

# Mondialisation et circulation des personnes

## Rapport national allemand

Rainer Hofmann / Adela Schmidt\*

### I. Introduction

Durant plusieurs décennies, le droit allemand des étrangers a été dominé par le principe selon lequel „L'Allemagne n'est pas un pays d'immigration“ („Deutschland ist kein Einwanderungsland“)<sup>1</sup>, bien que la République Fédérale d'Allemagne (RFA) ait introduit dès les années 1950 des programmes visant à recruter des travailleurs migrants (*Gastarbeiter*) pour faire face à son manque de main-d'oeuvre.<sup>2</sup> Grâce au grand nombre d'étrangers résidant aujourd'hui en Allemagne, l'idée selon laquelle l'Allemagne est, en fait, un pays d'immigration<sup>3</sup>, s'est imposée ; cependant le droit des étrangers continue d'être partie intégrante du droit de police au sens large (*Gefahrenabwehrrecht*).<sup>4</sup>

La même classification s'applique au droit d'asile qui depuis son introduction dans le droit allemand, produite en réaction aux persécutions politiques pendant les dictatures nazi et, au cours de l'après-guerre, communiste, bénéficie du statut juridique d'un droit fondamental protégé par la Loi Fondamentale (*Grundgesetz*, GG) dans son article 16 (depuis 1995 art. 16a).<sup>5</sup> Même si la RFA n'a accepté qu'avec de grandes hésitations sa qualité de pays d'immigration, elle a toujours offert assez généreusement sa protection aux personnes persécutées pour raisons politiques.

En 1999 l'Union Européenne (UE) décida d'établir progressivement une politique commune en matière d'asile et d'immigration. Ainsi la création d'un Système Commun Européen

---

\* Rainer Hofmann est Professeur de droit public, droit international public et droit européen à la Faculté de droit de l'Université de Francfort ; Adela Schmidt y est assistante.

<sup>1</sup> V. e.g. *Verwaltungsgerichtshof* (Cour administratif d'appel) München, arrêt du 4.6.1969 – n°. 1 VIII 68, reproduit dans NJW 1970, 2177 : „La RFA n'est pas une terre d'immigration. L'installation ininterrompue d'étrangers porte atteinte de façon générale aux intérêts de l'État“ ; v. aussi Directives relatives à la naturalisation (*Einbürgerungsrichtlinien*) en date du 1.7.1997, Gemeinsames Ministerialblatt (GMBI) 1978 p. 16, para. 2 et 3.

<sup>2</sup> Entre 1955 et 1973, la RFA avait conclu des accords de recrutement des travailleurs étrangers (*Anwerbeabkommen*) avec l'Italie, l'Espagne, la Grèce, la Turquie, le Maroc, le Portugal, la Tunisie, la Yougoslavie et le Corée du Sud.

<sup>3</sup> V. aussi le compte-rendu de la conférence de presse d'été de la Chancière Merkel : „Aktuelle Themen der Innen- und Außenpolitik“ (Thèmes actuels de politique intérieure et extérieure), Berlin, 31.8.2015, à lire sur <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/08/2015-08-31-pk-merkel.html>, consulté le 24.2.2016; Frankfurter Allgemeine Zeitung du 1.6.2015, Bürgerdialog der Regierung Merkel : „Deutschland ist ein Einwanderungsland“ (L'Allemagne est un pays d'immigration), à lire sur <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/europa/angela-merkel-sieht-deutschland-als-einwanderungsland-13623846.html>, consulté le 24.2.2016.

<sup>4</sup> V. Bender/Leuschner, Artikel 5 Aufenthaltsgesetz, dans: Hofmann, Ausländerrecht, 2ème édition 2016, art. 11.

<sup>5</sup> V. Maaßen, Artikel 16a Grundgesetz, dans: Epping/Hillgruber, Beck Online Kommentar Grundgesetz, 27ème édition (01.03.2015), art.1.

d'Asile (SCEA) et le règlement communautaire de l'immigration<sup>6</sup> sont devenus l'un des buts communs au sein de l'UE, de telle sorte que l'Allemagne, comme la grande majorité des pays membres de l'UE, a transmis aux institutions européennes ses pouvoirs politiques et juridiques en matière de droit d'asile et d'immigration.

Aujourd'hui, le droit allemand de l'immigration se trouve dans une période de changement profond. Face à la crise de l'immigration, l'Allemagne cherche à trouver un équilibre entre d'une part ses obligations juridiques, mais aussi morales, issues du droit international d'admettre les réfugiés, et d'autre part la régulation de l'immigration compte tenu de ses intérêts économiques. Il n'existe actuellement dans les milieux politiques et dans la société allemande aucun consensus, ni sur les moyens d'établir un tel équilibre ni sur les détails concrets pour y parvenir. Il en résulte que le droit allemand de l'immigration se trouve actuellement dans un état perpétuel de renouvellement. En conséquence le portrait brossé dans les pages suivantes ne constitue qu'une description correspondant à la situation du mois de mars 2016.<sup>7</sup>

## **II. Le droit des étrangers (*Ausländerrecht*)**

Le droit allemand de l'immigration distingue entre le droit des étrangers en général et le droit des réfugiés. Ce dernier prévoit dans la loi sur de droit d'asile (*Asylgesetz, AsylG*) des règles spécifiques exclusivement applicables aux personnes persécutées et aux réfugiés de guerre (*Kriegsflüchtlinge*)<sup>8</sup>, tandis que la législation principale relative au droit des étrangers, la loi relative au séjour des étrangers (*Aufenthaltsgesetz, AufenthG*), règle dans son art. 1, §1 l'immigration, en prenant en considération aussi bien la capacité allemande à admettre et intégrer des étrangers que ses intérêts économiques et liés à l'emploi. A cette fin la loi détermine l'entrée, le séjour, les activités économiques, l'intégration et la fin du séjour des étrangers en général, mais ne s'applique pas aux étrangers qui sont des citoyens des états membres de l'UE.

### **1. Le permis de séjour (*Aufenthaltserlaubnis*)**

Selon l'art. 7 AufenthG, le titre de séjour temporairement limité se nomme permis de séjour (*Aufenthaltserlaubnis*). En général l'art. 5, §1 de cette loi prévoit qu'un titre de séjour ne peut être délivré que si les conditions suivantes sont remplies : (1) existence de moyens suffisants pour couvrir les dépenses de base ; (2) clarification de l'identité et de la nationalité ; (3)

---

<sup>6</sup> V. conclusions du Conseil Européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, n°. 13-17

<sup>7</sup> Pour une présentation actuelle et détaillée du droit allemand d'asile et des étrangers v. Marx, *Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht*, 5ème édition, 2015; v. aussi Hofmann, *Ausländerrecht*, 2ème édition, 2016.

<sup>8</sup> V. *infra sub III*.

existence d'un passeport ; (4) absence d'un intérêt de l'État à mettre fin au séjour de l'étranger (*Ausweisungsinteresse*).<sup>9</sup> En l'absence de l'existence d'un droit à la délivrance d'un titre de séjour, le séjour d'un étranger ne doit pas porter atteinte aux intérêts de l'Allemagne ou représenter une menace pour eux.

Les autres conditions à la délivrance d'un titre de séjour dépendent du but du séjour: la *Aufenthaltsgesetz* prévoit ainsi le séjour dans le but d'une formation professionnelle, notamment d'études universitaires, de l'emploi, pour des raisons familiales ainsi que des raisons humanitaires ou politiques<sup>10</sup>. De plus l'art. 38 *AufenthG* prévoit la délivrance d'une autorisation de séjour en faveur d'étrangers qui étaient, dans le passé, des citoyens allemands. Ce règlement s'applique également, et selon les conditions strictes prévues par l'art. 37 *AufenthG*, aux étrangers qui, mineurs, ont pu séjourner légalement et de façon habituelle sur le territoire allemand.<sup>11</sup>

#### **a. Séjour dans le but du regroupement familial (*Familienzusammenführung*)**

Les dispositions de la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial sont d'une importance capitale pour l'immigration en Allemagne. Celles-ci doivent être transposées dans le droit national<sup>12</sup>, mais laissent aux législations<sup>13</sup> des pays membres une importante marge de manoeuvre. Le droit allemand du regroupement familial cherche à établir un équilibre entre le droit fondamental à la protection du mariage et de la famille en vertu de l'art. 6 GG et la protection contre l'accès non justifié aux fonds publics, thème omniprésent en matière de droit des étrangers.<sup>14</sup>

Il convient de distinguer le regroupement familial autour de l'étranger muni d'un titre de séjour et autour du citoyen allemand. Ce dernier bénéficie du droit au regroupement familial en faveur de l'époux<sup>15</sup>, de leurs enfants mineurs et célibataires ou de l'un des deux parents

---

<sup>9</sup> Un tel *intérêt à l'expulsion* existe si la personne concernée a commis des crimes ou met en danger les valeurs démocratiques fondamentales ou la sécurité de l'Allemagne, v. *infra sub V*.

<sup>10</sup> V *infra sub III*.

<sup>11</sup> Un séjour d'au moins huit ans et la fréquentation de l'enseignement pendant 6 ans ; assurance des conditions d'existence par une activité professionnelle ou bénéfice d'une obligation de prestation ; demande possible après l'âge de 15 ans révolus et avant la fin de la 21ème année ainsi qu'avant l'écoulement d'un délai de 5 ans suivant la sortie du territoire.

<sup>12</sup> Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOUE L 251 du 3 octobre 2003, p. 12 et ss.

<sup>13</sup> En vertu de l'art. 4, les pays membres doivent prévoir un droit au regroupement familial dont bénéficient, sous certaines conditions, l'époux et les enfants mineurs et célibataires. En ce qui concerne les autres personnes, les pays membres profitent d'une discrétion politico-législative. Tout regroupement familial est, selon l'art. 6, conditionné au maintien de l'ordre public, de la sécurité nationale et de la santé publique. De plus, l'art. 7, §1 prévoit que doivent être garantis l'existence d'un logement adéquat, une assurance maladie suffisante et un revenu régulier pour assurer les dépenses de base pour toutes les personnes concernées sans qu'il soit nécessaire de réclamer des prestations sociales.

<sup>14</sup> Cf. art. 27, §1 et 3 *AufenthG*.

<sup>15</sup> Le partenaire du même sexe est, en ce qui concerne le regroupement familial, égal à l'époux, cf. art. 27, §2 *AufenthG*.

dans le cadre de l'exercice de la tutelle familiale si le citoyen allemand concerné est lui-même mineur, et cela même en l'absence de moyens suffisants pour couvrir les dépenses de base.<sup>16</sup> En revanche l'époux et les enfants mineurs et célibataires de l'étranger étant lui-même en possession d'un titre de séjour reçoivent un permis de séjour seulement sous la condition que l'existence soit assurée par des moyens financiers propres et un logement suffisant<sup>17</sup>. L'époux et les enfants âgés de plus de 16 ans doivent, selon l'art. 32, §2 AufenthG, posséder obligatoirement une connaissance de la langue allemande. Sous des conditions assez strictes, l'époux et les enfants des étrangers ayant eux-mêmes un titre de séjour peuvent obtenir un titre de séjour individuel et indépendant du titre de séjour de leur époux ou du parent ; dans ce contexte les enfants ayant grandi en Allemagne<sup>18</sup> sont privilégiés.

### **b. Séjour aux fins de l'emploi (*Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit*)**

Alors qu'en matière de regroupement familial l'art. 6 GG limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif, l'admission des travailleurs étrangers se fait, selon les termes de l'art. 18, §1 AufenthG, uniquement en considération des intérêts économiques, de la situation générale de l'emploi et des nécessités d'une lutte efficace contre le chômage. Ainsi, aux termes l'art. 18, §2 AufenthG, un étranger peut obtenir un titre de séjour aux fins de l'emploi si l'Agence fédérale pour l'emploi a donné son accord, ou si un tel acte est prévu par un décret ou dans le cadre d'un accord international. Parallèlement, un tel titre peut être délivré après appréciation discrétionnaire de l'administration spécifiquement aux personnes hautement qualifiées (en particulier aux personnes ayant effectué une formation en Allemagne), aux chercheurs ou aux personnes exerçant une activité indépendante.<sup>19</sup> Ici l'existence de conditions très strictes laisse apparaître le thème central du droit des étrangers : la protection contre le recours injustifié aux moyens financiers publics. Ainsi l'institut de recherche qui souhaite employer un chercheur étranger doit s'engager, par déclaration écrite, selon l'art. 20, §1 (2) AufenthG, à supporter tous les coûts susceptibles de peser sur les autorités publiques pendant une période maximale de six mois suivant la fin du contrat de travail, afin de couvrir les coûts relatifs à l'existence de l'étranger pendant son séjour, devenu illégal, dans l'un des États membres de l'UE, ainsi que les dépenses liées à une éventuelle reconduite à la frontière.

## **2. Carte Bleue Européenne**

---

<sup>16</sup> En cas de réunion des époux l'administration compétente ne bénéficie pas d'un pouvoir discrétionnaire ; cf. art. 28 AufenthG.

<sup>17</sup> Cf. art. 29 et ss. AufenthG.

<sup>18</sup> Cf. art. 31 et 35 AufenthG.

<sup>19</sup> Cf. art. 18b et ss. AufenthG.

Avec la carte bleue européenne fut introduit dans l'art. 19a AufenthG un titre de séjour supplémentaire destiné aux personnes hautement qualifiées. Il s'agit d'une autorisation de séjour, dont l'origine se trouve dans le droit de l'UE.<sup>20</sup> Les titulaires ont le droit de séjourner et d'exercer une activité économique dans le territoire du pays membre ayant délivré le titre. La spécificité de la carte bleue consiste dans le fait que l'administration ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire: si les conditions de la carte bleue sont remplies, l'étranger a le droit de recevoir le titre de séjour.<sup>21</sup> Dans la mesure où la délivrance n'est pas seulement conditionnée à la possession d'un diplôme universitaire et à une expérience professionnelle d'au moins cinq ans, mais également à l'existence d'un contrat ou d'une offre de travail<sup>22</sup> prévoyant un salaire fixé par une disposition légale<sup>23</sup>, il est exclu que les détenteurs d'une carte bleue puissent demander des prestations financières publiques.

### **3. Le titre de résident (*Niederlassungserlaubnis*)**

Le titre de résident (*Niederlassungserlaubnis*) est un titre de séjour illimité. Il donne le droit à un emploi et ne peut être soumis aux restrictions que dans les cas expressément prévus par la loi. Il donne notamment une protection très importante contre toute mesure d'expulsion (*Ausweisungsschutz*).<sup>24</sup> Un étranger obtient obligatoirement<sup>25</sup> selon l'art. 9, §1 AufenthG le titre de résident, (1) s'il est depuis cinq ans titulaire d'un permis de séjour, (2) si la prise en charge des coûts de son existence est garantie, (3) s'il a effectué des versements obligatoires ou volontaires au système de cotisation de l'assurance retraite pendant une période minimale de 60 mois, (4) si aucune considération liée à la sécurité et à l'ordre publics ne s'y oppose : il convient ici de tenir compte de l'importance ou de la teneur de l'infraction commise par l'étranger contre la sécurité ou l'ordre publics, du danger représenté par l'étranger eu égard à la durée de son séjour jusque là, ainsi qu'aux liens l'ayant reliés jusqu'alors au territoire fédéral, 5) s'il possède une connaissance suffisante de la langue, (6) de l'ordre juridique et social, et du mode de vie allemands<sup>26</sup>, et (7) s'il dispose d'un logement suffisant pour lui-même et les membres de sa famille vivant avec lui.

---

<sup>20</sup> Directive 2009/50/CE du 25 mai 2009 relative à la carte bleue européenne; JOUE L 155 du 18 juin 2009, p. 17 et ss.

<sup>21</sup> Cf. art. 19a AufenthG.

<sup>22</sup> V. Marx (*op.cit. supra* annotation 7), p. 246.

<sup>23</sup> Le revenu minimal correspond en 2016 à 49 600€; v. Bekanntmachung zu § 2 Absatz 4 der Beschäftigungsverordnung über die Mindestgehälter für die Blaue Karte EU vom 15.12.2015, Bundesanzeiger (BAAnz) AT 23. 12. 2015 B3.

<sup>24</sup> Cf. art. 55, §1, n° 1 AufenthG.

<sup>25</sup> La loi relative au séjour des étrangers contient des dispositions spécifiques pour les causes particulières au séjour qui donnent droit à l'attribution d'un titre de résident (art.18b, art. 19a, §6, art. 26, §3, art. 28, §2, art.31, §3, art.35, art.38, § 1, n°1). Au contraire, dans certaines conditions spécifiques, l'attribution d'un titre de résident est soumise au pouvoir administratif discrétionnaire, art. 19, §1, art. 21, §4 (2), art. 23, §2, art. 26, §4.

<sup>26</sup> Les conditions (5) et (6) sont remplies, lorsqu'un cours de langue visant à l'intégration a été suivi avec succès. Ces conditions ne sont toutefois plus exigées lorsque l'étranger n'est pas en mesure de les remplir pour causes d'atteintes physiques, mentales, psychologiques ou en raison d'un handicap physique.

#### **4. Loi sur la libre circulation des citoyens de l'UE (*Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern*)**

La loi sur la libre circulation des citoyens de l'UE règle l'entrée et le séjour des citoyens des pays membres de l'UE et des membres de leurs familles qui se trouvent dans une situation privilégiée par rapport aux autres étrangers. En vertu de l'art. 2 de cette loi, ces personnes bénéficient d'un droit à la libre circulation au sens de la législation européenne, si elles souhaitent séjourner en tant que travailleurs, en tant qu'exerçant une activité indépendante, en tant que prestataires de services ou afin d'effectuer une formation professionnelle. En outre sont susceptibles de profiter de la libre circulation des personnes au sens de la législation européenne pour une durée maximale de 6 mois les personnes recherchant un travail, pour autant qu'elles soient en mesure de prouver cette recherche et que la perspective d'une embauche soit vraisemblable.

Les citoyens de l'UE non titulaires d'un emploi ainsi que les membres de leur famille qui les accompagnent ou les rejoignent ne bénéficient du droit à la libre circulation, que dans la mesure où ils disposent de moyens suffisants pour assurer leur existence et d'une couverture sociale.<sup>27</sup>

#### **5. Accord d'association entre la Turquie et la Communauté Economique Européenne (CEE) et ses États membres.**

Les citoyens de nationalité turque sont assujettis en tant que citoyens d'un État tiers à la réglementation générale concernant le droit des étrangers. Un statut privilégié est conféré aux citoyens de nationalité turque déjà intégrés dans le marché du travail régulier de l'un des États membres par l'Accord d'association du 12 septembre 1963 entre la Turquie et la CEE et ses États membres, accord assorti du protocole additionnel du 23 novembre 1970, et surtout de la décision n° 1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative au développement entre la CEE et la Turquie (*ARB Nr. 1/80*). La CJUE leur a accordé la qualité juridique des règles relevant de l'ordre juridique de l'UE.<sup>28</sup> Selon l'art. 6, §1 de la décision n° 1/80, un employé turc intégré légalement au marché du travail de l'un des États membres a le droit, au terme de l'exercice d'une année de travail légal, au renouvellement de son permis de travail par le même employeur, pourvu qu'un emploi soit effectivement disponible ; après trois années d'exercice d'un emploi légal, il a le droit, sous réserve de la priorité accordée aux travailleurs issus de l'UE, de postuler à un emploi de la même catégorie, auprès d'un employeur de son choix, si l'offre d'emploi fait l'objet d'une publication dans les conditions

---

<sup>27</sup> Cf. art. 4 de la loi sur la libre circulation des citoyens de l'UE.

<sup>28</sup> Cf. arrêt de la CJUE du 20.9.1990, C-192/89.

habituelles et auprès des Agences nationales pour l'emploi ; après quatre années d'exercice d'un emploi légal il bénéficie d'un accès libre à toutes sortes d'emplois salariés.

Il en résulte que la décision n° 1/80 du Conseil d'association privilégie les employés turcs bénéficiant déjà d'un permis de séjour. Les membres de la famille d'un travailleur de nationalité turque employé légalement sur le marché du travail de l'un des États membres, bénéficient également, s'ils ont obtenu l'autorisation de le rejoindre, du droit à l'accès à l'emploi.<sup>29</sup>

L'art. 41, §1<sup>30</sup> du protocole additionnel du 23 novembre 1970 contient une stipulation importante pour l'exercice du droit des étrangers : une clause de statu quo dont la jurisprudence de la CJUE autorise les citoyens de nationalité turque à se prévaloir avant même d'être présents sur le territoire.<sup>31</sup> De plus, l'art. 13 de la décision n° 1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 stipule que ni les États membres de l'UE ni la Turquie ne peuvent introduire à l'encontre des travailleurs et des membres de leur famille des restrictions supplémentaires aux conditions d'accès au marché de l'emploi, dès lors que leurs séjour et activités sur les territoires respectifs sont réguliers.

### **III. Le droit des réfugiés (*Flüchtlingsrecht*)**

Les personnes poursuivies pour raisons politiques jouissent en RFA du droit d'asile en vertu de l'art. 16a, §1 GG. Cependant les citoyens venant d'un État membre de l'UE ou d'un pays tiers dans lequel la Convention relative au statut des réfugiés et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sont applicables, ne peuvent pas se prévaloir de cette disposition, dont le rang constitutionnel est pourtant garanti.<sup>32</sup>

Aux côtés<sup>33</sup> du droit d'asile, l'art. 3 AsylG, s'appuyant sur les principes contenus dans la directive qualification<sup>34</sup>, partie intégrante du droit d'asile au sein de l'UE, offre la possible reconnaissance du statut de réfugié (*Flüchtlingseigenschaft*).

Ainsi est considéré comme réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951<sup>35</sup> un étranger, qui „craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de

---

<sup>29</sup> Cf. art.7 de la décision du Conseil d'Association (*ARB*) n° 1/80.

<sup>30</sup> „Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services”

<sup>31</sup> CJUE, arrêt du 20.9.2007, C-16/05, n° de marge 58 et ss.

<sup>32</sup> Étant donnée la situation géographique de l'Allemagne, cette disposition, ajoutée par la loi du 28.6.1993 à l'art. 16a GG, constitue une limitation importante du droit d'asile.

<sup>33</sup> Directive 2011/95/EU du 13.12.2011, JOUE. n°. L 337 du 20.12.2011, p. 9–26.

<sup>34</sup> Pour la possibilité d'un droit d'asile propre au côté des dispositions protectrices de la directive qualification : v.CJUE, arrêt du 9.11.2010, C-57/09 et C-101/09, n° de marge 113 et ss.

<sup>35</sup> La Convention de Genève sur les réfugiés a été en RFA promulguée par la loi du 1.9.1953 et est entrée en vigueur le 22.4.1954 ; cf. Bundesgesetzblatt (J.O. fédéral), 1953 II p.559, 560.

sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses convictions politiques, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ce pays“ ; le même principe s’applique aux apatrides qui se trouvent hors du pays dans lequel ils avaient leur résidence habituelle et qui, en raison de ladite crainte, ne peuvent ou ne veulent pas y retourner. Contrairement au droit d’asile, la reconnaissance du statut de réfugié n’est pas exclue lorsque l’entrée sur le territoire s’effectue par le biais d’un État tiers sûr.<sup>36</sup>

Cependant la RFA n’examine la qualité de réfugié que lorsque le Règlement Dublin III lui en confère la compétence. Dès lors que le Règlement Dublin III donne la compétence de l’examen de la demande d’asile, à peu d’exceptions près, à l’État membre de l’UE que le demandeur a rejoint en premier lieu<sup>37</sup>, la RFA, du fait de sa situation géographique, se retrouve *de jure* rarement compétente. *De facto* la RFA a suspendu l’application du Règlement Dublin III en automne 2015.<sup>38</sup> L’avenir montrera si ce comportement est dû au respect de l’exercice de la clause de souveraineté conférée par l’art. 17 du Règlement Dublin III aux États frontaliers de l’UE, ou à l’effondrement définitif du système mis en place par le Règlement.

Si le statut de réfugié est reconnu, le réfugié reçoit une autorisation de séjour pour une durée de trois ans en vertu des articles 25, §2 (1) et 26, §1 (2) AufenthG<sup>39</sup> ainsi qu’une autorisation de travail conformément à l’art. 25, §2 (2) complété par art. 25 §1, (4) de la même loi. En vertu de l’art. 28 de la Convention de Genève sur les réfugiés, une carte de réfugié lui sera délivrée. Le regroupement familial en faveur de l’époux<sup>40</sup> et des enfants mineurs autour du réfugié sera accordé conformément à l’art. 29, §1 (2) AufenthG, même en cas d’insuffisance de logement et de moyens d’existence. Ici, les considérations humanitaires prennent le pas sur la protection de l’accès aux fonds publics. L’art. 26, §5 AsylG accorde également à l’époux et aux enfants le statut de réfugiés.

---

<sup>36</sup> Il y a cas d’exclusion en matière de qualité de réfugié (clauses d’exclusion) selon l’art. 3, §. 2 (3) AsylG, art. 12 de la directive qualification et art. 1 D,E,F de la Convention de Genève sur les réfugiés. lorsque l’intéressé jouit d’une protection ou d’une assistance de la part d’une organisation ou institution de l’ONU (en dehors de l’UNHCR), est l’auteur ou l’acteur de crime contre l’humanité ou de crimes graves de droit commun en dehors du pays d’accueil, ou lorsqu’il a commis des actes contraires aux buts et principes poursuivis par l’ONU.

<sup>37</sup> Cf. art. 7 et ss. Règlement Dublin III.

<sup>38</sup> Déjà en 2011, la CJUE avait constaté que le transfèrement des demandeurs d’asile vers la Grèce s’appuyant sur la règle de compétence fixée par le Règlement Dublin III est contraire à l’art. 4 de la Charte des droits fondamentaux de l’UE. V. CJUE, arrêt du 21. 12. 2011, C-411/10 et C-493/10. Déjà plus tôt, en janvier 2011, la RFA avait cessé le transfèrement des demandeurs d’asile vers la Grèce ; v. *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale), ordonnance de non lieu du 25.1.2011 (2 BvR 2015/09).

<sup>39</sup> Ces trois ans révolus, le réfugié obtient un permis de résident selon l’art. 26, § 3 AufenthG.

<sup>40</sup> Le partenaire du même sexe est l’égal de l’époux.



La directive qualification accorde en outre une protection internationale dite subsidiaire (*subsidiärer Schutz*) aux ayants droit définie par l'art. 4 AsylG. Celle-ci s'applique à l'étranger qui fait valoir le risque réel d'un préjudice sérieux qui pourrait lui être infligé dans son pays d'origine. Est considéré comme un préjudice sérieux la pratique de la peine capitale, de la torture ou de traitements ou peines inhumains ou dégradants, une menace lourde pesant sur la vie de la personne, ou la menace d'une violation de l'intégrité physique d'une personne civile en raison de violences arbitraires exercées dans le cadre d'un conflit armé international ou national.

L'ayant droit à la protection subsidiaire bénéficie, en vertu de l'art. 25, §2 (1) et de l'art. 26, §3 (3) AufenthG, d'une autorisation de séjour d'une durée d'une année, et par la suite d'une durée de trois ans.<sup>41</sup> De même l'art. 5 du Règlement relatif au droit de séjour (*Aufenthaltsverordnung*), complété de l'art. 25, §2 de la directive qualification, autorise la délivrance d'un permis de se déplacer, lequel ne constitue pas toutefois une carte de réfugié. De plus l'ayant droit peut bénéficier, tout comme le réfugié, d'une autorisation de travail en vertu de l'art. 25, §2 (2) complété de l'art. 25 §1 (4) AufenthG. Actuellement l'ayant droit à la protection subsidiaire bénéficie des mêmes conditions en matière de regroupement familial que le réfugié. Néanmoins, le *Bundestag* a décidé le 25 février 2016 que le regroupement familial en faveur de l'ayant droit à la protection subsidiaire dépendra, pour une durée de deux ans, des conditions générales relatives au regroupement familial autour des étrangers.<sup>42</sup> Dans le cadre de la crise actuelle de l'immigration, les considérations économiques paraissent, au moins partiellement, prendre le pas sur les considérations humanitaires.

#### **IV. Les droits sociaux des étrangers**

L'art 1, § 1 GG complété par son art. 20 impose l'obligation de solidarité sociale de l'État comme faisant partie intégrale du principe fondamental du *Sozialstaat* (État social) ; il en résulte directement un droit constitutionnel à la garantie par l'État d'un minimum d'existence digne, lequel exige de la RFA qu'elle garantisse les conditions matérielles minimales nécessaires à une telle existence digne.<sup>43</sup> Ce droit de l'homme<sup>44</sup> est garanti autant au citoyen de nationalité allemande qu'au détenteur d'une autre nationalité.

---

<sup>41</sup> Au bout de ces quatre ans, la délivrance d'un permis de résidence est laissée à l'appréciation de l'administrations dès lors que les conditions de l'art. 9, § 2 (3) à (9) AufenthG sont remplies.

<sup>42</sup> V. Bundesregierung, Flucht und Asyl. Weg frei für Asylpaket II ; à lire sur <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/01/2016-01-27-treffen-bkin-pm-laender.html>, consulté le 24.2.2016.

<sup>43</sup> V. Hillgruber, Artikel 1 GG, dans : Epping/Hillgruber, Beck Online Kommentar Grundgesetz, 27ème édition (01.09.2015), art. 51

<sup>44</sup> Bundesverfassungsgericht, arrêt du 18.7. 2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11).

En conséquence, les demandeurs d'asile reçoivent dès la mise en place de la procédure de demande d'asile les prestations de base<sup>45</sup> qui, selon la loi sur les prestations à accorder aux demandeurs d'asile, visent à assurer un minimum d'existence digne.<sup>46</sup>

Tous les étrangers ayant atteint l'âge révolu de 15 ans qui séjournent habituellement en RFA, capables de travailler ou dépendants d'une aide, reçoivent une allocation de base en faveur des demandeurs d'emploi, destinée à leur permettre de maintenir un niveau d'existence digne.<sup>47</sup> Ceci est valable autant pour les ayants droit à un statut de protection internationale que pour les étrangers résidants sur le territoire de la RFA en raison du regroupement familial. De ces dispositions sont exclus les étrangers présents sur le territoire de la RFA pour la seule recherche d'un emploi, tout comme les membres de leur famille.<sup>48</sup> En fait, sont en premier lieu concernés les citoyens des États membres de l'UE.<sup>49</sup> La coexistence, d'une part, de l'exclusion des citoyens européens non allemands bénéficiant du principe de la libre circulation des personnes et, d'autre part, de l'interdiction européenne de la discrimination issue de l'art. 45, assorti de l'art. 18 du TFEU, fait l'objet d'une controverse profonde.<sup>50</sup> Alors que la CJUE observe une jurisprudence restrictive en matière d'octroi de prestations sociales de base aux étrangers issus de l'UE<sup>51</sup>, la *Bundessozialgericht* (Cour fédérale du contentieux social) a récemment décidé dans un arrêt ayant fait sensation<sup>52</sup> que les citoyens européens sans droit de séjour devraient néanmoins bénéficier d'une réelle protection des besoins vitaux de base garantissant la possibilité d'une existence digne. La condition préalable à l'accès à l'aide aux conditions d'une telle „existence digne“ est le caractère consolidé (*verfestigter Aufenthalt*) du séjour.<sup>53</sup> La *Bundessozialgericht* considère le séjour comme étant consolidé, dès lors qu'il excède 6 mois.<sup>54</sup> Il n'est pour l'instant pas possible de présumer de la réaction des administrations et en particulier du législateur face à cet arrêt.<sup>55</sup>

---

<sup>45</sup> Cf. articles 1 et 3 de la loi sur les prestations à accorder aux demandeurs d'asile.

<sup>46</sup> V. *Bundesverfassungsgericht*, arrêt du 18. 7. 2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11).

<sup>47</sup> Cf. art. 1 et 7 *Sozialgesetzbuch II* (Code de la sécurité sociale II).

<sup>48</sup> Cf. art. 7, §1 *Sozialgesetzbuch II*.

<sup>49</sup> Brandmayer, Art. 7 *Sozialgesetzbuch II*, dans: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck Online Kommentar Sozialrecht, 39ème édition (01.09.2015), art. 9.

<sup>50</sup> V. CJUE, arrêt du 11.11.2014 - C-333/11 ; CJUE, arrêt du 15.9.2015 - C-67/14 ; CJUE, arrêt du 24.2.2016 - C-299/14.

<sup>51</sup> *ibid.*

<sup>52</sup> *Bundessozialgericht*, arrêt du 03.12.2015, B 4 AS 44/15.

<sup>53</sup> Cf. art. 23, §1 *Sozialgesetzbuch XII*.

<sup>54</sup> Cf. Janda, *Minimalleistungen auch ohne Aufenthaltsrecht*, 4.12.2015, à lire sur

<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bsg-urteil-b4as4415r-sozialeleistungen-eu-buerger-ohne-aufenthaltsrecht/>, consulté le 25.2.2016.

<sup>55</sup> Le 29 avril 2016, Andrea Nahles, ministre des affaires sociales, présenta son projet de loi visant à limiter l'accès des citoyens européens en déterminant qu'un „séjour consolidé“ présupposait la présence de plus de cinq années sur le territoire allemand.

On peut cependant d'ores et déjà en conclure que l'entrée en l'Allemagne risque de se voir confrontée à des conditions extrêmement strictes, en raison du fait qu'aux personnes séjournant habituellement en RFA sont accordés, par la Constitution même et indépendamment de leur nationalité, quelques droits sociaux, y compris le droit à la garantie d'une existence digne.

## V. La fin du séjour

L'art. 50, §1 AufenthG stipule qu'il doit être mis fin au séjour de l'étranger dès lors que celui-ci ne possède pas un titre de séjour adéquat. L'obligation de quitter le territoire peut dès lors résulter de l'expiration de l'autorisation de séjour à durée limitée, de l'extinction de la reconnaissance du statut de réfugié ou du droit à la protection internationale, de l'annulation ou du retrait du statut d'ayant droit au séjour, ou enfin de l'expulsion.

L'expulsion est un acte administratif aux conséquences juridiques cruciales : selon l'art. 51, §1 (5) AufenthG, elle conduit à l'annulation du titre de séjour, l'octroi d'un autre titre de séjour étant, aux termes de l'art. 11, §1 (2) de cette même loi, exclu. De plus la personne concernée se voit opposer, par application de l'art. 11, §1 (1) AufenthG, l'interdiction de réadmission sur le territoire (*Wiedereinreiseverbot*). Tout étranger fait l'objet d'une mesure d'éloignement d'après les termes de l'art. 53, § 1 AufenthG. (1) lorsque sa présence sur le territoire menace l'ordre et la sécurité publics, les valeurs fondamentales démocratiques, ou tout autre intérêt de haute importance pour la RFA, (2) lorsqu'il apparaît, après analyse approfondie du contexte particulier, que compte tenu, d'une part de l'intérêt présenté par l'expulsion et, d'autre part de l'intérêt présenté par le maintien du séjour de l'étranger sur le territoire, l'intérêt public en faveur de l'expulsion domine.<sup>56</sup>

L'intérêt de l'État à l'expulsion (*Ausweisungsinteresse*) est ainsi largement manifeste lorsque l'étranger a été condamné par application de la loi à une peine d'emprisonnement, ou une peine pour mineurs, de plus de deux ans, après avoir commis une ou plusieurs infractions avec intention de nuire.<sup>57</sup>

En revanche un séjour de longue durée ou une intégration réussie peuvent constituer un intérêt pesant en faveur du maintien sur le territoire (*Bleibeinteresse*).<sup>58</sup> Quoiqu'il en soit, la prise en considération de tous les intérêts contradictoires s'impose aujourd'hui, alors que jusqu'au 1er janvier 2016, en cas de graves infractions criminelles, la loi permettait de prononcer une

---

<sup>56</sup> Pour les ayants droit à la protection internationale et les demandeurs d'asile l'art. 53 al.3 et 4 AufenthG prévoit des conditions plus sévères.

<sup>57</sup> Cf. art. 54, §1 AufenthG.

<sup>58</sup> Cf. art. 55 AufenthG.

expulsion sans considération préalable d'aucune sorte. Bien que la situation ait été largement réformée au 1er janvier 2016, un durcissement apparaît de nouveau : il est ainsi envisagé d'expulser les étrangers qui ont été condamnés à une peine d'emprisonnement, qu'il y ait eu suspension conditionnelle de peine ou pas. Cela concerne les atteintes à la vie d'autrui, à l'intégrité corporelle d'autrui, au libre consentement d'autrui ainsi qu'à la libre disposition de son corps par autrui, et les agressions contre les policiers.<sup>59</sup>

Si l'étranger ne respecte pas l'obligation juridique de quitter le territoire, l'expulsion (*Abschiebung*) peut être imposée. L'obligation juridique de quitter le territoire doit être, aux termes de l'art. 59, §1 (1) *AufenthG*, notifiée par sommation écrite ; un délai de 7 à 30 jours doit être accordé afin de rendre possible une sortie volontaire du territoire. Dès lors, après ce délai, l'expulsion peut avoir lieu sans que l'intéressé soit informé de la date précise. Ceci s'applique toutefois à condition qu'il n'existe aucune interdiction ou aucun empêchement à l'expulsion, tels que les prévoient l'art. 60 §5 et §7 *AufenthG*. Aux termes de l'art. 60, §5, un étranger ne peut pas être expulsé si, en raison de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, l'expulsion s'avère non autorisée. L'art. 60, §7 ne permet pas l'expulsion s'il y a pour l'étranger une menace importante réelle pour sa vie, sa personne ou sa liberté, ce qui est souvent le cas si le système de protection de la santé paraît insuffisant dans le pays d'origine. Par contre, l'art. 60, §5 fixe le cadre d'une protection absolue contre l'expulsion vers un État dans lequel la peine capitale, la torture ou des traitements inhumains ou dégradants menacent.<sup>60</sup> Cette protection absolue s'applique même dans les cas dans lesquels l'application d'une clause d'exclusion a empêché que le statut de réfugié soit reconnu.<sup>61</sup> Dans ce cas, même un criminel ayant commis un crime extrêmement grave ne peut pas être expulsé. La question de savoir s'il y a empêchement ou interdiction d'expulsion est tranchée par appréciation juridictionnelle. Dans la pratique, il en résulte une large protection juridique contre l'expulsion dont les intéressés font régulièrement usage. En cas d'interdiction ou d'empêchement à l'expulsion, l'art 60, §2 *AufenthG* prévoit une *Duldung* (l'octroi d'une autorisation de séjour provisoire selon laquelle la présence de l'étranger n'est que provisoirement „tolérée“). La *Duldung* n'est donc pas un titre de séjour, elle implique seulement un gel provisoire de la mesure d'expulsion. Il en résulte que tout étranger bénéficiant d'une *Duldung* reste soumis à l'obligation de quitter le territoire ; la *Duldung* ne

---

<sup>59</sup> Bundesregierung, Bundestag beschließt Gesetz, straffällige Ausländer leichter auszuweisen, 25.2.2016, à lire sur : <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/01/2016-01-27-straffaellige-auslaender.html;jsessionid=454509516DCF.C81762B21B6C591B662C.s5t2>, consulté le 25.2.2016.

<sup>60</sup> Cf. art. 3 CEDH

<sup>61</sup> Cf. *supra* annotation 36.

légalise pas son séjour. Comme l'expulsion ne peut pas avoir lieu, l'étranger séjourne alors illégalement sur le territoire.<sup>62</sup>

## **VI. Le droit de la nationalité (*Staatsangehörigkeitsrecht*)**

Le droit allemand de la nationalité, codifié dans le *Staatsangehörigkeitsgesetz* (StAnG) (le code de la nationalité), est dominé depuis toujours par le principe du droit du sang (*ius sanguinis*) tandis que le droit de sol (*ius soli*) n'a qu'une importance limitée. Il en résulte qu'un enfant acquiert par la naissance la nationalité allemande si l'un des parents possède la nationalité allemande.<sup>63</sup> Aujourd'hui un enfant de parents étrangers acquiert de par sa naissance sur le territoire allemand la nationalité allemande, si l'un des parents (1) a depuis huit ans son domicile régulier en Allemagne et (2) s'il possède un titre de résident.<sup>64</sup>

Un étranger qui a depuis huit ans son domicile régulier en Allemagne, doit être à sa demande naturalisé, s'il (1) reconnaît les valeurs fondamentales démocratiques et déclare qu'il ne poursuit ni ne soutient, qu'il n'a poursuivi ni n'a soutenu, aucun intérêt contraire à ces valeurs, ou s'il assure de manière crédible avoir renoncé à poursuivre ou à soutenir de tels intérêts. Il doit (2) être détenteur d'un permis de séjour illimité et (3) doit être en mesure de pourvoir lui-même à ses besoins ainsi qu'à ceux des membres de sa famille dont il a la responsabilité, sans recourir aux prestations de l'État ni en faire la demande. De plus (4), il doit, en général, abandonner ou perdre sa nationalité d'origine, (5) ne doit faire l'objet d'aucune condamnation en raison d'un acte illégal et (6) doit disposer de connaissances suffisantes de la langue, de l'ordre juridique et social ainsi que du mode de vie allemands.<sup>65</sup> Pour les nationaux suisses, la condition de détention d'un permis de séjour illimité est remplacée par la condition de détention d'une autorisation de séjour suivant les termes de l'accord du 21 juin 1999 entre l'UE et ses États membres d'une part et la Confédération Suisse d'autre part.<sup>66</sup> L'existence de telles conditions exclue la liberté d'appréciation des autorités administratives. Cependant en l'absence de condamnation pénale et en présence de conditions d'existence assurées, l'art. 8,

---

<sup>62</sup> Une personne bénéficiant de la *Duldung* obtient en vertu de l'art. 1, §1 (4) de la loi sur les prestations à accorder aux demandeurs d'asile des prestations de bases.

<sup>63</sup> Cf. art. 4, §1 StAnG.

<sup>64</sup> Si l'enfant possède, au côté de la nationalité allemande, une seconde nationalité, autre que celles offertes par les États membres de l'UE ou la Suisse, il se trouvera à ses 21 ans révolus dans l'obligation de faire un choix, s'il n'a pas grandi sur le territoire. L'intéressé doit faire une déclaration de la nationalité qu'il souhaite garder. S'il souhaite conserver la nationalité étrangère, la nationalité allemande sera perdue, dès que la déclaration aura atteint les autorités administratives compétentes. Cf. en particulier pour les exceptions l'art. 29 StAnG.

<sup>65</sup> Cf. art. 10 StAnG.

<sup>66</sup> Cf. art. 4 et 10 StAnG. Sur la base de l'accord du 21 juin 1999 entre l'UE et ses États membres d'une part et la Confédération Suisse d'autre part, relative à la libre circulation, une carte bleue ou une autorisation de séjour pour des raisons autres que celles prévues dans les art. 16, 17, 17a, 20, 22, 23 §1, art. 23a, 24 et 25 §3 (b) AufenthG peut-être accordée, au lieu de l'autorisation de séjour.

§1 StAnG reconnaît aux autorités administratives la liberté d'appréciation pour accorder une naturalisation.

Selon l'art. 17 StAnG, la nationalité allemande se perd en cas d'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère<sup>67</sup>, de renonciation à la nationalité, d'intégration dans les forces armées d'un État étranger ou de retrait de la nationalité allemande suivant une naturalisation illégale, prévue par l'art. 35 StAnG. Une naturalisation illégale ne peut être retirée qu'en cas de conduite frauduleuse, de menace, de corruption, de déclarations fausses ou incomplètes données intentionnellement et qui ont conduit à l'obtention de la naturalisation. Même s'il fait de l'intéressé un apatride, le retrait n'est pas remis en cause.<sup>68</sup>

## VII. Conclusion

Même si l'immigration en Allemagne est pour des raisons démographiques approuvée, le pays se trouve en raison de la crise liée aux réfugiés confronté aux limites de sa bienveillance en faveur de l'accueil, d'autant plus qu'il y a à distinguer entre le séjour pour raisons humanitaires et le séjour aux fins d'activité professionnelle. Le transfert de larges compétences en matière de droit des réfugiés et de l'immigration à l'UE par la RFA, qui se trouve ainsi liée par le droit européen de l'immigration, est un facteur déterminant.

Bien qu'une réglementation européenne homogène du droit des étrangers apparaît, compte tenu de l'ouverture des frontières dans l'espace Schengen, comme une nécessité, le retour aux solutions nationales est, malgré tout envisagé, et cela pas seulement en RFA.

La controverse porte également sur les droits sociaux des étrangers : jusqu'où la Loi Fondamentale allemande va-t-elle dans la garantie d'une existence digne ? Et comment désigner les détenteurs de ce droit fondamental ?

Prévoir l'avenir des droits de l'immigration européen et allemand semble, eu égard à la quantité de questions restées à ce jour sans réponses, actuellement une gageure.

---

<sup>67</sup> Un citoyen allemand qui acquiert la nationalité d'un État membre de l'UE, de la Suisse ou d'un État avec lequel la RFA a conclu un accord de droit international public, ne perd pas sa nationalité allemande et aura donc deux nationalités ; cf. art. 21, §1 (2) StAnG.

<sup>68</sup> Le retrait, dont l'effet est rétroactif, n'est possible que pendant une période de 5 ans suivant la déclaration de naturalisation. A propos de la compatibilité du retrait de la naturalisation acquise frauduleusement avec la Loi Fondamentale, v. *Bundesverfassungsgericht*, arrêt du 24.05.2006 (2 BvR 669/04). A propos de la compatibilité avec le droit européen, v. CJUE, arrêt 02.03.2010, C – 135/08, ainsi que le *Bundesverwaltungsgericht* (Conseil d'État fédéral), arrêt du 11.11.2010 (5 C 12.10).