisprudence par le fait que la requérante n'avait invoqué devant le juge administratif que des moyens tirés de conventions internationales. Néanmoins, le Commissaire du gouvernement Abraham ne cite, dans ses conclusions, ni la jurisprudence *GISTI* de 1978, ni la décision *Maîtrise de l'immigration* de 1993. L'arrêt *Mlle Cinar* a été confirmé par un arrêt du 1^{er} avril 1998, *Mme Aublé*, req. n° 155096 ainsi qu'un arrêt du 30 décembre 1998, *Cetinkaya*, req. n° 160422.

¹⁸⁹ « Entretien avec Nicolas Sarkozy », in *Réformes*, le 4 mai 2006.

lois de la République »¹⁹⁰. L'un de ses objectifs était la transposition de la directive 2003/86/CE, qui pose un délai d'attente pouvant atteindre six années en cumulé avant que le regroupement familial ne soit effectif¹⁹¹. Il est donc normal de trouver dans cette loi une modification du délai de présence en France avant lequel un étranger en situation régulière ne peut solliciter de regroupement familial. Si la directive prévoyait un maximum de deux ans¹⁹², l'article 44 de la loi de 2006 a fait passer ce délai d'un an à 18 mois¹⁹³. Dans sa décision du 20 juillet 2006, le Conseil a logiquement accepté cette aggravation puisqu'il avait déjà admis auparavant un délai de deux ans¹⁹⁴. Selon le Secrétaire général du Conseil, « le droit au regroupement familial supposant notamment la stabilité du séjour, [...] une durée de dix-huit mois n'est assurément pas excessive à cet égard »¹⁹⁵. Notons que cet article a également modifié l'âge minimum des conjoints entrant en France de 16 à 18 ans¹⁹⁶.

L'article 47 de la loi augmente, encore une fois, le délai donné à l'administration pour retirer ou refuser la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour autonome au conjoint « regroupé », en cas de rupture de la vie commune (article L. 431-2 du Ceseda). Trois ans devront désormais s'être écoulés à compter de la délivrance de l'autorisation de séjour, pour que cette possibilité disparaisse (deux ans auparavant). Cette disposition peut se justifier par la transposition de la directive de 2003 qui, dans son article 15, prévoyait, pour la même situation, un délai pouvant aller jusqu'à cinq ans. Le Conseil a accepté cette aggravation puisque, dans sa décision 2003-486 DC, il avait déjà jugé « qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne garantit le maintien ou le renouvellement d'un titre particulier de séjour lorsque les conditions mises à la délivrance de ce titre ne sont plus satisfaites » (cons. 11)¹⁹⁷. Cette disposition était sans doute contestable du point de vue de la sécurité juridique des « regroupés » mais, quant au droit au regroupement familial, elle ne semblait pas le vider de son contenu car elle régleme le cas où la vie familiale est brisée par une séparation. De plus, ainsi que le souligne M. Schoettl, elle « ne fait pas obstacle à ce que le conjoint obtienne un titre de séjour à un autre titre s'il en remplit les conditions »¹⁹⁸. Notons que, si l'article

¹⁹⁰ Décision du 20 juillet 2006 n° 2006-539 DC précitée.

¹⁹¹ Voir *supra*.

¹⁹² Article 8.

¹⁹³ Article L. 411-1 du Ceseda. La dernière modification datait de la loi du 11 mai 1998 précitée qui avait abaissé d'un an la durée du délai prévu par la loi de 1993 (deux ans).

¹⁹⁴ 93-325 DC du 13 août 1993 précitée, cons. 71.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 12. Le Conseil n'avait aucune raison pour censurer cette disposition, surtout que, sept jours plus tard, le Conseil, dans la décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur* (*JORF* du 3 août 2006, p. 11541), a admis le contrôle de la conformité des lois aux directives, sur le fondement de l'article 88-I de la Constitution.

¹⁹⁶ Cette disposition n'était pas contestée par les requérants car, en permettant de lutter contre la pratique des mariages forcés ou achetés qui peuvent être autorisés dans certains pays, elle garantit la liberté de mariage (décision 2006-542 DC du 9 novembre 2006, *JORF*, 15 novembre 2006, p. 17115) mais aussi la dignité de la personne humaine, (décision du 27 juillet 1994, 343 et 344 DC, *Bioéthique*, *GDCC*, n° 43, p. 775, *Rec.* p. 100), et empêche ainsi la France d'être indirectement complice de ces pratiques, toujours dégradantes pour la femme.

¹⁹⁷ Repris mot pour mot par la 2006-539 DC précitée, cons. 24.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 16.

réserve l'application de cette disposition dans les cas où un enfant est né de cette union (en cas de décès du conjoint ou lorsque la rupture de la vie commune résulte de violences conjugales)¹⁹⁹, la loi est muette pour l'enfant d'un « premier lit » du conjoint, venu lors du regroupement familial, et qui devra choisir entre rester avec son « beau-père de regroupement » et quitter la France.

L'article 45 comportait trois parties : une première relative aux ressources, une deuxième sur les conditions de logement et une troisième sur les « PFRLR » (que nous traiterons par la suite). Sur la question du logement, l'article L. 411-5 2° du Ceseda a été légèrement modifié, son ancienne rédaction, datant de la loi de 2003, disposait que le logement du « regroupant » devait être considéré comme normal pour une famille comparable « vivant en France ». Suite à la loi de 2006, le logement doit être considéré comme normal pour une famille comparable « vivant dans la même région géographique ». Les députés et sénateurs saisissants considéraient que cette disposition portait atteinte au principe d'égalité, néanmoins le Conseil l'a déclarée conforme à la Constitution, en précisant qu'elle permettait, au contraire, une meilleure prise en compte des différences de situation en matière de logement²⁰⁰. Quant aux conditions de ressources, si, sur le fond, l'article L. 411-5, 1° du Ceseda qu'elle visait n'a pas été modifié, la loi a exclu du décompte des ressources cinq « revenus d'assistance »²⁰¹. C'est la deuxième fois, en moins de trois ans, que le législateur aggrave les conditions de calcul des ressources du « regroupant ». La loi du 26 novembre 2003 avait déjà exclu les prestations familiales du calcul des ressources, sans que le Conseil ne soulève d'objections, les requérants n'ont, sans doute de ce fait, pas soulevé ce moyen en 2006.

Des critiques tant d'opportunité que sur le fond de la loi sont ici envisageables.

On peut d'abord critiquer l'opportunité de cette évolution législative de juillet 2006, alors que la dernière loi datait du 26 novembre 2003, qu'il n'y a pas eu de changement de majorité au Parlement et que les deux lois ont été rédigées par le même Ministre. Quelles évolutions, au niveau national ou international, ont nécessité ces modifications du Ceseda ? L'exposé des motifs explique que la nécessité de la deuxième loi est d'être une « deuxième étape » du plan général de « maîtrise des flux

¹⁹⁹ Disposition déjà prévue par la loi de 2003

²⁰⁰ Considérant 18, le Conseil renvoie également la détermination des zones au décret en Conseil d'État (adopté le 8 décembre 2006, voir *supra* le nouvel article R. 411-5 du Ceseda). Contrairement à ce qu'affirmaient les requérants, cette disposition permettait aux pouvoirs publics d'appliquer un *régime différent* pour des *situation* (géographiques) *différentes*. Ainsi que le souligne le Secrétaire général du Conseil, « les conditions de logement, à loyer équivalent, peuvent varier dans des proportions significatives d'une région géographique à l'autre », *ibidem*, p. 13. La loi reprenait en plus directement l'article 7 de la directive 2003.

²⁰¹ Il s'agit du RMI, de l'allocation de solidarité aux personnes âgées, l'allocation temporaire d'attente, l'allocation supplémentaire d'attente et enfin, l'allocation équivalent retraite.

migratoires » du Ministre de l'Intérieur. Mais il n'explique pas pourquoi les modifications apportées par la loi de 2006 auraient été malvenues dans celle de 2003²⁰².

Quelles sont, ensuite, les conséquences de l'aggravation des conditions de ressources sur le régime du droit au regroupement familial ? En un sens, et c'est là sans doute l'intention véritable du législateur, cette réforme redéfinit strictement la catégorie de bénéficiaires du droit au regroupement familial. En effet, le niveau de ressources minimum reste inchangé, mais les étrangers pouvant y prétendre seront beaucoup moins nombreux. Seuls les travailleurs à temps plein et payés au SMIC ou les chômeurs dont le montant des allocations est égale au SMIC, pourront bénéficier de ce droit²⁰³. Avant, le regroupement était prévu pour que le travailleur migrant puisse vivre avec sa famille, pendant son activité (s'il en avait les moyens), ou lors de sa retraite, à la fin de sa vie. Désormais, les anciens travailleurs (sauf ceux qui gagnaient assez pour pouvoir, à la retraite, toucher l'équivalent du SMIC), les étudiants, les nombreux handicapés, etc..., ne pourront plus effectuer de regroupement familial. La nouvelle catégorisation instaurée par le législateur est donc liée à un critère économique : ce dernier choisit en fait de faire bénéficier du regroupement familial les seuls étrangers qui ne sont pas bénéficiaires de la « solidarité nationale ».

2°) L'apparition d'un nouveau critère relatif à l'intégration

L'article 45 de la loi a ajouté, à l'article L. 411-5 du Ceseda, un troisième motif de refus du regroupement familial, lorsque « le demandeur ne se conforme pas aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Cette disposition se caractérise par sa singularité en droit français, aucune condition relative à l'intégration du « regroupant » n'était prévue depuis 1976. Ces principes ne pouvaient d'abord qu'être différents des « PFRLR », visés par le Préambule de 1946 et qui sont une des composantes du bloc de constitutionnalité français²⁰⁴. Le Conseil, par le biais d'une réserve d'interprétation, a considéré que le législateur avait seulement voulu se référer « aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en

²⁰² L'exposé des motifs de la loi peut sembler contradictoire : « C'est pour mieux réguler l'immigration, lutter contre les détournements de procédure, promouvoir une immigration choisie et une intégration réussie, dans l'intérêt de la France comme dans l'intérêt des pays d'origine, que de *nouveaux instruments juridiques* sont nécessaires », exposé des motifs de la *loi relative à l'immigration et à l'intégration*, consultable sur Internet (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl2986.asp>), nous soulignons. L'entrée en vigueur de la directive 2003/86/CE pourrait justifier la nécessité de modifier la législation dans un délai aussi proche. Mais cette dernière a été adoptée le 3 octobre 2003 et le législateur aurait certainement pu prendre en compte ce projet pour le 26 novembre, d'autant plus que cette directive n'oblige qu'à des *minima*, dont la France est souvent éloignée (voir *supra* nos développements sur la clause de *stand still* et l'article 3§5 de la directive).

²⁰³ Aucune des allocations supprimées ne permettait seule d'arriver au SMIC. C'était donc bien le cumul de ces allocations entre elles ou avec un emploi à temps partiel ou moins bien rémunéré, que le législateur souhaitait exclure du champ du regroupement familial.

²⁰⁴ 71-44 DC, *GDCC* n° 19, p. 252

France »²⁰⁵. Ce type de critère a reçu l'aval de l'Union européenne puisque la directive de 2003 a elle-même prévu un dispositif semblable²⁰⁶. Certains pays européens ont mis en place des critères formels relatifs à l'intégration, comme au Danemark où le « regroupant » doit s'engager par écrit à tout mettre en œuvre pour faciliter l'intégration dans la société danoise de son conjoint et de ses futurs enfants (leur volonté de vivre au Royaume doit être « plus grande que leur attachement à leur pays d'origine »). Le conjoint « regroupé » doit également signer une déclaration affirmant sa volonté d'intégration pour lui-même et les enfants à naître (il serait sans doute condamnable pour ce conjoint d'élever ses enfants uniquement dans leur langue d'origine). Des tests linguistiques sont notamment prévus et certains pays, comme la RFA, ont mis en place des cours de langue mais à l'intention des « regroupés » uniquement²⁰⁷. Ces mesures permettant l'intégration des « regroupés » sont souhaitables et conformes à la « philosophie » du droit au regroupement familial puisqu'elles permettent un meilleur accueil de la famille récemment immigrée. L'existence de critères d'intégrations envers le « regroupant » sont plus contestables ; n'y a-t-il pas un risque de dénaturation du droit au regroupement familial, ce dernier étant la procédure permettant à l'étranger de renforcer son intégration, et non l'inverse ? « Pour que l'individu se développe, il faut qu'il puisse créer une famille ; et pour que la famille, une fois constituée, puisse elle-même se développer, il faut que rien n'entrave son évolution et notamment qu'elle ne soit pas artificiellement séparée [...] vous devrez donc admettre qu'il existe un principe qui a trait à l'existence même de la famille, et qui reconnaît à tout individu le droit mener, notamment en créant une famille et en vivant avec elle, une existence une vie familiale normales »²⁰⁸.

Si on imagine difficilement quel principe constitutionnel pourrait contrevenir à ces « principes essentiels », des critiques relatives à leurs normativités et à leurs applicabilités sont toutefois envisageables.

Selon M. Schoettl, cette disposition a pour objectif « d'écarter du bénéfice du regroupement familial les étrangers dont *l'attitude exprime* le refus de se conformer à certains principes

²⁰⁵ 2006-539 DC précitée, cons. 20.

²⁰⁶ Selon l'article 7§2 de la directive, les États membres peuvent exiger des « ressortissants des États tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national ».

²⁰⁷ La maîtrise de la langue allemande est particulièrement déterminante outre-rhin, le regroupement familial pour les mineurs entre seize et dix-huit ans est possible, par dérogation (voir *infra*), si le « foyer familial » est transféré en Allemagne et si le jeune parle l'allemand suffisamment bien pour pouvoir s'intégrer facilement au pays. La loi néerlandaise du 15 mars 2006 oblige quiconque veut s'installer aux Pays-Bas pour une durée supérieure à trois mois à passer un test d'intégration civique (coûtant 350 €). Il s'agit d'un test oral sur la société néerlandaise (géographie, transports, histoire, Constitution, démocratie et législation, travail, revenu, langue néerlandaise, éducation et santé) et sur la maîtrise de la langue (niveau A1 du cadre européen commun de référence). Au Royaume-Uni, pour obtenir la nationalité, des tests de compétence linguistique et de connaissance « de la vie du Royaume-Uni » sont courants depuis quelques années et le gouvernement prévoit d'élargir ces tests aux demandes de séjours.

²⁰⁸ Conclusion Dondoux sur l'arrêt *GISTI* de 1978, in *Droit social*, 1979, p. 57.

fondamentaux dont la méconnaissance pourrait troubler l'ordre public, lequel constitue un objectif constitutionnel dont il appartient au législateur d'assurer la conciliation avec le droit à une vie familiale normale »²⁰⁹. A la lumière de cette explication, on comprend que la loi entend imposer à l'étranger, qui veut bénéficier du regroupement familial, le respect de certaines règles particulières de droit positif²¹⁰. On s'interroge cependant sur la normativité d'une telle disposition, alors que le Conseil a récemment renforcé sa jurisprudence à ce sujet. En effet, depuis la décision du 29 juillet 2004, *loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, le Conseil censure, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, toute disposition qui n'a pas sa place dans un texte juridique (dispositions déclamatoires, énonçant des « évidences », etc...)²¹¹. Or, à la lecture des débats parlementaires, le Secrétaire général du Conseil inclut dans ces « principes essentiels » soit des normes dont le respect est déjà assuré par le droit positif français, « la monogamie, l'égalité de l'homme et de la femme, le respect de l'intégrité physique de l'épouse et de ses enfants, respect de la liberté du mariage », soit des principes dont le caractère normatif semble difficilement acceptable : « assiduité scolaire, respect des différences ethniques et religieuses, acceptation de la règle selon laquelle la France est une République laïque, etc... »²¹². Les « principes essentiels » que doivent désormais respecter les étrangers désirent bénéficier du regroupement familial posent-ils une nouvelle obligation juridique ? Si la réponse s'avérait négative, qu'elle est donc la portée juridique de cette disposition ? Le législateur ne voudrait-il pas, par cette condition, imposer l'idée d'un certain contrôle de l'État sur *l'assentiment personnel* du « regroupant » envers ces lois et ces principes républicains ? Cette hypothèse serait encore plus contestable car, ainsi, ce n'est plus *le respect* de la règle de droit qui serait sanctionné mais *l'adhésion personnelle* à ces règles²¹³. La décision du 20 juillet 2006 semble donc contestable sur ce

²⁰⁹ *Idem*, nous soulignons.

²¹⁰ Ainsi les débats parlementaires, tels que rapportés par Monsieur Schoettl, visaient plus expressément la liberté de conscience et la liberté personnelle, voire l'interdiction du mariage polygame, *idem*.

²¹¹ « Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "la loi est l'expression de la volonté générale" ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » 2004-500 DC, (cons. 12), *Rec.* p. 116. Auparavant, le Conseil relevait simplement le caractère non-normatif de ce type de disposition, sans les censurer (pour les lois d'orientation, décision n° 2002-460 DC, *Rec.* p. 116). La première censure d'une disposition non-normative est intervenue dans la décision du 21 avril 2005, 2005-512 DC, *loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *JORF* du 22 avril 2005, note PINI (J.), « Jurisprudence constitutionnelle, commentaire de la 2005-512 DC », *in RFDC* n° 65, janvier 2006, p. 159.

²¹² On s'interroge également sur la possibilité pour le préfet de prouver qu'une « attitude exprime » un trouble à l'ordre public sur ces fondements... Seules les « attitudes » sanctionnées par le code pénal sont contraires à l'ordre public. Or, ce n'est pas de ces attitudes là dont parle la loi, car sinon elle ne viendrait qu'énoncer le respect d'une règle de droit déjà existante (dans le code pénal) et déjà sanctionnée (par le juge pénal).

²¹³ Dès lors, que l'on vérifie l'adhésion personnelle des « regroupants » aux valeurs, certes fondamentales, de la République laïque, n'y a-t-il pas un risque d'atteinte à la liberté de pensée ? Si c'est son « attitude » qui est contrôlée, comment la liberté d'expression serait-elle garantie ? De plus, une telle mesure semblerait contraire au principe d'égalité puisqu'elle introduirait une différence de traitement entre les nationaux, qui devraient seulement respecter ces mêmes obligations, et les résidents de nationalité étrangère, qui devraient prouver, avant

point et, si la réserve d'interprétation était nécessaire et bienvenue, on regrette que cette dernière n'ait pas explicité le sens normatif de cette disposition.

Il existe donc un risque que l'autorité administrative interprète de façon subjective ces principes, qui ne sont qu'énoncés par la loi. Il est, de ce fait, regrettable que, lors de la dernière modification réglementaire du régime du regroupement familial, le gouvernement n'ait pas éclairci ce point²¹⁴ ; il appartiendra donc au Conseil d'État d'encadrer ce nouveau pouvoir du préfet.

A l'origine, le droit au regroupement familial permettait d'intégrer l'immigré au tissu national grâce à la poursuite d'une vie familiale normale et d'une scolarisation de ses enfants dans son pays d'accueil²¹⁵. La tendance semble maintenant inverse : il est désormais nécessaire que le requérant soit intégré et qu'il ne soit pas à la charge de la société, pour que le regroupement familial soit accordé²¹⁶. Le droit au regroupement familial ne serait-il devenu qu'un instrument de contrôle, de « maîtrise » de l'immigration ?

de bénéficier d'un regroupement familial, leur adhésion personnelle à ces normes.

²¹⁴ Décret 2006-1561 du 8 décembre 2006 précité. Il sera nécessaire de lire la prochaine circulaire du Ministère de l'Intérieur à ses préfets pour obtenir plus d'informations sur la mise en œuvre de ce critère relatif à l'intégration.

²¹⁵ La directive de 2003 précise elle-même que le regroupement familial est un moyen de faciliter « l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les États membres », considérant 4 (Préambule). Dans sa *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Une politique communautaire en matière d'immigration*, Bruxelles, 22 novembre 2000, COM (2000) 727, la Commission a également admis que le regroupement familial était un élément essentiel à l'intégration des personnes déjà accueillies.

²¹⁶ Selon le Ministre de l'Intérieur, « L'intégration des migrants à la société française est insuffisante. De nombreux immigrés ne disposent pas du cadre permettant d'assurer leur intégration : un emploi, un logement, une connaissance suffisante de la langue française - autant de conditions nécessaires qui doivent être redoublées par une volonté d'intégration, un engagement personnel du migrant à respecter les principes de la République qui l'accueille », exposé des motifs de la loi relative à l'immigration et à l'intégration, consultable sur Internet (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl2986.asp>).