

**Texte présenté au colloque des 7-8 avril 2011, de l'Université Montesquieu Bordeaux IV
sur *La non-discrimination entre les européens***

NON-DISCRIMINATION ET ÉTRANGERS

Résumé

La notion de non-discrimination fait l'objet en droit de l'Union européenne d'une application sans cesse plus étendue, qui ne favorise ni l'appréhension de son champ d'application ni l'élaboration d'un régime clair et cohérent. Cette contribution insiste sur la dimension positive de la non-discrimination, vue comme un moyen d'assurer une égalité réelle entre les individus, au-delà de leur nationalité. La première partie traite de la non-discrimination entre citoyens de l'Union et souligne la difficulté de tracer la ligne entre le traitement différencié acceptable et la discrimination condamnable, d'autant que le seuil semble varier selon les droits et le statut des personnes en cause. Cette première partie revient également sur la question controversée des discriminations à rebours à l'aune de la jurisprudence récente de la Cour de Justice (notamment les arrêts *Ruiz Zambrano* et *McCarthy*). La seconde partie concerne la non-discrimination entre citoyens de l'Union et ressortissants des pays tiers. Le droit des étrangers étant par nature un droit d'exclusion, l'appréciation du caractère discriminatoire des différences de traitement s'avère particulièrement compliquée et fluctue selon le statut de l'individu, son pays d'origine, les droits en cause ou la durée de résidence effective. Le droit dérivé et la dynamique des droits fondamentaux contribuent à une dynamique d'*inclusion* de l'étranger, mais son assimilation pure et simple constitue une impossibilité théorique et pratique. Pour dépasser cette impasse, l'auteur avance la notion d'*infusion*, et suggère un recours plus large à des instruments juridiques destinés à ordonner la pluralité en reconnaissant la diversité normative qui naît du métissage des sociétés. Les normes de droit international privé semblent à cet égard des instruments particulièrement adéquats.

Mots clés

Union européenne – Nationalité – Non-discrimination entre citoyens de l'Union - Discriminations à rebours - Non-discrimination entre citoyens de l'Union et ressortissants des pays tiers – Inclusion des ressortissants des pays tiers

Le titre ici proposé par les organisateurs du colloque annonce un examen assez classique du statut des étrangers au regard du principe de non-discrimination. On serait donc enclin à interroger, d'abord, la notion de non-discrimination, ensuite, celle d'étranger, enfin, l'application de l'une à l'autre. Mais la notion de non-discrimination est déjà largement explorée dans d'autres contributions¹. La jurisprudence de la Cour de justice, sur ces notions, est complexe, pour ne pas dire « flottante »². Sans nuances et favorisant l'idée, avancée par le juge Lenaerts dès 1991, d'un « principe unique aux apparences multiples »³, on se limitera ici à un constat général : la non-discrimination est la mise en œuvre concrète du principe abstrait d'égalité, son « bras armé »⁴. Obligation négative dans un premier temps – ne pas discriminer – elle se mue en obligation positive : traiter différemment des situations différentes. Aristote avait déjà souligné les deux faces du principe d'égalité. Outil au service d'une fin qu'est l'égalité, la non-discrimination prend alors diverses formes. Elle est tantôt « apaisante », tantôt « conquérante »⁵, plus ou moins incisive, jusqu'à la discrimination positive et devient valeur en soi, droit à la distinction, construction de l'égalité réelle. Comme d'autres catégories de personnes, l'étranger bénéficie de cette évolution. Le droit des étrangers, qu'il soit national ou européen, évolue progressivement d'un droit d'exclusion vers un droit d'inclusion ou, à tout le moins, d'infusion. Cette évolution sera examinée plus loin (II).

Au préalable, il faut s'interroger plus avant sur le mot « étrangers » utilisé dans le titre proposé pour la présente contribution alors que le titre général du colloque est « la non-discrimination entre les européens ». Faut-il en déduire que le seul étranger ici visé serait le citoyen européen, étranger en ce qu'il ne réside pas sur le territoire de l'État dont il possède la nationalité ? L'étranger ressortissant d'État tiers serait-il, dès lors, exclu du champ de la présente contribution ? Si tel était le cas, il y aurait, dans l'examen du principe de non-discrimination entre citoyens européens auxquels se limiterait cette contribution, de nombreuses redites avec d'autres contributions plus approfondies⁶. Du reste, en droit

¹ Gwénaële Calvès, Sophie Robin-Olivier, Francesca Ippolito, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Edouard Dubout, Catherine Gauthier, Olivier Dubos, Baptiste Tranchant.

² M. Fallon, D. Martin, « Dessine-moi une discrimination... », *J.D.E.*, 2010, p. 165. Voir ici même les conclusions de Denis Martin et ses travaux approfondis dans *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, précédés des travaux de R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003. Sur l'égalité en général, parmi les classiques, voir les travaux sous l'égide de Chaïm Perelman, « L'égalité », Bruxelles, Bruylant, 8 volumes de 1971 à 1982 et V. Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2003. Dans un autre cadre, voir les actes du onzième colloque de l'Institut de droit européen des droits de l'homme de l'Université Montpellier I : Fr. Sudre et H. Surré (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

³ K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.

⁴ S. Platon, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 126.

⁵ J.-P. Marguénaud, « Conclusions », in Fr. Sudre et H. Surré (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH*, *op. cit.*, p. 453 et p. 463.

⁶ « Non-discrimination et principe de territorialité » (Francette Fines), « Les discriminations à rebours » (Marie Gautier), « Non-discrimination et citoyenneté européenne » (Ségolène Barbou des Places), « Non-discrimination et matière sociale » (Jean-Philippe Lhernould), « La non-discrimination entre étudiants » (Myriam Benlolo-Carabot).

européen, l'étranger désigne normalement le ressortissant d'un État tiers à l'Union. Même dans le cadre des coopérations restreintes, dès l'origine en 1990, la Convention d'application des Accords de Schengen, alors qu'elle ne concernait que cinq États, définissait l'étranger comme « toute personne autre que le national d'un État membre des Communautés européennes » (art. 1). À la suite de l'intégration de « l'acquis Schengen » dans le droit de l'Union, la définition de l'étranger demeure celui qui ne possède pas la nationalité d'un État membre. Ainsi, s'agissant aujourd'hui de coopération renforcée, trois États membres - le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande - disposent d'un statut extérieur à Schengen qui ne fait toutefois pas de leurs nationaux des étrangers⁷. À l'opposé, l'élargissement à l'Islande et à la Norvège, qui sont « associés à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen »⁸, n'offre pas le statut de national d'un État membre de l'Union aux ressortissants de ces pays, ni partant la citoyenneté européenne. Ils demeurent « étrangers », fût-ce en bénéficiant d'une plus grande liberté pour le franchissement des frontières intérieures. Bref, à l'évidence, le propos attendu doit être plus large : il concerne aussi et principalement les étrangers ressortissants d'États tiers (II). Toutefois, le titre général du colloque et l'embarras qu'il a suscité pour la présente contribution invitent à s'arrêter dans un premier temps sur « le principe de non-discrimination et étrangers » lorsque ceux-ci sont citoyens de l'Union (I).

I. La non-discrimination entre citoyens de l'Union, nationaux et étrangers

La première hypothèse concerne donc la non-discrimination entre citoyens de l'Union selon qu'ils sont ou non nationaux de l'État de résidence.

A. La non-discrimination : un principe élastique

Le principe est clair et n'a cessé de s'étendre avec une souplesse très élastique qui fait parfois sa confusion. Il constitue dorénavant l'un des éléments qui « caractérise » la société européenne et les valeurs qui la fondent⁹. Ce principe est expressément lié à la citoyenneté européenne, composant le titre même de la deuxième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « non-discrimination et citoyenneté de l'Union ». La première disposition de cette partie, l'article 18 TFUE, y reproduit l'ancien article 12 TCE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Compte tenu du sujet de l'étranger assigné à cette contribution, on ignorera les facteurs de discrimination, autre que la nationalité, visés à l'article 19 TFUE dont les modalités d'interdiction ont fait l'objet de droit dérivé et qui pose bien plus largement l'affirmation d'un principe par une

⁷ Protocole, n° 19 au TFUE, sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, *J.O.*, 2008, C 115, p. 290.

⁸ *Idem*, art. 6.

⁹ Art. 2 TUE, avec le pluralisme, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. Par une curieuse évolution sémantique, cet article affirme une valeur d'égalité, un principe général de « non-discrimination » et un principe spécifique d'« égalité » entre les femmes et les hommes.

manière de « clause communautaire de lutte contre les discriminations »¹⁰. Il reste que, même en se centrant sur le seul critère de nationalité, les possibilités de discrimination sont multiples. C'est que « le domaine d'application des traités » est large – et largement interprété par la Cour – en manière telle que les traitements différenciés infligés ou prodigués aux citoyens peuvent varier selon le champ matériel, le champ personnel, ou le champ territorial des droits invoqués. Classiquement, la difficulté s'insère dans la marge entre le traitement différencié acceptable et la discrimination condamnable. En voici trois exemples, un par champ d'application, liés à la libre circulation des personnes.

Pour le champ matériel, le traitement sera plus ou moins différencié selon qu'il y va du simple droit de séjour ou de l'accès à certains droits sociaux. Pour l'accès à ces derniers, le lien de proximité exigé, et souvent matérialisé par la durée de résidence, sera plus fort. La jurisprudence relative aux bourses d'étude pour les étudiants en est une illustration¹¹.

Cet exemple permet également de montrer la variabilité de traitements différenciés en raison de la nationalité au regard du champ personnel de la libre circulation en principe ouverte plus largement à l'agent économique, travailleur ou assimilé, qu'au simple citoyen qui doit davantage justifier de moyens de subsistance suffisants. En principe car, paradoxalement, le travailleur, premier bénéficiaire de la libre circulation des personnes dès les débuts du droit communautaire, voit sa liberté plus restreinte que celle du simple citoyen lorsqu'il est ressortissant d'un nouvel État membre soumis aux périodes de transition. Certes, au sens strict, il n'y va pas d'atteinte à son droit de circuler mais de limite dans l'accès aux emplois. Mais celle-ci irradie nécessairement celle-là. Compréhensibles pour des raisons économiques, réelles ou supposées, ces différences de traitement « transitoires » fondées sur la nationalité reposent sur des justifications faibles qui ne les sauvent guère du soupçon de discrimination. Tel est le cas en particulier lorsqu'un ancien État membre, après avoir décidé de supprimer les mesures transitoires, les restaure en utilisant la clause de sauvegarde pour les ressortissants d'un État membre spécifique, comme l'Espagne à l'égard des Roumains¹².

C'est dans le champ territorial que la (non-)discrimination entre européens, en raison de la nationalité, pose les plus belles questions. Parmi celles-ci figure, du point de vue du critère d'extranéité qui guide cette contribution, la question des binationaux. Elle porte à la fois sur le champ personnel et sur le champ territorial du principe de non-discrimination. La solution est simple lorsque, parmi les nationalités en présence, une seule est celle d'un État membre. Elle sera retenue et préférée aux autres¹³. Que la justification en soit la fonctionnalité du droit européen ou l'effectivité de la nationalité du for européen importe peu¹⁴. Si cette préférence

¹⁰ E. Dubout, *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹¹ CJ, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, 2005, p. I-2119 ; CJ, 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, *Rec.*, 2008, p. I-8507. Voir ici la contribution de M. Benlolo-Carabot.

¹² Voir le communiqué de la Commission européenne du 11 août 2011 (IP/11/960) : « À la suite d'une demande formulée par les autorités espagnoles le 28 juillet 2011, la Commission européenne a autorisé l'Espagne à restreindre l'accès des travailleurs roumains à son marché du travail jusqu'au 31 décembre 2012, du fait de graves perturbations dans ce domaine ».

¹³ CJ, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, *Rec.*, 1992, p. I-4239.

¹⁴ J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 272.

est aisée lorsqu'il s'agit de cas isolés, elle devient plus délicate lorsqu'un État membre attribue massivement sa nationalité à des minorités résidant dans un État tiers, « citoyennisant » par là de nombreux étrangers ressortissants d'État tiers. La solution est plus complexe encore lorsque sont en présence les nationalités de plusieurs États membres. D'une part, elle conduit à une première faveur : même en l'absence de circulation territoriale physique de la personne, la double nationalité, par une manière de circulation virtuelle, suffit à rattacher sa cause au droit de l'Union¹⁵, du moins, si l'on en croit l'évolution de la jurisprudence, lorsque « des inconvénients sérieux » en résultent¹⁶. D'autre part, une deuxième faveur s'y attache : le citoyen possédant les nationalités des États membres X et Y résidant dans un État membre Y pourra s'y prévaloir de droits liés à sa nationalité étrangère X et, par exemple, porter le double nom que telle loi nationale permet¹⁷. La place ainsi faite à l'autonomie de la volonté, qui plus est dans une matière civile liée au statut personnel, est intéressante et méritera qu'on y revienne dans l'examen des droits des étrangers ressortissants d'États tiers (*infra* II). Ici, on se contentera de souligner que l'effacement d'une discrimination en dévoile une autre. Pour permettre à XY de se prévaloir du droit X comme ses compatriotes de nationalité X, je lui accorde des droits dont ses compatriotes uni-nationaux de nationalité Y ne disposent pas. À l'évidence, le citoyen binational est favorisé par rapport au citoyen uni-national. Conséquence des lois souveraines des États sur la nationalité, cette faveur ne franchit pas, pour la jurisprudence, le seuil de la discrimination. Lorsque les hypothèses soumises aux juridictions évolueront vers des questions plus neuves comme le mariage de personnes de même sexe qui serait revendiqué en Italie par un Belgo-Italien, l'ordre public aidant, les réponses seront plus délicates.

B. La discrimination à rebours : une exception peau de chagrin

La principale question liée au champ d'application territorial de la non-discrimination dans le droit de l'Union demeure celle des situations purement internes et des discriminations à rebours. Elle fait l'objet d'une analyse très approfondie dans ce volume (Marie Gautier). Toutefois, on s'y arrête un instant car elle va, le plus souvent, concerner indirectement des étrangers ressortissants d'États tiers. C'est en effet en qualité de membres de la famille d'un citoyen européen que ces étrangers vont postuler le bénéfice de droits de l'Union, en particulier d'un droit de séjour. Selon une jurisprudence dominante, tel droit sera refusé lorsque le citoyen qui devrait ouvrir le droit dérivé au séjour est un citoyen sédentaire. La discrimination à rebours, directement fondée sur la nationalité, est disqualifiée. Ce n'est pas qu'elle serait justifiable comme traitement différencié, c'est, plus simplement, qu'en l'absence de circulation, elle échappe au champ d'application des droits liés à la libre circulation. Pour actionner ce droit de l'Union, il faut un lien avec le territoire de plusieurs États membres, non d'un seul. Le déplacement entre les territoires peut être ancien, en cas de retour au pays de nationalité¹⁸. Il peut être fictif en cas de pluri-nationalité¹⁹. Mais le lien avec une pluralité de

¹⁵ CJ, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613.

¹⁶ CJ, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, pt 52.

¹⁷ CJ, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*

¹⁸ CJ, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.*, 1992, p. I-4267 ; 21 avril 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I-1663.

territoire doit être. Ou devait être. En effet, en écho des coups de boutoir, frappés par une partie de la doctrine et par l'avocat général madame Sharpston, à l'encontre des discriminations à rebours, la Cour danse une procession d'Echternach rythmée de pas en avant et de pas de côté. Les derniers avatars en sont les jurisprudences *Ruiz Zambrano*²⁰ et *McCarthy*²¹. Analysées par Marie Gautier, ces jurisprudences ne sont pas détaillées ici mais simplement interrogées, au regard du principe de proportionnalité. Deux positions s'affrontent. L'une, défendue avec brio par Marie Gautier, considère qu'il n'y a pas lieu de condamner la discrimination à rebours. Celle-ci ne s'inscrit pas, selon les termes même de l'article 18 TFUE « dans le domaine d'application des traités ». Au contraire, niant l'ordre juridique commun qui se construit sur un marché intérieur fondé sur les libertés de circulation, la condamnation des discriminations à rebours mettrait en péril la spécificité du droit de l'Union. Les situations purement internes seraient en quelque sorte hors-jeu, voire plantes nuisibles mettant en péril l'écosystème communautaire. Ceci n'est pas faux et la jurisprudence constante de la Cour de justice, jusqu'à l'affaire *Assurance soins de santé flamande*²², rappelle qu'il appartient aux États membres de condamner telle discrimination, fût-ce en s'inspirant de sa propre jurisprudence. Ce faisant, la Cour ne fait qu'une application du principe de subsidiarité qui ne devrait pas déplaire aux Cours constitutionnelles soucieuses de leurs prérogatives. Et si, comme dans l'affaire belge précitée, la Cour constitutionnelle refuse d'assumer ses responsabilités, renvoyant la question aux législateurs régionaux et au législateur fédéral, l'ordre juridique de l'Union n'en est pas responsable²³.

L'autre position considère que la construction d'une citoyenneté européenne commune ne permet plus de discrimination fondée sur la nationalité entre citoyens européens, qu'ils soient migrants ou sédentaires. Je soutiens cette position. Qu'on s'entende bien, d'une part il s'agit d'une évolution, d'autre part il s'agit de discrimination.

Il s'agit d'une évolution car il est vrai qu'initialement, la construction européenne est fondée sur les libertés de circulation et sur le marché intérieur. Or, l'appréciation des liens nécessaires avec le marché intérieur a fortement évolué. Ainsi, en matière de liberté d'établissement, dans une affaire *Attanasio*, la Cour condamne la législation italienne relative au maillage territorial des installations routières de distribution de carburant²⁴. Ne concernant

¹⁹ CJ, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*

²⁰ CJ, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, 2011.

²¹ CJ, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*

²² CJ, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand (assurance soins de santé flamande)*, aff. C-212/06, *Rec.*, 2008, p. I-1683.

²³ Cour constitutionnelle de Belgique, 21 janvier 2009, n° 11/2009, accessible sur www.const-court.be/public/f/2009/2009-011f.pdf. La haute juridiction estime que l'examen d'une éventuelle discrimination ne relève pas de sa compétence mais de celle des législateurs communautaires ou du législateur fédéral. Au point B.16 de sa décision, la Cour constitutionnelle note : « Sans que la Cour doive examiner si [ces] personnes pourraient être victimes d'une discrimination dans l'exercice de leur droit à la libre circulation des personnes, ... il convient de constater qu'en toute hypothèse, cette éventuelle discrimination ne pourrait avoir son siège dans le décret attaqué [décret flamand accordant certains soins de santé complémentaires aux seules personnes travaillant et résidant en Flandre], mais dans l'absence de dispositions analogues dans des décrets des Communautés française et germanophone ou dans l'absence de mesures fédérales de sécurité sociale, ... de sorte que les moyens de droit interne dirigés contre les dispositions du décret ne sont pas fondés ».

²⁴ CJ, 11 mars 2010, *Attanasio*, aff. C-384/08, *Rec.*, 2010, p. I-2055.

que des sociétés italiennes sur le territoire italien, la situation était purement interne. La Cour souligne cependant que « lorsque ... tous les éléments du litige dont est saisie la juridiction nationale sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre, ... s'agissant d'une réglementation imposant des distances minimales obligatoires entre les installations routières de distribution de carburants, il ne saurait nullement être exclu que des entreprises établies dans des États membres autres que l'État membre concerné aient été ou soient intéressées à commercialiser des carburants dans ce dernier État membre »²⁵. Est ainsi condamnée, comme le fut déjà en matière de libre circulation des marchandises²⁶, une violation potentielle de la liberté de circulation. Ce n'est pas tant la potentialité de la violation qui intéresse que les termes généraux utilisés. Ils conduisent à penser que « désormais, toute personne en situation interne – prestataire de service, travailleur, citoyen – pourrait invoquer le traité, pourvu qu'elle établisse l'effet discriminatoire de la mesure en cause »²⁷. Cette évolution est, au départ, plus lente en matière de libre circulation des personnes mais va bénéficier d'un accélérateur par la notion de citoyenneté européenne qui déborde, fût-ce involontairement, du champ du marché intérieur. L'avocat général Sir Gordon Slynn ne s'y trompait pas dans ses conclusions sur l'affaire *Morson et Jhanjan* de 1982 en constatant que « comme les droits qui découlent du Traité reposent sur le principe de la libre circulation des travailleurs, et non sur un droit de séjour sur tout le territoire de la Communauté, il est à tout le moins possible et peut-être inévitable qu'il y ait des lacunes »²⁸. Or, aujourd'hui, c'est bien d'un droit de séjour généralisé dont dispose le citoyen européen qui « a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » (art. 20 § 2, a et art. 21 § 1 TFUE). Certes, le droit dérivé vise le citoyen de l'Union qui se « rend » ou séjourne dans un État membre « autre » que celui dont il a la nationalité²⁹. Mais le droit primaire impose-t-il encore telle restriction, en particulier depuis le traité de Lisbonne ? Dans la question préjudicielle qui conduira à l'arrêt *Uecker et Jacquet* de 1997, le juge allemand s'interrogeait déjà et croyait « douteux que les principes fondamentaux d'une Communauté se trouvant sur la voie de l'Union européenne permettent encore qu'une disposition nationale contraire [au principe de non-discrimination en matière de libre circulation] puisse continuer à être appliquée par un État membre à l'encontre de ses propres ressortissants »³⁰. En réponse, la Cour se contentait de rappeler que « la citoyenneté de l'Union ... n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire »³¹. Ce n'est plus ce qu'elle dit dans *Ruiz Zambrano*. Rappelant que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres », elle affirme que l'article 20 TFUE, qui institue la citoyenneté et énumère

²⁵ *Idem*, pt 1.

²⁶ CJ, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. C-321/94, *Rec.*, 1997, p. I-2343 ; D. Simon et F. Lagondet, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, p. 7.

²⁷ M. Fallon, commentaire de l'arrêt *Attanasio*, in *Clunet*, 2011, p. 542.

²⁸ Conclusions du 6 octobre 1982 sur CJ, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*, aff. jointes 35 et 36/82, *Rec.*, 1982, p. 3723.

²⁹ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*J.O.*, L158, p. 77, rectificatif *J.O.*, L229, p. 35), article 3, § 1. Voir notamment, CJ, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*

³⁰ CJ, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. C-64 et 65/96, *Rec.*, 1997, I-3173, pt 12, repris dans l'affaire *Gouvernement wallon*, *op. cit.*, pt 39.

³¹ *Idem*, pt 23.

l'ensemble des droits du citoyen – et non le seul article 21 relatif à la circulation et au droit de séjour – « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »³². En conséquence, en l'espèce, des parents étrangers ressortissants d'États tiers doivent pouvoir séjourner en Belgique avec leur jeune enfant belge, donc citoyen européen. L'arrêt *McCarthy*, postérieur, bien qu'adoptant une position inverse quant aux conséquences sur le droit de séjour au Royaume Uni d'un ressortissant d'État tiers époux d'une anglo-irlandaise, résume correctement la position de la Cour : il importe de voir si « la mesure nationale en cause au principal aurait pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres »³³. Je souligne ici la conjonction « ou ». Il y a bien option. Soit, comme dans la jurisprudence antérieure à *Zambrano*, il y a entrave à la libre circulation et au droit de séjour. Soit, et c'est l'évolution, il y a privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen. Anastasia Iliopoulou avait déjà souligné dans sa thèse de doctorat, sous la direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère, que les deux aspects « libre circulation et non-discrimination » constituaient les « éléments du statut de citoyen de l'Union européenne » sans que celui-ci soit nécessairement conditionné par celui-là³⁴. Dans une thèse soutenue à la même époque, Myriam Benlolo Carabot avait annoncé cette « ultime étape ... en voie d'être concrétisée ... [qui] ... revient à considérer le principe de non-discrimination comme partie intégrante de la citoyenneté européenne, non pas seulement dans son exercice, mais aussi dans le statut lui-même »³⁵. Cette évolution n'est plus contraire à la spécificité de l'ordre juridique européen. Elle est plutôt conforme au franchissement d'une « nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne » (premier considérant du TUE). Elle répond à un double objectif : construire une citoyenneté commune et intégrer largement le respect des droits fondamentaux. Le titre de la deuxième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, alliant « non-discrimination et citoyenneté de l'Union », symbolise ce double objectif. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union au rang de droit primaire confirme cette évolution. Quand bien même, « la Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union »³⁶, elle accentue, par un effet d'entraînement inévitable, l'interprétation des compétences de l'Union dans le respect des droits fondamentaux. Il peut être affirmé que « la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose un principe vraiment général d'égalité (art. 20) et de non-discrimination (art. 21) doté en tant que droit fondamental d'une valeur autonome et non dirigé vers un objectif déterminé comme la réalisation du marché intérieur »³⁷. Or, il ne paraît plus possible de soutenir une citoyenneté

³² Arrêt *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, pts 41 et 42.

³³ Arrêt *McCarthy*, *op. cit.*, pts 49 et 53.

³⁴ A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

³⁵ M. Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 569-570.

³⁶ Déclaration n° 1 relative à des dispositions des traités, sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, C 115, p. 337.

³⁷ S. Platon, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 128, qui toutefois justifie les discriminations à rebours car celles-ci constituent, à ses yeux, une application « asymétrique » du principe de non-discrimination, à l'image des discriminations positives (*idem*, p. 155).

commune comme statut fondamental, en ignorant dans différents domaines du droit communautaire, dont celui du séjour de membres de la famille par droit dérivé ou de certains droits sociaux, la situation des citoyens sédentaires qui représentent plus de 90 % des citoyens européens. L'avocat général madame Kokott, moins favorable que madame Sharpston à la condamnation des discriminations à rebours, reconnaissait dans ses conclusions sur l'affaire *McCarthy*, écrites avant l'arrêt *Zambrano*, qu'on « ne peut certainement pas exclure que, à un moment donné, la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux »³⁸. Elle estimait simplement que « l'espèce ne me paraît pas fournir une occasion appropriée »³⁹. En réalité, la prise en considération des situations purement internes dans les questions relatives aux personnes est conforme à l'évolution du marché intérieur dans d'autres domaines en manière telle que « force est d'admettre ... que la notion de situation purement intérieure déjà battue en brèche dans nombre de secteurs du marché intérieur paraît ici aussi condamnée à disparaître »⁴⁰. Loin d'être une violation de la nature du droit « communautaire », la prise en compte, dans certaines hypothèses, de situations purement internes participe de l'évolution même de cette nature.

« Dans certaines hypothèses », indique la phrase ci-dessus, car, et c'est la deuxième précision annoncée – après le caractère évolutif du droit de l'Union – il y va de discriminations. Fût-ce à rebours, discrimination il y a. C'est donc bien le principe de proportionnalité qui mesurera si le traitement différencié acceptable est ou non dépassé. En d'autres termes, selon les dernières jurisprudences, il s'agira d'examiner *in concreto* s'il y a ou non privation de la « jouissance effective » de « l'essentiel des droits » des citoyens. Comme pour la formule *Grzelczyk* de la « citoyenneté statut fondamental »⁴¹, la jurisprudence de la Cour devra préciser le contenu de la formule *Zambrano* de « l'essentiel des droits » du citoyen⁴². Telle est aussi l'une des spécificités de la construction du droit européen. La jurisprudence grignotera la peau de ces discriminations à rebours, exception au principe de non-discrimination. Les situations de discrimination à rebours entre citoyens européens concernent, on l'a dit, souvent des étrangers ressortissants d'États tiers, membres de la famille d'un citoyen. Or, cette évolution, conduisant à la condamnation possible des discriminations à rebours entre citoyens, est conforme à l'évolution du droit européen relatif au principe de non-discrimination appliqué aux étrangers ressortissants d'États tiers. Cette évolution chemine, lentement, de l'exclusion vers l'inclusion ou l'infusion.

³⁸ Conclusions du 5 novembre 2011 sur *McCarthy*, *op. cit.*, pt 42. Cet extrait est suivi, comme justification, de la reprise de la formule *Grzelczyk*.

³⁹ *Idem*, pt 43. L'A.G. constate que Mme McCarthy ne remplit pas les conditions de travail ou de moyens de subsistance nécessaires pour le droit au séjour.

⁴⁰ L. Dubouis et Cl. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2009, p. 256 où le « ici » vise la circulation des marchandises. Voir aussi p. 272.

⁴¹ CJ, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, 2001, p. I-6193.

⁴² On conviendra que l'arrêt *McCarthy*, cachant vraisemblablement des désaccords de principe sous des différences de faits, ne clarifie guère les choses.

II. La non-discrimination entre citoyens de l'Union et étrangers ressortissants d'États tiers

Il n'y a pas à tergiverser, le droit des étrangers est, par définition, un droit d'exclusion. Son évolution affine toutefois la marge entre le traitement différencié et la discrimination, favorisant l'inclusion par infusion.

A. Une définition : l'exclusion

Par définition, « le droit des étrangers est avant tout un droit d'exclusion et de restriction »⁴³. Cela est bien « par définition » car, dans toutes les lois, la définition même de l'étranger est une définition d'exclusion. L'étranger est celui qui n'a pas la nationalité du pays de résidence. Dans l'Union, il est celui qui n'est pas citoyen européen parce qu'il ne possède pas « la nationalité d'un État membre » (art. 20 TFUE) mais est ressortissant d'un État tiers.

Dans l'exercice des droits, la première mise en œuvre de ce principe d'exclusion se matérialise dans le contrôle de l'accès au territoire et du séjour. Le contrôle des frontières est un acquis de la souveraineté des États. Certains auteurs classiques du droit international furent favorables à la liberté de circulation pour des motifs de liberté de commerce (de Vitoria, *De Indis*, 1539 ; Grotius, *De la liberté des mers*, 1609) ou de droits fondamentaux car « un homme ... ne perd point sa qualité d'homme, ni par conséquent le droit d'habiter quelque part » (Vattel, 1758)⁴⁴. C'est toutefois pour affirmer aussitôt que « d'un autre côté, toute Nation est en droit de refuser à un Étranger l'entrée de son pays »⁴⁵. De même, dans une résolution de l'Institut de droit international, en 1897, comportant un projet de convention sur l'émigration, souvent cité comme l'un des rares textes reconnaissant un droit à l'émigration et à l'immigration, s'il est vrai que l'article 1^{er} affirme que « Les États contractants reconnaissent la liberté d'émigrer et d'immigrer aux individus isolés ou en masse, *sans distinction de nationalité* » (nous soulignons), il convient, pour être complet, de préciser que l'article 2 ajoute « L'émigration sera interdite aux personnes auxquelles les lois de l'État d'immigration défendent d'immigrer »⁴⁶. L'étranger est bien « entre souveraineté nationale et droits de l'homme »⁴⁷, la seconde branche paraissant soumise à la première. Ainsi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à examiner l'un ou l'autre droit fondamental du migrant, comme le droit de vivre en famille, elle « ne saurait oublier que [tel]

⁴³ Fr. Julien-Lafferrière, *Droit des étrangers*, Paris, PUF, p. 19.

⁴⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, républié in *The Classics of International Law*, Clarendon Press, 1983, ici livre I, chapitre XIX consacré à *La Patrie*, § 229. Sur l'ensemble, voir Fr. Rigaux, « La liberté de mouvement dans la doctrine du droit des gens », in V. Chetail, *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 138 et V. Chetail, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », *idem*, p. 13.

⁴⁵ *Idem*, § 230.

⁴⁶ Annuaire I.D.I., session de Copenhague, 1897, p. 233.

⁴⁷ J.-Fr. Flauss, « L'étranger entre souveraineté nationale et droits de l'homme », in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 45. Voir aussi S. Saroléa, *Droits de l'homme et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »⁴⁸. Il n'est dès lors pas étonnant que, reportant les frontières de l'État à l'Union, celle-ci « développe une politique visant ... à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures [et] à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures » (art. 77, § 1, lettres b et c TFUE). Il n'y a pas lieu, ici, d'examiner les différents textes de droit dérivé adoptés à cet effet⁴⁹. On relèvera simplement que le principe de souveraineté est modalisé. Il varie fortement selon la catégorie d'étrangers concernée. L'accès au territoire va de la faveur, pour les migrations de travail par exemple, au droit plus ou moins conditionné pour les migrations de famille ou d'asile par exemple. Plus l'étranger appartient à une catégorie bénéficiant d'un droit à la migration, moins les traitements différenciés seront acceptés, considérant qu'ils dépassent les limites de la discrimination. Malgré une pleine compétence assez récente dans les matières liées à cet espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice a déjà eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que ces textes de droit dérivé relatifs aux migrations peuvent comporter des dispositions qui imposent « aux États membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis »⁵⁰ et que ces dispositions doivent être interprétées dans le respect des droits fondamentaux⁵¹. En outre, lorsque le droit des migrants est lié au droit du citoyen européen, en qualité de membre de la famille, la Cour donne prépondérance aux droits liés à la libre circulation du citoyen⁵², voire pour un citoyen sédentaire à l'essentiel de ses droits⁵³.

La distinction entre le citoyen européen et l'étranger en matière d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement n'est pas, en soi, considérée comme discrimination. D'une part, il est acquis, même si elle ne le formule pas expressément, que la disposition du droit primaire interdisant « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » ne concerne que les nationalités des États membres (art. 18 TFUE, examiné ci-dessus). D'autre part, même au regard d'un principe externe de non-discrimination, la liberté de circulation dont bénéficient les citoyens européens et dont sont exclus les ressortissants d'États tiers constitue, pour la Cour européenne des droits de l'homme, un « traitement préférentiel [qui trouve] une justification

⁴⁸ Cour eur. D.H., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. RU*, pt 67.

⁴⁹ Voir notamment Y. Pascouau, *La politique migratoire de l'Union européenne – De Schengen à Lisbonne*, Paris, LGDJ, 2010 ; St. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3^e édition, Oxford University Press, 2011 ; K. Hailbronner (dir.), *EU Immigration and Asylum Law – Commentary*, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010 ; P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder et K. Wouters, *European Migration Law*, Antwerp, Intersentia, 2009 ; J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 131 à 187 et l'ensemble des travaux du réseau *Odyssée*, publiés chez Bruylant (www.ulb.ac.be/assoc/odysseus).

⁵⁰ CJ, 4 mars 2010, *Chakroun*, aff. C-578/08, pt 41, ici à propos du droit au regroupement familial.

⁵¹ CJ, 2 mars 2010, *Salahadin et al.*, aff. C-175, 176, 178 et 179/08, pt 53-54 ; 17 juin 2010, *Bolbol*, aff. C-31/09, pt 38 et 9 novembre 2010, *B. et D.*, aff. jointes C-57/09 et C/101/09, toutes à propos du droit d'asile.

⁵² CJ, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08. La Cour se réfère à la nécessité de « faciliter le droit fondamental au séjour » du citoyen avec les membres de sa famille (pt. 89). Pour une analyse détaillée de l'arrêt *Metock*, voir S. Barbou des Places, « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », in *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 340.

⁵³ CJ, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, op. cit.

objective et raisonnable [dans l'existence] d'un ordre juridique spécifique»⁵⁴. En d'autres termes, comme pour l'État-nation, l'existence d'un ordre juridique propre, de surcroît d'une citoyenneté propre, constitue un critère objectif de traitement différencié poursuivant un objectif légitime. Sauf à assortir sa violation de sanctions disproportionnées – on n'accepterait pas de tuer à la frontière l'étranger non muni des documents requis mais on accepte, encore, qu'il puisse être privé de sa liberté⁵⁵ – le traitement différencié échappe à la condamnation pour discrimination. Comme l'indique la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit généralement d'un « traitement préférentiel » au bénéfice du citoyen européen. Il advient aussi, plus rarement, par une manière de discrimination à rebours européenne plus que nationale, que le citoyen européen se voie exclu d'un droit reconnu à certains ressortissants d'États tiers. Ce peut être la conséquence du droit européen lui-même qui, par exemple, exclut a priori les citoyens de l'Union du bénéfice du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire⁵⁶. Ce peut être aussi la conséquence d'une législation nationale accordant, par exemple, un droit social spécifique à certains étrangers ressortissants d'États tiers tout en le refusant aux ressortissants d'États membres. N'y a-t-il pas là discrimination condamnable au regard de l'article 18 TFUE ? Non, dit la Cour, cette disposition « ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants des États membres du bénéfice de prestations d'assistance sociale octroyées aux nationaux d'États tiers » car « cette disposition concerne les situations ... dans lesquelles un ressortissant d'un État membre subit un traitement discriminatoire par rapport aux nationaux d'un autre État membre sur le seul fondement de sa nationalité et n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas d'une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des États membres et ceux des États tiers »⁵⁷. En conséquence aussi, la même disposition n'a pas vocation à connaître des différences de traitement entre catégories d'étrangers ressortissants d'États tiers. En revanche, il advient que les juridictions constitutionnelles⁵⁸ ou que la Cour de Strasbourg soient appelées à trancher ces questions. Elles s'inscrivent alors dans l'évolution qui favorise l'inclusion.

B. Une évolution : inclusion ou infusion ?

⁵⁴ Cour eur. D.H., 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, pt 49 ; *C c. Belgique*, pt 38. Sur l'ensemble, voir Fr. Tulkens, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, op. cit., p. 193.

⁵⁵ C. Teitgen-Colly, « La détention des étrangers et les droits de l'homme », in V. Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, op. cit., p. 571.

⁵⁶ Directive 2004/83 du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (dite « directive qualification »), *J.O.*, 2004, L 304/12, rectificatif, *J.O.*, 2005, L 2004/24 (nous soulignons). Voir aussi le protocole n° 24 du Traité, sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne (*J.O.*, 2008, L 115/305). Introduit depuis Maastricht à la suite du différend entre l'Espagne et la Belgique relatif aux « réfugiés » basques, ce protocole, dit « protocole Aznar », précise les quatre exceptions à l'exclusion de principe de citoyens européens du droit d'asile dans l'Union. Pour une analyse, voir J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, op. cit., p. 161.

⁵⁷ CJ, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jointes C-22 et 23/08, *Rec.*, 2009, p. I-4585, dispositif et pt 52.

⁵⁸ Voir, par exemple, D. Vanheule, « L'égalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux étrangers », in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, op. cit., p. 211 ; M.-Cl. Foblets, « Diversité et catégories de personnes dans les sociétés contemporaines », *idem*, p. 125.

Comme l'a relevé Jean-François Flauss, « l'érosion des différences de traitement entre nationaux [ou ici citoyens européens] et étrangers » est plus forte, s'agissant de l'étranger « résidant » que de l'étranger « accédant »⁵⁹. Certaines constitutions nationales affirment que « tout étranger qui se trouve sur le territoire jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens » au même titre que les nationaux⁶⁰. Le plus souvent, ce principe de non-discrimination entre le national et certaines catégories d'étrangers résulte de conventions bilatérales fondées sur un principe de réciprocité. De même, dans le cadre européen, ce principe de non-discrimination est inscrit dans les accords d'association (par exemple, avec la Turquie), dans les accords de coopération (par exemple, avec le Maroc et l'Algérie) et même dans les accords ACP (avec les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique). Leur portée peut varier, se limitant aux conditions de travail et aux droits sociaux pour les uns, ou s'étendant à certains droits de séjour pour les autres (Turquie) en vertu d'une jurisprudence d'effet utile développée par la Cour⁶¹. L'Union européenne est allée plus loin dans le chemin de l'inclusion en développant pour l'étranger un statut de ressortissant d'État tiers résident de longue durée⁶². Selon l'article 4, « Les États membres accordent le statut de résident de longue durée aux ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur leur territoire pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause ». Sans supprimer toute différence, notamment en matière d'accès à certains emplois, ce statut rapproche l'étranger du citoyen en affirmant une large « égalité de traitement » (art. 11) et en lui ouvrant la liberté de circulation et le droit de séjour sur le territoire des autres États membres (art. 14)⁶³. Ce critère de durée de résidence correspond à la notion de « lien réel » et de « degré d'intégration » développée par la Cour de justice pour mesurer les conditions d'accès à certains droits sociaux pour les citoyens européens qui résident dans un autre État membre⁶⁴. Elle correspond aux cinq années de résidence qui ouvrent, pour le citoyen européen, l'accès au droit de séjour permanent⁶⁵. Cette même notion a permis à la Cour d'accepter l'élargissement aux ressortissants d'États tiers, remplissant cette condition de « lien étroit » avec un État membre, d'un droit que l'on croyait exclusivement réservé au citoyen européen : le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen⁶⁶.

⁵⁹ J.-Fr. Flauss, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁰ Article 191 de la Constitution belge. Sur la jurisprudence, voir D. Vanheule, *op. cit.*, p. 213.

⁶¹ Sur ces jurisprudences, J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 71.

⁶² Directive 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JO*, 2004, L16/44. La directive 2011/51 du 11 mai 2011 étend le champ d'application de ce statut aux bénéficiaires d'une protection internationale (réfugiés) qui en étaient exclus.

⁶³ Pour une analyse détaillée, voir J. Handoll, in K. Hailbronner (dir.), *EU Immigration and Asylum Law*, *op. cit.*, p. 605.

⁶⁴ Par exemple, à propos des bourses d'étude pour les étudiants, dans CJ, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, 2005, p. I-2119, pts 57 et 59 et 18 novembre 2008, *Förster*, *op. cit.*, pt 51.

⁶⁵ Directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *op. cit.*, art. 16.

⁶⁶ CJ, 12 septembre 2006, *Espagne c. RU*, aff. C-154/04, *Rec.*, 2006, p. I-7917, pt 78. Voir notamment le commentaire de L. Azoulai, in *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, vol. IV, 2006, p. 715. Dans une déclaration n° 64 figurant en annexe du Traité de Lisbonne, le Royaume-Uni a souligné que le libellé de l'article 14 TUE, aux termes duquel « le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union » ou d'autres articles « ne sont pas destinés à modifier la base du droit de vote pour les élections parlementaires européennes », maintenant ainsi l'ouverture de ce droit au citoyen du Commonwealth résidant depuis une certaine durée sur le territoire du Royaume, en ce compris Gibraltar.

Bien que la directive 2003/109 doive être transposée depuis le 23 janvier 2006, elle paraît peu utilisée par les États membres. S'il est, dans le futur, correctement mis en œuvre par les États membres, ce texte renforcera l'effectivité de la jurisprudence strasbourgeoise appliquant le principe de non-discrimination (art. 14 CEDH) en matière de droits sociaux assimilés au droit de propriété (P 1, art. 1 CEDH). Utilisant une formule similaire à celle qui avait conduit à la condamnation des discriminations en raison du sexe, la Cour affirme que « seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »⁶⁷. Revenant un instant aux discriminations à rebours entre citoyens européens, on notera que, par la même formule, le Cour de Strasbourg a condamné une discrimination dont les juges de Luxembourg s'étaient désintéressés car elle trouvait sa source dans une situation purement interne, ne considérant pas qu'en l'espèce, telle discrimination se justifiait par la seule existence « d'un ordre juridique spécifique »⁶⁸. C'est là un argument supplémentaire à ceux déjà développés (*supra*, I) pour inviter la Cour de justice à poursuivre sa jurisprudence *Zambrano* et à connaître des discriminations à rebours. Dit prosaïquement, il s'agit, à l'heure du rapprochement des deux juridictions européennes en vue de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, d'éviter aux juges du Kirchberg de se voir lavés plus blanc par ceux qui regardent les eaux de l'Ill. Dit plus civilement, il s'agit d'éviter au citoyen européen comme monsieur Poirrez, père adoptif du jeune handicapé Koua Poirrez, de trouver, au besoin, justice à Luxembourg à l'occasion d'une question préjudicielle sans devoir attendre, comme en l'espèce, plus de dix ans pour obtenir gain de cause à Strasbourg, après épuisement et des voies de recours internes et de toute foi en sa citoyenneté européenne.

Une fois reconnu le droit d'accéder au territoire et de séjourner, les étrangers verront donc leur inclusion croître à la mesure des années de résidence. Le maintien de discriminations importantes concerne surtout les étrangers en séjour précaire ou en séjour irrégulier. Ce n'est pas sans contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme qui pourrait censurer tantôt le refus de certains droits à l'étranger en séjour irrégulier, comme l'accès à la défense judiciaire gratuite⁶⁹, tantôt inviter à la régularisation même du séjour des étrangers concernés, comme dans la situation des minorités russes dans les États baltes⁷⁰. Ce contrôle de Strasbourg sur le séjour irrégulier ou précaire de certaines catégories d'étrangers pourrait poser de sérieuses questions au droit et à la politique migratoire de l'Union en manière telle que tant les juridictions des États membres que la Cour de justice ont intérêt à les anticiper. Un exemple en est donné par l'arrêt *M.S.S.*, condamnant la Grèce pour traitement inhumain et dégradant dans l'accueil des demandeurs d'asile, mais surtout la Belgique pour même traitement par le renvoi d'un demandeur d'asile vers la Grèce en application du règlement de Dublin,

⁶⁷ Cour eur. D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*.

⁶⁸ CJ, 16 décembre 1992, aff. C-206/91, *Koua Poirrez, Rec.*, p. I-6685 et Cour eur. D.H., 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*.

⁶⁹ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Anakomba Yula c. Belgique*, pt 37 : « Il fallait donc des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre la requérante, qui ne possédait pas de carte de séjour, et les personnes qui en possédaient une ».

⁷⁰ Cour eur. D.H., 16 juin 2005, *Syssoyeva c. Lettonie*, pt 108 : « Dans ces circonstances, la Cour estime que seules des raisons particulièrement graves, quant aux conditions imposées aux requérants pour l'obtention de leur régularisation, pourraient justifier un refus en la matière » (l'arrêt de Grande Chambre du 15 janvier 2007 ne remet pas ce point en question, la régularisation étant précisément intervenue dans l'entretemps).

déterminant l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'Union⁷¹. La Cour européenne des droits de l'homme, ne reniant pas sa jurisprudence *Bosphorus*⁷², ne condamne pas en soi la politique d'asile de l'Union mais responsabilise les États dans leur mise en œuvre de cette politique⁷³. La Cour souligne qu'en application de la clause de souveraineté inscrite dans le règlement de Dublin, la Belgique n'avait pas l'obligation de renvoyer ce candidat réfugié afghan vers la Grèce, premier État d'accès au territoire de l'Union, puisque « Par dérogation [à la règle générale], chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée ..., même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement »⁷⁴. Cette faculté souveraine de dérogation devient obligation de principe lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'il y a un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, en manière telle que le traitement différencié, a priori acceptable, à l'égard de l'étranger demandeur d'asile, ne l'est plus. Par l'alchimie de la pluralité des ordres juridiques, voilà que la souveraineté nationale, épaulée par Strasbourg, vient au secours des droits de l'homme à l'encontre de la souveraineté de l'Union⁷⁵.

Telles sont la limite et la force de ce processus d'inclusion des étrangers : d'une part, il serait vain d'espérer une inclusion totale ; d'autre part, la différenciation peut être source de vitalité démocratique.

En premier lieu, il serait vain de vouloir une inclusion totale car toute société se construit sur des mécanismes d'inclusion et d'exclusion. Tout est dans la marge qui sépare le traitement différencié nécessaire et acceptable de la discrimination condamnable. Comme le rappelle Françoise Tulkens, citant Sébastien Van Drooghenbroeck, « quel que soit l'angle d'attaque, le 'nœud du débat' se situe dans la question de savoir si le comportement dénoncé a ou non une justification objective et raisonnable »⁷⁶. Cette marge évolue selon les époques et le contexte. Notre principe de proportionnalité n'est guère éloigné de la « loi de la mesure » avancée par Albert Camus lorsque, dans *L'homme révolté*, il cherche une autre voie face aux idées qui, peu soucieuses des moyens, s'accommodent voire promeuvent les pires actions de violence au

⁷¹ Cour eur. D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* et règlement 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (dit règlement de Dublin), *J.O.*, L 50, 25 février 2003.

⁷² Cour eur. D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, pt 165 : « la protection des droits fondamentaux [est] « équivalente » ... à celle assurée par le mécanisme de la Convention [européenne des droits de l'homme], ... en manière telle que l'État membre] ne s'est pas écarté des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'[il] a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne ».

⁷³ Parmi les commentaires en ce sens, voir H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *R.F.D.A.*, 2011, p. 273 ; J.-Y. Carlier et S. Sarolea, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal des Tribunaux*, 2011, p. 363 ; Fr. Maiani et E. Néraudau, « L'arrêt *M.S.S./Grèce et Belgique* de la Cour EDH du 21 janvier 2011 – De la détermination de l'État responsable selon Dublin à la responsabilité des États membres en matière de protection des droits fondamentaux », *Revue du droit des étrangers*, 2011, p. 3 ; E. Dubout, « Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste », *La semaine juridique*, 2011, p. 760.

⁷⁴ Règlement de Dublin, *op. cit.*, art. 3 § 2.

⁷⁵ Voir en particulier le commentaire d'Édouard Dubout, *op. cit.*

⁷⁶ Fr. Tulkens, *op. cit.*, p. 200 ; S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 130.

bénéfice de futurs radieux, qu'ils soient au paradis (les religions et l'inquisition) ou sur terre (le communisme révolutionnaire et les purges). « La fin justifie les moyens. Cela est possible, mais qui justifiera la fin ? », écrit Camus, répondant qu'en réalité, ce sont les moyens eux-mêmes qui justifient la fin. Il attire par là l'attention sur la nécessaire mesure, ou proportionnalité dirions-nous, entre l'objectif légitime poursuivi et les moyens utilisés⁷⁷. Il serait toutefois possible d'affiner cet étalon de mesure qu'est le principe de proportionnalité pour tenter de clarifier les « variations du contrôle de proportionnalité »⁷⁸. Cela est vrai pour toute jurisprudence⁷⁹, ce l'est en particulier pour la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁰. Ainsi, la discrimination en raison de la nationalité devrait a priori être jugée condamnable. Le renversement de cette présomption réfragable devrait être apporté par l'auteur de la discrimination. Elle réussirait très difficilement le test de nécessité lorsqu'il y va de discriminations entre citoyens européens. Elle serait appréciée plus souplesment – mais tout de même par des « considérations très fortes » – lorsqu'il y va d'étrangers ressortissants d'États tiers. En revanche, dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté de circulation, la mesure indistinctement applicable, donc non-discriminatoire, bénéficierait de la présomption inverse : a priori proportionnée, il appartiendrait au sujet qui la subit d'en établir la disproportionnalité⁸¹. Faut-il aller plus loin, et comme le propose Denis Martin⁸², établir, à l'image de la jurisprudence américaine, une hiérarchie dans les facteurs de traitement différenciés, allant de facteurs suspects faisant l'objet d'un test de « strict scrutiny » aux facteurs normaux qui ne subissent qu'un test de « rational relationship », en passant par une catégorie intermédiaire de distinctions quasi-suspectes. On conçoit aisément les risques de ces formes de hiérarchie. Si la jurisprudence américaine classe la race ou l'origine nationale dans les critères suspects, elle ne le fait pas pour le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou l'âge. On sent bien là, comme le souligne Françoise Tulkens, nourrie de sa pratique de juge à la Cour européenne des droits de l'homme, que l'on se trouve « dans la confrontation de l'égalité et de la non-discrimination à des déterminants métajuridiques »⁸³. S'il appartient au juge de déterminer *in concreto* la place de ces déterminants dans la société nationale ou européenne qui environne le cas qui lui est soumis, il paraît périlleux de vouloir les couler dans le bronze de textes.

En second lieu, le caractère inachevé de l'inclusion caractérise la dialectique entre l'égalité et la diversité qui est au cœur des sociétés démocratiques contemporaines⁸⁴. Le juge y trouve sa

⁷⁷ A. Camus, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, reproduit in *Œuvres complètes*, La Pléiade, 2008, t. III, en particulier pp. 312 à 314.

⁷⁸ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, p. 190.

⁷⁹ S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

⁸⁰ D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*

⁸¹ J.-Y. Carlier, « Libre circulation des personnes. Chronique », *JTDE*, 1996, p. 65 et *La condition des personnes dans l'Union européenne*, 2007, *op. cit.*, p. 101 ; M. Fallon et D. Martin, « Dessine-moi une discrimination... », *JDE*, 2010, *op. cit.*, ici p. 173.

⁸² D. Martin, *Égalité et non-discrimination*, 2006, *op. cit.*, pp. 592 ss.

⁸³ Fr. Tulkens, *op. cit.*, p. 210, rappelant les travaux de Chaïm Perelman précités.

⁸⁴ E. Decaux, « Principe de non-discrimination et droit à la différence », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, vol. 11, p. 327 ; M.-Cl. Foblets, J.-Fr. Gaudreault-Desbiens et A.D. Renteln (dir.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

place aux côtés d'autres acteurs institutionnels ou sociaux. C'est le sens même du droit face aux « paradoxes de l'universalité » qui est ici questionné⁸⁵. L'évolution de l'inclusion par l'érosion des discriminations ne doit nullement conduire à une négation des différences mais, au contraire, mettre en place les moyens d'y faire droit. C'est, en termes sociologiques, construire une mosaïque dont se dégage un « sens commun ». Plus que d'inclusion, c'est d'une infusion qu'il s'agit, les entrants s'insérant dans la société environnante tout en la colorant. C'est en termes juridiques, gérer les conflits de lois. Une discipline y est consacrée de longue date : le droit international privé. Cette discipline intègre aujourd'hui le droit de l'Union, précisément dans le même « espace de liberté, de sécurité et de justice » que la politique migratoire européenne. Si cette cohabitation n'est que le fruit de l'histoire des coopérations intergouvernementales (l'ancien troisième pilier du traité), elle porte le symbole de l'extranéité. Après les textes, déjà anciens relatifs à la compétence internationale dans les matières civiles et commerciales (Bruxelles I) mais aussi familiales (Bruxelles II bis) et ceux relatifs au droit applicable en matière d'obligations contractuelles (Rome I) ou non-contractuelles (Rome II), l'Union s'attaque à un domaine plus sensible des identités nationales : le droit applicable en matière familiale. On connaît le vieux débat entre l'application, aux matières de statut personnel, soit de la loi nationale, stable et respectueuse de l'identité d'origine, soit de la loi de la résidence habituelle, mobile et conforme au souci de proximité par le « lien le plus étroit ». Dans un des premiers textes adoptés dans le cadre des coopérations renforcées, le règlement 1259/2010 (dit Rome III) apporte une innovation certaine. Il permet, pour la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, aux côtés d'une échelle inversée de Kegel, appliquant d'abord la loi de la résidence habituelle et, à défaut, la loi nationale, une autonomie de la volonté permettant le choix par les intéressés, du droit applicable à la dissolution de leur lien conjugal⁸⁶. Une telle option de droit, qui n'apparaissait jusqu'à présent qu'en doctrine⁸⁷ ou dans de rares codifications nationales⁸⁸, est une belle conjonction des valeurs de pluralisme et de non-discrimination affichée par l'Union (art. 2 TUE). Sans nier l'appartenance commune au droit de l'Union qui l'encadre, elle permet aux citoyens et aux étrangers de poser un choix principalement entre la loi de leur résidence et celle de leur nationalité, sous réserve, bien sûr, des limites de l'ordre public international dont le juge sera le garant.

Conclusion

La déclinaison en différentes variantes du principe de non-discrimination est une clé de voûte de la construction des sociétés pluralistes contemporaines. Tout en affirmant une valeur commune, l'égalité, la non-discrimination permet au droit de « prendre acte des

⁸⁵ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

⁸⁶ Règlement 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.*, L 189, 22 juillet 2010, p. 2. Le règlement entrera en vigueur après le 21 juin 2012. La coopération renforcée concerne 14 États membres, dont la France et la Belgique. Pour un commentaire, P. Hammje, *RCDIP*, 2011, p. 291.

⁸⁷ J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

⁸⁸ Code belge de droit international privé, art. 55, reproduit notamment in J.-Y. Carlier, M. Fallon et B. Martin-Bosly, *Code de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 894.

différences »⁸⁹. S'agissant de l'application dans le droit européen du principe de non-discrimination aux étrangers, une distinction s'opère selon que le traitement différencié concerne des citoyens de l'Union ou des étrangers ressortissants d'États tiers. Dans la première hypothèse, la discrimination en raison de la nationalité est proscrite, sauf cas très exceptionnel. L'appartenance à la citoyenneté commune l'emporte sur l'extranéité nationale. L'exception des discriminations à rebours dans les situations purement internes paraît une poche de résistance au droit de l'Union destinée à se vider ou, à défaut, à être régulièrement percée par les ordres juridiques nationaux ou par la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans la deuxième hypothèse, le principe d'exclusion des étrangers ressortissants d'États tiers est tempéré par une inclusion progressive variant au gré des catégories d'étrangers concernées et de la durée de résidence enregistrée. Ici comme ailleurs, la proportionnalité est un outil central de la mesure entre le traitement différencié et la discrimination. Son adaptation au contexte évolutif des sociétés mériterait d'être affinée. Les techniques du droit international privé, droit du conflit des droits, ouvrent des perspectives que le droit européen peut mettre à profit, notamment par l'option de droit, forme encadrée de l'autonomie des volontés. Difficilement, de note en note, évitant l'uniforme mais tendant à l'harmonie, une société européenne soucieuse de diversité et d'égalité peut alors se construire.

Jean-Yves Carlier
Professeur aux universités
de Louvain et de Liège, avocat

⁸⁹ D. Lochak, *op. cit.*, p. 117.