



**HAL**  
open science

# Le dispositif Schengen à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme

Christel Cournil

► **To cite this version:**

Christel Cournil. Le dispositif Schengen à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les Petites Affiches, 2001, 211, pp.13-18. halshs-01094239

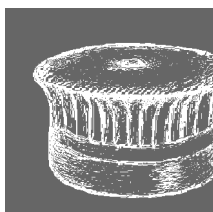
**HAL Id: halshs-01094239**

**<https://shs.hal.science/halshs-01094239>**

Submitted on 10 Apr 2018

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

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



## LE DISPOSITIF SCHENGEN À L'ÉPREUVE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DROIT DES ÉTRANGERS

(Conseil d'État, 25 octobre et 20 décembre 2000)

La complexification du droit des étrangers, liée à la « communautarisation » de la politique d'asile et d'immigration et à l'influence de plus en plus croissante de la Convention européenne des droits de l'homme, laisse présager des conflits d'applicabilité des normes supranationales. Les deux arrêts du Conseil d'État ci-dessous reproduits en fournissent un exemple. En l'espèce, le juge administratif devait choisir entre deux normes supranationales applicables — les accords de Schengen et la C.E.D.H. — pour autoriser ou non la délivrance d'un visa « court séjour » au ressortissant d'un État tiers. Le refus de visa court séjour, régi par l'accord de Schengen, peut aller à l'encontre de la vie privée et familiale d'un ressortissant extra-communautaire, le migrant à qui on a refusé un tel visa pouvant alors se prévaloir de l'article 8 de la C.E.D.H. pour contester ce refus. Dans ces deux espèces, en faisant prévaloir la Convention européenne, le juge administratif confirme ainsi son rôle de conciliation et de régulation de différentes normes supranationales applicables.

Étrangers. Convention européenne des droits de l'homme. Système de Schengen. Migrant. Statut. Communautarisation. Ressortissant extra-communautaire. Visa. Système d'information Schengen. Article 8 de la C.E.D.H. Compatibilité entre les normes supranationales. Juge administratif. Pouvoir de régulation.

**Conseil d'État, Sect.,  
25 octobre 2000 :**

M<sup>me</sup> Cucicea-Lamblot  
(n° 212315)

**Le Conseil :**

(...)

Considérant que, pour refuser à M. Cucicea le visa de court séjour qu'il sollicitait, les services de l'ambassade de France en Roumanie se sont fondés sur le fait que l'intéressé était signalé aux fins de non-admission au « système d'information Schengen » par les autorités grecques ; que M<sup>me</sup> Cucicea-Lamblot, son épouse, demande l'annulation de cette décision en soutenant qu'elle méconnaît l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Considérant que le premier paragraphe de l'article 5 de la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990 et publiée par le décret du 21 mars 1995 énumère les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance à un étranger par les autorités de l'un des États

parties à la Convention d'un visa d'entrée sur le territoire de cet État pour une période n'excédant pas trois mois ; qu'au nombre de ces conditions, figure celle de « ne pas être signalé aux fins de non-admission » ; qu'aux termes du paragraphe 2 de cet article : « L'entrée sur les territoires des parties contractantes doit être refusée à l'étranger qui ne remplit pas l'ensemble de ces conditions, sauf si une partie estime nécessaire de déroger à ce principe pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales (...) » ;

Considérant que l'examen du bien-fondé du moyen invoqué par M<sup>me</sup> Cucicea-Lamblot, qui, eu égard aux stipulations précitées de la Convention du 19 juin 1990 n'est pas inopérant, suppose que soit connu le motif du signalement de M. Cucicea au fichier « système d'information Schengen » ; que ce motif ne ressortant pas des pièces du dossier il y a lieu d'ordonner avant-dire-droit au ministre des Affaires étrangères, tous droits et moyens des parties étant réservés, de communiquer au Conseil

d'État dans un délai de deux mois tous éléments relatifs à l'inscription de M. Cucicea au fichier « système d'information Schengen » et notamment le motif de cette inscription, pour être ensuite statué ce qu'il appartiendra sur les conclusions de la requête ;

**Décide :**

*Article 1<sup>er</sup> :* Il est sursis à statuer sur la requête de M<sup>me</sup> Cucicea-Lamblot jusqu'à ce que le ministre des Affaires étrangères communique au Conseil d'État tous éléments relatifs à l'inscription de M. Cucicea au fichier « Système d'information Schengen ».

(...)

**Conseil d'État, Sect.,  
20 décembre 2000 :**

M<sup>me</sup> El Abd  
(n° 202207)

**Le Conseil :**

(...)

*Sur la fin de non-recevoir soulevée par le ministre des Affaires étrangères :*

Considérant que la requête de M<sup>me</sup> El Abd tend à l'an-

## DROIT DES ÉTRANGERS

nulation de la décision par laquelle le consul général de France à Rabat a refusé de lui accorder un visa de court séjour ; que cette requête contient l'exposé sommaire des faits et des moyens sur lesquels elle s'appuie ; qu'elle satisfait par suite aux prescriptions de l'article 40 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'État et est, dès lors, recevable ;

*Sur la légalité de la décision attaquée :*

Considérant que, pour refuser à M<sup>me</sup> El Abd, ressortissante marocaine, le visa de court séjour qu'elle sollicitait afin de rendre visite à ses fils, qui résident régulièrement en France, le conseil général de France à Rabat s'est fondé principalement sur l'insuffisance des ressources de l'intéressée ; que l'administration soutient que l'article 5 de la convention d'application de l'accord de Schengen lui faisait obligation de refuser un visa à la requérante, dont les ressources n'atteignaient pas le montant de référence arrêté par l'annexe 7 à l'instruction consulaire commune en matière de franchissement des frontières ;

Considérant que le paragraphe 2 de l'article 5 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 pose en principe que pour un séjour n'excédant pas trois mois, l'entrée sur le territoire des parties contractantes « doit être refusée à l'étranger qui ne remplit pas l'ensemble » des conditions énumérées au paragraphe 1 dudit article, au nombre desquelles figure l'obligation pour le demandeur de « disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un

État tiers dans lequel son admission est garantie » ou à défaut d'être « en mesure d'acquiescer légalement ces moyens » ;

Considérant toutefois, qu'il est spécifié au paragraphe 2 de l'article 5 précité qu'il est fait exception au principe ainsi énoncé « si une partie contractante estime nécessaire de déroger à ce principe pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales » ; qu'il est précisé qu'en ce cas, « l'admission sera limitée au territoire de la partie contractante concernée » ; qu'il résulte de ces dernières stipulations rapprochées des obligations découlant pour la République française de sa qualité de partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et compte tenu notamment de l'article 8 de cette convention, que le consul général de France à Rabat n'avait pas compétence liée pour refuser à M<sup>me</sup> El Abd le visa pour visite familiale qu'elle sollicitait au motif que les ressources dont l'intéressée justifiait étaient insuffisantes ;

Considérant qu'une première demande de visa présentée par M<sup>me</sup> El Abd en 1991, pour rendre visite à son mari qui résidait en France, a fait l'objet d'un refus ; qu'après le décès de celui-ci, en 1992, elle a renouvelé sa demande à deux reprises pour venir voir ses deux fils, sans succès ; qu'eu égard aux motifs d'ordre familial en vue desquels le visa a été sollicité, la décision présentement attaquée a porté au droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale une atteinte excessive par rapport aux buts en vue desquels cette décision a été prise ; que

le consul général de France à Rabat a ainsi méconnu les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M<sup>me</sup> El Abd est fondée à demander l'annulation de la décision du 23 novembre 1998 par laquelle le consul général de France à Rabat a refusé de lui délivrer un visa de court séjour.

**Décide :**

*Article 1<sup>er</sup> :* La décision du 23 novembre 1998 du consul général de France à Rabat est annulée.

(...)

## NOTE

Ces dix dernières années, l'étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne et plus particulièrement le « migrant », l'étranger qui désire rentrer dans l'espace Schengen ou celui qui est en attente d'un titre de séjour (1), a vu son statut se modifier sous l'influence de normes supranationales.

Le statut du migrant est défini en partie par l'ordonnance du 2 novembre 1945. Ces dispositions internes sont complétées par des normes supranationales de natures très variées.

— D'abord par des accords bilatéraux avec les pays ayant conservé des relations particulières avec la France (accords bilatéraux franco-algériens (2), accord franco-tunisien (3)...). Ces accords ont été marqués pendant longtemps par les relations de la France avec ses anciennes colonies. Ils définissent les règles d'entrée des ressortissants étrangers sur leur territoire respectif.

(1) À la différence du résident qui lui possède un titre de séjour qui l'autorise à circuler librement dans le territoire français.

(2) Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 (J.O. du 22 mars 1969) modifié par l'avenant du 22 décembre 1985 (J.O. du 8 mars 1986) et l'avenant du 28 septembre 1994 (J.O. du 20 décembre 1994), et modifié dernièrement par l'avenant du 11 juillet 2001.

(3) Du 17 mars 1988 (J.O. du 11 février 1989) modifié par l'avenant du 19 décembre 1991 (J.O. du 7 juillet 1992).

— Ensuite, la construction de l'Union européenne (instaurant un espace de libre circulation des personnes à l'intérieur des États membres) a conduit les gouvernements des pays membres à régler la question des « ressortissants extra-communautaires » désireux de rentrer en Europe. Ainsi l'Accord Schengen (4), élaboré à l'origine dans le cadre de la coopération intergouvernementale et faisant aujourd'hui partie intégrante du droit communautaire, régit l'entrée des ressortissants d'États tiers. L'Accord Schengen et le droit communautaire qui le complète ont construit un véritable statut communautaire du migrant extra-communautaire. L'emprise du droit communautaire sur l'obligation de visa (5) pour les ressortissants d'États tiers, et l'étrange apparition d'une notion de « personne virtuelle » (6) non désirable (7) frappée de non-admission sont des exemples de productions normatives supranationales qui complètent et se superposent à l'ordonnance de 1945.

Cette communautarisation du statut du migrant est en pleine expansion, et commence à régir celle du résident, puisque depuis le sommet de Tampere (8) et les récentes recommandations de la Commission (9), l'harmonisation des titres de séjours fait partie des réflexions envisagées au sein de la Communauté européenne (10).

— Parallèlement à cette communautarisation du droit interne, le droit issu de l'autorité jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme a envahi le droit des étrangers. Les droits de l'homme européens s'étendent par capillarité dans les fissures laissées par les applications arbitraires de la législation des étrangers. Cette influence de la norme européenne des droits de l'homme va très loin, puisque le législateur reprend dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 les articles de la Convention européenne des droits de l'homme (11). L'article 8 de la C.E.D.H., pour prendre l'exemple le plus caractéristique, est systématiquement repris dans les requêtes des étrangers ; il fait partie

intégrante du contentieux en matière de mesures d'éloignement, de titres de séjour et de visas.

On constate un réel enchevêtrement de normes supranationales auquel le juge administratif doit faire face. Si deux normes s'interpénètrent, comment le juge intervient-il ? A-t-il le pouvoir de choisir la norme applicable ?

Dans les deux arrêts ci-dessus reproduits, le Conseil d'État nous montre sa capacité à appliquer la norme supranationale appropriée lorsque plusieurs normes supranationales régissent le statut du migrant extracommunautaire. Le juge administratif fait prévaloir la Convention européenne des droits de l'homme (I) sur la Convention d'application des accords de Schengen, tout en faisant preuve d'une nouvelle « implication » en matière de contrôle de constitutionnalité des lois : celle d'un pouvoir de régulation (II).

## I. La conciliation de la C.E.D.H. avec la Convention de Schengen

Dans l'arrêt Cucicea-Lamblot du 25 octobre 2000 (12), le mari de la requérante s'est vu refuser le visa court séjour en raison d'un signalement au fichier du système d'information Schengen (S.I.S.) et ce en vertu de l'article 5 § 1 d (13) de la Convention d'application de l'accord de Schengen (14). Cet article énumère les conditions dans lesquelles un étranger est admis sur le territoire d'un État partie. Pour ce faire, le ressortissant extracommunautaire ne doit pas avoir été signalé au fichier S.I.S. (15), sinon il sera frappé de non-admission et le visa lui sera refusé. Face à ce refus, la requérante (française mariée au ressortissant tiers) conteste cette décision de refus. Le juge administratif s'attache d'abord à vérifier si la condition relative au signalement est remplie. Depuis la décision Hamssaoui du Conseil d'État du 9 juin 1999 (16), le signalement au fichier S.I.S. d'un étranger doit faire mention de

l'auteur (l'État) du signalement et contenir une motivation précise (17) de celui-ci. Une exception est prévue par la Convention d'application de Schengen : elle permet de passer outre le signalement, dans les cas où un État peut déroger à ce principe « pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales » (18). La question de la superposition des normes supranationales surgit ici.

En effet, la France a adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; elle applique l'article 8 en matière de refus de visa.

Ainsi, la question posée au Conseil d'État était celle de savoir si effectivement, la Convention européenne pouvait dispenser, en l'espèce, l'application de la convention d'application Schengen. Autrement dit, lorsque deux normes supranationales coexistent, laquelle des deux doit prévaloir ?

Le Conseil d'État renvoie à l'examen de la motivation du signalement au fichier S.I.S., pour ensuite pouvoir apprécier le refus eu égard à l'atteinte ou non à l'article 8 de la C.E.D.H. Il va surseoir à statuer jusqu'à ce que le ministre des Affaires étrangères délivre le motif du signalement et que le juge en tire toutes les conséquences nécessaires au regard de l'article 8.

L'arrêt M<sup>me</sup> El Abd du 20 décembre 2000 illustre également l'enchevêtrement des normes communautaires et européennes (19). Ici, la requérante n'est pas signalée au fichier S.I.S., mais elle ne satisfait pas la condition de l'article 5 § 1 c de la Convention d'application de l'accord Schengen sur « les moyens de subsistance suffisants » (20), pour se voir délivrer un visa. Cela étant, le Conseil d'État relève à juste titre que cette exigence peut être dispensée (comme pour le signalement au fichier S.I.S.) par des obligations internationales. Le juge administratif en profite pour rappeler les obligations découlant de l'article 8

(4) *Accord de Schengen du 14 juin 1985, et Convention d'application Schengen signée à Schengen le 19 juin 1990 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1993).*

(5) *Règlement (C.E.) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 (J.O. L. 081 21 mars 2001, p. 1) fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (remplace le règlement (C.E.) n° 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999, J.O. L. 072 18 mars 1999, p. 2). Règlement n° 1091/2001 du 28 mai 2001 modifiant l'article 18 de la Convention de Schengen, et alignant le visa long séjour sur le régime des visas court séjour.*

(6) *Sylvia Preuss-Lausinotte, Les fichiers et les étrangers au cœur de nouvelles politiques de sécurité, L.G.D.J., bibliothèque de droit public, tome 209, Paris, 2000, p. 35.*

(7) *Toutes les dispositions de la Convention d'application Schengen visant les cas de signalement au fichier S.I.S. et la gestion des identités avec les systèmes informatisés systématisent un étranger non désirable, non admis sur le territoire des pays membres.*

(8) 15 et 16 octobre 2000.

(9) *Deux communications de la Commission européenne sur l'asile et l'immigration du 22 novembre 2000, l'une relative à la « Politique communautaire en matière d'immigration », et l'autre intitulée : « Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union pour les personnes qui se voient accorder l'asile ».*

(10) *Proposition de directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (COM (2001) 127 final [501 PC 0127]) ; proposition de règlement du Conseil établissant un modèle uniforme de permis de séjour pour les ressortissants de pays tiers (COM (2001) 157 final [501 PC 0157 (03)]) ; proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante (COM (2001) 386 final [501 PC 0386]).*

(11) *Article 27 bis (« Un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ») et 12 bis 7 sur la carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale, soit une transcription législative de l'article 8 de la C.E.D.H.*

(12) *A.J.D.A., n° 3, mars 2001, p.285.*

(13) « Ne pas être signalé de non-admission ».

(14) *Publiée par le décret du 21 mars 1995.*

## DROIT DES ÉTRANGERS

(15) Fichier informatique permettant d'assurer un échange de toutes les informations sur les personnes qui franchissent les frontières de l'espace Schengen.

(16) Dictionnaire permanent droit des étrangers, Bull. 63, 1<sup>er</sup> septembre 1999, p. 8474.

(17) C.E., sect., 28 juillet 2000, M. Faïfer, n° 205435 (« la décision attaquée ne satisfait pas l'exigence de motivation imposée par l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée : (...) que la mention selon laquelle le droit d'accès aux signalements s'exerce auprès de la C.N.I.L. ne saurait tenir lieu d'une telle motivation... ») ; 6 octobre 1998, M. Bafandi, n° 186082 (« La communication au Conseil d'État (...), tous les éléments relatifs à l'inscription dans le fichier S.I.S. et notamment l'indication de l'autorité nationale »).

(18) Article 5 § 2.

(19) Pris dans le sens du droit issu de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'homme.

(20) À côté des documents valables permettant le franchissement de la frontière, il faut présenter le cas échéant les documents justifiant l'objet et les conditions du séjour envisagé et disposer des moyens de subsistance suffisants tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays de provenance ou le transit vers un État tiers dans lequel son admission est garantie ou peut être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens.

(21) Obligation de motivation du visa pour certaines catégories d'étrangers (loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, article 1).

(22) E. Aubin, Le juge administratif français face à l'application de la Convention Schengen dans des dispositions sur le droit d'asile. Bilan jurisprudentiel de l'application en France des accords Schengen, R.D.P., n° 3, 2000, p. 845.

(23) H. Labayle, L'article 8 de la C.E.D.H. et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, sous la direction de H. Fulchiron, in Les étrangers et la Convention européenne et sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, L.G.D.J., 1999, p. 96 et 97.

(24) Rec. 203 ; R.D.P. 1992, p. 1793, concl. R. Abraham.

(25) C.E., 5 juin 1989, ministre de l'Intérieur c/ M<sup>me</sup> Abdi, Rec. 84438 ; 15 novembre 1989, ministre de l'Intérieur c/ M<sup>me</sup> Khaled-Khadja, Rec. 106412 ; 22 novembre 1989, M<sup>me</sup> Beferlou, Rec. 101001.

(26) « Par une lecture complémentaire et pas contradictoire » (H. Labayle, in Le droit à mener une vie familiale normale et exigences européennes, R.F.D.A., 1993, p. 524).

de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le refus du visa pour visite familiale ne lie pas les autorités consulaires, mais les oblige au regard de l'article 8 à examiner l'atteinte excessive à la vie privée et familiale. La Convention d'application Schengen est écartée pour laisser place à l'analyse du refus de visa au vu de l'article 8 de la C.E.D.H.

Le juge va plus loin que dans l'arrêt précédent, car il dispose du motif (21) du refus de visa (le manque de moyen de subsistance). La comparaison avec l'article 8 est alors possible. Ce texte vient s'appliquer en dérogeant aux principes de la convention Schengen, qui a elle-même organisé cette dérogation.

Ainsi, la présomption « d'indésirabilité » (22) des ressortissants signalés ou non admis diminue étant donné que « l'issue de secours » (l'application de la C.E.D.H.) leur permet de renverser la présomption. Reste à analyser l'impact futur de cette jurisprudence... puisque l'atteinte à l'article 8 est rarement admise (23).

La primauté de la Convention européenne des droits de l'homme sur une autre norme internationale rappelle la décision M<sup>me</sup> Larachi (et M<sup>me</sup> Zine El Khalma) du Conseil d'État du 22 mai 1992 (24), où coexistaient l'accord franco-algérien et les stipulations de l'article 8 de la C.E.D.H. M<sup>me</sup> Larachi demandait un titre de séjour sur la base de l'article 15-3 de l'ordonnance de 1945 ; article plus protecteur pour les parents d'enfants français que l'article 7 de l'accord franco-algérien. Cependant, comme l'article 7 de l'accord franco-algérien s'appliquait en l'espèce, elle invoqua alors sa situation familiale sur le fondement de l'article 8 de la C.E.D.H. Pour la première fois, le juge accepte la « complémentarité » de ces deux traités, alors que sa jurisprudence traditionnelle (25) refusait de les faire coexister. Le juge administratif conclut à l'application de la Convention européenne, faisant davantage prévaloir une approche complémen-

taire de ces deux normes plus qu'une contrariété (26) issue de deux normes supranationales fondamentalement différentes.

Dans ces deux espèces, est-on en présence d'un conflit entre deux normes internationales ou bien plutôt d'une approche complémentaire de deux normes de nature différente ?

Ces arrêts marquent le début d'un nouveau rôle du juge, un rôle de « répartiteur et de conciliateur » de la norme applicable en cas de cumul de plusieurs dispositions internationales. Ils confirment « l'acceptation par le Conseil d'État de s'engager dans la voie d'un contrôle de compatibilité entre les conventions et d'autres accords » (27).

## II. Pouvoir de « régulation » du juge administratif

Ce travail inauguré par la jurisprudence Larachi et confirmé par les présents arrêts n'a pu exister que grâce à l'admission par le juge administratif du pouvoir d'interprétation de la norme internationale issu du célèbre arrêt G.I.S.T.I. du Conseil d'État du 29 mai 1990. Si l'interprétation d'un traité relève du juge administratif, interpréter un deuxième traité et choisir celui qui prévaut n'allait pas sans difficultés. Pourtant, le juge doit d'abord se livrer à l'interprétation de deux traités qui coexistent sur le même terrain. Ensuite, le travail du juge est identique à celui qu'il effectue, en présence de deux dispositions internes. Cependant, sa tâche devient nouvelle quand il doit décider l'application de la norme supranationale appropriée. Cet exercice est fréquent pour les dispositions de droit interne, mais rien ne laissait penser que le juge administratif disposait de ce pouvoir en ce qui concerne les dispositions internationales. L'arrêt Larachi avait posé la première pierre de cette faculté ; ces deux arrêts la confirment.

S'agissant du choix de la norme supranationale appropriée déterminée par le juge, la première question qui se posait était celle de la hiérarchie des normes supranationales (28). Vaste dilemme résolu imparfaitement dans la sphère internationale par le Traité de Vienne. Comme le précise le commissaire du gouvernement Christine Maugué, à propos de l'affaire de Cucicea-Lamblot (29), l'article 30 du Traité de Vienne organise le principe de la primauté du traité postérieur en cas d'absence de solution élaborée par les parties (30). Si ce ne sont pas les mêmes parties au traité, alors c'est le traité antérieur qui prévaut quand le dernier n'est pas compatible (31) ; ainsi le traité postérieur ne s'appliquera que s'il est compatible avec le précédent.

Dans les espèces qui nous intéressent, les parties aux traités ne sont pas identiques, que ce soit pour la Convention européenne des droits de l'homme, pour la Convention d'application de l'accord Schengen ou pour l'accord franco-algérien.

L'application de la norme appropriée suppose de chercher ailleurs, dans la structure même de ces normes supranationales, dans leurs modalités d'application respectives (32).

Au vu de l'argument du commissaire du gouvernement, il semble que la Convention d'application de l'accord de Schengen ait prévu implicitement dans son article 5 § 2 une échappatoire pour appliquer dans des conditions limitées d'autres obligations internationales. La Convention a en quelque sorte anticipé sur les « risques potentiels » de coexistence avec les autres obligations internationales.

Ces espèces révèlent la capacité d'adaptabilité de la Convention d'application de l'accord de Schengen. Puisque cette norme supranationale prévoit une exception d'application dans le cas où il existerait un autre engagement supranational, on peut dire que la convention d'application Schengen habilite implicitement les

autres normes supranationales coexistantes à s'appliquer. Et le juge administratif se charge de les faire cohabiter et de les concilier. Cette habilitation implicite serait une issue intéressante qui permettrait au juge de régler les contradictions de fond entre les diverses sources internationales qui régissent le statut interne du migrant extra-communautaire. Nouvelle fonction qui se trouve à la pointe de son contrôle de conventionnalité et rend plus lisible la réalité complexe de la source normative du droit des étrangers.

Cette interprétation de la Convention Schengen faite par le juge administratif est en harmonie avec les souhaits des États membres réunis à Tampere. En effet, les propositions du sommet de Tampere soutenaient une pratique des Conventions de Dublin et de Schengen plus respectueuse de la Convention de Genève et la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, cette application « détournée » de la Convention européenne profite aux étrangers. Le juge administratif « clarifie avec fermeté une position de principe face aux conséquences juridiquement et humainement préjudiciables résultant de l'application, en France, du dispositif Schengen » (33).

Le rôle du juge administratif prend de l'importance par une application plus juste du dispositif Schengen. L'étendue du pouvoir du juge dans ce domaine est primordiale, puisque l'autonomie (34) du juge administratif en ressort renforcée. Avec l'internationalisation du droit public, le juge semblait perdre de sa liberté ; il n'en est rien, le juge prend position. Il devient le gardien de l'application appropriée des traités. Le juge administratif ressort enrichi et dispose d'un rôle clef et autonome dans le contrôle des enchevêtrements des normes supranationales. Ainsi, par le biais de ces espèces, le juge administratif corrige les effets trop tranchants des dispositions du système Schengen. L'entrée de la C.E.D.H. dans ce dispositif humanise et contourne « la logique de suspicion » (35).

Tout comme l'arrêt Larachi, ces espèces montrent que la C.E.D.H. complète le dispositif de Schengen sans entrer en conflit avec lui. C'est davantage l'exemple d'une imbrication réussie entre deux normes supranationales qui se superposent, autrement dit une application combinée de l'article 8 de la C.E.D.H. et de la Convention de Schengen.

Il est utile de constater que cette communautarisation du statut du migrant extra-communautaire qui modifie l'ordonnance de 1945, subit aujourd'hui comme cela a été au début des années 1990 le contrôle de l'article 8 de la C.E.D.H. Cet article se greffe sur des fractions du statut général du migrant et ce, peu importe qu'il soit de nature interne ou communautaire.

On peut espérer que l'article 8 viendra protéger les demandeurs d'asile ayant transité par un autre pays membre (36), à qui on refuse le plus fréquemment l'autorisation provisoire de séjour et le traitement de leur demande d'asile (37). Ces derniers ne peuvent pas demander l'asile dans un autre pays membre que celui par lequel ils ont transité. Pourtant, il existe des exceptions constitutionnelles, conventionnelles et législatives : « la clause de souveraineté » (38) et les « dérogations humanitaires, culturelles et familiales » (39), pour lesquelles l'administration a la possibilité d'admettre leur demande.

Si les deux espèces nous montrent l'entrée de la Convention européenne des droits de l'homme dans le dispositif Schengen, il est urgent d'essayer de la faire intégrer par le biais des dérogations familiales, grâce à son article 8. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 29 avril 1999, ministre de l'Intérieur c/ M. Konaté, illustre parfaitement le caractère de « clause de style » (40) de ces dérogations humanitaires. L'administration en vertu de son large pouvoir discrétionnaire agit systématiquement en ignorant ces dérogations. Il serait temps que le juge administratif ait à apprécier la logique du traitement unique des demandeurs

d'asile face aux articles de la C.E.D.H. Ainsi mesurera-t-on peut-être les possibilités de conflit entre le dispositif Schengen et la Convention européenne des droits de l'homme, et non plus simplement leurs complémentarités, comme c'est le cas dans les deux espèces commentées...

### Christel COUNIL

Chargée de travaux dirigés  
Université de Toulouse 1

(27) L. Potvin-Solis, *Les effets des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, L.G.D.J., bibliothèque de droit public, 1999, p. 88.

(28) *L'effet relatif des traités laisse la liberté aux États d'organiser comme ils l'entendent les relations entre différents traités.*

(29) A.D.J.A., n°3, 2001, mars 2001, p. 285.

(30) *Lorsqu'il s'agit de traités conclus par les mêmes parties, la règle « lex posterior derogat priori » s'applique (C.E., 11 mai 1994, Association bananière camerounaise).*

(31) *En vertu principe « pacta sunt servanda ».*

(32) C.E. sect., 21 avril 2000, Zaidi, n° 206902 (« Dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales »).

(33) E. Aubin, *op. cit.*, p. 829.

(34) Préface de Ronny Abraham in L. Potvin-Solis, *Les effets des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1999.

(35) E. Aubin, *La rectification par le juge administratif de la perversion du droit d'asile induite par la Convention de Schengen*, R.R.J., 1998, 2, p. 777 (à propos du traitement unique des demandes d'asile).

(36) *Cour adm. appel Nantes*, 29 avril 1999, Kalidou Konaté, n° 97 NT00660.

(37) *En raison du principe de l'unicité du traitement des demandes d'asile à l'intérieur de l'espace Schengen.*

(38) Article 53-1 alinéa 2 de la Constitution de 1958, 29 § 4 de la Convention d'application Schengen et 10 alinéa 9 de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 modifiée relative à l'asile.

(39) Article 36 de la Convention d'application Schengen.

(40) *Op. cit.*, A. Ondoua, p. 335.