

Institut d'Etudes Politiques de Paris
ECOLE DOCTORALE DE SCIENCES PO
Programme doctoral de l'Ecole de Droit

Doctorat en droit public

Les limbes juridiques entre le séjour irrégulier
et le séjour régulier :
*dans le droit de l'Union européenne relatif aux ressortissants de pays
tiers qui ne peuvent être éloignés*

(Résumé en français)

Charles Gosme

Thèse dirigée par Renaud Dehousse, Professeur des Universités à l'IEP de Paris

Soutenue le 19 novembre 2014

Jury :

Renaud Dehousse, Professeur des Universités, IEP de Paris, France
Elspeth Guild, Professeur, Université de Radboud, Pays-Bas (rapporteur)
Dora Kostakopoulou, Professeur, Université de Warwick, Royaume-Uni
(rapporteur)
Horatia Muir Watt, Professeur des Universités, IEP de Paris, France

Introduction¹

Chaque année, des centaines de milliers de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ne peuvent être éloignés de l'Union européenne (UE).² La directive européenne sur le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive retour)³ impose aux États membres de l'UE de prendre une décision de retour à leur encontre, cette obligation étant assujettie à un nombre limité d'exceptions, telle qu'une décision de régularisation.

L'impossibilité d'éloigner des étrangers en séjour irrégulier peut être le résultat d'obstacles d'ordre juridique, technique, ou politique. Les obstacles juridiques comprennent notamment les situations où l'éloignement d'un étranger est juridiquement interdit sur le fondement d'un droit fondamental, tel que la protection contre le refoulement ou la protection de la vie familiale. Les obstacles techniques comprennent notamment les difficultés d'identification ou de transport des étrangers en instance d'éloignement. Ces difficultés peuvent être le résultat d'une absence de coopération de la part des autorités des pays d'origine ou des étrangers eux-mêmes. A mi-chemin, les obstacles politiques correspondent à des choix politiques (et non des contraintes juridiques) de ne pas éloigner un individu ou un groupe d'individus. Un État membre peut par exemple décider que les mesures d'éloignement à l'encontre d'une catégorie d'étrangers ne puissent être exécutées pour des raisons d'ordre humanitaire, même s'il n'existe aucun obstacle juridique à l'éloignement de ces personnes.

1 La forme, le contenu, et la langue des notes de bas de page sont généralement pareils que dans la version originale de la thèse en anglais.

2 Lorsque je parle d'étrangers en séjour irrégulier, il s'agit de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

3 Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council on the return of illegally staying third-country nationals [2008] OJ L 348/98, art 6.

Des estimations fiables sur les étrangers inéloignables n'existent pas à l'échelle européenne. Cependant, en 2009, Eurostat estime que sur 594,610 décisions de retour prises par les 27 Etats membres de l'UE, 341,820 n'ont pas abouti à un retour effectif.⁴ Au fil des années, le nombre de décisions de retour a baissé, mais le taux d'exécution est également resté faible. Ainsi, en 2012, 276,965 décisions sur 483,640 n'ont pas été exécutées.⁵ Il est donc possible de constater qu'une majorité d'étrangers sous le coup d'une décision de retour n'ont pas été éloignés. Eurostat ne fournit pas de chiffres relatifs aux types d'obstacles à l'éloignement.

L'inéloignabilité de certains étrangers n'est pas toujours transitoire, et nombreuses sont les personnes qui y demeurent pendant des années. Si de telles personnes sont souvent assujetties à des placements en rétention administrative, certaines ne le sont jamais ou finissent par être libérées de rétention. Et pourtant, l'inéloignabilité de longue durée ne mène pas forcément à la régularisation du séjour. Beaucoup de personnes inéloignables demeurent exclues du séjour régulier pendant des mois, voire des années, malgré l'impossibilité du retour. Ceci peut constituer un problème très sérieux dans la mesure où l'exclusion du séjour régulier implique l'exclusion de nombreux droits socio-économiques réservés aux étrangers en séjour régulier.

En droit de l'UE, le « traitement équitable »⁶ n'est garanti que pour les ressortissants de pays tiers en séjour régulier. Ceux dont le séjour n'est pas régulier se trouvent exclus de cette garantie de traitement équitable, même s'ils ne sont pas entièrement dépourvus de droits. Ils ne jouissent cependant que d'un nombre très limité de droits dont jouit toute personne relevant de la

4 Eurostat, "Statistics : Population Database: Enforcement of Immigration Legislation" (available on Eurostat website) last accessed 6 September 2014.

5 Ibid.

6 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012) OJ C 326/47, art 79; European Council, Presidency Conclusions (Tampere, 15 and 16 October 1999), paras 18-21.

juridiction des Etats membres de l'UE. Ils ont généralement droit aux soins médicaux d'urgence ainsi qu'à l'éducation pour les mineurs. Ils n'ont généralement pas accès au marché du travail, à la protection sociale, aux centres d'hébergement, à un statut de résident de longue durée, et la liste est encore longue. De plus, il est interdit aux employeurs de les employer et souvent aux particuliers de les héberger ou leur louer un logement. Leur liberté de circulation est très limitée par le risque élevé d'être placé en rétention administrative, ou encore d'être emprisonné dans certains pays européens.

L'exclusion du séjour régulier pose dès lors un problème pour les étrangers en séjour irrégulier qui s'avèrent inéloignables sur le long terme. Ils sont souvent victimes de discriminations, aussi bien dans leurs relations avec des acteurs privés que publics. Cette discrimination conduit à se poser la question de « l'appartenance »⁷ des ressortissants de pays tiers inéloignables dans les Etats membres de l'UE. Les obstacles à l'éloignement résultent parfois de normes libérales⁸ qui limitent le pouvoir étatique d'éloignement. Ces étrangers ne peuvent être éloignés par les autorités étatiques en raison de contraintes posées par les systèmes juridiques des Etats membres, ce qui implique que ces mêmes systèmes les protègent contre l'éloignement et autorisent de manière défectueuse leur présence. Pourtant, en l'absence de mesures prises par les autorités étatiques pour améliorer leur sort, ils restent exclus d'un nombre important de droits et prestations.

Je suis intéressé par la manière dont l'UE gère l'inéloignabilité, ainsi que par les raisons pour lesquelles autant de personnes inéloignables se retrouvent dans des limbes juridiques d'exclusion

7 Emanuela Paoletti, "Deportation, Non-Deportability and Ideas of Membership" (July 2010) Refugee Studies Centre Working Paper 65 < <http://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp65-deportation-non-deportability-ideas-membership-2010.pdf> > last accessed 6 September 2014.

8 Le mot libéral doit être compris dans le sens anglais d'une démocratie libérale protectrice des individus vis-à-vis de l'État.

du séjour régulier. L'UE, depuis le début des années 2000, joue un rôle de plus en plus important dans cette gestion de l'inéloignabilité. Cette gestion comprend aussi bien la prévention de l'inéloignabilité que la gestion des personnes qui s'avèrent inéloignables.

Concernant la prévention, l'UE et ses États membres tentent depuis longtemps de limiter l'entrée de personnes potentiellement inéloignables sur le territoire de l'UE, et de faciliter l'éloignement de personnes en séjour irrégulier. Ils ont ainsi mis au point un système très développé de contrôle migratoire (aux frontières et au delà) qui rend l'accès au territoire de l'UE de plus en plus difficile pour les demandeurs d'asile ainsi que pour les candidats à l'immigration irrégulière.

Les mesures de contrôle extraterritorial comprennent l'obligation pour de nombreux étrangers d'obtenir un visa (comme condition d'entrée), les vérifications des documents de voyage par les compagnies de transport (qui se voient infligées des pénalités en cas d'acheminement d'un étranger sans tous les documents de voyage requis dans un État membre), et l'interception d'embarcations en haute mer. Les cibles sont aussi bien les demandeurs d'asile que les immigrants économiques. Tant que les demandeurs d'asile sont tenus à l'écart de la juridiction territoriale des États membres de l'UE, leur accès à la procédure d'asile en Europe, ainsi qu'au droit de séjour en cours de procédure d'asile, est extrêmement difficile. Certains acteurs étatiques ne cachent pas cet objectif de limiter le nombre de demandes d'asile sur le territoire de l'UE par le biais de mesures de contrôle extraterritorial.

Concernant les mesures de contrôle aux frontières, des vérifications approfondies sont effectuées aux points de passage

frontaliers, ainsi que des patrouilles entre ces points de passage. Cependant, les États membres ont l'obligation d'enregistrer les demandes d'asile effectuées à la frontière comme à l'intérieur du territoire. Concernant les étrangers en séjour irrégulier qui se trouvent à l'intérieur de territoire d'un État membre ou bien à la frontière, il existe de plus en plus d'accords de réadmission entre l'UE et des États tiers, l'objectif de ces accords étant de faciliter l'éloignement rapide de ces étrangers en réduisant les obstacles d'ordre technique à l'éloignement.

Malgré la panoplie de mesures déployées afin de limiter le nombre d'étrangers non éloignables, des centaines de milliers d'étrangers en situation irrégulière ne peuvent être éloignés de l'UE aujourd'hui. L'UE joue un rôle de plus en plus important dans la gestion par les États membres de l'inéloignabilité, notamment à travers son impact sur les politiques de rétention administrative et de régularisation. Cependant, son impact sur ces deux politiques ne représentent qu'une partie de l'histoire.

La gestion par l'UE des étrangers inéloignables a mené au développement de limbes juridiques à mi-chemin entre le séjour irrégulier et régulier, dans lesquelles ces étrangers se trouvent souvent coincés. Ces limbes juridiques se sont en grande partie développées en tant qu'outil alternatif à la rétention administrative et à la régularisation dans la gestion d'étrangers inéloignables. Cette thèse examine la nature et les conséquences de ces limbes juridiques, comment l'UE a contribué au développement de ces limbes, ainsi que pourquoi l'UE a contribué à ce développement.

Dans une première partie, je conceptualise la nature et les conséquences des divers statuts d'étrangers inéloignables, tels que réglementés par le droit de l'UE. Je propose ainsi une typologie des

limbes juridiques entre le séjour irrégulier et régulier. Il existe des limbes de tolérance, d'un côté, et des limbes de séjour régulier non-reconnu, de l'autre. J'explique mon choix de décrire ces statuts comme se trouvant à mi-chemin entre la régularité et l'irrégularité, et comme ayant un caractère limbique. Je passe ensuite à une étude de cas français sur les limbes de tolérance, en m'appuyant sur des témoignages par un échantillon raisonné d'étrangers *tolérés*. Les parties suivantes de ma thèse se focalisent sur les limbes de tolérance.

Dans une deuxième partie, je soutiens que les diverses formes de tolérance peuvent être perçues comme des outils de gestion des étrangers inéloignables, dans une boîte qui contient déjà des outils de régularisation et de rétention administrative. L'UE a eu un impact important sur le lien dans ses États membres entre divers types d'obstacles à l'éloignement, d'un côté, et les statuts de tolérance, de l'autre. L'UE a également eu un impact sur l'officialisation de ces statuts. J'examine ainsi le rôle de l'UE dans l'émergence et le développement de diverses formes de tolérance. Je soutiens que ce développement a deux caractéristiques particulières. Premièrement, ces limbes de tolérance représentaient initialement des vides juridiques et politiques, mais elles se sont transformées au fil des ans en véritables outils étatiques de gestion d'étrangers inéloignables. Deuxièmement, initialement traitées comme des questions purement juridiques, elles acquièrent une dimension de plus en plus politique. Après mon examen de ces deux caractéristiques, je soutiens ensuite que la gouvernance européenne de ces limbes de tolérance a eu un impact sur les modèles d'appartenance dans l'UE. Cette gouvernance a notamment contribué à l'émergence de nouvelles catégories d'appartenance, ainsi qu'à une hiérarchisation croissante des catégories d'étrangers inéloignables, cette hiérarchie ayant de sérieuses répercussions en termes de droits au

séjour, de droits socio-économiques, de placement en rétention administrative, et d'emprisonnement.

Dans une troisième partie, je soutiens que les statuts de tolérance sont principalement des sanctions d'exclusion, et peuvent être perçus par certains acteurs institutionnels de l'UE comme remplissant des fonctions semblables à d'autres formes d'exclusion, telles que l'éloignement, la rétention administrative, et l'emprisonnement. Je soutiens que les statuts de tolérance peuvent se voir attribuer des fonctions de rétribution, de dissuasion, d'éloignabilité, de spectacle étatique, de sélection, et de réduction des dépenses publiques. Malgré le fait que ces statuts ont principalement une vocation d'exclusion, certains peuvent être perçus comme remplissant des fonctions d'inclusion, semblables aux fonctions des pratiques de régularisation. J'examine tout d'abord les multiples fonctions des statuts de tolérance, avant de poursuivre avec une étude de cas français sur la fonction dissuasive et l'effet dissuasif des statuts de tolérance. Cette étude de cas s'appuie sur des témoignages par un échantillon raisonné d'étrangers tolérés en France.

Partie I

Emanuela Paoletti s'est posée la question de savoir comment l'appartenance des personnes inéloignables pouvait être conceptualisée.⁹ Dans le premier chapitre de cette première partie, je propose une telle conceptualisation à l'échelon européen. Dans le deuxième chapitre, j'apporte plus de profondeur à cette conceptualisation avec une étude de cas français. J'analyse la mise en œuvre et la perception du droit de l'UE relatif aux statuts de tolérance en France, à partir d'entretiens dans un cadre de

9 Emanuela Paoletti, "Deportation, Non-Deportability and Ideas of Membership" (July 2010) Refugee Studies Centre Working Paper 65, 15 < <http://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp65-deportation-non-deportability-ideas-membership-2010.pdf> > last accessed 6 September 2014.

recherche qualitative.

Chapitre 1

Dans le premier chapitre, je propose une typologie des limbes juridiques entre le séjour irrégulier et régulier, qui sert de cadre conceptuel pour l'ensemble de la thèse. Cette typologie représente une tentative de clarification de la littérature très éclatée sur les personnes inéloignables. Mais la conception de cette typologie n'est pas qu'un exercice de clarification. Je propose ainsi un cadre conceptuel alternatif à celui que l'on trouve dans la littérature existante.

Une littérature fragmentée parle de zones d'ombre entre le séjour irrégulier et régulier. On peut lire que des étrangers en séjour régulier se retrouvent dans ces zones d'ombre lorsqu'ils violent les conditions attachées à leurs titres de séjour, notamment les conditions relatives à l'accès au marché du travail.¹⁰ On peut également lire que des étrangers en séjour irrégulier se retrouvent dans ces mêmes zones lorsqu'ils ne sont pas éloignés.¹¹ Je me concentre sur les personnes non-éloignées.

Je propose une typologie qui fait une distinction entre des limbes de tolérance juridique et des limbes de séjour régulier non-reconnu. Ces limbes juridiques englobent une panoplie de statuts, réglementés par le droit de l'UE et les droits nationaux, qui se situent à mi-chemin entre le séjour irrégulier et régulier, et qui sont caractérisés par l'incertitude sur un éloignement ou une régularisation prochaine, ainsi que par une marginalisation socio-économique. Les étrangers qui se situent au sein de ces deux groupes de limbes sont des étrangers juridiquement protégés

10 Martin Ruhs and Bridget Anderson, "Semi-Compliance and Illegality in Migrant Labour Markets: An Analysis of Migrants, Employers and the State in the UK" (2010) 16 (3) *Population, Space and Place* 195-211.

11 European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union: Comparative Report* (Publications Office of the European Union, 2011), 34.

contre l'éloignement, ce qui signifie qu'il est juridiquement interdit aux États membres de l'UE de les éloigner.

Lorsqu'un étranger est juridiquement protégé contre l'éloignement, le séjour de cet étranger n'est pas forcément régulier, et ne le deviendra pas forcément non plus. Il existe trois possibilités en fonction du fondement juridique exact de la protection. Un premier groupe d'étrangers (protégés contre l'éloignement) n'a aucun droit à la régularisation du séjour, un deuxième a effectivement droit à la régularisation du séjour, et un troisième se trouve déjà en séjour régulier indépendamment de toute procédure officielle de régularisation par l'administration.

Les limbes de tolérance juridique englobent une panoplie de situations où des étrangers sont juridiquement protégés contre l'éloignement, mais où cette protection n'équivaut pas à une situation de séjour régulier. Ce sont des personnes qui, soit n'ont aucun droit à la régularisation du séjour, soit ont droit à une telle régularisation mais n'en ont pas encore bénéficié. La protection juridique contre l'éloignement signifie qu'il est juridiquement interdit aux États membres de l'UE d'exécuter l'éloignement d'une personne. La tolérance juridique peut être plus ou moins officielle. Une confirmation écrite de la tolérance juridique est parfois fournie à l'étranger toléré, la nature et la forme de cette confirmation variant beaucoup d'un État membre à un autre.

Les limbes de séjour régulier non-reconnu englobent des situations où des étrangers sont, au regard du droit de l'UE, en séjour régulier, mais dont le séjour régulier n'est pas officiellement reconnu par les autorités administratives d'un État membre. Il s'agit de catégories restreintes d'étrangers dont le séjour régulier ne découle pas d'un titre de séjour délivré par les autorités administratives des États membres de l'Union européenne – le titre

de séjour correspond à une constatation de séjour régulier pré-existant. Il s'agit notamment de ressortissants de pays tiers qui ont un lien de parenté avec des citoyens européens qui tombent sous le champ d'application du droit de l'UE relatif à la liberté de circulation des personnes. Ces ressortissants se trouvent en séjour régulier à partir de la naissance d'un tel lien de parenté. Il s'agit d'une forte exception européenne aux droits nationaux relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers non-européens. Il arrive à certains des ressortissants concernés d'être traités comme des étrangers en séjour irrégulier, lorsque les autorités administratives des États membres refusent de leur délivrer un titre de séjour, malgré le fait qu'ils y ont droit.

Je me penche à présent sur les limbes de tolérance juridique. Le terme de *tolérance* est utilisé par plusieurs auteurs pour décrire la situation de certains étrangers inéloignables. Il s'agit également d'un terme juridique dans certains États membres de l'UE, notamment en droit allemand. C'est un terme juridique qui définit le statut administratif d'étrangers dont l'éloignement est suspendu en raison d'obstacles d'ordre juridique ou pratique. Ce terme n'existe cependant pas dans le droit national de beaucoup d'États membres.

La tolérance a plusieurs définitions. C'est un terme qui est utilisé dans des contextes aussi variés que la co-existence culturelle et les violations tacitement acceptées du droit. La définition dans le monde anglo-saxon qui englobe le mieux les diverses utilisations du terme est : *ne pas agir à l'encontre d'actes que l'on désapprouve, auxquels on est politiquement opposé, ou qui sont étrangers*.¹² Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ont violé les conditions d'entrée et/ou de séjour, et leur séjour n'est par conséquent pas autorisé. Ces violations ne sont pas approuvées par les États membres de l'UE. Lorsque ces ressortissants ne sont ni

12 Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy* (2nd edn, Oxford University Press, 2008).

éloignés ni régularisés sur le long terme, c'est que leurs violations des conditions d'entrée et/ou de séjour sont toujours désapprouvés sur le plan juridico-politique. Leur non-éloignement est parfois le fruit d'un choix des autorités administratives de ne pas éloigner. Il s'agit cependant plus souvent d'une impossibilité de les éloigner en raison de contraintes juridiques qui empêchent, soit l'éloignement, soit le maintien en rétention administrative.

Cette thèse se focalise sur le non-éloignement en raison de contraintes juridiques, soit à l'égard de l'éloignement, soit à l'égard du maintien en rétention administrative. Lorsque les autorités administratives d'un État membre choisissent de ne pas éloigner un ressortissant en séjour irrégulier, malgré l'absence d'obstacles juridiques à l'éloignement, un tel choix correspond à une tolérance tacite à l'égard de ce ressortissant. Le mot *tolérance* est souvent employé dans le sens de tolérance tacite.¹³ Lorsque les autorités administratives d'un État membre sont juridiquement contraintes, soit de ne pas éloigner un étranger, soit de le libérer de rétention, une telle contrainte correspond à une tolérance juridique, car le système juridique impose aux autorités de ne pas agir à l'encontre de cet étranger qui a violé les conditions d'entrée et/ou de séjour.

J'opère donc une distinction entre la tolérance tacite et la tolérance juridique. C'est la tolérance juridique qui m'intéresse dans cette thèse. Je parle de tolérance juridique directe lorsqu'il est interdit à un État membre d'éloigner un étranger. Je parle de tolérance juridique indirecte lorsqu'il n'est pas interdit à un État membre d'éloigner un étranger, mais qu'il est juridiquement interdit à cet État de maintenir cet étranger en rétention administrative, ce qui met fin au processus d'éloignement en cours.

13 Voir par exemple l'emploi du mot dans: Olivier Clochard, Yvan Gastaut, and Ralph Schor, "Les Camps d'Étrangers depuis 1938: Continuité et Adaptations" 20 (2004) 2 *Revue européenne des migrations internationales* 1-23, 8; Franck Düvell, Anna Triandafyllidou, and Bastian Vollmer, "Ethical Issues in Irregular Migration Research in Europe" (2010) 16 (3) *Population Space and Place* 227-239, 231.

Mon utilisation du terme tolérance est beaucoup plus large que celle habituellement trouvée dans la littérature actuelle.¹⁴ Cette littérature parle de *tolérance officielle* afin de décrire la suspension de l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier, suspension qui est confirmé par écrit. Elle parle de *tolérance de fait* afin de décrire, soit la suspension (non confirmée par écrit) de l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier, soit la libération de rétention administrative d'un étranger en séjour irrégulier.

Dans ma thèse, l'accent est moins sur l'officialisation de la tolérance, et plus sur la nature juridique (ou non) de la tolérance. Je distingue la tolérance juridique directe de la tolérance juridique indirecte (et de la tolérance tacite expliquée plus haut). La tolérance juridique directe, qui correspond à des situations de protection juridique contre l'éloignement, comprend non seulement les statuts d'éloignement-suspendu, mais également les statuts de certains demandeurs d'asile et de victimes de la traite des êtres humains. Les personnes qui se trouvent dans une situation de tolérance juridique directe peuvent avoir un statut plus ou moins officiel, mais le degré d'officialisation ne change rien au fait qu'ils ont tous un droit défectueux de séjour en raison d'une protection juridique contre l'éloignement.

Concernant les statuts d'éloignement-suspendu, le point de départ européen se trouve dans la directive retour. Cette directive impose aux États membres de suspendre/reporter l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier lorsqu'il existe des obstacles d'ordre juridique, notamment lorsqu'il existe une obligation de non-refoulement à l'égard de cet étranger. La directive permet aux États membres de suspendre l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier lorsqu'il existe des obstacles d'ordre pratique, mais une

14 Notamment dans Ramboll and Eurasylum, "Study on the Situation of Third-Country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries: Final Report" (Study commissioned by the European Commission, 11 March 2013).

telle suspension n'est jamais obligatoire en droit de l'UE. Que la suspension soit le résultat d'une obligation ou d'un choix, le résultat est le même et l'étranger est juridiquement protégé contre l'éloignement (au moins pour un certain temps). Et cette suspension doit être confirmée par écrit et accompagnée de certains droits élémentaires énumérés dans la directive. Les statuts d'éloignement-suspendu et les droits afférant varient beaucoup d'un État membre à un autre, et je ne rentrerai pas dans les détails ici.

Concernant le statut de demandeur d'asile toléré, un tel statut n'est pas explicitement réglementé par le droit de l'UE, mais n'est pas incompatible avec ce droit non plus. La question du statut des demandeurs d'asile est un sujet qui divise, certains affirmant qu'ils sont tous en séjour régulier, et d'autres qu'ils sont en séjour irrégulier. Les directives européennes relatives à l'asile¹⁵ ne tranchent pas cette question, mais préservent l'ambiguïté. Ces lois affirment clairement que les demandeurs d'asile ne peuvent être éloignés pendant la procédure d'asile, et qu'ils ont le droit (sauf quelques exceptions) à un document qui certifie leur statut de demandeur d'asile ainsi que leur droit de rester. Par contre, ces lois n'obligent pas les États membres à leur délivrer un document qui certifie la régularité du séjour. Et ce malgré la tentative de la Commission de créer une telle obligation explicite de régularisation dans sa proposition de directive relative à l'accueil des demandeurs d'asile.¹⁶ Cette ambiguïté juridique est depuis longtemps exploitée par certains États membres, dont la France, qui régularisent temporairement le statut de certains demandeurs d'asile, et refusent de régulariser le statut d'autres. En France, les demandeurs d'asile, l'admission au séjour (ou le refus d'admission)

15 Notamment : Council Directive 2003/9/EC on asylum reception conditions (2003) OJ L 31/18 (bientôt remplacée par Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council on asylum reception conditions (recast) (2013) OJ L 180/96).

16 Commission, "Proposal for a Council Directive Laying down Minimum Standards on the Reception of Applicants for Asylum in Member States" COM(2001) 181 final, art 6 (1).

dépend de l'étape et du type de procédure d'asile, de telle manière que l'admission est refusée à ceux qui sont suspectés d'abuser du système d'asile.¹⁷ J'examine aussi bien les clivages politiques que la complexité juridique qui entourent cette question. Et ma position juridique ne reflète en rien une position politique défavorable aux demandeurs d'asile - c'est tout le contraire.

Concernant le statut de victime de la traite tolérée, il s'agit d'une forme de tolérance explicitement prévue en droit de l'UE. La directive 2004/81/CE¹⁸ prévoit la possibilité pour les victimes de la traite d'obtenir un titre de séjour temporaire en échange de leur coopération avec les autorités compétentes. Avant que les victimes puissent bénéficier d'un titre de séjour sur ce fondement, elles doivent d'abord passer par l'étape du délai de réflexion, dont la durée varie beaucoup d'un État membre à un autre. Il est interdit aux États membres de les éloigner pendant ce délai. La Commission a décrit ce délai de réflexion comme une période de tolérance, car les victimes sont protégées contre l'éloignement mais dépourvues d'un titre de séjour.

La tolérance juridique indirecte correspond à la situation des étrangers libérés de rétention, notamment de ceux qui sont libérés en raison de l'expiration de la durée maximale de maintien en rétention. Le droit de l'UE (par le biais de la directive retour) et les droits nationaux prévoient des limites à la durée de la rétention administrative des étrangers en séjour irrégulier. La directive retour prévoit notamment que les États membres ont l'obligation de libérer un retenu lorsqu'ils n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement, et au plus tard lors de l'expiration du délai maximale de rétention fixé par la directive. Je parle dans ma thèse de statut d'éloignement-épuisé afin de décrire le statut des

17 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, arts L 741-4 and 742-6.

18 Council Directive 2004/81/EC on the residence permit for cooperative victims of human trafficking (2004) OJ L 261/19.

étrangers libérés suite à l'expiration de la durée maximale, car une procédure d'éloignement en cours (dont la rétention administrative constitue la dernière étape avant l'éloignement effectif) est épuisée.

Afin de faciliter l'écriture et la compréhension de ma thèse, je parle de *tolérance juridique* pour décrire des situations de tolérance juridique directe, et de *tolérance indirecte* pour décrire des situations de tolérance juridique indirecte.

En décrivant ces statuts comme des limbes juridiques, je ne fais que construire sur un terrain déjà bien bâti par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.¹⁹ J'apporte plus de profondeur à la conceptualisation de l'Agence, en creusant beaucoup plus sur l'applicabilité de la notion de limbes à ces statuts. J'utilise la notion de limbes juridiques afin de décrire une diversité de positions transitionnelles entre le séjour irrégulier et régulier, dans lesquelles des personnes inéloignables peuvent se trouver coincées, et qui sont caractérisées par une incertitude sur ce que réserve l'avenir en termes d'éloignement et de régularisation, ainsi que par un accès très limité aux droits sociaux-économiques. Les personnes qui se trouvent ainsi coincées, souvent pour un bon bout de temps, vivent indéfiniment dans un état de suspension et d'abandon. J'examine les divers statuts de tolérance juridique et de séjour régulier non-reconnu à travers le prisme de cette grille limbique de lecture.

Ma description de ces statuts comme se situant à mi-chemin entre le séjour irrégulier et régulier me permet de mettre en lumière les désaccords qui existent à ce sujet au sein de la littérature. J'adopte moi-même une position claire par rapport à cette littérature. Je décortique les définitions du séjour irrégulier et régulier

¹⁹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union: Comparative Report* (Publications Office of the European Union, 2011), 27-38.

employées dans la littérature. Le séjour est défini comme irrégulier, soit parce qu'il y a eu une violation du droit relatif aux conditions d'entrée ou de séjour, soit en raison des conséquences du séjour irrégulier qui sont visibles en l'espèce (notamment une obligation de retour), soit par référence à des concepts connexes. C'est à partir des concepts connexes d'autorisation et de *documentation*²⁰ que je dégage l'idée que ces statuts se trouvent à mi-chemin entre le séjour irrégulier et régulier. Et c'est avec cette conceptualisation que je décris les statuts de certains demandeurs d'asile et victimes de la traite de êtres humains comme des statuts de tolérance, à contre courant de la littérature actuelle pour qui la totalité des demandeurs d'asile se trouve en séjour régulier.

Mon cadre conceptuel et ma typologie correspondent à mon interprétation doctrinale subjective du droit de l'UE relatif aux étrangers inéloignables. Et cette interprétation n'est pas partagée par tous ceux qui ont écrit sur ce sujet. Dans le but d'apporter plus de profondeur à mon cadre conceptuel, et de l'ancrer dans le monde réel, j'ai effectué une recherche empirique en France sur les personnes que je qualifie de tolérées. Il s'agit d'une étude de cas français, premièrement sur la transposition juridique et pratique du droit de l'UE relatif aux statuts de tolérance, et deuxièmement sur la perception qu'ont les étrangers tolérés de leur statut (notamment en termes de régularité/irrégularité et des conséquences). Le deuxième chapitre de ma thèse est consacrée à la présentation des résultats de cette recherche empirique.

Chapitre 2

Avec ce deuxième chapitre, je tente d'ouvrir une petite porte sur la réalité des statuts de tolérance en France, statuts qui sont réglementés à l'échelon européen et français. J'y présente les

²⁰ Il s'agit d'une traduction d'un mot anglais qui n'a pas d'équivalent en français. L'utilisation du mot « documentation » en anglais (et dans ce contexte) correspond à l'ensemble des documents de séjour en français.

résultats de recherches qualitatives que j'ai menées avec un échantillon raisonné de ressortissants de pays tiers qui ont vécu des périodes de tolérance juridique en France.

Trois objectifs ont guidé ces recherches. Premièrement, j'ai voulu fournir des éléments descriptifs sur la mise en œuvre concrète du droit de l'UE relatif aux statuts de tolérance, avec une étude de cas français. Deuxièmement, j'ai souhaité découvrir la perception qu'avaient les étrangers tolérés de leur position de tolérance, notamment en termes de régularité/irrégularité, d'exclusion socio-économique, de peur d'éloignement, et plus généralement des conséquences limbiques de leur tolérance. Troisièmement, j'ai eu pour ambition d'examiner la fonction dissuasive ainsi que l'effet dissuasif des statuts de tolérance, en tant que statuts d'exclusion du séjour régulier. Les recherches en relation avec ce troisième objectif ne figurent pas dans le deuxième chapitre, mais dans le sixième et ultime chapitre. Cet ultime chapitre est précédé d'un cinquième chapitre théorique sur les fonctions des statuts de tolérance, une fonction clé étant celle de dissuasion. Cela me paraissait logique d'examiner l'effet dissuasif des statuts de tolérance en France en aval d'un examen plus large des fonctions de la tolérance.

Un échantillon relativement restreint d'étrangers ont participé à cette recherche empirique. L'échantillon n'était pas représentatif mais était raisonné. L'absence de représentativité n'est pas un handicap en raison de la taille de l'échantillon, ainsi que des buts qualitatifs de l'étude. Ces buts qualitatifs ont exigé des entretiens d'une grande profondeur avec les participants, de manière à permettre une découverte substantielle de leur perception des lois concernées. De tels entretiens n'auraient pas été possibles avec un échantillon plus large. Et comme beaucoup d'études qui ont été menées auparavant sur des thèmes semblables,²¹ la mienne sacrifie

21 Eurobarometer, "Migrant Integration : Aggregate Report" (Qualitative Eurobarometer, May 2011); Richard

la représentativité des résultats dans le but d'obtenir des informations d'une grande profondeur. Il est cependant important de souligner que les statistiques relatives aux profils d'étrangers tolérés sont très pauvres, et qu'il serait difficile d'obtenir un échantillon représentatif à partir des éléments statistiques qui existent. Malgré l'absence de représentativité, j'ai tenté d'obtenir un échantillon raisonné avec la plus grande diversité possible de profils afin de pouvoir en tirer des éléments d'analyse à partir de distinctions entre ces profils. Une diversité a notamment été recherchée sur le plan des divers statuts de tolérance, de la durée de la tolérance, du genre, de l'âge, du pays d'origine, du statut administratif au jour de l'entretien, de la durée de présence en Europe, de demandes d'asile passées, de placements passés en centre de rétention administrative.

J'ai trouvé ces participants grâce à l'aide de deux ONG : France terre d'asile et le Gisti. Des ressortissants de pays tiers avec les profils recherchés ont été repérés et approchés de trois manières. La majorité des participants ont été approchés par des employés d'ONG qui leur avaient apporté une assistance juridique par le passé. D'autres participants ont été directement approchés par moi-même, suite à la recherche de profils que j'avais effectuée dans les bases de données informatiques des ONG. Les participants restants ont été approchés par d'autres participants, à travers la technique du snowball sampling.

Les entretiens se sont déroulés dans divers locaux entre le mois d'avril et le mois de juillet 2013. Les discussions étaient basées sur un questionnaire contenant un mélange de questions directives et semi-directives. J'ai construit ce questionnaire en m'appuyant sur les questionnaires et méthodologies de recherches qualitatives déjà

Black, Michael Collyer, Ronald Skeldon, Clare Waddington, "Routes to Illegal Residence : A Case Study of Immigration Detainees in the United Kingdom" (2006) 37 *Geoforum* 552-564 ; Vaughan Robinson and Jeremy Segrott, "Understanding the Decision-Making of Asylum Seekers" (Home Office Research Study 243, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, July 2002).

menées dans le domaine de l'immigration, notamment sur une étude qualitative effectuée par Eurobaromètre sur l'intégration des immigrés en Europe.²² J'ai surtout posé des questions semi-directives afin de ne pas inutilement restreindre le champ de réponses possibles, et afin de mieux cerner le processus de réflexion des participants. Comme les ressortissants de pays tiers en séjour non-régulier sont souvent en situation de précarité et de vulnérabilité, des précautions d'ordre éthique et pratique ont été prises, afin de protéger les participants et d'assurer au maximum la fiabilité des réponses.

Trente-quatre personnes ont participé à cette étude cas, représentant une diversité de statuts de tolérance. La majorité des participants ont vécu plusieurs statuts de tolérance, avec par exemple une période avec un statut de demandeur d'asile toléré suivie d'une période avec un statut d'éloignement-suspendu. Vingt-six participants ont vécu des périodes de tolérance juridique (directe). Les statuts de tolérance juridique représentés dans l'étude sont ceux: de l'éloignement-suspendu, de l'éloignement annulé, du demandeur d'asile toléré, du réfugié toléré, et du pré-demandeur d'asile toléré. Les autres participants n'ont pas vécu de périodes de tolérance juridique (directe), mais ont vécu des périodes de tolérance indirecte en raison de leur libération de rétention administrative (pour des raisons autres que la suspension ou l'annulation de l'éloignement). Les victimes de la traite tolérées n'ont pas été représentées dans cet échantillon, en raison de contraintes d'ordre pratique.

Avec cet échantillon raisonné d'étrangers tolérés, je montre d'abord qu'une majorité de participants ont perçu leur statut comme se situant à mi-chemin entre l'irrégularité et la régularité, et que la régularisation du séjour constituait un objectif important pour nombre d'entre eux et pour une diversité de raisons. Les

22 Eurobarometer, "Migrant Integration : Aggregate Report" (Qualitative Eurobarometer, May 2011).

divergences de perception des statuts de tolérance étaient liées à la manière dont le séjour irrégulier/régulier était définie par les participants, ainsi qu'au degré d'officialisation des statuts. Je montre deuxièmement que certains statuts de tolérance juridique offrent une meilleure protection que d'autres en cas de contrôle d'identité ou d'interpellation, et que le manque d'officialisation de certains statuts viole dans certains cas le droit de l'Union européenne (la directive retour et la directive accueil). Mes recherches sur la confirmation écrite fournie aux étrangers juridiquement tolérés ont également révélé une erreur dans la littérature européenne relative aux étrangers assignés à résidence en France. Cette littérature indique généralement que la France ne connaît pas de statut officiel d'éloignement-suspendu (qui prend le nom de statut de tolérance dans d'autres pays européens). S'il est vrai que le mot tolérance n'a pas d'existence juridique en droit français des étrangers, les étrangers assignés à résidence sont effectivement tolérés juridiquement car les mesures d'éloignement à leur encontre sont suspendues pour la durée de l'assignation, et que cette assignation/suspension est accompagnée d'une confirmation écrite qui est claire et protectrice.

Troisièmement, j'apporte des éléments d'analyse sur la peur de l'éloignement qu'ont les étrangers tolérés, ainsi que sur l'évolution de cette peur au cours de périodes de tolérance. La plupart des participants ont ressenti une telle peur. Cette peur est restée constante ou a diminué avec le temps pour une majorité de participants. Ce sont surtout les étrangers juridiquement tolérés qui ont eu tendance à ressentir une diminution de cette peur, contrairement aux étrangers indirectement tolérés, ce qui suggère que la protection juridique contre l'éloignement augmente la sécurité du séjour, même en l'absence de régularisation. Cependant, la diminution de la peur de l'éloignement n'était pas forcément synonyme de tranquillité d'esprit pour toutes les

personnes concernées. Cette diminution était plutôt le fruit d'un épuisement psychologique lié à la précarité du statut administratif.

J'examine quatrièmement les divers niveaux de droits socio-économiques dont jouissent les étrangers tolérés. Les assignés à résidence et les demandeurs d'asile tolérés ont plus de droits que les autres étrangers tolérés. Je note une violation probable du droit de l'UE au regard de l'exclusion des demandeurs d'asile tolérés de l'autorisation de travailler. J'apporte cinquièmement des éléments d'analyse sur la façon dont les étrangers tolérés perçoivent l'exclusion socio-économique liée à leur statut. Alors qu'une minorité de participants ont perçu une telle exclusion comme légitime, la majorité l'ont trouvée injuste. J'apporte sixièmement un peu de lumière sur l'impact de la tolérance prolongée sur la santé mentale et physique des participants, ainsi que sur le lien entre cet impact psychologique et la commission d'actes violents. Ensuite, comme une majorité de participants ont qualifié leur statut comme se situant à mi-chemin entre l'irrégularité et la régularité, je tente de montrer comment les participants ont perçu et vécu une telle limite juridique. Ceci avait pour but de montrer l'importance de mon cadre conceptuel dans le monde réel, au delà de fantaisies académiques. Je montre dernièrement que les statuts de tolérance juridique ont un impact négatif sur la capacité de se projeter dans l'avenir et d'élaborer des projets de vie, ainsi que sur la santé mentale. Cet impact négatif a déclenché des pensées suicidaires chez plusieurs participants, ces pensées étant liées au caractère limnique de leur statut.

Cette étude de cas française achève la partie conceptuelle de ma thèse sur la nature et les conséquences des limites juridiques entre le séjour irrégulier et régulier dans le droit de l'UE. Je me penche dans la deuxième partie de cette thèse sur la façon dont la gouvernance par l'UE des étrangers inéloignables a contribué au

développement des limbes de tolérance, ainsi que sur les implications de cette gouvernance en termes d'appartenance dans l'UE.

Partie II

Dans cette deuxième partie, j'examine la manière dont l'UE a gouverné les statuts de personnes inéloignables, ainsi que les implications de cette gouvernance en termes des systèmes d'appartenance dans l'UE.

Dans le troisième chapitre, j'examine la manière dont l'UE a gouverné le lien entre le non-éloignement, d'un côté, et les limbes juridiques de tolérance, de l'autre. Je soutiens que l'UE joue un rôle de plus en plus important dans la gouvernance de ce lien. Elle a au fil du temps modifié les catégories de personnes qui se retrouvent coincés dans des limbes de tolérance. Elle a également joué un rôle dans l'officialisation de certains statuts de tolérance. Dans mon analyse, je soutiens que l'évolution de cette gouvernance a principalement deux caractéristiques. Premièrement, les limbes de tolérance, initialement traitées comme des accidents juridiques, sont devenues un véritable outil étatique de gestion des personnes inéloignables. Deuxièmement, initialement traitées comme des questions purement juridiques, ces limbes ont acquis une dimension politique de plus en plus prononcée.

Dans le quatrième chapitre, j'examine les conséquences transformatrices de cette gouvernance pour les modèles d'appartenance. Deux aspects de la dichotomie séparant l'immigration irrégulière de l'immigration régulière se sont affaiblis. Premièrement, la discrimination extensive entre étrangers en séjour régulier et irrégulier, notamment en termes de droits socio-économiques, est perçue comme étant de moins en

moins légitime avec une population croissante d'étrangers en séjour irrégulier qui ne sont pas éloignables. Deuxièmement, cette dichotomie, en tant que ligne primordiale de démarcation entre étrangers désirables et indésirables, est de plus en plus affaiblie par le développement de zones d'ombre entre le séjour irrégulier et régulier. L'officialisation de ces zones d'ombre, et la complexification des hiérarchies d'appartenance d'étrangers en Europe, ne font qu'accroître cet affaiblissement. La gouvernance européenne des personnes inéloignables et des statuts de tolérance a contribué à l'émergence de nouvelles catégories d'immigrés, ainsi qu'au développement d'une hiérarchie parmi les étrangers inéloignables. Cette hiérarchie a une incidence importante sur l'accès au séjour régulier, l'accès aux droits socio-économiques, le risque de placement en rétention administrative, ainsi que le risque d'emprisonnement.

Chapitre 3

La gouvernance des personnes inéloignables implique des choix. Faut-il les retenir administrativement, suspendre leur éloignement, annuler leur éloignement, ou régulariser leur statut ? Dans le cas de la suspension de l'éloignement, quelle forme devrait prendre cette suspension et quels droits devraient être attachés à un tel statut ? Si l'éloignement n'est pas suspendu, mais qu'une personne inéloignable est simplement libérée de rétention administrative, quel statut et droits devraient lui être attribués ? Et parmi les personnes inéloignables, qui devrait être passible d'une peine d'emprisonnement pour infraction aux règles du séjour.

Ces questions étaient essentiellement gouvernées par les droits nationaux des États membres jusqu'au début des années 2000. Le non-éloignement d'étrangers en séjour irrégulier n'est pas un phénomène nouveau en Europe. La France, par exemple, a créé des

camps à plusieurs reprises au cours du XX siècle afin de détenir des étrangers *indésirables* qui ne pouvaient être immédiatement éloignés vers leur pays d'origine, notamment lors de la guerre civile espagnole.²³ Dans les années 1980 et 1990, les pays européens de l'ouest ont fait face à un nombre croissant de demandeurs d'asile et d'étrangers en séjour irrégulier, un nombre important de demandes d'asile provenant de personnes en séjour initialement irrégulier. Cet accroissement de l'immigration irrégulière et des demandes d'asile a incité les pays européens à coopérer dans le domaine de l'immigration et de l'asile, une coopération qui s'est transformée en compétence partagée de l'UE au début du nouveau millénaire.

Si des politiques nationales ont été mises en œuvre afin de combattre l'immigration irrégulière, notamment avec un renforcement des dispositifs d'éloignement, un nombre croissant d'étrangers en séjour irrégulier n'ont pu être effectivement éloignés. Une jeune littérature en la matière note qu'il s'agit essentiellement de demandeurs d'asile déboutés, et que ces demandeurs d'asile se retrouvent souvent dans des limbes juridiques en l'absence de régularisation sur le long terme.

Le phénomène d'étrangers inéloignables a pris de l'ampleur au tournant du nouveau millénaire. Les obstacles à l'éloignement sont de plus en plus nombreux et complexes. Les normes de droits fondamentaux, ainsi que les obstacles d'ordre pratique (notamment d'identification et de transport d'étrangers en instance d'éloignement), se développent et empêchent souvent l'éloignement. C'est à partir des années 2000 que l'UE a commencé à jouer un rôle dans la gouvernance des personnes inéloignables, et ce rôle s'est récemment accru. La gouvernance européenne des personnes inéloignables a donné plus de visibilité à ce phénomène

23 Voir Olivier Clochard, Yvan Gastaut, and Ralph Schor, "Les Camps d'Étrangers depuis 1938: Continuité et Adaptations" 20 (2004) 2 *Revue européenne des migrations internationales* 1-23.

de l'inéloignabilité, et a contribué au développement et à l'officialisation de zones d'ombre entre le séjour irrégulier et régulier. L'adoption de lois européennes depuis le début des années 2000 a limité le pouvoir des États membres de laisser certaines catégories de personnes inéloignables dans des limbes de tolérance juridique, mais a également renforcé ce pouvoir à l'égard d'autres catégories. Ces lois et politiques ont joué un rôle primordial dans l'officialisation de ces limbes, souvent à l'encontre de ce que souhaitent certains États membres. Le processus d'officialisation est souvent allé de pair avec un processus d'accroissement des droits attachés aux statuts de tolérance.

La gouvernance européenne des personnes inéloignables a progressivement modifié le lien entre les divers obstacles à l'éloignement, d'un côté, et les limbes de tolérance, de l'autre. Elle a également mené à l'officialisation de - et à l'accroissement des droits attachés à - certaines limbes de tolérance. Par le biais de cette gouvernance à l'échelle européenne, les limbes de tolérance juridique, initialement perçues comme des accidents juridiques (entre les lois relatives à l'éloignement et celles relatives aux conditions de séjour), se sont transformées en véritables outils de gouvernance des personnes inéloignables. La gouvernance de ces limbes, souvent considérées comme des questions d'ordre purement juridique, ont également acquis une dimension de plus en plus politique. Des clivages politiques, par exemple entre les gauches et les droites européennes, peuvent être détectés derrière une gouvernance d'apparence purement juridique.

Dans ce troisième chapitre, j'examine d'abord la façon dont l'UE a gouverné le lien entre les obstacles à l'éloignement (d'ordre juridique, pratique, et politique), d'un côté, et les statuts d'éloignement-suspendu et d'éloignement-épuisé, de l'autre. Cet examen comprend la question de l'officialisation de ces limbes.

J'examine ensuite la manière dont l'UE a gouverné la tolérance de groupes spécifiques de demandeurs d'asile et de victimes de la traite des êtres humains.

J'examine notamment les dynamiques inter et intra-institutionnelles derrière cette gouvernance. L'impact du droit de l'UE sur la gouvernance des limbes de tolérance juridique s'est faite sur fond de désaccords profonds. Je tente de montrer que les limbes de tolérance, initialement traitées par certains acteurs institutionnels comme un accident juridique de nature purement technique, se sont petit à petit transformées en véritable choix politique de gestion d'étrangers inéloignables. Ce processus de politisation est toujours en cours.

S'il est vrai que la gouvernance des limbes de tolérance s'est surtout déroulée au sein d'échelons techniques du Conseil et du Parlement européen, je tente de montrer qu'il y avait parfois des clivages politiques importants au sein de ces échelons dits techniques, clivages qui ont parfois grimpés les échelons politiques de ces institutions. Il y avait bien des clivages à l'égard des statuts d'éloignement-suspendu et d'éloignement-épuisé. Par contraste, en ce qui concerne les demandeurs d'asile tolérés et victimes de la traite tolérées, la gouvernance européenne s'est déroulée de manière très discrète au sein des échelons techniques, avec très peu de désaccords politiques.

Dans mon analyse du lien entre les obstacles à l'éloignement et le statut d'éloignement-suspendu, je me penche notamment sur l'obstacle que représente le principe de non-refoulement en droit international et européen. Il est interdit aux États membres de l'UE de refouler un ressortissant de pays tiers vers un pays où il risquerait de subir certaines formes de maltraitance. Cette protection contre le refoulement découle de textes internationaux,

notamment la Convention relative au statut des réfugiés (CRSR)²⁴ et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).²⁵

L'interdiction de refouler un individu peut aller de pair avec l'obligation de régulariser le statut de cet individu. Mais les deux ne sont pas toujours liés. Certaines personnes protégées contre le refoulement ont droit à un titre de séjour. D'autres n'ont pas ce droit, même s'ils peuvent être éligibles à une régularisation discrétionnaire de leur séjour. La ligne qui sépare ces deux catégories de personnes protégées contre le refoulement a évolué au fil des ans. Le droit de l'UE a eu un impact important sur l'évolution de cette ligne de séparation, en faisant évoluer les catégories de personnes se trouvant d'un côté ou de l'autre. Globalement, ceux qui n'ont pas droit à un titre de séjour se retrouvent avec un statut d'éloignement-suspendu, statut qui est beaucoup moins bien loti que celui de séjour régulier en termes de sécurité de séjour et de droits socio-économiques.

Des lois européennes adoptées depuis le début des années 2000 ont tout d'abord réduit le fossé entre le non-refoulement et le séjour régulier. Elles ont ensuite également contribué à l'officialisation de statuts d'éloignement-suspendu, qui sont les statuts que possèdent les personnes protégées contre le refoulement lorsqu'elles sont exclues du séjour régulier.

J'examine d'abord l'état du droit en Europe avant l'adoption de ces lois européennes. J'examine ensuite l'impact de ces lois, ainsi que les dynamiques inter et intra-institutionnelles qui ont précédé l'adoption de ces lois. Il s'agit notamment de deux directives européennes. La première est la directive 2004/83/CE relative à la protection internationale,²⁶ et la deuxième est la directive

24 UN Convention Relating to the Status of Refugees (adopted on 28 July 1951, entered into force on 22 April 1954) 189 UNTS 137.

25 European Convention on Human Rights (adopted in 1950, entered into force in 1953).

26 Council Directive 2004/83/EC on qualification for international protection (2004) OJ L 304/12.

2008/115/CE relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. La directive relative à la protection internationale, adoptée par le Conseil de l'Union européenne, établit les critères que les demandeurs d'asile doivent satisfaire afin de se voir reconnaître la protection internationale. La protection internationale englobe le statut de réfugié qui découle de la CRSR, ainsi que le statut de protection subsidiaire qui découle de la CEDH ainsi que d'autres instruments juridiques et pratiques étatiques. La directive retour, adoptée par le Conseil et le Parlement européen, établit les règles qui régissent le retour (et la rétention administrative) des étrangers en séjour irrégulier. Les dynamiques inter et intra-institutionnelles qui ont précédé l'adoption de ces deux lois permettent de démontrer la nature de plus en plus politique et délibérée de la gouvernance des personnes inéloignables, malgré l'apparence d'une gouvernance par des experts. Cette gouvernance très politique n'est pas cantonnée à la négociation et l'adoption de lois, mais se manifeste à travers des activités non-juridiques de gouvernance.

La directive relative à la protection internationale a dans un premier temps réduit le fossé entre le non-refoulement et la régularisation, en élargissant les catégories de personnes protégées contre le refoulement qui avaient un droit à la régularisation du séjour. La directive retour a dans un deuxième temps contribué à l'officialisation du statut de tolérance des personnes protégées contre le refoulement qui se sont trouvées exclues par la directive relative à la protection internationale.

Si le rétrécissement du fossé ainsi que l'officialisation de ce fossé ont résulté de l'adoption de ces deux lois européennes, il est intéressant de se pencher sur les conflits institutionnels relatifs à ce fossé lors des négociations des directives. La Commission a tenté par deux fois de fermer ce fossé. Dans sa proposition de directive

relative à la protection internationale, la Commission a proposé d'inclure presque toutes les personnes protégées contre le refoulement au sein du champ d'application de la protection internationale, une inclusion qui va de pair avec le droit à la régularisation du séjour pour tous.²⁷ Cette tentative n'a pas entièrement porté ses fruits, et la Commission a de nouveau tenté de fermer ce fossé dans sa proposition de directive retour. Dans cette dernière proposition, elle a tenté d'interdire aux États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de personnes protégées contre le refoulement, cette immunité allant de pair avec un droit au séjour.²⁸

Les tentatives de la Commission ont systématiquement rencontré une forte opposition de certaines délégations des États membres au sein du Conseil, mais également de certains parlementaires européens. Par exemple, lors des négociations autour de la proposition de directive relative à la protection internationale, les délégations de l'Espagne, de la France, de la Finlande, et des Pays Bas se sont fortement opposées, au sein du groupe de travail sur l'asile du Conseil, à la proposition de la Commission d'accorder la protection subsidiaire à toute personne protégée contre le refoulement.²⁹ Cependant, d'autres délégations n'étaient pas opposées à cette proposition, et les désaccords sur ce point ont grimpé les échelons. Les opposants ont gagné, mais seulement suite à un véritable conflit qui a vu la présidence danoise du Conseil tenter à tout prix de préserver la proposition de la Commission.³⁰

Lorsque la Commission a de nouveau tenté de fermer le fossé entre le non-refoulement et la régularisation dans la directive retour,

27 Commission, "Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons who Otherwise Need International Protection" COM(2001) 510 final, art 15 (b).

28 Commission, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals" COM (2005) 391 final, art 6 (4).

29 Council document 9038/02, 22.

30 Council Document 12148/02, 2.

l'opposition était quasiment unanime au sein du groupe de travail sur l'éloignement du Conseil.³¹ Cependant, la commission LIBE du Parlement était divisé sur ce point. Des clivages ont émergé au sein de la commission LIBE, ainsi qu'entre la commission LIBE et le groupe de travail du Conseil. Selon Michael Speiser,³² un conseiller politique au sein du Parlement européen lors des négociations de la directive retour, il existait un clivage gauche/droite au sein de la commission LIBE. La droite était fortement opposée à la fermeture du fossé, car elle souhaitait laisser aux États membres le pouvoir de tolérer certains groupes de personnes protégées contre le refoulement, afin de faciliter le retour éventuel de ces personnes.

J'examine donc dans ce chapitre les désaccords entre les institutions (Commission, Parlement, Conseil), mais également au sein de chaque institution, qui révèlent parfois des clivages gauche/droit et pro/anti-harmonisation européenne dans le domaine de l'immigration et de l'asile. Les désaccords relatifs à cette gouvernance des étrangers inéloignables sont fortement liés à la question de l'appartenance dans l'Union européenne, les acteurs institutionnels ayant des désaccords sur la légitimité du droit au séjour et des droits socio-économiques de divers groupes d'étrangers inéloignables. C'est pour cela que mon quatrième chapitre est consacré à la question de l'appartenance des étrangers inéloignables, notamment à la question de comment la gouvernance par l'UE des étrangers inéloignables a impacté les modèles d'appartenance dans l'UE.

Chapitre 4

Les ressortissants de pays tiers juridiquement protégés contre l'éloignement, mais exclus du séjour régulier, ont un droit

31 Council Document 10002/06, 4.

32 Interview with Michael Speiser, European Parliament, EPP Group Adviser (phone interview, 16 and 22 April 2013).

défectueux de rester dans leur pays d'accueil. Ceux qui sont indirectement protégés contre l'éloignement ont un droit encore plus défectueux de rester, au moins pour un certain temps. Même lorsque ces ressortissants (juridiquement protégés contre l'éloignement) séjournent en opposition au souhait des autorités administratives de leur pays d'accueil, des éléments du système juridique de ces pays leur permettent de rester. Emanuela Paoletti a évoqué cette idée dans un working paper sur les personnes inéloignables au Royaume Uni. Elle a expliqué qu'au niveau des théories de l'appartenance, l'impossibilité d'éloigner est le résultat, et la cause, de l'émergence de divers statuts de non-citoyens qui ont plus ou moins le droit de rester du point de vue de l'État et de groupes locaux.³³

Elle a de plus parlé de changements de niveau d'appartenance.³⁴ M'appuyant sur ces idées, je soutiens que le rôle du droit de l'UE dans le développement des limbes de tolérance a eu un impact sur les modèles d'appartenance dans l'UE. Cet impact s'est produit aussi bien à l'égard des statuts d'appartenance que des droits attachés à ces statuts.

Dans ce quatrième chapitre, j'examine donc les implications de la gouvernance européenne des étrangers inéloignables sur les modèles d'appartenance dans l'UE. Cet examen emprunte et contribue aux littératures sur les limbes juridiques, les dichotomies juridiques, et les fonctions des sanctions pénales et administratives. Je tente d'abord de montrer que les statuts de tolérance ont été développées et officialisées afin de protéger et préserver la pureté du séjour régulier. Le non-éloignement de longue durée a souvent été géré avec l'outil de la tolérance afin de préserver la nature sélective des règles relatives au séjour régulier,

33 Emanuela Paoletti, "Deportation, Non-Deportability and Ideas of Membership" (July 2010) Refugee Studies Centre Working Paper 65, 15 and 18 < <http://www.rsc.ox.ac.uk/files/publications/working-paper-series/wp65-deportation-non-deportability-ideas-membership-2010.pdf> > last accessed 6 September 2014.

34 Ibid.

et afin de garder les étrangers tolérés bien à l'écart de la sacro-sainte sphère du séjour régulier. C'est ainsi que des nouveaux statuts ont été créés et développés au croisement des sphères de la régularité et de l'irrégularité, complexifiant les hiérarchies d'appartenance dans l'UE.

Je tente ensuite de montrer que la gouvernance européenne de l'inéloignabilité et des statuts de tolérance a fait émerger une nouvelle hiérarchie d'étrangers indésirables, plus complexe que la dichotomie traditionnelle qui sépare les étrangers désirés/réguliers des étrangers non-désirés/irréguliers. Les étrangers inéloignables sont de plus en plus hiérarchisés en fonction du type d'obstacle à l'éloignement (juridique, politique, pratique) et de leur part de responsabilité dans l'existence et le prolongement de l'obstacle en question. Cette hiérarchie émergente est fondée sur le degré de justification de non-retour. Ceux qui sont inéloignables pour des raisons juridiques se trouvent au sommet de cette hiérarchie, suivis en ordre décroissant de ceux qui ne peuvent être éloignés pour des raisons politiques, pour des raisons pratiques qu'ils ne peuvent contrôler, et finalement pour des raisons pratiques qui sont imputables à l'absence de coopération de l'étranger.

Cette hiérarchie émergente d'étrangers indésirables a des conséquences de plus en plus sérieuses en termes d'accès à la tolérance officielle, de régularisation, de placement en rétention administrative, et d'emprisonnement. Pour l'instant, ces conséquences sont principalement réglementées à l'échelon national, mais elles trouvent un écho de plus en plus clair à l'échelon européen.

Les personnes qui ne peuvent être éloignées pour des raisons juridiques/politiques ont un accès privilégié aux statuts de

tolérance ainsi qu'à une régularisation éventuelle de leur séjour. Ceux qui sont inéloignables pour des raisons pratiques ont un accès beaucoup plus restreint aux statuts de tolérance officielle ainsi qu'à la régularisation du séjour. Si la régularisation du séjour de cette dernière catégorie demeure possible dans certains pays européens, cette possibilité requiert généralement un comportement coopératif à l'égard de la procédure de retour. Ceux qui ne sont pas coopératifs sont souvent exclus de toute perspective de régularisation. C'est par exemple le cas en Allemagne. Cette distinction entre étrangers coopératifs et non-coopératifs est prise très au sérieux par les acteurs européens qui envisagent de faciliter l'accès à la tolérance officielle et à la régularisation pour les étrangers coopératifs, mais pas pour ceux qui ne sont pas coopératifs.

Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui ne peuvent être éloignés courent tous le risque d'un placement en rétention administrative dans le cadre d'une procédure de retour. La directive retour n'énumère pas exhaustivement les fondements d'un placement en rétention, ni d'une prolongation de la rétention. Et la directive est très ambiguë quant à la possibilité de maintenir en rétention des personnes qui ne sont pas éloignables, même si elle dispose que la rétention ne peut être imposée lorsqu'il n'existe pas de perspective raisonnable d'éloignement. Malgré toutes les ambiguïtés et incertitudes, la directive retour contient suffisamment d'indices permettant de conclure que la rétention cible particulièrement une catégorie d'étrangers en séjour irrégulier – il s'agit de ceux qui ne sont pas coopératifs et dont l'éloignement ne connaît aucun d'obstacle de nature juridique.

Les étrangers non-coopératifs qui sont inéloignables pour des raisons pratiques ne sont pas seulement les cibles privilégiés de la rétention administrative et de l'exclusion du séjour toléré ou

régulier. Ce sont également les cibles privilégiés dans certains États membres de la pénalisation du séjour irrégulier. Ce ciblage a été renforcé à l'échelon européen par le biais de deux jugements de la CJUE.

La pénalisation de l'immigration irrégulière n'a cessé de croître ces dernières décennies dans l'UE. Un élément clé de cette pénalisation a été la création dans plusieurs États européens des délits d'entrée et de séjour irréguliers, punissables par des peines d'emprisonnement. C'est l'ensemble des immigrés en séjour irrégulier qui étaient ciblés. Cependant, la tendance s'est inversée suite à deux arrêts rendus par la CJUE en 2011 qui ont partiellement dépénalisé le séjour irrégulier dans l'UE. Il s'agit des arrêts *El Dridi et Achughbabian*.³⁵ La CJUE a interprété la directive retour comme s'opposant à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure en séjour irrégulier. Il est depuis interdit aux États membres d'emprisonner des étrangers en séjour irrégulier pour ce seul motif. Lorsqu'un ressortissant de pays tiers se trouve en séjour irrégulier, il est désormais seulement possible d'infliger une peine d'emprisonnement lorsque ce ressortissant a été soumis à chaque étape d'une procédure de retour (y compris un passage en rétention administrative pour la durée maximale) et qu'il se maintient sur le territoire sans motif justifié de non-retour. Ces arrêts s'appuient sur l'objectif de la directive retour qui est d'établir une politique efficace d'éloignement. L'objectif de retourner les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prime sur l'objectif de sanctionner ces mêmes ressortissants par le biais d'une peine d'emprisonnement. L'emprisonnement constitue un obstacle au retour, et ce n'est donc qu'après l'échec d'une procédure de retour que l'emprisonnement devient compatible

³⁵ Case C-61/11 *PPU El Dridi, alias Karim Soufi* (2011) ECR I-03015; Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne* (2011).

avec la directive retour.

Ces arrêts constituent une victoire pour le camp de la dépenalisation du séjour irrégulier. Cependant, si une grande partie des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sont protégés contre l'emprisonnement, une catégorie résiduelle d'étrangers en séjour irrégulier demeure susceptible d'être emprisonnés. Cette catégorie résiduelle correspond aux étrangers en séjour irrégulier qui sont libérés de rétention administrative suite à l'expiration de la durée maximale de rétention, et qui ne sont pas éloignés en raison d'obstacles pratiques qui résultent d'une absence de coopération de leur part. Ces arrêts ont confirmé une tendance politique dans plusieurs États membres (dont la France, l'Allemagne, et le Royaume Uni) de ne plus utiliser l'outil de l'emprisonnement à l'égard de l'ensemble des étrangers en séjour irrégulier, mais de le réserver pour les étrangers non-coopératifs et dont le séjour n'a aucun fondement juridique.³⁶

En m'appuyant sur les concepts développés par Alessandro De Giorgi³⁷ sur l'intensification et la sélectivité de la pénalisation de l'immigration irrégulière, j'examine l'intensification des pratiques d'exclusion à l'égard de la catégorie résiduelle d'étrangers en séjour irrégulier. Les pratiques d'exclusion sont la rétention administrative, l'emprisonnement, et l'exclusion de toute forme de statut administratif officiel. Cette intensification a mené au coincement de la catégorie résiduelle entre la rétention

36 Concernant le Royaume Uni, voir UK Legal Services Commission, "Simple cautions for foreign national offenders: pilot policy statement" (29 November 2010)

< http://www.legalservices.gov.uk/Simple_cautions_for_foreign_national_offenders_pilot_-_policy_statement.pdf > accessed 7 November 2011.

Concernant la France, voir Ministère de la Justice, "Circulaire relative aux Conditions de l'Interpellation d'un Étranger en Situation Irrégulière, Garde à Vue de l'Étranger en Situation Irrégulière, Réponse Pénales" (CRIM 2006 05 E1/21-02-2006); Ministère de la Justice et des Libertés, "Portée de l'Arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) « Achughbabian » du 6 décembre 2011 portant sur la Compatibilité de l'Article L.621-1 du CESEDA avec la Directive 2008/115/CE dite « Directive Retour »" (11-04-C39, 13 décembre 2011).

Concernant l'Allemagne, voir European Migration Network, "Ad-hoc Query on Practices followed concerning Third Country Nationals whose Compulsory Removal is Impossible" (Compilation produced on 14 April 2010), 8.

37 Alessandro De Giorgi, "A Materialist Critique of the Criminalization of Immigration across Europe" (2010) 12 *Punishment & Society*, 147.

administrative, l'emprisonnement, et une liberté limbique. J'illustre ce coïncage avec une étude de cas français, dans laquelle j'analyse des données quantitatives sur ce coïncage, ainsi que le rôle du droit de l'UE dans le renforcement de ce coïncage. Cette étude de cas a pour but de montrer le côté obscur des deux arrêts *protecteurs* de la CJUE à l'égard des étrangers en situation irrégulière. Ces arrêts sont protecteurs à l'égard des étrangers en séjour irrégulier car ils ont établi le principe selon lequel les États membres ne peuvent infliger une peine d'emprisonnement pour le seul motif qu'ils demeurent sur le territoire des États membres en violation d'un ordre de quitter le territoire. Cependant, les étrangers en séjour irrégulier peuvent, sous certaines conditions, se voir infliger une peine d'emprisonnement, et mon étude de cas attire l'attention sur la catégorie résiduelle d'étrangers en séjour irrégulier qui ne sont pas protégés par ces arrêts de la CJUE.

Si le nombre d'étrangers concernés par ce coïncage reste relativement faible par rapport au nombre d'étrangers en séjour irrégulier, la sévérité de ce coïncage impose aux experts en immigration de se pencher sur leur sort.

Dans mon cas d'étude, je mets en lumière des éléments empiriques sur les mouvements d'étrangers en séjour irrégulier en provenance : des centres de rétention administrative vers les prisons, des prisons vers les centres de rétention administrative, de la libération limbique en provenance des prisons et centres de rétention, et de la libération limbique vers les prisons et centres de rétention. A titre d'illustration, en 2010, un groupe d'ONGs ont estimé qu'au moins 634 étrangers libérés de rétention ont été déférés et poursuivis sur le plan pénal sur le fondement de l'absence de coopération.³⁸

38 Assfam, Forum Réfugiés, France terre d'asile, la Cimade, l'Ordre de Malte, "Centres et Locaux de Rétention Administrative: Rapport 2010" (13 décembre 2011), 13.

Je termine ce chapitre avec l'histoire d'un étranger, nommé M.J., qui s'est trouvé coincé entre la rétention administrative, l'emprisonnement, et la liberté limbique.³⁹ M.J. est un étranger d'origine marocaine et algérienne qui a d'abord subi un placement en rétention administrative pendant dix-sept jours en 2006. Quelques mois après avoir été libéré, il a subi un deuxième placement en rétention pendant trente-deux jours. La rétention a cette fois mené à son retour en Algérie. Cependant, en raison de problèmes de documentation, il a passé quarante-cinq jours en garde à vue dans un commissariat à Alger avant d'être ramené en France. Il a été condamné à trois mois de prison lors de son retour en France. Après sa libération de prison, il a été transféré vers un centre de rétention pendant dix-sept jours, avant d'être à nouveau condamné à trois mois de prison. Il a ensuite été libéré pendant deux mois avant d'être à nouveau placé en rétention administrative. Il a ensuite été libéré, avant d'être à nouveau placé en rétention, suivi d'une dernière libération. M.J. avait le profil type de la catégorie résiduelle d'étrangers en séjour irrégulier que la CJUE a désigné comme cible légitime de l'emprisonnement. Le coinçage de M.J. et de bien d'autres m'amènent à poser la question des fonctions de ces pratiques d'exclusion à l'égard de certains étrangers inéloignables. Et de manière plus générale, quelles sont les fonctions des limbes juridiques de tolérance ?

Partie III

Dans la deuxième partie, j'ai démontré la nature politique des questions de l'inéloignabilité et de la tolérance, malgré une apparence purement juridique. Des désaccords inter et intra-institutionnels se sont révélés dans la gouvernance des limbes de tolérance. Certains acteurs institutionnels européens se sont battus pour la préservation du pouvoir étatique de laisser les personnes

39 La Cimade, "Centres et Locaux de Rétention Administrative: Rapport 2007" (23 avril 2008), 9.

inéloignables dans ces limbes. Je soutiens que de nombreux acteurs institutionnels souhaitent préserver un tel pouvoir car ils attribuent une panoplie de fonctions à ces limbes, ces fonctions étant semblables à celles de la rétention administrative et de l'emprisonnement. Ces acteurs ne se trouvent pas systématiquement du côté droit et/ou nationaliste de l'échiquier politique. La tolérance juridique peut être perçue comme souhaitable par des acteurs du côté gauche et/ou fédéraliste.

Le cinquième chapitre de la troisième partie de la thèse est dédié à une analyse des fonctions attribuées aux limbes de tolérance juridique. Dans le sixième chapitre, je présente les résultats d'une étude de cas français relative à une de ces fonctions : la dissuasion. J'examine la fonction et l'effet de dissuasion des statuts de tolérance en France. Cet examen s'appuie sur des recherches qualitatives que j'ai menées à partir d'entretiens avec un échantillon raisonné d'étrangers tolérés.

Chapitre 5

Je soutiens dans le cinquième chapitre que les limbes de tolérance juridique peuvent être vues comme des sanctions dérivées, liées aux sanctions de base qui sont infligées aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Le séjour irrégulier dans tous les États membres est assujéti à deux types de sanction. Il y a tout d'abord la sanction migratoire que représente l'éloignement, et qui comprend souvent un passage en rétention administrative. Il y a ensuite des sanctions collatérales, qui correspondent à l'exclusion de droits fondamentaux qui sont réservés aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier, tels que le droit de travailler et le droit à l'assistance sociale.

Dans une majorité d'États membres, il existe également un

troisième type de sanctions. Il s'agit de sanctions pénales pour des délits liés au séjour irrégulier, la sanction pénale la plus draconienne étant la peine d'emprisonnement.

Les divers statuts de tolérance peuvent être perçus comme des sanctions dérivées dans la mesure où ils sont étroitement liés à la sanction migratoire qu'est l'éloignement ainsi qu'à la sanction collatérale d'exclusion des droits attachés au séjour régulier. L'éloignement-suspendu, en tant que statut d'exclusion du séjour régulier, est un statut de sanction-suspendu. D'autres statuts de tolérance qui ressemblent au statut d'éloignement-suspendu peuvent être perçus de manière semblable. L'éloignement-épuisé, en tant que statut d'exclusion, correspond également à un statut qui sanctionne l'échec de la sanction de l'éloignement. De plus, tous ces statuts sont accompagnés de sanctions collatérales d'exclusion de droits attachés au séjour régulier, même si les détails de cette exclusion varient d'une forme de tolérance à une autre, et d'un État membre à un autre.

Les statuts de tolérance ne doivent pas systématiquement être vus sous un angle d'exclusion, comme ils font partie d'un système complexe et hiérarchique d'appartenance, et qu'ils offrent souvent un meilleur statut et de meilleurs droits que le statut pur de séjour irrégulier. Cependant, la logique institutionnelle derrière les diverses formes de tolérance est souvent une logique d'exclusion, et la tolérance est souvent perçue par les premiers concernés comme une sanction.

Les désaccords inter and intra-institutionnels autour de la gouvernance européenne des personnes inéloignables ont révélé que beaucoup d'acteurs institutionnels souhaitent préserver le pouvoir de les exclure du séjour régulier, et de les confiner à une zone de tolérance. Peu d'acteurs institutionnels européens

appellent à la fermeture complète de l'écart entre les divers obstacles à l'éloignement, d'un côté, et la régularisation du séjour, de l'autre. Cependant, la plupart de ces acteurs souhaitent que l'écart soit préservé pour certains groupes de personnes inéloignables, et soit refermé pour d'autres. Certains d'entre eux se trouvent plus du côté du maintien de l'écart, ce qui est notamment le cas de la représentation allemande au sein du Conseil de l'UE. D'autres se trouvent plus du côté de la fermeture, ce qui est notamment le cas de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Commission européenne. Lorsqu'un acteur institutionnel souhaite le maintien d'un écart pour certains groupes de personnes inéloignables, quelles en sont les raisons ?

Pourquoi le droit de l'UE permet-il aux États membres d'exclure certaines personnes inéloignables du séjour régulier, et de les abandonner dans des limbes de tolérance ? Autrement dit, pourquoi octroyer aux États membres le pouvoir d'assujettir ces personnes à une sanction de tolérance ? La raison est qu'une telle exclusion/sanction est perçue par certains acteurs institutionnels comme remplissant une variété de fonctions (formels et informels) avec l'objectif de protéger l'intégrité du système d'immigration et d'asile.

Dans ce cinquième chapitre, je propose et j'analyse des fonctions qu'au moins certains acteurs institutionnels attribuent aux limbes de tolérance juridique. M'appuyant sur la jeune littérature appelée *crimmigration*, je soutiens que les statuts de tolérance, vus comme des sanctions dérivées, peuvent remplir les mêmes fonctions que la rétention administrative et l'emprisonnement. Juliet Stumpf⁴⁰, pionnière de la littérature *crimmigration*, a noté une convergence croissante entre le droit des étrangers et le droit pénal dans le système juridique des États Unis,

40 Juliet Stumpf, "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power" (December 2006) 56 *American University Law Review* 367.

ainsi qu'une convergence parallèle des justifications idéologiques des sanctions migratoires et pénales. D'autres auteurs ont analysé les fonctions de la rétention administrative à travers la grille de lecture offerte par les théories de la sanction pénale.⁴¹ Je m'appuie sur la théorie de convergence de Juliet Stumpf en soutenant que la rétention administrative, l'emprisonnement, et la tolérance représentent trois outils d'exclusion d'étrangers à l'intérieur du territoire d'un État membre, et que les fonctions de ces trois outils se ressemblent.

Je soutiens que les espaces de tolérance peuvent remplir les fonctions suivantes pour certains acteurs institutionnels de l'UE : la rétribution, l'expression du pouvoir étatique, la dissuasion des stratégies d'obstruction à l'éloignement, la facilitation de l'éloignement, la réduction des dépenses publiques, et la régularisation sélective. Je suggère également que le statut d'éloignement-suspendu ne remplit pas toujours des fonctions d'exclusion, mais peut remplir un mélange de fonctions d'exclusion et d'inclusion. Je présente des éléments de recherche à l'appui de mon argument que les espaces de tolérance remplissent ces fonctions pour certains acteurs institutionnels. Ces éléments proviennent de recherches documentaires ainsi que d'entretiens avec des acteurs qui ont joué un rôle important lors des négociations de la directive retour. Michael Speiser, un conseiller parlementaire clé dans les négociations de la directive retour, a par exemple confirmé lors d'un entretien téléphonique que le statut d'éloignement-suspendu était perçu par de nombreux acteurs du Parlement européen et du Conseil comme remplissant cette liste de fonctions.⁴² Il a également souligné qu'un clivage gauche/droite n'était pas complètement absente, et que ces fonctions étaient surtout attribués au statut d'éloignement-suspendu par des acteurs

41 Par exemple, voir Arjen Leerkes and Dennis Broeders, "A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention" (2010) 50 *British Journal of Criminology* 830.

42 Interview with Michael Speiser, EPP Adviser, European Parliament (phone interview, 16 and 22 April 2013).

de droite.

Sans rentrer dans les détails sur toutes les fonctions, j'apporte plus d'éléments ici sur les fonctions de dissuasion et de facilitation de l'éloignement. La fonction la plus explicitement attribuée au refus de régulariser est celle de la dissuasion. Le maintien d'une personne inéloignable (pour des raisons juridiques, politiques, ou pratiques) dans des limbes de tolérance, où elle est exclue du séjour régulier et du traitement équitable réservé aux étrangers en séjour régulier, est souvent perçu comme une façon de dissuader toute stratégie de non-éloignement. Il s'agit ici plus précisément d'une fonction de dissuasion spécifique, qui vise à dissuader des personnes inéloignables d'entreprendre des stratégies de non-éloignement, et par conséquent de décourager le maintien sur le territoire.

Il y a également une fonction de dissuasion générale, qui vise à dissuader les candidats à l'immigration irrégulière de tenter l'aventure migratoire avec l'espoir d'obtenir un titre de séjour par le biais de stratégies de non-éloignement. Il s'agit d'éviter tout appel d'air à l'immigration irrégulière en réduisant l'attrait et le succès de ces stratégies. Le but est de protéger l'intégrité du système de contrôle migratoire et d'immigration choisie, en exigeant à tout prix le respect des conditions d'entrée et de séjour. Nombre d'acteurs institutionnels sont convaincus que la régularisation et les droits socio-économiques attachés au séjour régulier peuvent constituer un facteur d'attraction. Cette idée de la régularisation comme facteur d'attraction n'est pas cantonnée au contexte des étrangers inéloignables. Les préoccupations d'acteurs institutionnels ont tendance à viser l'ensemble des immigrés et demandeurs d'asile. Il existe cependant des préoccupations d'appel d'air qui ont été plus précisément exprimés à l'égard du phénomène d'inéloignabilité. Par exemple, dans l'étude menée par

Ramboll/Eurasyllum sur les étrangers non-éloignés, des experts de la République tchèque ont affirmé que la perspective de régularisation pour des étrangers inéloignables constituait un facteur d'attraction et avait un effet d'appel d'air.⁴³ Cette conclusion n'a pas été tirée à l'égard de tous les États membres, mais l'exemple tchèque illustre l'application de la fonction de dissuasion générale attribuée par certains acteurs institutionnels au refus de régularisation de personnes inéloignables.

J'examine à présent la fonction dissuasive spécifique et générale attribuée aux divers statuts de tolérance qui sont réglementés à l'échelon européen.

La Commission et le Conseil ont explicitement fait référence à la fonction dissuasive lorsqu'ils ont justifié le choix de tolérer les victimes de la traite pendant le délai de réflexion qui précède la décision de coopérer avec les autorités dans la directive 2004/81/CE relative au titre de séjour accordé aux victimes de la traite dans le cadre d'une coopération. Dans la proposition de directive relative au titre de séjour accordé aux victimes de la traite, la Commission a expliqué que « le délai de réflexion n'est qu'une période transitoire durant laquelle le séjour de la victime est toléré sur le territoire de l'État membre en attendant que l'autorité compétente puisse se prononcer sur son statut futur », et qui « permet à la victime de retrouver un état physique et psychologique satisfaisant sans constituer pour autant un facteur attractif susceptible de favoriser des abus ».⁴⁴ Il s'agit d'une logique endossée par la commission LIBE du Parlement européen. Le rapport final de la commission LIBE relatif à la proposition de directive a indiqué que la procédure d'obtention du titre de séjour prévue

43 Ramboll and Eurasyllum, "Study on the Situation of Third-Country Nationals pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries: Final Report" (Study commissioned by the European Commission, 11 March 2013), 82.

44 Voir la version française de Commission, "Proposal for a Council Directive on the Short-Term Residence Permit issued to Victims of Action to Facilitate Illegal Immigration or Trafficking in Human Beings who Cooperate with the Competent Authorities" COM (2002) 71 final,12.

dans la proposition de directive était susceptible d'abus de la part de victimes qui font leur marché, et que « "faire son marché" ne constitue pas seulement un délit qui peut être commis par la victime ... (mais également) par les trafiquants d'êtres humains ». ⁴⁵

Si la question de tolérer ou régulariser le séjour des demandeurs d'asile n'est pas explicitement tranchée à l'échelon européen, les États membres qui recourent à l'outil de la tolérance ont tendance à la réserver aux demandeurs d'asile qui ne se trouvent pas dans la procédure normale, et qui se trouvent par conséquent dans une procédure Dublin ou dans une procédure prioritaire. Il s'agit de demandeurs d'asile que l'on soupçonne d'abus du système européen d'asile. La tolérance, comme outil d'exclusion du séjour régulier, sert à dissuader les abus du système d'asile qui n'auraient pour seule fonction que de retarder l'éloignement. Cette dissuasion est censée découler d'un faible statut administratif ainsi que de faibles droits socio-économiques. Et les procédures Dublin et prioritaire ont elles-mêmes pour fonction de dissuader le phénomène du *asylum shopping*. Il y a également une fonction de dissuasion générale attribuée à la tolérance de ces demandeurs d'asile, qui découle de l'idée que les conditions matérielles d'accueil de demandeurs d'asile en Europe peut avoir un effet d'appel d'air à l'immigration irrégulière. ⁴⁶

En ce qui concerne la fonction dissuasive des statuts d'éloignement-suspendu, j'ai mené des entretiens avec certains des architectes institutionnels de la directive retour qui ont confirmé l'attribution d'une telle fonction. Fabian Lutz, l'auteur de la proposition de directive retour, a indiqué que la plupart des

45 Voir la version française de European Parliament LIBE Committee, "Report on a Proposal for a Council Directive on the Short-Term Residence Permit issued to Victims of Action to Facilitate Illegal Immigration or Trafficking in Human Beings who Cooperate with the Competent Authorities" A5-0397/2002, 31.

46 Ramboll and Eurasyllum, "Study on the Situation of Third-Country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries: Final Report" (Study commissioned by the European Commission, 11 March 2013), 82-83.

délégations du Conseil étaient contre le fait de régulariser tous les étrangers inéloignables sur le fondement de droits fondamentaux. Cette opposition était liée à la volonté d'éviter tout appel d'air à l'immigration irrégulière.⁴⁷ Michael Speiser, un conseiller parlementaire lors des négociations de la directive retour, a de son côté indiqué que pour son parti de droite, la régularisation de toutes ces personnes constituerait un facteur d'attraction vis-à-vis des candidats à l'immigration irrégulière.⁴⁸ Les droits fondamentaux seraient ainsi instrumentalisés dans le but d'éviter le retour et d'obtenir un titre de séjour.

Lors des négociations de la directive retour, certaines délégations au sein du groupe de travail du Conseil, notamment les délégations du Royaume Uni et de Malte, ont explicitement indiqué que le statut d'éloignement-suspendu, ainsi que les droits attachés, devraient préserver l'effet dissuasif de l'éloignement, même si l'éloignement était suspendu.⁴⁹ Elles craignaient un statut de tolérance qui inciterait ces détenteurs de rester. Elles étaient en particulier contre la proposition de la Commission d'obliger les États membres à fournir une confirmation écrite de la suspension qui préciserait la durée exacte de la suspension. Cette obligation de précision n'a pas survécu aux négociations, et cette suppression d'une telle obligation était motivée par une volonté de précariser le statut d'éloignement-suspendu.

Il y a également le statut d'éloignement-épuisé qui a une fonction de dissuasion, en tant que statut d'exclusion du statut d'éloignement-suspendu et du séjour régulier. Dans la directive retour, les États membres ne sont pas contraints de suspendre l'éloignement de personnes qui sont inéloignables pour des raisons pratiques ; la suspension n'est qu'une option. Lorsque

47 Interview with Fabian Lutz, European Commission, DG Home Affairs (phone interview, 7 January 2014).

48 Interview with Michael Speiser, European Parliament, EPP Group Adviser (phone interview, 16 and 22 April 2013).

49 Council Document 13025/06, 7, footnote 6.

l'éloignement de ces personnes n'est pas suspendu, elles sont généralement retenues administrativement jusqu'à ce que l'éloignement devienne possible ou jusqu'à ce que les États membres soient contraints de les libérer de rétention. Lors des négociations autour de la proposition de directive retour, la plupart des États membres ont exprimé leur opposition à la création d'un droit à la suspension de l'éloignement pour les personnes inéloignables en raison d'obstacles pratiques. Fabian Lutz a expliqué que cette opposition découlait de l'idée que si l'on accorde des droits à cette catégorie de personnes, on les encourage à ne pas coopérer et à élaborer des stratégies qui saboteraient le retour effectif. Le statut d'éloignement-épuisé, ainsi que le piètre catalogue de droits attaché à ce statut, ont donc pour but de dissuader tout comportement non-coopératif et par conséquent d'encourager la coopération avec les autorités. Un document rédigé par un représentant de l'État suédois en 2002, et qui précède l'existence de la proposition de directive retour, illustre parfaitement cette approche. Il s'agit d'une réponse de l'État suédois à une question posée dans le cadre d'une consultation sur la politique européenne de retour. Il y est écrit que la seule sanction qui incite les étrangers à coopérer avec les autorités éloignantes est celle de limiter leurs droits, notamment leurs droits sociaux.⁵⁰

L'attribution d'une fonction de dissuasion se fonde sur la notion que les personnes inéloignables concoctent des stratégies de non-éloignement afin de neutraliser la mise en application du droit des étrangers à leur égard. Une grande importance est accordée ici à la souveraineté territoriale, ainsi qu'à la marge de manœuvre décisionnelle des personnes inéloignables. La perception des actes de personnes inéloignables comme des abus du système dépend du

50 Kerstin I. Eriksson on behalf of The Swedish Migration Board, "Removal – Enforcement of Return Decisions" (Paper prepared for the European Commission hearing on a community return policy on illegal residents, 16 July 2002).

degré d'importance accordé à la souveraineté territoriale. Sans rentrer dans les détails, je survole rapidement la question empirique de l'appel d'air qui serait provoquée par les pratiques de régularisation, ainsi que la question empirique de l'effet dissuasif des pratiques de contrôle migratoire. L'étude REGINE sur les pratiques de régularisation en Europe a indiqué qu'il n'y avait que très peu de preuves empiriques à l'appui de la thèse selon laquelle ces pratiques provoqueraient un appel d'air à l'immigration irrégulière.⁵¹ Et selon l'étude Ramboll/Eurasylum, les affirmations de l'existence d'un appel d'air sont généralement fondées sur des anecdotes, sans fournir de réels éléments empiriques à l'appui.⁵² Des études plus ciblées ont suggéré que les politiques restrictives à l'égard des étrangers n'avaient au mieux qu'un effet dissuasif très faible à l'égard des immigrés et des candidats à l'immigration. Eiko Thielemann, qui a entrepris une analyse quantitative des facteurs incitant les demandeurs d'asile à choisir un pays de destination plutôt qu'un autre, suggère que les facteurs structurels sont plus importants que les facteurs politiques, et que ce sont les opportunités d'emploi (même illégal) qui priment sur les politiques restrictives.⁵³ En plus des recherches quantitatives telles que celles menées par Eiko Thielemann, il y a eu des recherches qualitatives, fondées sur des entretiens avec des demandeurs d'asile et des étrangers en séjour irrégulier. Les résultats de ces recherches suggèrent également que les politiques restrictives en matière d'immigration et d'asile n'ont au mieux qu'un très faible effet dissuasif.⁵⁴ Le sixième chapitre de cette thèse s'appuie sur cette littérature qualitative en examinant l'effet dissuasif qu'aurait

51 ICMPD, 'REGINE: Regularisations in Europe: Study on Practices in the Area of Regularisation of Illegally Staying Third-Country Nationals in the Member States of the EU: Final Report' (Study commissioned by the European Commission, Ref. JLS/B4/2007/05, Vienna, January 2009), 131.

52 Ramboll and Eurasylum, "Study on the Situation of Third-Country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries: Final Report" (Study commissioned by the European Commission, 11 March 2013), 82.

53 Eiko R. Thielemann, "Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing" (2004) 6 *European Journal of Migration and Law*, 60 and 64.

54 Par exemple, voir Vaughan Robinson and Jeremy Segrott, "Understanding the Decision-Making of Asylum Seekers" (Home Office Research Study 243, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, July 2002).

l'exclusion des personnes inéloignables du séjour régulier en France.

La fonction de dissuasion spécifique de la tolérance est alliée à une fonction de facilitation de l'éloignement. Les statuts de tolérance ont pour fonction de dissuader toute stratégie de non-éloignement ainsi que d'encourager le départ. Cependant, cette fonction de facilitation de l'éloignement est plus subtile qu'elle n'y paraît. La tolérance, notamment sous la forme de statuts d'éloignement-suspendu, est généralement censée être une situation temporaire, mais elle peut durer longtemps. Une fonction attribuée à la tolérance est de permettre l'augmentation des chances d'un départ ou d'un éloignement futur. La facilitation de l'éloignement peut fonctionner de deux manières. Elle peut se produire soit par l'érosion progressive des obstacles à l'éloignement, soit par l'incitation au départ.

L'érosion des obstacles à l'éloignement s'appuie sur le fait que les étrangers inéloignables ne sont que rarement des acteurs complètement passifs. Ils se battent pour rester (souvent à juste titre) en introduisant des demandes d'asile, en faisant appel d'une décision de retour, en cachant leurs documents d'identité etc. La précarisation de leurs statuts et de leurs droits est de nature à amoindrir leur capacité d'entreprendre des stratégies de non-éloignement. Par exemple, le HCR⁵⁵ a noté que les demandeurs d'asile en France qui sont privés d'une autorisation de séjour ne sont pas en mesure de bien défendre leur dossier dans la procédure d'asile.

L'insécurité du séjour, et la précarité sociale qui accompagne cette insécurité, constitue un handicap lors de toute bataille procédurale qui oppose un étranger aux autorités étatiques. Et il est probable

55 UNHCR, "Improving Asylum Procedures : Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice : Detailed Research on Key Asylum Procedures Directive Provisions" (March 2010), 250.

que ce soit le but à l'égard des demandeurs d'asile tolérés, des victimes de la traite tolérées, des personnes dont l'éloignement est suspendu, et des personnes dont l'éloignement est épuisé. Selon Michael Speiser, le statut d'éloignement-suspendu sert à écourter le séjour des personnes concernées, même de ceux qui sont inéloignables sur le fondement de droits fondamentaux.⁵⁶

L'encouragement du départ s'appuie sur l'idée que les aspects négatifs des statuts de tolérance peuvent encourager les personnes inéloignables à partir par leurs propres moyens. Matthew Gibney a parfaitement cerné cette notion en expliquant que les États membres d'accueil sont censés fonctionner comme des chambres d'hôtel bon marché à l'égard de ces personnes – de qualité honnête pour un soir, mais pas accueillant au point de vouloir s'y installer.⁵⁷ Si les personnes inéloignables ne peuvent être éloignées de manière coercitive par les États membres, ils peuvent au moins être encouragés à partir par leurs propres moyens. Cette aspect de la fonction de facilitation de l'éloignement est le revers de la médaille de la fonction de dissuasion spécifique, car il s'agit de dissuader les personnes inéloignables de se maintenir sur le territoire d'accueil.

Après cette explication des fonctions de dissuasion et de facilitation de l'éloignement, j'en reviens au cadre général des fonctions des statuts de tolérance. Je ne suggère pas que tous les acteurs institutionnels de l'UE attribuent de telles fonctions aux statuts de tolérance, mais simplement que chaque fonction mentionnée est attribuée par certains de ces acteurs lorsque ces derniers sont favorables au pouvoir d'exclure des étrangers inéloignables du séjour régulier. Cette analyse des fonctions constitue ma réponse à la question de pourquoi la gouvernance

⁵⁶ Interview with Michael Speiser, European Parliament, EPP Group Adviser (phone interview, 16 and 22 April 2013).

⁵⁷ Matthew Gibney, "Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe" (Spring 2000) 14 *Georgetown Immigration Law Journal*, 705.

européenne de l'inéloignabilité a mené au développement des espaces de tolérance.

Mon examen des fonctions n'est pas limitée à l'accumulation d'éléments de recherches à l'appui de l'existence de ces fonctions. Je soumetts l'attribution de ces fonctions à une analyse critique de leurs fondements idéologiques ainsi que de leur effectivité. M'appuyant sur la littérature relative à la déconstruction des concepts juridiques, je soutiens que les fonctions de rétribution et d'expression du pouvoir étatique servent à légitimer la position très désavantageuse des étrangers inéloignables face aux acteurs publics et privés. Et en ce qui concerne les fonctions de dissuasion et de facilitation de l'éloignement, je fournis des éléments de recherche empirique relatifs à l'effectivité de ces fonctions. La fonction de dissuasion est aujourd'hui une des fonctions les plus répandues attribuées aux mesures de contrôle migratoire. Et il s'agit de la fonction la plus souvent attribuée aux statuts de tolérance par les acteurs institutionnels de l'UE. C'est pour cette raison que je consacre mon sixième et dernier chapitre à la présentation des résultats de mes recherches empiriques sur l'effet dissuasif des statuts de tolérance en France. Cette présentation sert de cas d'étude à mon examen de la fonction de dissuasion.

Chapitre 6

Dans le sixième chapitre de ma thèse, je fournis des éléments de recherche qualitative sur la fonction dissuasive – et l'effet dissuasif – des statuts de tolérance en France, qui sert de cas d'étude à mon examen de la fonction dissuasive dans le cinquième chapitre. A partir d'un échantillon de trente-quatre participants qui ont eu un statut de tolérance (juridique ou indirecte) en France, mes recherches suggèrent que les statuts de tolérance, en tant que statuts d'exclusion du séjour régulier, n'ont eu aucun effet

dissuasif sur la majorité des participants, ainsi que sur les réseaux des pays d'origine des participants. Ces recherches contribuent à (et s'appuient sur) la littérature qualitative⁵⁸ relative à l'effet dissuasif des politiques migratoires et d'asile en Europe, en offrant des éléments de réponse sur : l'effet dissuasif des politiques en France, l'effet dissuasif à l'égard de groupes plus ciblés de ressortissants de pays tiers, l'effet dissuasif sous plusieurs angles.

Environ la moitié des participants ont perçu leur exclusion du séjour régulier comme une sanction. La moitié ont également perçu cette exclusion comme jouant un rôle de dissuasion. L'existence d'un réel effet dissuasif est une autre question. J'ai d'abord examiné le désir de départ (et le départ effectif) déclenché par l'exclusion du séjour régulier (et le maintien en situation de tolérance), ainsi que les facteurs incitant à rester en France. J'ai ensuite examiné l'impact dissuasif ou non de ces pratiques d'exclusion à l'égard des participants lorsqu'ils se trouvaient dans leur pays d'origine, et l'impact qu'auraient ces pratiques aujourd'hui si tous les compteurs étaient remis à zéro. Je me suis ensuite penché sur l'impact dissuasif de ces pratiques à l'égard des réseaux des participants dans les pays d'origine, avant de terminer sur la question de la nature stratégique de non-éloignement.

Lorsque j'ai demandé aux participants si leurs statuts de tolérance avaient déclenché un désir de quitter la France, j'ai reçu un spectre de réponses allant d'un non clair à un oui clair, avec des réponses intermédiaires de : non malgré un désir passager, incertain tendant vers non, incertain tendant vers oui, oui à destination d'un autre pays européen mais pas un pays tiers. Une majorité significative de participants ont répondu non, un participant a répondu oui, et tous les autres ont fourni une réponse intermédiaire. La plupart des

58 Voir notamment Vaughan Robinson and Jeremy Segrott, "Understanding the Decision-Making of Asylum Seekers" (Home Office Research Study 243, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, July 2002).

participants n'avaient donc aucun désir de partir. Et pour ceux qui avaient un désir de partir, ce désir, soit ne s'est jamais transformé en volonté de partir, soit n'a pas été possible en raison d'obstacles d'ordre financier, administratif, ou humanitaire. Quatre participants avaient le désir et la volonté de quitter la France pour un autre pays européen, mais pas pour regagner leur pays d'origine. Cependant, des obstacles, tels que ceux mentionnés, ont empêché ce voyage intra-européen. Il n'y a donc eu aucun effet dissuasif spécifique sur les participants, mais un élément indéniable de dissuasion a presque mené à des mouvements secondaires au sein de l'UE pour une poignée d'entre eux.

Pour une minorité de participants qui ont eu un désir de partir, ce désir était surtout lié à l'absence de droits socio-économiques, plus qu'à la peur de l'éloignement. Et pourtant, la majorité des trente-quatre participants ont eu peur de l'éloignement et de la rétention administrative, tout comme la peur de l'exclusion socio-économique. Ceci suggère que le lien corrélatif entre les aspects négatifs de la tolérance et le désir de partir est faible.

Un résultat intéressant de cette recherche est que l'exclusion du séjour régulier est plus apte à constituer un élément de dissuasion pour : ceux qui ont migré pour des raisons humanitaires (et non économiques), ceux qui ont particulièrement mal vécu l'exclusion socio-économique liée à l'exclusion du séjour régulier, ceux sans réseaux en France, et ceux avec un droit plus solide de rester. Aucun autre facteur (ex. la durée de la tolérance, le genre, l'âge etc.) n'a pu expliquer les divers degrés de désir de partir.

Indépendamment du degré de désir de partir, tous les participants ont mentionné des facteurs qui les ont incité à rester en France. Les facteurs suivants ont incité une majorité de participants à rester : un besoin de protection, un espoir de régularisation, les

opportunités de travail, l'accès aux droits sociaux, les liens personnels et familiaux, la langue française, et la réputation politique du pays. D'autres facteurs ont également incité une minorité à rester : les réseaux de ressortissants du pays d'origine, les opportunités d'éducation, les procédures judiciaires et administratives.

Une autre question clé est celle de savoir si les politiques migratoires et d'asile ont eu un impact quelconque sur le choix initial du pays européen de destination des participants. Il y a également la question de savoir si les participants referaient le même choix aujourd'hui au regard de l'expérience de ces politiques.

Quand les participants ont quitté leurs pays d'origine, la plupart n'avaient pas (ou peu) de connaissances relatives aux politiques d'immigration et d'asile en Europe, et nombre d'entre eux sont entrés en Europe avec l'aide d'un passeur ou trafiquant d'êtres humains. Leur marge de manœuvre était donc limitée dans le meilleur des cas, sinon inexistante. La plupart des participants ont néanmoins attaché de l'importance à certains facteurs lors du choix du pays de destination, même si ces facteurs ne correspondaient pas toujours à la situation réelle dans les pays convoités. Les politiques et pratiques de dissuasion n'ont donc pas pu avoir un effet dissuasif à l'égard des participants, comme ces politiques n'étaient pas ou peu connues par ceux-ci (je ne parle bien sûr pas des politiques extra-territoriales, telles que les pratiques de visa).

La plupart des participants n'ont pas choisi la France comme pays initial de destination, mais une majorité significative choisirait aujourd'hui la France s'ils se trouvaient à nouveau dans leur pays d'origine. Ceci constitue un premier indice sur le manque ou la

faiblesse de l'effet dissuasif des politiques d'exclusion du séjour régulier.

Au delà de ce premier indice, j'ai comparé les facteurs qui étaient importants lors du départ initial avec les facteurs qui seraient importants aujourd'hui si les participants se trouvaient de nouveau dans leur pays d'origine. Cette comparaison était pertinente pour deux raisons. Premièrement, certains demandeurs d'asile et étrangers en séjour irrégulier retournent dans leur pays d'origine, soit parce qu'ils sont effectivement éloignés, soit par qu'ils choisissent de partir. Deuxièmement, s'ils se trouvent à l'avenir dans leur pays d'origine, un nouveau choix de pays de destination se ferait à partir de réelles connaissances sur les facteurs d'attraction et de dissuasion, des connaissances qui manquaient lors du départ initial du pays d'origine.

Quand ils ont quitté leurs pays d'origine, une majorité de participants ont initialement attaché de l'importance à l'accès au droit d'asile (ce n'était bien sûr pas le cas pour les participants sans besoin d'asile). La moitié a également attaché de l'importance aux opportunités de travail, à la réputation politique des pays convoités, ainsi qu'aux langues de ces pays. L'accès au séjour régulier constituait un facteur important pour une minorité significative. Et une petite minorité de participants ont également attaché de l'importance aux droits sociaux, à la proximité ou distance géographique, aux liens personnels et familiaux, aux réseaux de ressortissants du pays d'origine, à l'éducation, et à la culture nationale. Aucun participant n'a initialement attaché de l'importance aux pratiques d'éloignement et de rétention administrative.

Dans un avenir hypothétique où les participants se retrouveraient dans leurs pays d'origine, avec l'avantage d'avoir effectivement

vécu les politiques d'immigration et d'asile en France, un plus grand nombre attacherait de l'importance aux facteurs de survie (par opposition aux facteurs historico-culturels). Ainsi plus de participants attacherait de l'importance aux opportunités de travail, de régularisation, aux liens personnels et familiaux, ainsi qu'aux réseaux de ressortissants du pays d'origine. Un nombre sensiblement plus élevé de participants attacherait de l'importance aux droits sociaux, ainsi qu'aux pratiques d'éloignement et de rétention administrative (même s'il s'agit toujours d'une minorité). La dure réalité du séjour irrégulier/toléré accroît l'importance de la stabilité du séjour et des conditions de séjour.

Sans rentrer dans les détails ici, je montre également l'ordre d'importance des facteurs dans le choix initial du pays européen de destination, ainsi que dans le choix hypothétique d'un pays aujourd'hui. Ceci permet de cerner la véritable complexité derrière toute décision migratoire. Dans un avenir hypothétique où le voyage migratoire vers l'Europe serait à refaire, les participants attacherait de l'importance à plus de facteurs et hiérarchiseraient d'avantage ces facteurs. Les facteurs qui grimperaient les échelons seraient les facteurs liés au droit de séjour et aux conditions socio-économiques de séjour. Deux facteurs qui deviendraient particulièrement importants pour d'avantage de participants, et qui grimperaient les échelons des facteurs, seraient les opportunités de travail et les droits sociaux. Un exemple de facteur qui perdrait de l'importance est celui des réseaux de ressortissants du pays d'origine.

Les politiques et pratiques d'exclusion du séjour régulier n'ont donc eu aucun effet dissuasif sur les participants lorsqu'ils se trouvaient dans leurs pays d'origine. Cependant, l'expérience des participants pourrait théoriquement dissuader ceux qui en

prennent connaissance au sein de leurs réseaux de tenter le même parcours. J'examine les communications qu'ont eues les participants avec leurs amis et familles à propos de leurs expériences négatives en Europe. Sans rentrer dans les détails, un résultat clé de cet examen est que seulement quatre participants (sur trente-quatre) ont eu des communications qui indiquent un possible effet dissuasif au sein des réseaux d'amis et de famille. L'effet dissuasif général de l'exclusion du séjour régulier est donc très faible.

Je termine ce sixième chapitre avec quelques mots sur l'aspect stratégique des obstacles à l'éloignement. La plupart des participants n'avaient pas l'impression d'avoir été stratégistes, même si certains ont perçu d'autres étrangers comme tel. Certains participants qui étaient demandeurs d'asile ont indiqué qu'ils connaissaient quelques des personnes se servant du droit d'asile dans le seul but d'éviter leur éloignement. Et certains participants qui ont vécu la rétention administrative ont suggéré que certains retenus développent des stratégies de non-éloignement en rétention. Cependant, la plupart des participants n'avaient que des sentiments de solidarité envers ceux vivant les mêmes difficultés d'exclusion, et ont rejeté toute idée de stratégie.

Conclusion

Dans le chapitre de conclusion, je me penche sur la question de savoir ce que l'avenir réserve aux limbes juridiques entre le séjour irrégulier et régulier. Ces limbes révèlent des failles qui affaiblissent la dichotomie séparant l'immigration irrégulière de l'immigration régulière. Il s'agit pourtant d'une division fondamentale, aussi bien au niveau du droit européen de l'immigration et de l'asile que de l'opinion publique. Ces limbes sont largement les produits d'obstacles à l'éloignement que les

acteurs institutionnels refusent de prendre en compte lorsqu'ils élaborent les politiques de régularisation. Les motifs institutionnels derrière le refus d'adapter les politiques de régularisation sont liés à l'importance primordiale accordée à l'intégrité du pouvoir sélectif d'inclure et d'exclure du territoire, ainsi qu'à l'idée que le non-éloignement résulte généralement d'une stratégie.

La marge de manœuvre décisionnelle des immigrés varie énormément en fonction du contexte migratoire et de l'individu, mais il est incontestable que tous ont au moins une petite marge dans les démarches entreprises pour rejoindre un pays de destination et y rester. Cependant, cette marge décisionnel doit être vue à la lumière de l'histoire personnelle et du profil de chaque migrant, ainsi que des motivations migratoires passées et actuelles. Lorsque le non-éloignement est perçu comme une stratégie, cette stratégie doit être placée dans le contexte d'une stratégie plus globale d'accumulation économique, de survie, d'unité familiale, ou d'une panoplie d'autres types de stratégies.

Le non-éloignement pourrait de plus être perçu comme une revendication d'emplacement dans un État membre d'accueil. Les politiques migratoires des États membres de l'UE reposent sur les fondations d'un ordre juridique international, divisé territorialement en États Nations, qui alloue l'emplacement territorial des individus en fonction de leur nationalité, et octroie le pouvoir à chaque État Nation de déterminer l'emplacement ou l'égarement d'individus de nationalité étrangère. Les États membres de l'UE ont ainsi le pouvoir de déterminer l'emplacement ou l'égarement⁵⁹ des ressortissants de pays tiers qui séjournent à l'intérieur de leur territoire. Les stratégies de non-éloignement pourraient être perçues comme des revendications d'emplacement à

59 Hans Lindahl, "Finding a Place for Freedom, Security and Justice: the European Union's Claim to Territorial Unity" (2004) 29 (4) *European Law Review* 461.

l'encontre des prétentions d'égarement par les États membres. Cette conceptualisation de revendications rivales d'emplacement reflète ce que Hans Lindahl⁶⁰ décrit comme une hétéropie. Il utilise l'analogie de squatters qui revendiquent un droit d'emplacement dans d'une propriété privée au sein de laquelle l'ordre juridique ne leur accorde aucun droit.⁶¹ Les similitudes entre le droit des étrangers et le droit de la propriété privée sont fortes car les concepts de propriété privée et de souveraineté territoriale nationale partagent une histoire philosophique ainsi qu'une caractéristique d'exclusion à l'égard des espaces concernés.

L'allocation territoriale des personnes qui découle de l'ordre juridique international existe dans un contexte caractérisé par de fortes disparités socio-économiques, ainsi que de dynamiques historico-culturelles complexes entre les États Nations ainsi qu'à l'intérieur de ceux-ci. L'inéloignabilité, vue comme une stratégie, pourrait être perçue comme une contestation de l'égarement dans cet ordre juridique international qui est aussi complexe que défectueux. Comme l'a indiqué un représentant suédois dans une réponse à une consultation sur la politique européenne de retour en 2002, l'enjeu est celui de l'appartenance d'un individu,⁶² et cet enjeu se situe au centre de la bataille qui oppose les États membres de l'UE aux ressortissants de pays tiers inéloignables.

Le pouvoir national et européen d'exclusion territoriale n'est ni absolu ni figé. Il ne s'agit pas d'un pouvoir sans bornes car l'UE et ses États membres sont contraints par des normes de droits fondamentaux. Et un nombre important d'obstacles à l'éloignement proviennent de ces normes. De plus, en droit de l'UE, certains groupes de ressortissants de pays tiers ont un droit de

60 Ibid, 471-472.

61 Ibid, 471.

62 Kerstin I. Eriksson on behalf of The Swedish Migration Board, "Removal – Enforcement of Return Decisions" (Paper prepared for the European Commission hearing on a community return policy on illegal residents, 16 July 2002).

séjour qui existe indépendamment de l'approbation des États membres, ce droit de séjour découlant du régime de liberté de circulation des personnes. Il s'agit ici surtout des membres de la famille de citoyens européens qui, comme je le montre dans le premier chapitre, peuvent se trouver dans des positions de séjour régulier non-reconnu.

Le pouvoir d'exclusion territoriale n'est pas non plus figé, neutre, ou naturel.⁶³ Dora Kostakopoulou⁶⁴ a montré à quel point ce pouvoir et l'étendu de ce pouvoir sont conditionnés par le lieu, la période dans l'histoire, ainsi que l'idéologie. Le pouvoir national d'exclusion territoriale, qui comporte un droit et pouvoir de déterminer les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers, est intimement lié à l'histoire de l'État Nation, ainsi que du concept de propriété privée. Il y a une notion, que la plupart d'entre nous ne remet plus en question, qui découle de cette trajectoire historique particulière et de l'influence du concept de propriété privée. Il s'agit de la notion selon laquelle les États Nations sont les propriétaires exclusifs des territoires qui leur sont alloués dans l'ordre international, cette propriété exclusive servant de fondement au droit et au pouvoir d'inclure/exclure les non-nationaux, tout comme le propriétaire d'un lieu privé a le droit d'inclure ou exclure qu'il/elle veut de ce lieu. Ce pouvoir s'est cependant affaibli avec le temps, en partie à cause des contraintes provenant des normes de droits fondamentaux. Dora Kostakopoulou a envisagé trois utopies comme systèmes alternatifs à ce système de pouvoir d'exclusion territorial.⁶⁵ Une première envisage la multiplication des contraintes au pouvoir d'exclusion territorial, au point d'aboutir à un système de libre circulation pour tous, semblable au système dont bénéficient les citoyens

63 Paul Schiff Berman, "From International Law to Law and Globalization" (2005) 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 511-518.

64 Dora Kostakopoulou, "Irregular Migration and Migration Theory: Making State Authorisation Less Relevant", in Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan, and Erika Szyzszak (eds), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives* (Martinus Nijhoff Publishers, 2004).

65 *Ibid*, 51.

européens aujourd'hui. Une deuxième envisage un monde sans frontières. Et une troisième correspondrait à ce qu'elle appelle la *territorialité focale*, dans laquelle l'espace territorial serait réduit à un lieu d'habitation ("dwelling place"⁶⁶), avec une signification plus culturelle que politique ou juridique. L'appartenance dans cette troisième utopie serait établie en fonction de critères non-territoriaux. Les habitants seraient des usufruitiers de ces espaces territoriaux, et non des propriétaires à part entière. Ce qui cimenterait la communauté ne serait pas le rejet de l'autre, mais le besoin de prendre soin des lieux et d'améliorer la co-existence en bannissant toute idée nationaliste, xénophobe, et raciste de la sphère publique.

Le pouvoir d'exclusion territorial n'aurait (presque) plus sa place dans n'importe laquelle de ces trois utopies. Cette affaiblissement de ce pouvoir d'exclusion affaiblirait à son tour l'importance attribuée à l'intégrité des systèmes d'immigration choisie, ainsi que le besoin de discriminer entre les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et régulier. Dora Kostakopoulou a indiqué que son système de territorialité focale effacerait l'accent mis sur le contrôle migratoire, le retour des immigrés en séjour irrégulier, ainsi que sur les politiques dissuasives à l'égard des migrants.⁶⁷ Les motivations idéologiques qui favorisent le maintien de limbes juridiques entre le séjour irrégulier et régulier s'effaceraient donc progressivement. La dichotomie séparant l'immigration irrégulière de l'immigration régulière perdrait une grande partie de son importance actuelle, ce qui par ricochet réduirait l'intérêt de maintenir des étrangers inéloignables dans des limbes juridiques entre le séjour irrégulier et régulier.

Ces utopies ne risquent pas de voir le jour pour un bon bout de temps. Cependant, les défis que représentent les obstacles à

66 Ibid, 51.

67 Ibid, 54.

l'éloignement pour le pouvoir actuel d'exclusion territoriale laissent présager un avenir dans lequel ce pouvoir deviendrait une utopie. Mais l'avenir proche ne semble pas réserver de belles surprises aux étrangers inéloignables, car la dichotomie séparant l'immigration irrégulière de l'immigration régulière maintient une position centrale dans l'édifice du droit européen de l'immigration et de l'asile. Cependant, le nombre croissant de ressortissants de pays tiers inéloignables représente un défi sur le long terme pour cette dichotomie centrale.