

DANIÈLE LOCHAK

*Etrangers:  
de quel  
droit ?*



POLITIQUE D'AUJOURD'HUI



ÉTRANGERS : DE QUEL DROIT ?



POLITIQUE D'AUJOURD'HUI

ÉTRANGERS :  
DE QUEL DROIT ?

DANIÈLE LOCHAK



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

ISBN 2 13 039119 2

Dépôt légal — 1<sup>re</sup> édition : 1985, mai

© Presses Universitaires de France, 1985  
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

# Sommaire

Introduction, 7

## PREMIÈRE PARTIE – L'ÉTRANGER AU MIROIR DU DROIT

1. *Figures de l'étranger*, 13

L'étranger comme figure de l'Autre, 14

Les représentations socio-politiques, 14

La désignation linguistique, 19

Les incarnations de l'Autre, 23

Les sociétés précapitalistes, 23

La montée des Etats-Nations, 29

L'internationalisation des flux de main-d'œuvre, 36

2. *L'étranger saisi par le droit*, 41

Qu'est-ce qu'un étranger ?, 41

La lente émergence du concept, 42

L'unification-universalisation de la notion, 51

Qui est étranger ?, 56

La frontière et le critère, 56

Réversibilité, irréversibilité, 62

## DEUXIÈME PARTIE – ÉTRANGER, DONC HORS-LA-LOI ?

1. *Une logique de l'exclusion*, 73

La précarité, 73

De l'étranger menacé à l'étranger en sursis, 74

La pratique des Etats souverains, 77

L'incidence ambiguë du droit international, 82

La discrimination, 86

Les systèmes de discrimination, 88

L'irréductible distance entre nationaux et étrangers, 93

**2. Les stigmates de l'infériorité, 109**

L'inégalité dans l'infériorité, 109

Inégalité des Etats, inégalité des protections, 112

Privilégiés et déshérités, 117

L'infériorité dans tous ses états, 121

« Homo civilis », 122

« Homo oeconomicus », 125

« Homo politicus », 130

**TROISIÈME PARTIE : LE DROIT A L'ÉPREUVE  
DE L'IMMIGRATION**

**1. Sous le droit, la politique, 139**

La subordination aux politiques d'immigration, 141

Peupler un pays, 142

Recruter de la main-d'œuvre, 159

Un baromètre de la conjoncture politique, 175

La pression des intérêts contradictoires et les emportements  
de l'opinion, 176

Les contraintes de la politique internationale, 189

L'alternance au pouvoir, 196

**2. Anatomie d'un *infra-droit*, 205**

Le droit — mais quels droits ?, 207

La dénégation des droits subjectifs, 207

L'instrumentalisation du droit objectif, 209

L'exclusion des effets symboliques de la loi, 213

La règle... et son application, 216

De l'appréciation discrétionnaire au pouvoir arbitraire, 217

De la rigueur de la loi à l'illégalité, 223

De la précarité à l'insécurité, 229

**Conclusion, 233**

**Notes, 237**

## INTRODUCTION

Etranger, de quel droit es-tu là ? de quel droit demeures-tu parmi nous, occupes-tu *nos* emplois, profites-tu de *nos* écoles et de *nos* hôpitaux ?

Mais aussi : de quel droit te déclare-t-on étranger ? de quel droit te refuse-t-on l'accès de notre territoire, t'exclut-on de nos bureaux de vote ?

De quel droit, au nom de quoi : le sens commun ne fait guère la différence, et l'interpellation polémique comme le questionnement éthique se coulent volontiers dans le langage du droit. Signe que le droit imprègne à notre insu non seulement nos comportements et nos attitudes, mais jusqu'à la façon dont nous percevons et concevons le monde qui nous entoure. Peut-être y a-t-il aussi, par-delà la confusion terminologique qu'entretient le sens commun, une intuition juste : l'intuition que la dénégarion des droits qui frappe l'étranger est inséparable de son exclusion d'un ordre politique et juridique — celui de l'Etat-Nation. Et cette exclusion, expression du repli frileux sur elle-même de la communauté nationale, se formule dans le droit, se justifie par le droit.

Car le droit, s'il est l'expression d'une société, le reflet de ses valeurs, contribue aussi à structurer les rapports sociaux, à modeler les représentations collectives. Et cette dialectique entre le juridique et le social *fait du droit le point de passage obligé* pour non seulement connaître mais comprendre la condition faite aux étrangers dans la société.

L'étranger est une catégorie sociale avant d'être un concept

juridique, mais la définition juridique de l'étranger agit en retour sur l'image que la collectivité a de lui, l'infléchit imperceptiblement, trace une frontière plus rigide et plus visible entre lui et les autres.

La condition sociale de l'étranger s'exprime dans un statut juridique ; mais réciproquement le droit assigne à l'étranger une place fixe dans la société et l'enferme dans sa situation de marginalité, légitimant de surcroît les discriminations qui le frappent en les faisant apparaître comme naturelles et normales puisque consignées dans des textes et échappant par là au pur fait. La double dimension du droit, reflet du social et producteur du social, explique que le statut juridique des étrangers reproduise dans sa structure même la place qu'ils occupent dans la société : statut d'exception, hors de la loi commune, il traduit et renforce l'exclusion de celui qui n'appartient pas au groupe déjà constitué ; statut discriminatoire, il traduit et conforte son état d'infériorité.

Cette condition précaire et diminuée trouve son prolongement dans la dévaluation du droit lui-même, qui subit jusque dans sa substance même le contrecoup d'une situation où les textes juridiques sont mis au service exclusif des objectifs de l'Etat qui accueille l'étranger sur son territoire : le droit n'est plus qu'une mince pellicule sans consistance propre recouvrant la politique à l'état pur et n'offrant plus aucune protection contre les abus et l'arbitraire des autorités.

Comprendre la situation actuelle des étrangers, c'est aussi *l'inscrire dans la durée pour en saisir la genèse*. Doit-on présumer la continuité d'une évolution qui irait depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours à l'intérieur d'un temps homogène ? ou faut-il à l'inverse postuler que l'histoire de la condition des étrangers n'a été qu'une succession de ruptures, rythmée par la succession des civilisations et des modes de production ? Les travailleurs immigrés sont-ils les Barbares des Temps modernes, ou sont-ils des étrangers du « troisième type », des mutants sans aucun rapport avec tous ceux qui les ont précédés ? La question du temps, on le voit, n'est nullement formelle, mais au contraire cruciale, dans la mesure où elle conditionne l'interprétation qu'on peut donner de la condition actuelle des étrangers.

La prise en compte du passé est d'autant plus nécessaire que l'évolution du droit obéit à sa logique propre, et qu'il n'y

a pas synchronie parfaite entre l'évolution du droit et l'évolution des sociétés. Le rythme d'évolution du droit n'est lui-même pas uniforme : le droit se présente comme une sédimentation dont certains éléments sont stables, voire hyper-stables, tandis que d'autres évoluent rapidement jusqu'à se modeler étroitement sur les fluctuations de la conjoncture.

La couche la plus profonde, ce sont les concepts, dont l'évolution est particulièrement lente. Ils mettent en effet en jeu des représentations et sont donc sous la dépendance plus immédiate des structures mentales, ces « prisons de la longue durée ». La définition moderne de l'étranger remonte à l'apparition de l'Etat-Nation et n'a guère subi de changements depuis lors, malgré les transformations qui ont affecté la condition sociale concrète des étrangers ; et si cette définition marque une rupture avec les définitions antérieures, elle n'en demeure pas moins fondée sur le même élément central : l'altérité, qui reste d'un bout à l'autre de l'histoire l'essence de l'étranger.

Les éléments du statut juridique sont dans l'ensemble moins stables que les concepts, à l'instar des rapports sociaux concrets qui évoluent plus vite que les représentations sociales. On y repère néanmoins une structure invariante à peine affectée par les changements intervenus dans l'ordre socio-économique et politique, qui se perpétue à travers le temps et renvoie aux traits structurels de la situation de l'étranger dans la société : l'altérité, l'extranéité, la marginalité.

Il y a enfin, dans le droit qui régit les étrangers, une couche superficielle qui subit de plein fouet les aléas de la conjoncture politique et économique, et qu'on ne peut donc appréhender que dans le court terme, voire le très court terme. Aujourd'hui, en particulier, où le problème des étrangers est de moins en moins posé en termes de statut juridique et de plus en plus en termes de politique d'immigration, la législation tend à se subordonner aux objectifs économiques, démographiques ou diplomatiques de pays d'accueil et à enregistrer fidèlement les plus minimes variations de la conjoncture.



## PREMIÈRE PARTIE

# L'étranger au miroir du droit

### *Représentations sociales et catégories juridiques*

Les figures de l'étranger sont plurielles dans le temps comme dans l'espace. Pourtant, la notion d'étranger tend à ramener toutes ces figures à l'unité : parce qu'elle contient un certain nombre de caractères qui sont restés relativement stables à travers le temps ; et parce qu'à mesure qu'elle s'est conceptualisée et juridicisée, au point de n'accepter aujourd'hui d'autre définition que juridique, elle s'est aussi progressivement unifiée et universalisée. L'étranger, aujourd'hui, c'est tout simplement le non-national, celui qui n'a pas la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve.

On ne peut donc appréhender l'étranger comme catégorie qu'à travers le droit, parce que l'étranger a été « saisi » par le droit, qui en impose une notion unique venant se superposer à la multiplicité des figures que la réalité sociale offre de cet étranger.



---

## *Figures de l'étranger*

« Figure » : le terme indique bien la nécessaire conjonction d'un élément objectif et d'un élément subjectif pour que surgisse l'étranger. L'étranger n'existe pas en soi, ce n'est pas une essence mais un construit social lié autant à des représentations abstraites qu'à des données concrètes, ou encore résultant d'une « lecture » subjective, plus ou moins imprégnée d'imaginaire, d'une réalité objective qu'elle contribue à perpétuer. La part respective du « matériel » et du « mental » (ou de l'« idéal ») est ici impossible à démêler tant ils sont étroitement imbriqués et se conditionnent mutuellement dans une dialectique *différence* → *rejet* → *différence*. Or les mentalités, les historiens l'ont montré, évoluent à leur propre rythme ; loin d'être dans la dépendance des structures socio-économiques, une pure projection des rapports sociaux concrets, elles peuvent se maintenir pendant des temps pluriséculaires, perdurer par-delà la succession des modes de production et leurs transformations.

Ceci explique que l'on puisse repérer, sous la diversité des figures de l'étranger et ses incarnations successives à travers les civilisations, une structure invariante qui se perpétue inchangée : cet invariant, c'est l'altérité, en ce sens que l'étranger reste d'abord et avant tout l'*Autre*, celui qui est extérieur au groupe et différent de ses membres. Il existe ainsi une certaine universalité, dans le temps et dans l'espace, de la catégorie « étranger » — ce qui n'empêche pas qu'il faille à chaque époque la réinterpréter à la lumière des rapports sociaux existants dans la mesure où leur évolution affecte la signification de l'« être étranger ».

## L'ÉTRANGER COMME FIGURE DE L'AUTRE

Dans la représentation que les sociétés se font de l'étranger, on peut donc discerner un invariant, une constante, repérable tant au niveau des données socio-politiques que dans les termes qui servent à le désigner, et qui renvoie sans doute — c'est là la raison de sa permanence — à quelque chose de plus profond, dans l'ordre du psychisme et de l'inconscient. L'étranger est celui qui n'appartient pas à la communauté politiquement constituée, qui est différent, et dont l'altérité et la différence provoquent une réaction instinctive de méfiance, de rejet, voire de haine à son égard de la part des membres du groupe.

*Les représentations socio-politiques*

Toute communauté est exclusive dans la mesure où la figure de l'Autre, en lui renvoyant par contraste l'image de sa propre unité, lui permet de renforcer sa cohésion. Le refus ou le rejet de l'Autre remplit donc une fonction positive, qui explique sans doute qu'on le retrouve dans toutes les sociétés humaines. Le rejet va de pair avec la méfiance et l'hostilité : on se méfie de l'Autre parce qu'il est différent, mais aussi parce qu'il menace l'unité et l'homogénéité du groupe ; en même temps on a besoin de lui — fût-ce pour le rejeter — comme témoin, par sa différence, de ce qui unit le groupe. La façon d'appréhender et de définir l'Autre — donc l'étranger, figure par excellence de l'altérité — est aussi une façon de se définir soi-même, de cerner sa propre identité.

Si la « xénophobie » est un concept récent, la chose qu'elle désigne est bien antérieure, tant logiquement que chronologiquement, à la constitution des Etats-Nations et à la naissance du nationalisme sous sa forme moderne. A l'origine, tout ce qui n'appartient pas à la communauté est simplement rejeté de l'espèce humaine : pendant des dizaines de millénaires, rappelle Claude Lévi-Strauss, la notion d'humanité englobant, sans distinction de race ou de civilisation, toutes les formes de l'espèce humaine semble avoir été totalement ignorée, l'humanité cessant aux frontières de la tribu, du groupe linguistique, parfois même du village<sup>1</sup>. Dans les *sociétés primitives*, le monde se partage de façon à la fois simple et rigoureuse en deux : les

membres du groupe, et tous les autres, assimilés à la sauvagerie, aux Barbares : « Partout, d'abord, il y a : Nous et les Autres ; puis : Nous qui sommes civilisés et les Autres qui ne le sont pas »<sup>2</sup>.

La fonction que remplit l'Autre pour le groupe est bien mise en évidence par Clastres : « Il y a, immanente à la société primitive, une logique centrifuge de l'émiettement, de la scission, telle que chaque communauté a besoin, pour se penser comme telle, de la figure opposée de l'étranger ou de l'ennemi »<sup>3</sup>. Ainsi s'enclenche un mécanisme dialectique tel que la communauté, pour affronter efficacement le monde des ennemis, doit être unie, homogène, sans division, et tel, aussi, que réciproquement elle a besoin, pour exister dans l'indivision, de la figure de l'Ennemi en qui elle peut lire l'image unitaire de son être social. Le sentiment dominant qu'inspirent les étrangers est avant tout de crainte, de mépris ou de haine : crainte, parce que tout ce qui vient d'ailleurs est chargé de puissance magique, qui peut apporter la mort, le malheur ou la maladie ; mépris, parce que les membres de la communauté sont à leurs propres yeux les seuls vrais hommes<sup>4</sup> ; haine, enfin, puisque l'étranger au clan ou à la tribu est normalement un ennemi dont le sort normal est d'être tué ou, au mieux, réduit en esclavage<sup>5</sup>.

Cette nécessité pour le groupe de se poser en s'opposant à ce qui n'est pas lui est également perceptible dans l'*Antiquité grecque et romaine*. La transformation des tribus en cités s'accompagne de luttes acharnées qui stimulent le processus de différenciation de la société tribale (logique centrifuge) et permettent d'assembler autour des gouvernants, en les soumettant à leur pouvoir, tous les membres de la tribu (logique centripète) ; l'état de guerre joue donc un rôle fonctionnel en contribuant à l'intégration et à la transformation des tribus en sociétés disciplinées<sup>6</sup>. Or, à cette époque, on ne fait pas la distinction entre la cité ennemie et ses membres, et l'attitude hostile s'étend aux citoyens des cités avec lesquelles on est en guerre : tout étranger est virtuellement un ennemi, les deux notions se recouvrent largement.

Dans les cités grecques, aux temps classiques (v<sup>e</sup>, iv<sup>e</sup> siècle avant J.-C.), la figure de l'étranger se dédouble : d'un côté, les Barbares, de l'autre les Grecs étrangers à la cité, qui sont le support de représentations différentes. Le Barbare, c'est celui qui ne parle pas le grec et qui n'appartient pas à la civilisation

grecque ; l'étranger ressortissant d'une autre cité, c'est celui qui n'appartient pas à la communauté des citoyens, à la *polis*. Mais dans les deux cas, quoique sur un terrain différent — culturel et politique pour l'un, politique uniquement pour l'autre —, la figure de l'Autre joue un rôle intégrateur pour la collectivité. Face aux Barbares, les Grecs prennent conscience de l'existence d'une communauté grecque fondée sur une langue, un culte, des traditions et des coutumes communs ; la figure du Barbare renforce ce sentiment d'appartenance et contribue à forger l'identité et l'unité helléniques — une identité avantageuse, puisqu'en rejetant les autres populations dans des périphéries géographiques et culturelles les Grecs se placent au centre du monde<sup>7</sup>. Quant aux Grecs étrangers à la cité, leur rejet témoigne de ce que la *polis*, simple groupe d'hommes que le hasard, plus qu'une origine commune, a rassemblés au départ, a besoin, pour se constituer et acquérir une identité spécifique, de s'opposer aux autres, y compris par la guerre. L'étranger ne cesse d'être considéré comme ennemi que si on le reconnaît comme hôte ; mais il faut attendre le développement des relations pacifiques entre cités pour que les étrangers puissent résider dans la cité sans craindre pour leur vie ou leur liberté.

La cité romaine connaît un principe d'exclusion analogue à celui qui prévaut dans les cités grecques, à ceci près que Rome n'est pas environnée d'autres cités. On y considère comme étranger et ennemi à la fois tout ce qui est hors de la ville et donc exclu de l'organisation politique de la *civitas*. Ce schéma d'exclusion simple, fondé sur la frontière dedans/dehors, va se compliquer à mesure que s'étend l'influence romaine : on distinguera en effet les Latins, habitants du Latium, des pérégrins, habitants des terres conquises, le terme de Barbare désignant les étrangers demeurés hors des frontières de l'Empire. Par la suite on assistera à l'intégration et à l'assimilation successive des Latins, puis des pérégrins, de sorte qu'au Bas-Empire seuls les Barbares font encore figure d'étrangers. La relative ouverture de Rome aux étrangers, qu'au lieu de rejeter dans un ailleurs elle absorbe progressivement, ne contredit qu'en apparence la pertinence du schéma *altérité* → *exclusion* → *unification* : l'Empire romain, en effet, n'a pas poursuivi son intégration *contre* les autres cités ou Etats, mais par l'expansionnisme territorial, qui supposait non plus une logique du repli sur soi

impliquant de cultiver les différences, mais une logique expansionniste impliquant la faculté d'intégrer les autres peuples jusqu'à la fusion<sup>8</sup>.

*La société médiévale*, société universaliste et ouverte en ce sens qu'elle n'est pas divisée en nations, en blocs politiques fermés, que les frontières y sont souples et perméables, aurait pu ou aurait dû logiquement se montrer plus accueillante aux étrangers. On y retrouve pourtant la même structure invariante dans laquelle l'altérité, source de peur, provoque le rejet, l'exclusion de tout ce qui menace l'homogénéité et l'unité de la communauté. Mais l'Autre par excellence, ici, c'est le non-chrétien, dans la mesure où le christianisme est le principe d'unité de la société médiévale, « le critère de ses valeurs et de ses comportements », de sorte que « la guerre, qui est un mal entre chrétiens, est un devoir contre les non-chrétiens »<sup>9</sup>. Pour faire partie de la société il faut être chrétien ; avec les païens, aucune relation sinon d'hostilité n'est possible ; quant à l'hérétique, il est chassé non seulement de l'Eglise mais du reste de la société. La Chrétienté médiévale demeure donc « ce monde fermé d'une société qui peut s'adjoindre par la force de nouveaux membres mais exclut les autres, se définit par un véritable racisme religieux » ; et dans cette société « fermée, opaque et hostile aux autres », pour laquelle un non-chrétien n'est pas vraiment un homme et peut être réduit en esclavage, jouent « la solidarité primitive du groupe et la politique corrélative d'*apartheid* à l'égard des groupes extérieurs »<sup>10</sup>.

Car les Autres, tous ceux que la Chrétienté rejette, existent néanmoins en son sein, mais sont l'objet d'exclusions : exclusions physiques, matérialisées dans l'espace, ou exclusions symboliques, tel le port d'un signe distinctif imposé aux juifs par le Concile de Latran en 1215. Cette présence n'est pas le signe de l'inefficacité des procédures d'exclusion : elle est nécessaire, presque voulue, puisque la figure de l'Autre porte témoignage, est là pour rappeler et réactiver sans cesse, par contraste, et par le caractère visible, ostensible, tangible du rejet, le principe d'unité de la société chrétienne. Si les juifs, en particulier, sont tolérés — à condition de vivre entre eux, à l'écart et souvent humiliés —, c'est parce que la figure du juif doit rappeler aux chrétiens la crucifixion du Christ et la déchéance de ceux qui ne l'ont pas reconnu et sont responsables de sa mort, donc revivifier

la foi chrétienne. Tous ces parias dont la société médiévale a besoin, « elle les tient à distance, mais elle fixe cette distance de façon assez proche pour les avoir à sa portée »<sup>11</sup>.

Et elle en a peur. Cette peur, décrite par Jean Delumeau, si elle s'applique d'abord aux non-chrétiens, figure première de l'altérité, s'étend en fait à tout ce qui est étranger. L'étranger, à une époque où, faute d'un pouvoir centralisé fonctionnant comme principe d'unification politique des sociétés, le concept en demeure flou, c'est à la fois celui dont on ne connaît pas l'origine parce qu'il est né ailleurs, trop loin, celui qui n'est pas un fidèle, un sujet. « Société primitive, société fermée, la société médiévale refuse cet intrus qui n'appartient pas aux communautés connues, ce porteur d'inconnu et d'inquiétude »<sup>12</sup> : l'étranger est exclu parce qu'il fait peur. La peur de l'Autre, « de tout ce qui appartient à un univers différent du sien », le recul devant l'étranger sous toutes ses formes, est au Moyen Age l'attitude la plus ordinaire ; elle le demeurera longtemps puisqu'aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, malgré le développement des échanges et des voyages, l'étranger apparaît encore comme suspect et inquiétant<sup>13</sup>.

*L'universalisation de la forme étatique*, si elle modifie en profondeur les données du problème, comme on aura l'occasion de le montrer, n'en laisse pas moins subsister la dialectique élémentaire *altérité* → *rejet* → *unification*. L'apparition de frontières, au sens moderne du terme, fixe un dedans et un dehors : à l'intérieur du territoire ainsi délimité et clôturé, l'Etat poursuit son œuvre d'homogénéisation et d'unification qui permet de réaliser l'unité des individus du peuple-nation ; et le non-national, hétérogène et inassimilable, devient, au sens propre, un corps étranger<sup>14</sup>. La nation se construit contre les autres nations, l'unité nationale se forge dans la guerre, la haine de l'étranger alimente le sentiment national ; la propagande des gouvernants exploite la crainte instinctive de l'étranger en vue de renforcer la cohésion nationale et d'effacer ou de minimiser les clivages qui divisent la communauté (aujourd'hui encore, on peut faire l'hypothèse que la présence massive de travailleurs étrangers renforce le sentiment d'appartenance de la classe ouvrière à la nation et son intégration à la société dont elle s'était longtemps sentie exclue). On s'efforce de rationaliser la crainte de l'étranger en le présentant tour à

tour comme un agent en puissance de l'ennemi, une menace pour la préservation de la culture nationale, voire la pureté de la race, ou encore comme susceptible de détourner à son profit les ressources économiques du pays, qui doivent rester à l'usage exclusif des citoyens. Mais le nationalisme n'est pas un pur effet de la propagande : son succès même, qui surpasse celui qu'a pu connaître toute autre idéologie, atteste qu'il s'enracine dans une structure psychique profonde fondée sur la crainte de l'Autre, la crainte de ce qui est différent, perçu comme une menace pour sa propre identité.

### *La désignation linguistique*

La philologie et la sémantique, qui permettent de faire apparaître l'étymologie des termes servant à désigner l'étranger, l'évolution de leur sens, les liens qui les relient, confirment la permanence de l'altérité comme structure invariante de la notion d'étranger.

Les *langues anciennes*, d'abord, attestent l'association ou la parenté des concepts d'étranger, ennemi, esclave, autre. Dans les idéogrammes sumériens, les concepts d'étranger et d'ennemi sont associés. En akkadien, *ahû* signifie d'abord « autre », « différent », mais prend par extension le sens d' « ennemi » (comme *alienus* en latin). *Nakîru* signifie « ennemi », « adversaire », et plus largement « étranger » (racine : être différent, changer → se révolter → ennemi). L'esclave, d'après les signes, est « l'homme — ou la femme — de l'étranger » : l'esclave, à l'origine, est un captif étranger et il n'existe sans doute pas d'autres étrangers que les captifs réduits en servitude<sup>15</sup>.

La proximité ou l'association des notions d'étranger et ennemi se retrouve dans de nombreuses langues anciennes et ne s'explique que si l'on considère que l'étranger est nécessairement un ennemi et l'ennemi nécessairement un étranger : le rapport de l'état de paix à l'état de guerre est inverse de celui qui prévaut aujourd'hui, fait remarquer Benveniste, de sorte que l'état normal, pour les anciens, est l'état de guerre, tandis que la paix est en quelque sorte accidentelle, une simple trêve. Une étude plus poussée des langues indo-européennes fait apparaître deux phénomènes linguistiques intéressants : d'une part, les connexions étroites entre les trois notions d'ennemi,

étranger et hôte ; d'autre part, l'opposition sémantique entre les termes qui servent, pour un peuple, à se désigner soi-même ou ses membres, et à désigner le peuple voisin ou ceux qui en sont issus — les étrangers.

Des considérations socio-politiques expliquent, comme on vient de le rappeler, que les deux termes d'étranger et d'ennemi soient dans une large mesure interchangeables. Ainsi, en latin, le mot *hostis* désigne au départ l'étranger, puis l'étranger et l'ennemi, et ce n'est que postérieurement qu'il recevra le sens exclusif d'ennemi. Les choses sont même un peu plus complexes, puisque les termes *hostis* et *hospes* — l'hôte — ont une étymologie commune, ce qui, si l'on y réfléchit, n'est pas aussi surprenant qu'il paraît de prime abord, puisque l'hôte c'est encore celui qui vient d'ailleurs, donc l'étranger. Benveniste<sup>16</sup> montre que le terme initial, *hostis*, s'il désigne effectivement l'étranger, ne comporte aucune notion d'hostilité ; au contraire, le sens premier des mots de la même famille que *hostis* est *aequare* = compenser, égaliser. *Hostis* ne serait donc pas l'étranger en général, mais l'étranger en tant qu'on lui reconnaît des droits égaux à ceux des citoyens romains, celui avec lequel est établi un lien d'égalité et de réciprocité, et finalement celui qui bénéficie de l'hospitalité (dont Benveniste suggère qu'elle serait une forme atténuée du *potlatch*, en tant qu'elle implique qu'un homme est lié à un autre par l'obligation de compenser une certaine prestation dont il a été bénéficiaire)<sup>17</sup>. Au départ, donc, *hostis* désigne l'hôte, l'étranger pris dans les liens de l'hospitalité. Mais ceci ne remet pas en cause l'idée que, dans les sociétés archaïques, tout étranger est *a priori* un ennemi ; au contraire, comme le montre encore Benveniste<sup>18</sup>, le fait même qu'il faille un engagement réciproque pour établir des relations d'hospitalité atteste que celui qui est né au-dehors est en principe un ennemi, et le terme *hostis* rend compte de cette dialectique ami-ennemi : il désigne l'étranger avec lequel ont été établies des relations de réciprocité à la faveur de traités qui interrompent la situation (normale) d'hostilité entre les peuples, tandis que d'autres termes — *advena*, celui qui vient du dehors, ou *peregrinus*, celui qui est hors des limites de la communauté — servent à désigner les étrangers avec qui une relation d'hospitalité ne s'est pas établie.

La disjonction *hostis/hospes* et le changement sémantique

qui va faire que le mot *hostis* acquiert l'acception « hostile » et ne s'applique plus désormais qu'à l'ennemi coïncident, selon Benveniste, avec le changement qui s'opère dans les institutions romaines elles-mêmes : l'institution de l'hospitalité sous sa forme primitive, supposant une relation d'homme à homme ou de clan à clan, perd de sa force puis disparaît avec l'émergence de la Cité ; « seule subsiste la distinction de ce qui est intérieur ou extérieur à la *civitas* »<sup>19</sup>. Tout comme *xenos*, qui chez Homère désigne « l'hôte », ne signifie plus, dans la Grèce classique, que « l'étranger » (sans toutefois revêtir, comme *hostis*, le sens d'ennemi).

Tandis que d'étroites connexions unissent les notions d'étranger et ennemi, et souvent aussi d'étranger et esclave, on constate une opposition sémantique entre tous ces termes et ceux qui servent à un peuple à se désigner soi-même. Comme le rappelle Benveniste, « toute appellation de caractère ethnique, aux époques anciennes, est différentielle et oppositive : dans le nom qu'un peuple se donne il y a, manifeste ou non, l'intention de se distinguer des peuples voisins »<sup>20</sup>. Mais cette distinction, qui traduit la nécessité pour toute communauté de se poser en s'opposant, n'est pas neutre : les populations dites primitives, écrit Claude Lévi-Strauss, se désignent elles-mêmes d'un nom qui signifie « les hommes » (ou les « bons », les « excellents », les « complets »), impliquant ainsi que les autres tribus, groupes ou villages ne participent pas de ces vertus, ou même de la nature humaine<sup>21</sup>. Plusieurs langues font apparaître une opposition entre soi-même — les hommes libres, les indigènes — et les autres — les esclaves, les étrangers : ainsi, en indien, les hommes libres se désignent eux-mêmes par le terme *ārya*, antithétique de *dāsa* = étranger, esclave, ennemi<sup>22</sup>. L'homme libre se désigne comme *ingenuus*, « né dans » la société considérée, donc pourvu de la plénitude de ses droits ; corrélativement, celui qui n'est pas libre est nécessairement quelqu'un qui n'appartient pas à cette société, un étranger sans droits ; et finalement l'esclave c'est l'étranger, mais capturé ou vendu comme butin de guerre<sup>23</sup>.

L'évolution linguistique a progressivement opéré la disjonction étranger/ennemi — et *a fortiori* étranger/esclave. Mais dans les *langues modernes* encore, les considérations sémantiques ne sont pas sans intérêt lorsqu'on cherche à appréhender la

représentation que les peuples se font de l'étranger. Les termes utilisés pour désigner l'étranger témoignent en effet de ce qu'il conserve un caractère d'altérité radicale. En français, le mot « étranger » (XIV<sup>e</sup> siècle) vient d'« étrange » (*extraneus* en latin, de *extra* = dehors, qui a donné aussi « extranéité »), qui signifie à la fois incompréhensible, hors du commun, qui étonne ou surprend parce qu'il est différent de ce que l'on a l'habitude de voir. « Etrange » renvoie à indéfinissable, incompréhensible, inquiétant, anormal (*Le Petit Robert*). Cette étymologie commune n'est évidemment pas sans rapport avec les connotations attachées au terme « étranger », non plus qu'avec ses multiples sens, à la fois proches et distincts les uns des autres : l'étranger, sans doute, dans la langue contemporaine imprégnée de la rigueur des définitions juridiques, est d'abord celui qui appartient à une autre nation ; mais c'est aussi celui qui n'appartient pas, ou qui est considéré comme n'appartenant pas au groupe, celui avec lequel on n'a rien de commun, celui qui n'est pas connu, qui est différent des autres, qui se singularise de quelque façon ; à l'extrême, on trouve la notion de « corps étranger », qui désigne toute chose se trouvant contre nature dans l'organisme, mais aussi, par extension, toute personne dont la présence menace l'homogénéité et l'unité du groupe. Les mêmes remarques valent pour l'allemand, où *Fremd* désigne à la fois comme substantif l'étranger ou l'inconnu, et comme adjectif ce qui est étrange, singulier, bizarre ou différent.

En anglais, trois termes servent à désigner l'étranger, avec des emplois différents : *foreigner* fait référence à la naissance, *alien* à l'allégeance ou l'appartenance, *stranger* à la résidence. Et on découvre là encore des superpositions de sens très instructives. *Stranger* (qui, comme l'adjectif *strange*, vient du vieux français « estrange », qui a donné en français moderne « étrange » et « étranger ») est utilisé pour nommer celui qu'on ne connaît pas, celui qui n'est pas familier, tandis que *strange* qualifie ce qui est différent, inconnu, inhabituel. *Foreign* vient du français « forain » (en latin *foris* = dehors) et désigne ce qui vient de — ou appartient à — un autre pays ; il a donné *foreigner* = le natif ou citoyen d'un autre pays. *Alien* vient du latin *alienus* (qui appartient à un autre) : comme substantif il désigne l'étranger résident non naturalisé et définit donc, en

opposition à *citizen*, un statut légal, mais également celui qui est d'une autre race, celui qui est exclu, mis à l'écart ; comme adjectif, il signifie *not similar, incongruous, unsympathetic*, et reçoit comme synonymes : *contrasted, distant, hostile, opposed, unlike* (*Britannica World Language Dictionary*). A travers ces différents termes et leurs multiples sens, on retrouve bien les éléments de cette structure élémentaire qui relie l'altérité et la différence au rejet et à la crainte.

L'analyse sémantique atteste que la notion d'étranger est liée à la représentation d'un dedans et d'un dehors, confondus avec ce qui est soi-même et ce qui est l'Autre : l'Autre appartient à un dehors fondamentalement hétérogène à l'espace du dedans familier et sécurisant ; il représente l'inconnu, source de risque potentiel<sup>24</sup>.

#### LES INCARNATIONS DE L'AUTRE

L'étranger, donc, figure l'Autre, au point que l'altérité caractérise presque à elle seule l'étranger : à une époque où la notion d'étranger est floue et approximative, ce sont « les autres » qui représentent l'étranger, et réciproquement les étrangers sont tout simplement « les autres ». L'altérité, avec ce qu'elle implique de peur, d'hostilité, de rejet, est une dimension nécessaire de l'étranger, et à certaines époques suffisante.

On ne peut, néanmoins, en rester là : ce noyau invariant ne rend pas compte à lui seul de l'infinie variété des figures de l'étranger, dans le temps et dans l'espace. Etre étranger ne signifie pas la même chose dans l'Athènes du <sup>v</sup>e siècle avant J.-C. et dans la France de 1980, l'étranger n'est pas appréhendé de la même façon dans des formations socio-historiques aussi différentes que la cité antique, la seigneurie médiévale ou l'Etat capitaliste contemporain. Au cours des siècles, la figure universelle de l'étranger — de l'Autre — s'est incarnée dans des figures singulières, multiples et différenciées, dont il faut essayer maintenant de dégager les traits.

#### *Les sociétés précapitalistes*

*Les sociétés antiques.* — A l'origine, on l'a vu, tout étranger est *a priori*, par principe, un ennemi, et même un esclave en

puissance : parce que l'état de guerre est permanent et la paix une simple trêve, et parce que la guerre a pour but de se procurer des esclaves. La figure initiale de l'étranger — *figure de l'ennemi, de l'esclave* — est donc marquée par une *problématique de la guerre*.

Aux figures initiales de l'étranger-ennemi et de l'étranger-esclave sont venues s'ajouter par la suite d'autres figures, et d'abord, sous l'effet du développement des relations pacifiques et des échanges économiques entre les peuples, celle de l'*étranger-marchand*. L'étranger-marchand, c'est encore celui qui vient d'ailleurs, mais qui cette fois séjourne dans le pays. Son apparition découle d'un changement dans les conditions matérielles, mais elle provoque aussi une mutation au niveau des représentations en favorisant l'association des deux figures de l'étranger et du commerçant. L'histoire économique montre que l'étranger — l'étranger établi — « fait partout son apparition comme commerçant, et le commerçant comme étranger », note Simmel<sup>25</sup>. Dans un contexte d'autoconsommation et d'autarcie, le groupe n'avait besoin d'aucun intermédiaire ; en revanche, dès qu'il dépend de marchandises produites à l'extérieur, la nécessité du commerce apparaît — et de deux choses l'une : ou bien certains membres du groupe le quittent pour acheter ce dont il a besoin, auquel cas ils deviennent eux-mêmes des étrangers en territoire étranger ; ou bien le groupe doit accueillir l'étranger sur son territoire. En tout état de cause, le marchand est toujours l'étranger. Par la suite, cette association persistera, mais en renversant ses propres termes : l'étranger qui s'installe dans un pays se fera plus volontiers marchand que les indigènes, d'abord parce qu'il dispose éventuellement d'un réseau de relations déjà constituées dans d'autres pays qui facilitent le commerce, ensuite parce que l'étranger arrive dans le groupe alors que toutes les positions économiques sont déjà occupées, et qu'il ne lui reste souvent que le commerce, capable d'absorber plus d'hommes que l'agriculture<sup>26</sup>.

Les sociétés primitives, malgré leur économie autarcique, connaissent déjà la figure de l'étranger-marchand, protégé par des conventions qui rendent ainsi possibles les transactions commerciales<sup>27</sup>. Mais c'est surtout en Grèce que l'on voit apparaître, face au Barbare, l'étranger-ennemi et esclave par excellence, le *météque*, admis à séjourner sur le territoire de la

citée pour des raisons principalement économiques. A Athènes, on comptera au <sup>v</sup>e siècle 15 000 métèques pour 40 000 citoyens, qui jouent un rôle important dans la vie de la cité : l'essor économique, en particulier, repose largement sur eux, dans la mesure où le commerce est considéré comme une activité peu honorable à laquelle aucun citoyen ne peut s'adonner sans déchoir. Certains exercent des petits métiers, mais d'autres tiennent en main, comme armateurs, banquiers, grands commerçants, une large partie de l'activité économique du Pirée et acquièrent une influence importante<sup>28</sup>. Le contraste entre cette influence et cette aisance économique et le refus persistant d'accorder aux métèques les privilèges attachés au droit de cité attestent pourtant que l'attitude dominante vis-à-vis des étrangers reste fondamentalement de fermeture. La participation à la vie politique reste un privilège jalousement protégé, qui agit comme un verrou, un critère d'exclusion et un facteur de discrimination : *la logique politique contredit et supplante la logique économique.*

Dans l'Empire romain, le contenu respectif de ces deux logiques s'est inversé : la logique politique devient expansionniste, tandis que la logique économique devient, elle, protectionniste et autarcique, entraînant la fermeture de l'Empire aux étrangers. D'un côté, des cités petites, homogènes, soucieuses de préserver leur identité politique et culturelle, mais liées entre elles par des relations diplomatiques et économiques denses ; de l'autre, un Empire gigantesque, hétérogène mais autosuffisant : la différence de contexte suffit à expliquer la différence d'attitude vis-à-vis des étrangers.

*La société féodale.* — Pour comprendre les métamorphoses qui affectent la figure de l'étranger par rapport à la période précédente et la signification nouvelle de son exclusion sous les différentes formes qu'elle peut revêtir, il faut rappeler quelques traits fondamentaux de la société médiévale : c'est une société *fragmentée, éclatée, morcelée* — « anarchique » (Ellul)<sup>29</sup>, qui n'est pas organisée par rapport à un pouvoir central mais formée de groupes territoriaux qui acquerront une autonomie croissante avec l'affaiblissement du pouvoir impérial à la fin de l'empire carolingien ; c'est une société *organisée en corps* où l'individu n'a d'existence sociale qu'à travers le groupe : la famille, la

seigneurie, la confrérie... ; c'est une société fondée sur des *liens personnels*, des liens d'allégeance d'homme à homme, telle que chaque seigneur détient à titre privé, comme *dominus*, le pouvoir de commander et de punir ; c'est une *chrétienté*, une société où il faut être chrétien pour faire partie du corps social, qui est lui-même aux dimensions exactes de l'Eglise. Cette société médiévale est ouverte, dans la mesure où les frontières ne sont pas figées, où, les hiérarchies féodales et les limites territoriales des royaumes ne se recoupant pas toujours, les appartenances sont plus fluides et moins exclusives ; dans la mesure aussi, où, au-dessus du morcellement socio-politique, l'Eglise maintient l'unité de la société chrétienne ; dans la mesure, enfin, où, à partir du XII<sup>e</sup> siècle surtout, elle est parcourue de courants d'échanges intenses, d'hommes, de marchandises, d'idées<sup>30</sup>. Mais la société médiévale est aussi une société fermée, repliée sur elle-même, parce que constituée d'une multitude de groupements organiquement soudés dont la cohésion même fonctionne comme un principe d'exclusion face à ceux qui n'en sont pas membres ; parce que la Chrétienté reste l'unique horizon — géographique et spirituel — de cette société, dont la vision de l'univers reste étroitement conditionnée par l'idée d'une opposition absolue et irréductible entre la Chrétienté et le reste du monde, et parce que le christianisme fonctionne lui-même comme principe d'exclusion à l'intérieur des terres chrétiennes.

Ces traits expliquent les transformations que subissent les figures traditionnelles de l'étranger et l'apparition de nouvelles incarnations de l'étranger, plus caractéristiques de la société médiévale. La figure de l'étranger-ennemi ne disparaît pas, bien sûr (elle est encore prégnante aujourd'hui), mais elle change de signification : il n'y a plus assimilation entre étranger et ennemi, mais distinction entre les étrangers ressortissants d'un pays allié et ressortissants d'un pays ennemi. La figure de l'étranger-esclave subsiste un temps, mais va s'estomper ensuite avec la disparition de l'esclavage dès l'époque carolingienne. Quant à la figure du Barbare, elle est désormais incarnée par les non-chrétiens, les païens, les Infidèles. Les peuples païens se divisent toutefois en deux catégories : d'un côté, les Musulmans, qui représentent l'Infidèle par excellence, face auxquels la seule attitude chrétienne doit être la guerre sainte<sup>31</sup> ; de

l'autre, les vrais adeptes du paganisme, souvent appelés « barbares », auxquels la Chrétienté va aussi faire la guerre, mais cette fois avec le dessein de les convertir, de force, au christianisme.

Les païens, les Infidèles demeurent par définition hors des limites de la Chrétienté. D'autres catégories d'étrangers vivent à l'intérieur de ces limites. L'étranger, au Moyen Age, c'est celui qui, venant d'ailleurs, n'appartient pas organiquement au groupe solidaire sur le territoire duquel il se trouve, momentanément ou durablement, qui n'a pas de lien personnel, de relation d'allégeance avec le maître de la seigneurie ; le morcellement socio-politique multiplie donc le nombre des étrangers potentiels.

Une des figures les plus familières de l'étranger, dans cette société où les déplacements sont nombreux, c'est celle du *voyageur* : le *pèlerin*, d'abord<sup>32</sup> ; le *marchand*, également, par définition étranger aux lieux où il circule. Pourtant, la figure de l'étranger-marchand n'est ni aussi caractérisée ni aussi prégnante que dans l'Antiquité grecque. Dans la seigneurie, il n'y a pratiquement pas de vie commerciale, et le commerce occasionnel est monopolisé par le seigneur ; et dans les villes, l'activité commerciale va progressivement se « normaliser », réhabilitée par l'Eglise, et cesser d'être l'apanage des étrangers.

Les deux figures par excellence de l'étranger, dans la féodalité médiévale, sont d'une part le juif, de l'autre l'aubain. Le *juif* cumule en lui tous les chefs d'altérité, donc tous les mobiles de rejet : il n'appartient pas à la communauté chrétienne ; non seulement il n'a pas ses racines là où il demeure, mais il n'a en somme de racines nulle part, c'est un *Luftmensch*, l'être mobile par excellence puisque souvent marchand et itinérant ; il est de culture et de religion inassimilables, obéissant à ses propres lois — sans même parler des griefs plus spécifiques, religieux (peuple déicide) ou plus tard économiques (l'usure), qui alimenteront une judéophobie irréductible à la simple xénophobie et provoqueront, surtout à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, les exactions, spoliations et persécutions que l'on connaît. Le juif représente donc l'étranger absolu, et pourtant toléré, toujours présent : une figure familière, en un sens, de la Chrétienté médiévale, comme nécessaire à son fonctionnement. Nécessaire par les fonctions économiques indispensables qu'il remplit : commerce,

puis prêt à intérêt, interdits aux chrétiens ; nécessaire surtout par sa fonction symbolique. Les juifs sont certes peu nombreux dans les seigneuries, et lorsqu'ils y demeurent ils vivent entre eux, à l'écart des autres habitants ; la plupart résident dans les villes et ne sont donc en contact direct qu'avec une faible fraction de la population. Pourtant l'image du juif est, elle, très présente dans l'imaginaire de la Chrétienté médiévale : proche et différent, toléré et rejeté, il contribue à souder la société chrétienne à la fois en lui donnant à voir par contraste le principe de son unité, et en jouant, comme d'autres catégories d'exclus — tels les lépreux — mais avec une intensité accrue, le rôle de bouc émissaire pour tous les maux qui s'abattent sur les chrétiens<sup>33</sup>.

Les *aubains*, à l'inverse, représentent l'étranger dans sa relativité : car le morcellement féodal, en multipliant les allégeances, recrée au sein de chaque seigneurie la figure de l'étranger en la personne de l'aubain — celui qui vient d'une autre seigneurie et n'a pas d'allégeance personnelle vis-à-vis du seigneur du lieu. Tout individu, dans le système féodal fondé sur des rapports d'homme à homme et la solidarité de groupe, doit en effet se rattacher à une seigneurie, avoir fait aveu à un seigneur. Aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait aveu à leur nouveau seigneur, les aubains sont « gens sans aveu » qui n'ont aucun droit dans l'espace de la seigneurie parce que aucun lien ne les y rattache.

Cette notion extensive de l'étranger n'est pas liée exclusivement aux structures seigneuriales : on retrouve le même phénomène en milieu urbain, surtout au bas Moyen Age, lorsque les villes deviennent autant d'îlots particularistes tels que la figure dominante de l'étranger est celle du *forain* — de l'étranger à la ville —, bien plus que celle de l'étranger à la principauté, au royaume ou à l'empire<sup>34</sup>. Mais la ville, malgré son particularisme, reste un système plus ouvert que la seigneurie, où l'étranger détonne moins : la mobilité est de l'essence de la société urbaine, la figure de l'étranger y est plus naturelle, elle lui est même jusqu'à un certain point consubstantielle.

La multiplication des étrangers sous l'effet du morcellement des structures sociales féodales a pour contrepartie la relativité de la notion, au moins dans les limites de la Chrétienté : l'étranger venu d'une contrée lointaine n'est pas plus étranger

*a priori* que l'habitant d'une seigneurie voisine ; ils peuvent au demeurant faire l'un et l'autre allégeance à leur nouveau seigneur et perdre ainsi la qualité d'aubain. C'est cette fluidité des appartenances qui va disparaître avec l'apparition des Etats-Nations.

### *La montée des Etats-Nations*

Plusieurs phénomènes, concomitants ou non dans le temps, viennent ici conjuguer leurs effets. Il y a d'abord, consécutive au déclin de la féodalité, la formation des Etats modernes — Etats unitaires séparés par des frontières rigides qui fixent un dehors et un dedans et figent la condition alternative d'étranger ou de « national » — là où avant les suzerainetés se chevauchaient. Il y a ensuite le détachement du pouvoir de la personne du roi ou de l'empereur et le remplacement du lien personnel qui unissait le sujet au souverain par un lien d'allégeance envers une entité collective, la nation : ainsi s'élabore l'idée moderne de nationalité conçue comme un lien étroit et précis, exclusif de tout autre, rattachant l'individu à une collectivité et une seule ; les individus, unis par le lien d'une même nationalité à l'intérieur de frontières bien délimitées, prennent une conscience de plus en plus nette de l'entité collective qu'ils forment, et corrélativement rejettent ceux qui n'appartiennent pas à cette entité. Enfin, le développement de la démocratie politique à partir de la Révolution française, qui place le siège de la souveraineté dans la masse des citoyens et fait de ceux-ci les participants directs du pouvoir politique, fonctionne, paradoxalement, comme un facteur d'exclusion supplémentaire : comme à Athènes à l'époque classique les droits politiques sont l'apanage des citoyens, et le non-national est en même temps le non-citoyen.

Si l'on admet qu'au Moyen Age dominait une *problématique religieuse* — la Chrétienté — et *quasi patrimoniale* ou domestique — la seigneurie —, désormais seule ou presque demeure la *problématique politique*. L'appartenance au peuple souverain comme le lien de nationalité sont de nature politique ; l'exclusion des étrangers n'est plus — du moins principalement — ni culturelle, ni religieuse, ni personnelle, mais se fonde sur des considérations politiques, le critère politique condensant en quelque sorte tous les autres.

*De la féodalité à l'Etat.* — On peut faire remonter la construction de l'Etat moderne à la fin du Moyen Age, lorsque le renforcement du pouvoir royal et l'extension du domaine royal, réalisés au détriment de l'autorité seigneuriale, vident peu à peu de leur contenu les institutions féodales. L'horizon politique qui, aux temps de la féodalité, ne dépassait guère les limites de la châtelainie, de la seigneurie, s'élargit progressivement aux dimensions du royaume, et la représentation comme la condition de l'étranger s'en trouvent modifiées : à mesure de la reconquête du pouvoir par le roi, les légistes français revendiquent pour lui le bénéfice de la quasi-servitude où tombe l'aubain sans aveu ; bientôt l'aubain ne pourra reconnaître d'autre seigneur que le roi, et au début des Temps modernes le contrôle de l'aubain est devenu un droit régalien<sup>35</sup>. De même, à mesure que l'unité française se réalise à l'intérieur contre les seigneurs et à l'extérieur vis-à-vis des autres nations, à mesure que se construit l'Etat moderne, la notion d'étranger change de contenu : elle ne s'exprime plus à l'égard de la seigneurie mais du royaume, l'étranger n'est plus celui qui n'a pas fait aveu au seigneur, mais celui qui n'est pas sujet du roi de France, qui n'est pas « régnicole ».

Le passage du féodalisme à l'Etat moderne se traduit aussi par une modification dans la configuration des espaces et du rapport du pouvoir à l'espace. La fixation de frontières instituant une séparation nette entre les espaces étatiques s'accompagne de l'unification et de l'homogénéisation de l'espace intérieur, qui effacent les particularismes mais rendent aussi plus visible l'hétérogénéité à soi de ce qui se trouve au-delà de la frontière ; le fondement de la solidarité du groupe se modifie parallèlement : ses membres ne sont plus unis par des liens personnels — liens familiaux ou liens d'allégeance à un seigneur ou un monarque — mais par l'appartenance à un territoire clos, renfermant dans son sein, à l'intérieur de frontières précisément délimitées, une collectivité homogène. L'espace féodal était un espace segmenté, morcelé, mais il demeurait d'une certaine façon continu et ouvert dans la mesure où les délimitations étaient mouvantes et avaient en tout état de cause moins d'importance que les obédiences seigneuriales ou ecclésiastiques, dans la mesure également où, au-delà de ce morcellement, il y avait un principe unificateur, le christianisme, donc l'idée d'une

société et d'une civilisation universelles. Avec l'apparition de l'Etat moderne, le rapport du pouvoir et des hommes à l'espace change : le contrôle des hommes s'effectue à travers le contrôle de l'espace, et le contrôle de l'espace passe par une délimitation rigoureuse d'un territoire sur lequel s'exerce la souveraineté exclusive du pouvoir. Les frontières délimitent des espaces distincts de souveraineté refermés sur eux-mêmes, clos vers l'extérieur, à l'intérieur desquels se forgent des nations, se cultivent des identités nationales, s'affirment des cultures nationales. La conscience de l'existence des frontières est conscience de l'existence d'une séparation radicale entre soi et les autres : les frontières matérialisent les différences tandis que le sentiment national s'inscrit matériellement dans l'espace à travers le territoire. La figure de l'étranger s'unifie et se fige d'un même mouvement : l'étranger est celui qui n'appartient pas à la communauté nationale délimitée et définie par les frontières de l'Etat ; c'est le ressortissant d'un autre Etat, le non-national<sup>36</sup>.

*Etat et Nation.* — Pour qu'apparaisse une conscience nationale, il a fallu la création d'Etats centralisés soumis à l'autorité de monarques absolus, qui ont détruit les allégeances féodales et rendu possible l'intégration de toutes les allégeances en une allégeance unique envers un centre ; il a fallu la sécularisation des modes de vie et des mentalités, qui a affaibli les liens religieux et l'allégeance envers l'Eglise universelle et encouragé le développement des langues vernaculaires, des langues nationales, contre le latin ; il a fallu enfin le développement des échanges économiques rendant nécessaire la constitution d'unités territoriales plus vastes et homogènes où puisse se déployer sans obstacles l'économie capitaliste naissante.

La constitution sociologique des nations et même la genèse de l'idée de Nation sont donc inséparables de l'œuvre des dynasties royales et princières autour desquelles ces Nations se sont construites<sup>37</sup>, ce qui explique qu'on puisse repérer les germes du sentiment national dès le déclin de la féodalité, avec les implications qui en résultent quant à la représentation de l'étranger. Au XIII<sup>e</sup> siècle, l'étranger s'oppose au naturel, c'est-à-dire à celui qui est né à l'intérieur des limites du royaume<sup>38</sup>. La guerre de Cent Ans et l'occupation anglaise contribuent à faire prendre conscience aux Français d'une communauté de manières

de sentir, de penser, d'agir qui les différencient des autres<sup>39</sup> ; la guerre, de surcroît, oblige chacun à se ranger dans un camp et transforme les autres en ennemis, car les individus y participent en fonction de leur « nationalité » : la guerre de Cent Ans apparaît à cet égard comme une guerre nationale qui contribue à forger de part et d'autre une conscience nationale. Cette conscience nationale s'appuie au demeurant sur des éléments « objectifs » : le développement des cultures nationales et l'essor des langues vernaculaires dans toute l'Europe, au XVI<sup>e</sup> siècle, manifestent à la fois l'unification interne des Nations et le principe de séparation d'avec les autres Nations, dans la mesure où la langue sert de signe de reconnaissance et définit un espace-frontière ; chaque Nation a sa culture, sa langue, et l'étranger se définit donc négativement comme celui qui est d'une autre culture, qui parle une autre langue.

Dans ces territoires unifiés et centralisés politiquement et économiquement l'idée de Nation, au sens moderne du terme, apparaît lorsque celle-ci se détache de la personne du prince ou du roi, lorsque l'unité du corps social n'a plus besoin pour s'affirmer de la référence à un monarque, à un individu. La Nation exprime l'unité constitutive et originaire du corps social : originaire en ce sens que, dans la présentation idéologique qui est donnée des rapports entre Etat et Nation, la Nation est censée être antérieure à l'Etat. Mais ce qui nous intéresse ici, ce n'est pas tant la construction juridique, politique et idéologique imaginée au XVIII<sup>e</sup> siècle par la bourgeoisie montante en lutte contre l'absolutisme monarchique et revendiquant pour son propre compte le monopole de la représentation nationale<sup>40</sup>, que les conséquences de la cristallisation du concept d'Etat-Nation et de l'essor concret de cette forme d'Etat sur la façon d'appréhender la question des étrangers. Or on ne peut comprendre ces conséquences sans faire allusion à la transformation du « sentiment national » en une véritable idéologie nationale — le « nationalisme », qui, selon Hannah Arendt, « traduit essentiellement cette perversion de l'Etat en instrument de la nation et l'identification du citoyen avec le membre de la nation »<sup>41</sup>. La Nation, entendue par les révolutionnaires comme un concept essentiellement juridique, comme l'entité collective distincte des individus qui la composent, et seule dépositaire de la souveraineté dans l'Etat, se charge peu à peu d'autres connotations<sup>42</sup> :

on la considère plus dans sa réalité sociologique, comme la manifestation d'une interdépendance sociale objective dont le sentiment national est la traduction subjective ; la solidarité d'une Nation s'appuie sur des données préexistantes objectives (langue, race, religion, territoire), elle est vivifiée par une histoire commune, la référence à des traditions, à une culture communes, elle suppose un « vouloir-vivre ensemble », une destinée commune. Peu importe que le sentiment national soit spontané ou inculqué par une intense action de socialisation, peu importe que la solidarité nationale ait une consistance réelle ou qu'elle soit invoquée pour occulter les oppositions d'intérêts et les contradictions sociales qui, sinon, mineraient toute société divisée en classes, pour donner l'image d'une société homogène et réunifiée dans l'imaginaire<sup>43</sup>. En tout état de cause, l'idée nationale, en tant qu'elle implique que la loyauté suprême de l'individu doit aller à l'Etat-Nation, ne peut que transformer profondément les termes dans lesquels est abordé le problème des étrangers. La Nation est productrice d'identité collective non seulement par minimisation des différences internes, mais aussi par accentuation de sa spécificité par rapport aux autres Nations, et fonctionne donc comme dispositif d'exclusion.

Bien que l'état de paix ait remplacé l'état de guerre comme état normal des relations entre États, la figure de l'Ennemi continue à tenir une place essentielle dans le dispositif d'intégration nationale : c'est par rapport à un Ennemi désigné, à un danger commun à affronter, que le groupe peut affirmer son identité et renforcer sa cohésion. La Nation est entourée d'ennemis contre lesquels elle doit se défendre et lutter : d'où la méfiance spontanée, mais systématiquement cultivée, envers l'étranger, toujours considéré comme un danger virtuel. Même lorsqu'il n'est pas désigné comme ennemi, il demeure un élément hétérogène et inassimilable menaçant par sa seule présence l'intégrité nationale, ou même l'identité nationale s'il entreprend de s'intégrer de force à la communauté<sup>44</sup>. Admis à résider sur le territoire, l'étranger ne fait pas pour autant partie du corps de la Nation, il n'est donc pas un citoyen, et reste donc à cet égard un éternel exclu.

Alors que les allégeances de type antique ou féodal laissaient une place à l'universel — la civilisation grecque, la Chrétienté — qui représentait une référence commune sinon à toute l'huma-

nité, du moins à toute l'humanité « civilisée », il n'y a désormais plus rien ni en deçà ni au-delà de la Nation, qui devient la référence unique et exclusive ; les Etats-Nations se replient sur eux-mêmes et sur leur spécificité, de sorte que la qualité d'étranger, jusque-là relative et réversible, devient figée et irréversible.

Il faut toutefois faire une place aux brèves parenthèses historiques pendant lesquelles l'affirmation nationale reste compatible avec une relative ouverture. La Révolution française, par exemple, hérite simultanément et contradictoirement de la tradition nationale de l'Etat monarchique et de l'idéal universaliste de la philosophie cosmopolite du XVIII<sup>e</sup> siècle. C'est la première qui finira par l'emporter ; mais, au départ, la Révolution se veut révolution sans frontières, libérant les autres peuples et s'ouvrant largement, sans discrimination, aux étrangers — avant que la guerre ne conduise à établir une discrimination entre étrangers-amis et étrangers-ennemis<sup>45</sup>. Pour Robespierre, « la patrie à défendre, c'est... une fidélité à des principes, une fraternité en actes, qui crée une frontière immatérielle ne délimitant aucun territoire »<sup>46</sup> ; mais avec l'expansion militaire le territoire français se trouve valorisé et deviendra la donnée majeure de la conscience nationale : l'appartenance au territoire borné par des frontières, le lien originaire avec la Nation où on est né l'emportent sur les autres considérations<sup>47</sup>.

Pour des raisons différentes, les Etats-Unis donnent également l'exemple d'une Nation qui reste pendant longtemps ouverte et accueillante aux étrangers, simplement parce que cette Nation en formation qui n'a précisément pas, au début, à l'instar des Etats européens, de frontières ne peut donc pas forger son unité par le repliement sur soi et l'homogénéisation d'un corps social préexistant. Les Etats-Unis, dont le territoire au départ réduit va s'élargir progressivement et absorber pour se peupler de nouveaux habitants, se définissent comme un *melting-pot*, le creuset d'une Nation future dont le principe d'unité est plus l'œuvre à réaliser — un pays à construire — qu'un passé et des traditions communes. La fermeture de la frontière de l'Ouest et le rétrécissement des ressources domaniales vont entraîner une modification des mentalités et les premières restrictions vis-à-vis des étrangers — ce qui confirme le lien évoqué plus haut entre la fixité des frontières et la fermeture sur soi des Etats, ainsi que la composante économique du

nationalisme, qui pousse à réserver aux nationaux les richesses nationales.

La généralisation de la forme étatique à l'ensemble de la planète et la fermeture sur eux-mêmes des Etats-Nations font surgir une figure nouvelle de l'étranger : celle du *réfugié*. Sans doute l'expulsion de groupes entiers est-elle un phénomène ancien et courant dans l'histoire de l'humanité ; mais à une époque où les frontières étatiques étaient moins précisément définies et moins étroitement surveillées, il était relativement aisé de passer d'un pays à un autre et de s'installer ailleurs. Le problème des réfugiés n'a commencé à se poser réellement qu'avec l'apparition de frontières fixes et closes à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et avec le partage du globe entre des Etats souverains jaloux de leurs prérogatives. D'un côté, en effet, la poursuite de l'homogénéisation à l'intérieur des frontières de l'Etat-Nation a logiquement débouché sur la discrimination puis la persécution ou l'expulsion des minorités ethniques, religieuses, voire idéologiques ; de l'autre, conjuguée avec la fermeture des frontières, elle a rendu plus difficiles, parfois même impossibles, la réinstallation et la réinsertion de ces groupes minoritaires dans d'autres pays. C'est cette nouveauté radicale du phénomène, conséquence inéluctable de la montée de l'Etat-Nation, que souligne Hannah Arendt lorsqu'elle analyse la situation des minorités et des réfugiés dans l'entre-deux-guerres. Ce qui est sans précédent, écrit-elle, ce n'est pas la perte de résidence, mais l'impossibilité d'en retrouver une : « Tout d'un coup, il n'y a plus un seul endroit sur terre où les émigrants puissent aller sans tomber sous le coup des restrictions les plus sévères, aucun pays où ils aient une chance de s'assimiler... Le genre humain a atteint le stade où quiconque est exclu d'une de ces communautés fermées si soigneusement organisées se trouve du même coup exclu de la famille des Nations », et de l'humanité entière, puisque ces sans-Etat sont du fait même des sans-droit. En même temps, ajoute-t-elle, l'existence de ces réfugiés dépourvus de la protection juridique que l'Etat procure normalement à ses nationaux et la nécessité corrélative de les placer sous la protection d'un organisme international ont fait apparaître au grand jour « ce qui jusque-là n'était resté qu'implicite dans le système de fonctionnement de l'Etat-Nation, à savoir que seuls les nationaux pouvaient être des citoyens, que seuls les gens

d'une même origine nationale pouvaient bénéficier de l'entière protection des institutions légales »<sup>48</sup>.

Si le problème des réfugiés est une conséquence logique et inéluctable de la constitution des sociétés politiques en États-Nations, il n'est pas étonnant que l'universalisation de cette forme ait coïncidé avec la généralisation du phénomène à l'ensemble des continents : ce n'est plus seulement l'Europe, aujourd'hui, qui est touchée, mais tout autant et plus l'Amérique latine, l'Asie, l'Afrique ; et le nombre des réfugiés à travers le monde, que leur déracinement forcé soit motivé par leur origine ethnique ou religieuse ou par des causes plus strictement politiques, s'élève aujourd'hui en permanence à plusieurs millions<sup>49</sup>.

Ce qui caractérise finalement la figure de l'étranger dans l'État-Nation, c'est sa « politisation » : le national se définit comme le ressortissant de l'État, qui est par excellence une forme politique, tandis que l'étranger se définit comme non-national et (indissociablement) non-citoyen, n'appartenant pas à la communauté politique constituée en État. Cette problématique politique éclipse toutes les autres : la discrimination entre citoyens et non-citoyens l'emporte sur les différences ou ressemblances culturelles ; la frontière matérialisée dans l'espace sépare symboliquement et concrètement des hommes qui peuvent par ailleurs appartenir à la même ethnie, parler la même langue, professer la même foi, tandis qu'elle rassemble d'autres hommes qui n'ont pas toujours ces éléments en commun.

Cette perception politique de l'étranger est demeurée pendant longtemps sinon exclusive de toute autre, du moins si prégnante qu'elle tendait à l'emporter sur toute autre. Aujourd'hui, pourtant, la représentation de l'étranger est de plus en plus conditionnée par une problématique économique qui, sans la faire disparaître, relègue la problématique politique au second plan ; sur la figure de l'étranger appréhendé avant tout comme non-national et non-citoyen viennent se greffer les caractères propres de la figure du travailleur migrant.

### *L'internationalisation des flux de main-d'œuvre*

La nouveauté de la période qui débute avec l'essor de l'industrialisation, à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, et s'épanouit après

la seconde guerre mondiale n'est pas tant le caractère économique des migrations internationales — on a vu que la figure de l'étranger-marchand est familière aux époques antique et médiévale — que la forme spécifique qu'elles revêtent sous l'effet des mutations du capitalisme, donnant naissance à la figure également spécifique — irréductible notamment à celle de l'étranger-marchand — du *travailleur migrant*.

L'immigration économique est chose ancienne. Déjà sous l'Ancien Régime les rois de France se préoccupaient d'attirer les ingénieurs, les inventeurs, les ouvriers susceptibles de promouvoir les techniques nouvelles, de favoriser l'essor des activités industrielles ou commerciales que délaissait la population française. L'essor du capitalisme industriel va à la fois accélérer l'émigration en direction des pays les plus développés et en modifier la nature : les courants migratoires se polarisent en fonction des besoins en main-d'œuvre des économies riches, tandis que le rôle dévolu à la main-d'œuvre étrangère est celui d'une main-d'œuvre déqualifiée.

L'exemple de la France illustre parfaitement cette évolution, tant en ce qui concerne la provenance des travailleurs étrangers que le rôle qu'ils sont appelés à jouer<sup>50</sup>. Pendant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'immigration est essentiellement une immigration de voisinage, en provenance des pays limitrophes et culturellement proches, occupée pour les trois quarts dans l'industrie. Cette immigration prolonge l'ancienne immigration de métier, mais annonce déjà aussi une mutation vers une immigration de main-d'œuvre. Cette mutation s'accroît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, lorsque cette première grande vague d'immigration étrangère est concurrencée, puis relayée par une immigration en provenance d'autres pays d'Europe, dont le niveau de développement est sensiblement inférieur à celui de la France. Les Italiens, les Espagnols, les Polonais vont combler les besoins en main-d'œuvre de l'industrie à une époque où l'exode rural ne parvient plus à les satisfaire et où la population française s'installe dans le malthusianisme démographique. La première guerre mondiale, qui envoie au front les ouvriers français, oblige à trouver une main-d'œuvre de remplacement que l'on va chercher hors d'Europe : en Afrique du Nord, en Indochine, alors colonies françaises, mais aussi en Chine. Ces immigrants temporaires sont rapatriés à

la fin de la guerre, mais l'immigration ne s'arrête pas pour autant : les besoins de la reconstruction et le déficit démographique dû à la guerre obligent à recruter de nouveau à l'étranger et de façon de plus en plus systématique et organisée, par contingents entiers. Cette immigration massive (2,7 millions d'étrangers au recensement de 1931, qui fournissent 7,4 % de la population active) a déjà acquis dans l'entre-deux-guerres les caractéristiques qu'elle présente aujourd'hui encore : il s'agit d'une main-d'œuvre sous-qualifiée, mobile, instable, peu revendicative, dont le prix de revient est moins élevé que celui de la main-d'œuvre nationale, concentrée là où l'industrie a besoin d'elle. Le second après-guerre va surtout voir la substitution progressive à l'immigration latine et surtout est-européenne d'une immigration africaine, notamment maghrébine — ce qui accentue l'hétérogénéité ethnique et culturelle de la main-d'œuvre immigrée, avec les conséquences socio-politiques qui en découlent. Resituée dans une perspective historique, l'immigration étrangère semble donc « jouer en permanence le rôle de phénomène producteur de forces de travail suffisamment nouvelles, venues au monde capitaliste pour accepter les modes d'insertion les moins valorisés socialement »<sup>51</sup>.

Ce phénomène de recrutement exogène de main-d'œuvre s'est manifesté en France plus tôt qu'ailleurs, en raison de caractéristiques démographiques propres et des conditions particulières de la « mise au travail » concomitante de la révolution industrielle (des considérations politiques ont en effet contribué à freiner la décomposition de la classe paysanne, premier et principal réservoir de main-d'œuvre de l'industrie). Mais ce qui est remarquable, depuis 1945, c'est sa généralisation à tous les pays capitalistes industrialisés, avec pour corollaire la polarisation des courants migratoires des pays pauvres — sous-développés ou semi-industrialisés — vers les pays riches, des zones retardées vers les pôles de croissance. Le capitalisme internationalise non plus seulement les rapports commerciaux et les mouvements de capitaux, mais aussi les flux de main-d'œuvre, entraînant des brassages de populations à une échelle jusque-là inconnue. L'immigration apparaît comme un phénomène mondial global lié aux inégalités de développement entre pays utilisateurs et pays fournisseurs de main-d'œuvre, ceux-ci « offrant » sur le marché international du travail les hommes qu'ils ne

peuvent employer par manque d'infrastructures économiques et dont les premiers ont besoin pour pallier la pénurie de main-d'œuvre non qualifiée qui risquerait d'entraver leur croissance.

L'intensité des courants migratoires, leur polarisation des pays pauvres vers les pays riches, leur signification économique particulière entraînent une mutation dans les représentations attachées à la notion d'étranger. Le travailleur migrant devient l'incarnation la plus commune de l'étranger ; sans doute ne cesse-t-il pas de se définir, puisque étranger, comme non-national et non-citoyen, mais cette exclusion de nature politique est reléguée au second plan sous l'effet d'une exclusion plus radicale, de nature à la fois économique, sociologique, culturelle. Occupant les emplois les moins qualifiés, les moins valorisés socialement, ceux dont les nationaux ne veulent plus, séparés du reste de la population par la langue, la culture, et de plus en plus souvent par la couleur de la peau, destinés en principe à retourner à plus ou moins brève échéance dans leur pays d'origine, les immigrés forment dans la société où ils vivent un noyau hétérogène, inassimilable, suscitant la peur, mais aussi le mépris. La présence massive d'immigrés originaires de pays moins développés, de culture et souvent de race différentes, alimente le fonctionnement de la structure fondamentale *altérité* → *crainte* → *rejet* décrite plus haut. La crainte de celui qui est très différent de soi mais proche dans l'espace vient s'ajouter à l'hostilité traditionnelle envers l'étranger, accusé ici de prendre le travail des nationaux. L'étranger, alors même que sa présence est économiquement souhaitable et encouragée par les pouvoirs publics, est appréhendé comme un facteur de risque : risque économique, en période de crise particulièrement ; risque pour l'intégrité de la communauté nationale, car on craint à la fois et contradictoirement le « métissage » biologique ou culturel et l'existence de groupes inassimilables au sein de la population ; risque pour la sécurité, menacée par l'étranger-agent de la subversion mais surtout aujourd'hui par l'étranger-délinquant ; risque encore pour la santé des habitants... Le travailleur immigré polarise sur sa personne l'ensemble des craintes et des réactions de rejet qu'ont pu susciter les différentes figures de l'étranger. A la fois barbare, métèque, esclave — et rien de tout cela à proprement parler —, il témoigne à sa façon de la stabilité des

représentations de l'étranger à travers les siècles, de la permanence d'un élément commun dans la façon dont les hommes, à toutes les époques, appréhendent l'étranger, et en même temps de l'impossibilité de réduire arbitrairement les différentes incarnations de l'étranger à une figure unique et universelle.

---

## *L'étranger saisi par le droit*

Dès que l'on veut, non plus simplement rendre compte des représentations collectives attachées à l'étranger, de la multiplicité de ses figures, mais essayer de cerner plus précisément les contours de la notion, on est nécessairement ramené au droit ; la définition de l'étranger comme catégorie, dans la mesure où elle suppose un minimum de conceptualisation, fait toujours intervenir, à un degré variable, le droit, qui seul permet de répondre clairement à la double question : qu'est-ce qu'un étranger, qui est étranger ? Sans doute la qualité d'étranger s'est-elle, pendant de longs siècles, appréciée en fait plutôt qu'en droit ; la difficulté éprouvée pour caractériser abstraitement l'étranger correspondait à l'incapacité de saisir l'unicité de la notion derrière la diversité des figures dans lesquelles il s'incarnait, mais résultait aussi de l'absence d'autonomisation de la sphère juridique par rapport au reste des rapports sociaux. Aujourd'hui, à l'inverse — et c'est là le résultat d'une évolution lente mais vraisemblablement irréversible —, le droit contraint la réalité à se plier à ses catégories et impose imperceptiblement sa problématique aux représentations collectives : le concept juridique d'étranger, parfaitement codifié et opératoire, tend à acquérir une valeur universelle.

### QU'EST-CE QU'UN ÉTRANGER ?

A quelque époque qu'on se place, on ne peut donner de l'étranger d'autre définition conceptuelle que négative : l'étranger

est celui qui n'appartient pas au groupe social — sans doute convient-il d'ajouter : au groupe social politiquement constitué, étant entendu que cette qualification de « politique » attribuée à une collectivité humaine n'est pas toujours aisée dans les sociétés où le processus d'autonomisation du politique n'est pas achevé, voire n'est pas entamé. L'impossibilité de définir l'étranger autrement que négativement n'est pas surprenante : elle reflète la caractéristique fondamentale de l'étranger qui représente la figure de l'Autre — l'Autre qu'on ne peut caractériser que négativement, comme ce qui n'est pas soi, ce qui est différent de soi, ce qui est hors du groupe dont soi-même fait partie.

Il en résulte que la question : qu'est-ce qu'un étranger ? pose le problème de la collectivité pertinente par rapport à laquelle se détermine l'extranéité, donc la qualité d'étranger. Aussi longtemps que les rapports politiques sont restés confondus avec (ou superposés à) d'autres types de rapports : familiaux, claniques, religieux, domestiques, vassaliques..., on a pu considérer comme étranger celui qui n'était pas membre de la famille, du clan ou de la tribu, celui qui n'avait pas droit de cité, celui qui n'était pas sujet d'un seigneur, d'un roi ou d'un empereur, voire celui qui n'avait pas la même religion. Mais aujourd'hui, c'est au regard de l'Etat, et de l'Etat seulement, que s'apprécie la qualité d'étranger, avec pour conséquence la clarification des situations d'un côté — on est étranger *ou* national —, l'unification et l'universalisation du concept d'étranger de l'autre.

### *La lente émergence du concept*

*Clans et tribus.* — C'est là, historiquement, la toute première forme qu'a dû revêtir la solidarité sociale. Dans les sociétés lignagères, dont la formation et le principe d'unité se fondent sur la descendance unilinéaire, la parenté n'est pas seulement l'expression de « liens de sang » mais fonctionne aussi comme structure de pouvoir ; et la famille patriarcale n'est pas seulement un groupement physiologique mais constitue simultanément « une communauté de droit entre tous ceux qui doivent respect à un chef de famille »<sup>1</sup>. C'est pourquoi, s'il est délicat de parler d'une notion juridique de l'étranger dans des sociétés régies par des traditions, il existe bien une conscience de l'extra-

néité constitutive de la notion d'étranger à laquelle sont attachées des conséquences que, sans abus de mot, on peut qualifier de juridiques.

*Les communautés religieuses.* — L'organisation clanique et tribale inclut la religion commune parmi les facteurs de cohésion de la communauté, dont tous les membres adorent le même dieu ; mais ce n'est là qu'un élément dérivé du premier, qui reste la communauté de sang. Si le lien religieux est à l'évidence un facteur très puissant d'unification du groupe social, ce n'est qu'exceptionnellement qu'il apparaît simultanément comme un lien *politique* permettant de tracer à lui seul une ligne de démarcation entre les membres du groupe et ceux que l'on rejette hors de la communauté politique, que l'on considère comme étrangers parce qu'ils n'ont pas la même foi. L'exemple le plus marquant, peut-être même le seul véritablement significatif, est celui de l'*Umma* musulmane<sup>2</sup>. A l'origine, l'unité de l'*Umma*, lorsqu'elle se constitue dans une partie de la péninsule arabique, repose de façon indistincte sur la religion et sur la communauté de race et de langue ; mais par la suite, lorsque les Arabes essaient hors de ce cadre géographique limité et admettent au sein de la communauté musulmane (au moins pendant les premiers temps de la conquête) ceux qu'ils ont soumis dès lors qu'ils se convertissent à l'Islam, la religion agit bien comme seul critère de discrimination. Le musulman est chez lui dans n'importe quel « Etat » musulman, car il fait partie de l'*Umma*, mot qui désigne la communauté des croyants, de tous ceux qui bénéficient de la révélation du Coran, mais qui est aussi une véritable communauté politique. Ce dualisme de l'*Umma* est caractéristique de la société islamique, au point qu'on n'en trouve pas d'autre exemple véritablement comparable dans l'histoire. Faute de prosélytisme, la communauté juive des temps bibliques se confond avec le peuple hébreu, de sorte que le lien ethnique n'est pas supplanté par le lien religieux dans la définition de la communauté socio-politique ; et lorsque le lien ethnique se dissout, à mesure des pérégrinations du peuple juif, il ne reste de toute façon plus rien de la nation israélite dispersée : ni territoire, ni organisation politique.

Et la Chrétienté ? Dès le Bas-Empire, à une époque où l'Eglise romaine tend à se substituer à l'Empire défaillant pour

incarner Rome en face des Barbares et de l'Orient, la religion chrétienne devient un élément déterminant de l'appartenance à la communauté romaine, un critère de « romanité » et corrélativement d'exclusion de ceux qui ne professent pas la même foi<sup>3</sup>. Mais autant le non-musulman paraît juridiquement exclu de la communauté *politique* islamique, autant on peut discuter du point de savoir si l'exclusion des non-chrétiens de la communauté romaine doit être considérée comme de nature politique. Les discriminations contre les juifs, les peines sévères qui frappent les hérétiques et les apostats signifient-elles que l'on considère les non-chrétiens comme des étrangers ? ou ne doit-on pas plutôt les ranger parmi les mesures qui, de tout temps, ont frappé les membres indignes de la collectivité, dont l'excommunication hier, la déchéance des droits civiques aujourd'hui sont les exemples les plus marquants<sup>4</sup> ? S'il est difficile de répondre à cette question, c'est parce que la *notion* d'étranger n'est pas encore parfaitement dégagée à l'époque, et que si, spontanément, l'hérétique ou le juif sont *ressentis* comme étrangers, ce sentiment ne débouche pas sur une quelconque conceptualisation. Ajoutons que la non-appartenance au groupe est elle-même délicate à saisir lorsqu'elle doit s'apprécier par rapport à un groupe social non homogène : à côté de ceux qui font partie du groupe à part entière, il peut y avoir, incorporés physiquement au groupe mais à un niveau inférieur (esclaves, serfs... mais aussi mineurs ou condamnés aujourd'hui), des individus privés des prérogatives reconnues aux premiers, et donc d'une certaine façon exclus de la vie du groupe, sans qu'on puisse pour autant les considérer comme étrangers.

Le problème des juifs se pose encore par la suite : faut-il les considérer comme étrangers dans les pays où ils s'installent ? Ils font assurément « figure » d'étrangers, comme on l'a relevé, tant parce qu'ils ne pratiquent pas la religion dominante qu'en raison du maintien (volontaire ou forcé, peu importe ici) de leurs caractères culturels propres, de leur absence d'assimilation au monde environnant ; assurément aussi ils ont à peu près partout et toujours été soumis à un statut à part, qui n'a pas peu contribué à les faire regarder comme différents, donc étrangers. Mais affirmer qu'ils sont inclus dans la notion d'étranger serait présupposer qu'il existe une conscience claire des contours de cette notion, qui fait précisément défaut à l'époque. Dans la

Chrétienté médiévale les juifs constituent l'une des innombrables figures de l'étranger, mais l'étranger est en somme tout ce qui vient de loin, tout ce qui est différent ; tout au plus peut-on faire valoir que le fait qu'on les ait à plusieurs reprises expulsés montre qu'on les considère comme étrangers au royaume<sup>5</sup>. Dans la France d'Ancien Régime, les choses sont moins évidentes encore : d'un côté, le ciment qui soude ensemble les Français est la personne du roi et non plus la religion (on dit bien : *cujus regio, ejus religio*, mais non l'inverse) ; pourtant, les menaces d'expulsion qui se poursuivent jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, même si elles ne sont plus mises à exécution, portent à croire qu'on ne les regarde toujours pas comme Français<sup>6</sup>. Mais le cadre de référence, ici, n'est plus la communauté religieuse mais déjà la Nation, même si la France, « fille aînée de l'Eglise », est une Nation chrétienne.

*La cité antique.* — Entre l'organisation gentilice et la cité, il y a une filiation historique : la *polis* grecque s'est formée non par la réunion d'individus mais en englobant les *géné*, phratries et tribus entre lesquels sont répartis les citoyens ; de même à Rome, le patriciat, organisé selon le principe gentilice, est composé par les 100 familles qui les premières se sont installées à Rome : le citoyen appartient d'abord à une lignée, une *gens* ou une phratrie ; seule la plèbe, qui ne peut se réclamer d'aucun lignage, est intégrée à la cité sur une base territoriale. Mais ce qui différencie le cadre socio-politique de la cité du cadre gentilice, c'est que les hommes qui ne peuvent se réclamer d'aucun lignage et sont donc exclus de la société gentilice ne sont pas considérés comme des étrangers dans le cadre de la cité<sup>7</sup>. Même dépourvus de liens de consanguinité avec les familles fondatrices et souvent simples spectateurs de la vie politique et religieuse, ils font néanmoins partie de la cité. Leur intégration se renforce à mesure que la démocratie se développe, tandis que s'élève au contraire la barrière qui sépare les citoyens des étrangers résidents.

Même aux époques où les inégalités entre citoyens sont très marquées, le *droit de cité* devient en effet un critère de discrimination déterminant et non ambigu : on a ou on n'a pas le droit de cité. Dans la *polis* grecque, caractérisée comme collectivité humaine indépendante des autres et totalement souve-

raine, l'étranger se définit comme celui qui ne participe pas de cette souveraineté, fût-il installé depuis de longues années, voire plusieurs générations, sur le territoire de la cité.

*La seigneurie.* — Dans la société féodale, l'hommage vassalique est le modèle le plus accompli d'un nouveau type de dépendance personnelle qui n'est plus fondée sur les liens du sang et qui relie entre eux tous les hommes du haut en bas de l'échelle sociale. L'importance apparente que revêt la terre, par l'institution du fief et également par l'attachement du serf à la terre, ne doit pas faire illusion : la terre n'est précieuse que parce qu'elle permet de se procurer des hommes ; objet d'appropriation, elle n'a rien à voir avec une quelconque notion de territoire dans son acception moderne. Et cette configuration très spécifique des rapports sociaux sous la féodalité se répercute de plusieurs façons sur la notion même d'étranger — ici, l'étranger à la seigneurie, c'est-à-dire l'*aubain*<sup>8</sup>.

A première vue, c'est le rapport au sol qui semble déterminant pour définir l'aubain : l'aubain (*alibi natus*), selon les définitions de l'époque, c'est celui qui est né dans une autre seigneurie, celui qui quitte la terre d'un seigneur pour venir demeurer dans la terre d'un autre seigneur. De fait, la condition des hommes, sous la féodalité, dépend de leur rapport au sol, et l'autorité du seigneur s'exerce sur l'ensemble des hommes qui se trouvent à l'intérieur de la seigneurie. Mais, en réalité, ce sont bien les liens personnels qui fondent la condition alternative d'homme du seigneur ou d'aubain : l'aubain, on l'a déjà noté, est celui qui n'a pas d'allégeance personnelle vis-à-vis du seigneur sur la terre de qui il se trouve, qui n'a pas fait aveu à son nouveau seigneur ; les aubains, selon la formule consacrée, sont « gens sans aveu ». Plus encore : la qualité d'aubain est moins une qualité objective qui s'apprécierait au regard des limites territoriales de l'unité politique à laquelle l'aubain vient s'adjoindre qu'une détermination largement subjective laissée à l'appréciation du seigneur du lieu, en fonction de la puissance de droit ou de fait qu'il revendique. En effet, compte tenu de l'enchevêtrement des fiefs, on peut être aubain par rapport au seigneur sur la terre duquel on est venu s'installer sans avoir quitté le domaine plus vaste du seigneur qui est son suzerain ; et n'importe quel seigneur à

n'importe quel rang de la hiérarchie féodale peut à la limite décréter d'étrangeté un nouveau venu dans son domaine : tout dépend de la puissance respective du suzerain et de son vassal. Sans doute l'aubain est-il toujours celui qui vient d'ailleurs ; mais cet ailleurs est une notion essentiellement relative qui n'est pas seulement fonction de l'éloignement géographique<sup>9</sup>.

Il en résulte que non seulement la figure de l'étranger se multiplie à l'infini, par suite de l'émiettement du monde politique qui multiplie les groupes sociaux de référence, mais que la notion d'étranger est brouillée, en raison du caractère mouvant, instable, indéfinissable de la collectivité par rapport à laquelle s'apprécie cette qualité. L'unité sociale de référence est trop lâche, trop inconsistante pour que puisse se dessiner clairement un concept d'étranger : la figure de l'étranger est omniprésente, mais le sentiment d'étrangeté qui lui est sous-jacent est presque impossible à conceptualiser juridiquement. Floue, fluide, essentiellement relative, la notion d'étranger va s'affirmer et se clarifier avec l'unification des royaumes, entités politiques définies par référence à un territoire et à une autorité centrale.

*Principautés, royaumes, empires : vers l'Etat territorial. —*

La constitution, dès l'Antiquité, de grands empires, qui s'emparent d'un « territoire élargi » sans commune mesure avec l'exiguïté du territoire de la cité, modifie considérablement le mode de rattachement à la collectivité. Sans doute ces empires ne s'abritent-ils pas, à l'instar des Etats modernes, derrière des lignes frontalières stables définissant la limite extrême de leur extension ; mais même dépourvus de limites précises, ces Etats ont bien une assise territoriale : occupant des espaces étendus sur lesquels ils exercent leur contrôle, ils s'empressent en effet d'intégrer en leur sein les hommes qui s'y trouvent, tel l'Empire romain qui, à mesure qu'il incorpore de nouveaux territoires, incorpore aussi leurs habitants et en fait des sujets de l'Empire. L'importance nouvelle de l'élément territorial dans la distinction indigène/étranger est attestée par le fait qu'est considéré comme romain quiconque vit dans un territoire conquis par Rome : telle est la signification de l'édit de Caracalla qui, en 212 avant J.-C., confère le droit de cité — un droit

de cité vidé de tout contenu concret — à tous les pérégrins. Corrélativement, la délimitation entre Barbares et Romains s'élabore en fonction des limites de l'Empire : les Barbares, qui s'installent nombreux dans l'Empire à partir du III<sup>e</sup> siècle, sont considérés comme étrangers parce qu'ils viennent d'au-delà des frontières de l'Empire, de territoires non incorporés à l'Empire.

Selon cette logique où les territoires se conquièrent (... et se perdent) au gré des batailles, le contrôle exercé sur un territoire entraîne la soumission de ses habitants au détenteur du pouvoir. A une époque où le pouvoir n'est pas encore institutionnalisé, cette soumission s'exprime sans doute par une allégeance personnelle : les habitants sont les sujets du roi, de l'empereur ou du prince ; mais cette allégeance, compte tenu de l'étendue des territoires concernés et du nombre d'habitants, reste très formelle, et surtout, c'est une donnée territoriale qui détermine à qui on doit allégeance. La stabilisation des frontières à l'époque des Etats dynastiques va par la suite entraîner une correspondance bi-univoque entre l'allégeance personnelle à un souverain et l'appartenance à un territoire. Et c'est par rapport aux délimitations géographiques qui fixent des aires de soumission à tel ou tel souverain que se définit la notion d'étranger au royaume.

Cette notion, largement éclipsée par celle d'aubain, c'est-à-dire d'étranger à la seigneurie, sous la féodalité, réapparaît peu à peu avec le renforcement de l'autorité monarchique et l'extension progressive du domaine royal, qui finit par se confondre avec les limites géographiques du royaume : les habitants du royaume de France sont tous — et uniformément — des sujets du roi. L'unité politique par rapport à laquelle se définit la qualité d'étranger est formée par l'ensemble de ceux qui vivent, qui sont fixés *sur un même territoire* ; la notion d'étranger s'unifie pour ne plus désigner que *l'étranger au royaume* : même si la langue juridique conserve le vocable d'aubain pour le désigner, il s'agit toujours de l'aubain « non régnicole », né hors du royaume ou tout au moins dont les parents ne sont pas des « naturels » de France. Le dernier acte d'institutionnalisation du pouvoir, détaché de la personne du roi pour être transféré à la Nation tout entière — en fait, à l'Etat — va achever de « territorialiser » et réifier la notion

d'étranger, en faisant de l'appartenance à un territoire le critère décisif et unique de la distinction entre étranger et national et en supprimant toute référence à une quelconque idée d'allégeance personnelle.

*La nationalité.* — Il n'y a plus aujourd'hui pratiquement dans le monde qu'une seule définition opérante de l'étranger : c'est celui qui n'a pas la nationalité de l'Etat considéré. Mais les mots, ici, ne doivent pas faire illusion : la nationalité, concept qui rend compte positivement du rattachement d'un individu à une collectivité de référence et détermine négativement ce qui manque à l'étranger pour faire partie de cette collectivité, ne définit pas, si l'on examine attentivement les choses, l'appartenance à une Nation, mais bien le rattachement à un Etat. On dira que, dans le cadre de l'Etat-Nation, l'Etat et la Nation c'est tout un ; il reste que, juridiquement, chaque individu est (en principe) rattaché à un Etat dont il a la « nationalité », pas à une Nation : tout simplement parce que la Nation n'a pas d'existence juridique hors d'un cadre politique, de structures politiques qui lui permettent d'accéder à la vie juridique, et qui, dans la société contemporaine, ne peuvent guère revêtir d'autre forme que la forme étatique. Seuls les Etats, aujourd'hui, confèrent une nationalité ; que cet Etat coïncide ou non avec une Nation est une autre histoire.

Il y a donc au départ distorsion potentielle entre le niveau des représentations, où l'étranger est perçu comme celui qui n'appartient pas à la Nation, à cette collectivité sociologiquement plus ou moins soudée, fondée sur des critères « objectifs » tels que la langue, la « race », des traditions communes... ou subjectifs : un « vouloir-vivre ensemble », une communauté de destin, et le niveau juridique où l'étranger est défini comme celui qui ne relève pas de la collectivité étatique considérée. Ce n'est pas de nationalité qu'il faudrait, en toute rigueur, parler, mais d'« étaticité ». La nationalité est un lien entre un individu et un Etat, et les règles juridiques qui régissent la détermination ou l'octroi de la nationalité sont en principe indépendantes des considérations de fait — affectives, sociologiques, psychologiques... — qui font que l'on se sent solidaire de tel ou tel groupe social et que l'on est considéré par les autres comme appartenant au même groupe qu'eux. On assiste à

une véritable *objectivation du lien de nationalité*, épuré de toute considération subjective mais aussi débarrassé de toute incertitude : on est national ou étranger — condition alternative parfaitement fixée et figée, selon une détermination strictement juridique laissée à l'appréciation de l'Etat et dans laquelle la volonté ou les aspirations individuelles de chacun n'ont guère de part. Preuve encore que l'idée de Nation, l'idée de contrat social sont bien loin. Le lien de nationalité est un lien unilatéral et non pas contractuel, dont l'Etat est à peu près seul maître.

Cette autonomisation du droit par rapport au fait, cette réification du lien de nationalité — lien purement juridique déterminant un rattachement impersonnel à un Etat et non plus une allégeance à un souverain — n'empêchent pas l'interaction du droit et du fait. D'abord, l'édiction par l'Etat des règles régissant la nationalité prend forcément en considération une série de données de fait d'ordre économique, démographique, sociologique, idéologique — parmi lesquelles la conception que les gouvernants se font de la Nation : la part respective accordée au *jus soli* et au *jus sanguinis*, la facilité ou la difficulté avec laquelle est accordée la naturalisation, les critères qui la conditionnent — tout ceci dépend bien sûr de certains besoins immédiats de l'Etat, mais traduit aussi, plus profondément, une certaine conception de la collectivité nationale, qui peut être plus ou moins ouverte, et dont la solidarité peut se fonder sur des éléments objectifs et intangibles ou au contraire sur une adhésion volontaire.

Mais si le droit répercute les données sociales tant idéelles que matérielles, il impose aussi ses catégories et ses découpages et contraint les représentations comme les comportements à se plier à sa logique. En figeant la qualité d'étranger, qui ne se perd jamais spontanément, en clarifiant l'alternative étranger/national, qui n'admet pas de situation intermédiaire, le droit informe une certaine image de l'étranger, contribue à poser la figure de l'étranger comme non seulement distincte mais opposée à celle du national, à l'enfermer, en somme, dans sa différence et son altérité. Aussi intégré sociologiquement à la société environnante qu'il puisse être, l'étranger conserve toujours ce quelque chose qui fait qu'il se sent différent des autres et que les autres le perçoivent comme différent — ou plutôt cette

absence de quelque chose : l'absence de la nationalité du pays dans lequel il réside et qui l'empêche d'être intégré à part entière dans ce pays.

La nationalité, aujourd'hui, est donc soumise globalement aux impératifs de la rationalité étatique et non à un sentimentalisme à base nationale, étant entendu que la préservation de l'identité nationale peut faire partie des buts rationnels de l'Etat ; l'octroi de la nationalité découle d'un mécanisme juridique rationnel et objectif, avec tout ce que cela implique d'abstraction, de fiction parfois, de radicalité aussi dans les découpages effectués : on est étranger *ou* national (sous réserve des cas aberrants et numériquement limités d'apatridie ou de double nationalité), on a ou on n'a pas la nationalité d'un Etat, et le droit de la nationalité ne connaît plus de ces brouillages qui résultaient de l'enchevêtrement des collectivités de référence et des allégeances multiples. Le concept d'étranger est clair et précis, il ne souffre plus aucune ambiguïté, et c'est un concept totalement et exclusivement juridique.

### *L'unification-universalisation de la notion*

La juridicisation de la notion d'étranger dont les contours sont désormais parfaitement précisés va de pair avec son unification et son universalisation : unification qui met fin à la multiplicité des notions — et donc des termes servant à désigner l'étranger dans les civilisations et sociétés antérieures ; universalisation puisque cette notion est désormais la seule en vigueur, universellement utilisée.

L'étranger se définit par la non-appartenance à une collectivité de référence. La pluralité des collectivités de référence a donc entraîné pendant longtemps la pluralité, à une même époque, des notions d'étranger, et l'impossibilité corrélative de conceptualiser cette notion de façon à avoir un concept unique désignant le-fait-d'être-étranger. D'autant qu'il y avait plusieurs façons d'être étranger au regard d'une même collectivité, plusieurs statuts de l'étranger, également, qui, dans la mesure où l'on ne dissociait pas, comme aujourd'hui, notion et statut, empêchaient toute unification de la notion d'étranger<sup>10</sup>.

Si l'unification et l'homogénéisation internes des Etats-

Nations, en supprimant les frontières intérieures et les collectivités incluses, ont provoqué l'émergence d'un concept unifié et homogène d'étranger par opposition au concept également unifié et homogène de national, il existe pourtant encore, à l'époque moderne et contemporaine, des cas de superposition de nationalités.

L'hypothèse la plus simple est celle des Etats fédéraux, où l'on a, au départ, superposition de deux citoyennetés : la citoyenneté de l'Etat fédéré (ou du *Land*, ou du canton...) et la citoyenneté fédérale — qui amène à distinguer entre les étrangers de l'intérieur, originaires d'un autre Etat fédéré, et les étrangers « véritables », de l'extérieur. En pratique, toutefois, la notion d'étranger de l'intérieur s'efface progressivement jusqu'à disparaître en droit à mesure que la fédération se consolide et que s'estompent les particularismes internes, en même temps que diminue l'autonomie des collectivités incluses. L'histoire des Etats-Unis témoigne en ce sens : pendant la période confédérale, il n'existe pas de définition de la citoyenneté fédérale, de sorte que la qualité d'étranger se définit exclusivement par rapport à chaque Etat, et non par rapport à la confédération ; aux débuts de la fédération, la citoyenneté reste déterminée dans le cadre des Etats, et l'on admet qu'un étranger qui obtient la citoyenneté d'un Etat obtient de ce fait la citoyenneté fédérale ; cette règle se révèle à son tour très vite incompatible avec l'existence d'un Etat fédéral qui veut être un Etat à part entière : on ne remet pas en cause le droit pour chaque Etat de conférer comme il l'entend la qualité de citoyen, et donc de définir *a contrario* la qualité d'étranger, mais l'individu concerné n'acquiert pas *ipso facto* la qualité de citoyen des Etats-Unis. Cette dissociation produit des conséquences curieuses, puisqu'on peut être reconnu comme citoyen d'une collectivité incluse tout en restant étranger au regard de la collectivité englobante ; mais cette anomalie a aujourd'hui disparu, l'Etat fédéral s'étant progressivement attribué un monopole pour toutes les questions touchant à la nationalité ; quant aux individus originaires d'un autre Etat, ils ne sont pas considérés comme étrangers, même si leur situation peut poser des problèmes juridiques spécifiques en raison de l'interférence de plusieurs ordres juridiques autonomes et non identiques (le droit diffère en effet d'un Etat à l'autre) :

seul est étranger, juridiquement parlant, l'individu qui n'a pas la citoyenneté des Etats-Unis.

Plus complexe est la situation qui a résulté de la décolonisation, entre la fin de la période coloniale proprement dite et l'accession des colonies à l'indépendance totale. Dans le cas de l'Empire colonial français il s'est agi d'une situation transitoire, aujourd'hui révolue, tandis qu'une situation complexe de ce type subsiste encore dans le cadre du Commonwealth.

Pendant la période coloniale au sens strict, il n'y a en principe qu'une nationalité pour les habitants de la métropole comme des colonies : les uns comme les autres sont français, et les autochtones des territoires sous domination française — du moins ceux soumis au système de l'administration directe — ne sont pas considérés, juridiquement parlant, comme des étrangers sur le territoire métropolitain, en dépit des discriminations dont ils sont l'objet. Dans le cadre de l'Union française, qui est un groupement d'Etats au sens du droit international, il n'y a plus en revanche de nationalité unique : la nationalité française appartient uniquement aux personnes originaires des pays compris dans la République française : France métropolitaine, départements et territoires d'outre-mer (ce qui là encore n'implique pas l'égalité des droits), tous les autres — ressortissants des territoires sous mandat ou des Etats associés — étant désormais étrangers, malgré l'existence d'une très formelle « citoyenneté » commune de l'Union française sans contenu concret. Le système de la Communauté mis en place en 1958 et devenu très vite caduc n'était pas très différent : sans doute prévoyait-il qu'il n'existerait qu'une seule citoyenneté dans la Communauté ; mais cette disposition signifiait que tous les ressortissants de la République française ou de l'un des Etats africains de la Communauté auraient dans tous les pays membres la jouissance des mêmes droits politiques et civiques — non pas que tous auraient la même nationalité.

La notion d'étranger dans la *Common Law* britannique est plus délicate encore à cerner (autant essayer de faire comprendre à un étranger le jeu de cricket, écrit à ce propos un auteur<sup>11</sup>). Depuis l'acte d'Union de 1707, il n'y a plus qu'une nationalité britannique, étendue plus tard à l'ensemble des colonies, puis aux dominions. Au début du xx<sup>e</sup> siècle, toute personne née

sur un territoire possession de la couronne est donc sujet britannique, puisqu'il n'y a dans l'Empire qu'une seule nationalité ; mais cette nationalité unique n'entraîne pas des droits identiques dans tous les pays de l'Empire et laisse notamment intact le droit de chaque pays d'interdire ou de restreindre l'accès à son territoire des habitants d'autres pays membres du Commonwealth. Le *British Nationality Act* de 1948, tout en reconnaissant à chaque Etat autonome membre du Commonwealth le droit de conférer comme il l'entend sa propre citoyenneté, sauvegarde le principe d'une nationalité unique au sein du Commonwealth en disposant que la qualité de citoyen d'un pays du Commonwealth entraîne de plein droit la qualité de sujet britannique avec, cette fois, un droit sans restriction d'entrer et de s'installer en Grande-Bretagne et l'égalité de droits avec les citoyens du Royaume-Uni. L'accession des dominions à l'indépendance a fait que par la suite le *citizenship* d'un pays est devenu sa nationalité au regard du droit international, sans que pour autant les ressortissants d'un Etat membre du Commonwealth soient considérés comme étrangers dans un autre Etat membre, notamment au Royaume-Uni. La notion d'étranger n'a pas le même sens, par conséquent, selon qu'elle s'apprécie à l'intérieur du Commonwealth (où seuls sont étrangers les ressortissants des pays non membres du Commonwealth) ou au regard de la Communauté internationale qui, elle, considère la nationalité indienne comme distincte de la nationalité canadienne, australienne ou britannique.

Le droit de la nationalité britannique, déjà passablement complexe, a été altéré par une série de textes de circonstance qui ont eu pour résultat d'embrouiller encore un peu plus les choses. Le *Commonwealth Immigrants Act*, de 1962, a soumis à un contrôle l'entrée sur le territoire britannique de tout *Commonwealth citizen-British subject* dont le passeport a été délivré par le gouvernement d'un autre Etat du Commonwealth ou d'une colonie : il y a donc désormais des nationaux britanniques (*British subjects*) qui n'ont plus le droit d'accéder librement à certaines parties du Commonwealth, et, en particulier au Royaume-Uni (en fait, le but de la loi était de donner aux autorités compétentes le moyen juridique de refouler les gens de couleur). Une seconde loi, votée en 1968, va plus loin encore, en introduisant des distinctions non plus parmi les

citoyens du Commonwealth mais parmi ceux qui ont la nationalité du Royaume-Uni et des colonies : l'entrée du territoire britannique peut leur être refusée dès lors qu'ils ne sont pas nés ou n'ont pas été naturalisés au Royaume-Uni ou qu'un de leurs parents ou grands-parents ne remplit pas cette condition (il s'agissait cette fois d'empêcher les Indiens installés au Kenya et ayant conservé au moment de l'accession de ce pays à l'indépendance la citoyenneté du Royaume-Uni et des colonies d'entrer librement en Grande-Bretagne). Depuis une loi de 1971 qui a officialisé ce système, la seule distinction désormais opératoire en ce qui concerne le droit d'entrée sur le territoire du Royaume-Uni n'est plus entre citoyens et non-citoyens du Royaume-Uni, mais entre *patrials* et *non-patrials* : les *patrials* sont les citoyens du Royaume-Uni et des colonies qui ont un lien étroit avec le Royaume-Uni, défini notamment par la naissance ou la descendance d'un parent ou grand-parent *british born*, ou par la naturalisation, mais aussi les citoyens d'un autre Etat du Commonwealth dont le père ou la mère est né au Royaume-Uni (qui a donc toutes les chances d'être blanc...). On arrive donc à ce paradoxe que le ressortissant d'un Etat indépendant du Commonwealth, qui n'a donc pas la citoyenneté du Royaume-Uni, peut néanmoins jouir de tous les droits attachés normalement à celle-ci, s'il est *patrial*, tandis qu'un citoyen du Royaume-Uni *non patrial* ne peut exercer ses droits de citoyen au Royaume-Uni... On comprend, compte tenu de la confusion qui entoure les concepts de citoyenneté et de nationalité, que le *British Nationality Act* de 1981 ait évité de définir le national britannique<sup>12</sup>.

On reviendra plus loin sur cet exemple, car il est significatif de la façon dont le droit se modèle parfois étroitement sur les exigences politiques immédiates, au risque d'entraîner incohérences et contradictions. Avec ou sans ses contradictions, le système britannique n'en demeure pas moins un cas isolé au regard de la situation qui prévaut aujourd'hui sur la quasi-totalité du globe, et l'exception qu'il représente a sans doute été favorisée par l'absence, dans la tradition anglo-saxonne, d'une notion claire de l'Etat d'un côté, de la nationalité (mais les deux choses, on l'a vu, sont liées) de l'autre. L'universalisation du modèle étatique comme principe de construction des sociétés politiques, mais aussi comme élément de base de la

société internationale, a entraîné l'universalisation de la notion d'étranger défini comme le non-national : chaque individu est le ressortissant d'un Etat et d'un seul, a la nationalité d'un Etat et d'un seul ; la qualité alternative d'étranger ou de national est à la fois précisément déterminée (ou en tout cas déterminable) et relativement figée, comme le sont les frontières qui délimitent la sphère de souveraineté respective des Etats. Mais si la notion d'étranger a acquis aujourd'hui une clarté et une précision qu'elle n'avait pas dans le passé, si l'on peut aisément définir ce qu'est un étranger, cela ne signifie pas qu'il soit toujours également aisé de dire : qui est étranger ?

### QUI EST ÉTRANGER ?

Le critère utilisé pour classer les individus dans la catégorie « étranger » ou dans celle de « national » n'a pas qu'une portée juridique mais reflète aussi une certaine conception de la communauté politique et de son principe de cohésion. De même, la facilité ou la difficulté avec laquelle on passe d'une catégorie à l'autre — autrement dit, la réversibilité de la qualité d'étranger — renvoie à la fermeture ou à l'ouverture du groupe, à son attitude vis-à-vis de l'extérieur.

### *La frontière et le critère*

Si, comme on l'a montré, il n'est de définition de l'étranger que négative, la qualité d'étranger pour un individu ou une catégorie d'individus donnés ne peut elle aussi être déterminée que négativement par rapport au critère qui détermine l'appartenance au groupe.

A cet égard, deux conceptions sont théoriquement possibles et ont alternativement prédominé dans l'histoire, deux systèmes que l'on a pris l'habitude de désigner par les termes de *jus sanguinis* et de *jus soli*. Dans le premier système, c'est le lien du sang — autrement dit, la filiation — qui détermine l'appartenance au groupe : font partie du groupe les descendants de ceux qui en sont membres ; dans le second, l'attache au sol est déterminante : est membre du groupe celui qui est né (ou à la rigueur vit) sur le territoire occupé par le groupe.

La prédominance de l'un ou l'autre de ces systèmes dépend, bien sûr, en premier lieu de la structure sociale du groupe, de son mode de fonctionnement interne, de son principe de cohésion ; mais aussi de la structure des relations qu'il entretient avec les autres groupes, de sa perméabilité aux influences extérieures ; enfin de considérations plus volontaristes qui peuvent infléchir les attitudes spontanément observées en vue de répondre à des besoins collectifs pressants, de type démographique, économique, voire politique. De plus en plus le volontarisme l'emporte dans ce domaine sur les comportements spontanés : à mesure que les structures sociales se complexifient, que l'appartenance à une société politique (étatique) donnée se fonde sur un lien purement juridique, plus construit que naturel, ni le *jus sanguinis*, ni le *jus soli* ne s'impose de façon évidente et nécessaire ; la marge de choix s'élargit, et souvent les deux principes se combinent pour donner des systèmes finalement assez complexes.

La primauté des liens de sang ou du lien territorial dans la détermination de l'appartenance au groupe, et corrélativement de la qualité d'étranger, dépend de la structure des rapports sociaux dans une société donnée. Lorsque le fondement de la solidarité sociale réside dans les relations de parenté, dans le lignage, on ne conçoit guère d'autre mode d'appartenance au groupe que par la filiation. Le *jus sanguinis* est largement dominant dans les sociétés primitives, souvent nomades de surcroît, dans lesquelles la conscience de l'unité sociale est étroitement liée aux liens du sang et se forge au sein de la famille, du clan, de la tribu : est étranger celui qui ne descend pas des mêmes ancêtres, et la communauté de vie sur un même territoire, si elle crée éventuellement des liens, ne fait pas disparaître pour autant les barrières du sang. Dans la Grèce archaïque encore comme à Rome à l'époque de sa fondation, lorsque le *genos* ou la *gens*, fondés sur la consanguinité, représentent la cellule sociale et politique essentielle, sont exclus du groupe ceux qui ne peuvent se réclamer d'une *ascendance commune*. Dans la cité, qui reste un groupe d'hommes avant tout, ce sont encore, très logiquement, les liens du sang qui déterminent la condition alternative de citoyen ou d'étranger. Être citoyen est en somme un privilège qui se transmet de père en fils : il en est ainsi à Athènes, où la loi de Périclès, au

v<sup>e</sup> siècle, va même jusqu'à restreindre la qualité de citoyen aux enfants nés du mariage d'un citoyen et d'une Athénienne.

Plus généralement, il semble qu'on puisse établir une liaison entre la fermeture d'une collectivité sur elle-même, qui débouche sur une conception malthusienne de l'appartenance au groupe, et la détermination de cette appartenance par les seuls liens du sang : soit que l'on veuille réserver à un petit nombre les privilèges découlant de cette appartenance, comme à Athènes, soit que l'on veuille préserver la « race », l'homogénéité ethnique de la communauté.

Il en va différemment lorsque le rapport au sol devient déterminant dans la structuration des unités socio-politiques : le *jus soli* l'emporte tant dans le cadre de la seigneurie médiévale que dans les empires et royaumes établis sur une assise territoriale. Dans l'Empire romain, comme dans tous les grands empires de l'Antiquité, c'est le critère territorial, le rattachement ou l'absence de rattachement à un territoire, et non plus la filiation ou l'absence de filiation commune qui est décisif dans la détermination de la qualité d'étranger. Dans un contexte et pour des raisons différents, c'est aussi le *jus soli* qui s'applique dans l'Europe médiévale : l'aubain est *l'alibi natus*, celui qui est né ailleurs, dans une autre seigneurie que celle où il demeure, et qui, par conséquent, dans un système où la condition des hommes dépend de leur rapport au sol (pensons au serf, attaché au sol, ou encore au pouvoir du seigneur, indissociable de la propriété d'un domaine), n'est pas sujet du seigneur sur la terre duquel il se trouve. Toute la complexité des rapports féodaux — rapports de dépendance personnelle mais indissociables d'un rapport au sol, à la terre — se retrouve dans la caractérisation de l'étranger-aubain : étranger parce que sans allégeance personnelle vis-à-vis du seigneur du lieu, mais sans allégeance parce que né ailleurs, parce que n'appartenant pas à la terre dudit seigneur. L'allégeance est personnelle, mais le contenu du rapport d'allégeance est déterminé par le lieu de naissance.

Ce principe féodal d'allégeance déterminée par la naissance sur une terre donnée s'est maintenu bien au-delà de la période féodale, notamment dans les formes politiques — principautés ou monarchies — qui ont succédé à la féodalité : en Angleterre, l'enfant né sur un territoire soumis au roi d'Angleterre est

sujet du roi ; né hors de ce territoire, même de parents anglais, il est étranger — et cette règle, établie au Moyen Age, consacrée en 1608 par la Chambre des Lords, s'est maintenue jusqu'à nos jours. Les Etats-Unis ont repris ce principe de la *Common Law* et admettent eux aussi le *jus soli* comme base de la citoyenneté ; il est vrai que ce principe s'accordait particulièrement bien avec les préoccupations d'un pays d'immigration. En Belgique et aux Pays-Bas, le contraste est net entre la qualité d'étranger à la ville qui se détermine, on l'a vu, d'après le *jus sanguinis*, et la qualité d'étranger à la principauté, à la province ou à l'empire, définie d'après le lieu de naissance.

Dans la plupart des pays d'Europe, toutefois, à partir de l'époque moderne, les règles relatives à l'attribution de la nationalité et donc, indirectement, à la détermination de la qualité d'étranger reflètent la persistance de deux traditions et la coexistence de deux principes sinon contradictoires, du moins d'inspiration très différente : le principe féodal d'allégeance déterminée par la naissance sur un territoire, le principe issu du droit romain qui fait découler la citoyenneté de la filiation. De cette dualité résultent des systèmes souvent complexes, qui combinent en proportion variable le *jus soli* et le *jus sanguinis*. La combinaison des deux principes peut déboucher sur une conception restrictive de la nationalité lorsque les deux conditions — lieu de naissance et filiation — sont exigées ; elle peut au contraire déboucher sur une conception extensive lorsque, au lieu d'être simultanée, l'application des deux principes est alternative, autrement dit lorsque l'une des conditions suffit pour que soit reconnue la qualité de national.

A partir du moment où il n'y a plus application exclusive de l'un ou l'autre principe, la détermination de la qualité alternative d'étranger ou de national gagne en souplesse ce qu'elle perd en simplicité : une fois admise la possibilité de combiner *jus soli* et *jus sanguinis*, il devient aisé de moduler leur place respective en fonction des besoins — démographiques, économiques, politiques... — ressentis par les Etats. Cette évolution vers la complexité du droit de la nationalité va logiquement de pair avec la juridicisation progressive de la notion d'étranger : dès lors que la qualité d'étranger résulte d'une détermination strictement juridique qui ne doit plus

nécessairement « coller » aux situations réelles, dès lors que le droit s'autonomise par rapport au fait, il est aisé, en modifiant la législation, de modifier le tracé de la frontière qui sépare l'étranger du national, de déplacer cette frontière en fonction des exigences du moment.

L'évolution du droit de la nationalité en France depuis l'Ancien Régime est à cet égard pleine d'enseignements. À la fin du Moyen Age est considéré comme étranger au royaume, comme aubain non régnicole, à la fois celui qui est né hors du royaume et celui, né dans le royaume, dont aucun des deux parents n'est un « naturel » de France. Par la suite, il suffira, pour être Français d'origine, d'être né en France ou d'avoir une filiation française : on reconnaît donc sur un même plan le *jus soli*, legs de la tradition féodale, et le *jus sanguinis*, sous l'influence du droit romain vers lequel les légistes se tournent à nouveau<sup>13</sup>. La Révolution ne rompt pas avec la tradition de l'Ancien Régime lorsque, par la Constitution de 1791, elle attribue la nationalité française d'origine à l'enfant né en France d'un père français, mais aussi à l'enfant né en France d'un père étranger dès lors qu'il fixe sa résidence en France, et enfin à l'enfant né à l'étranger d'un père français s'il vient s'établir en France et prête le serment civique. Cette prédominance du *jus soli*, non exclusive de l'application du *jus sanguinis*, concorde avec la conception révolutionnaire de la Nation et de la solidarité nationale : l'appartenance à la Nation découle d'un acte volontaire, elle exprime la volonté de vivre selon les lois de l'Etat — conception extensive et libérale qui transparaît plus nettement encore, on le verra, dans les dispositions sur la naturalisation. Dans cette optique, l'élément déterminant n'est pas la filiation mais la naissance et surtout la résidence sur le territoire français, dans la mesure où celle-ci est l'expression en actes de la volonté de vivre selon les lois que s'est données la Nation française ; il faut ajouter que l'exigence de la naissance et de la résidence en France exprime aussi la méfiance envers les émigrés et leurs familles, qu'elle permet à l'inverse de considérer comme s'étant retranchés de la collectivité nationale.

La prééminence du *jus soli* est portée à son point extrême dans les Constitutions girondine et montagnarde de 1793 : la première subordonne à la seule condition d'avoir résidé pendant un an sur le territoire français la qualité de citoyen avec les

prérogatives qui lui sont attachées ; la seconde met pratiquement sur le même plan celui qui est né et domicilié en France et l'étranger domicilié en France depuis une année qui y vit de son travail ou acquiert une propriété. De façon générale, le fait que les dispositions relatives à la nationalité — plus exactement à la citoyenneté — figurent dans la Constitution montre qu'on voit là une question politique, liée à une certaine conception de la Nation et de la souveraineté nationale. A vrai dire, les deux Constitutions de 1793 comme les suivantes ne se préoccupent pas de définir la nationalité française d'origine ; elles se bornent — et c'est pourquoi elles ne mentionnent que les hommes âgés de 21 ans révolus — à déterminer les conditions de l'exercice des droits de citoyen. La citoyenneté l'emporte sur la nationalité, preuve de la conception universaliste et ouverte de la Nation alors dominante, et de l'union étroite des deux notions de nationalité et de citoyenneté qui se recouvrent au point de se confondre pour les rédacteurs des Constitutions révolutionnaires. Mais, finalement, on ne trouve dans ces Constitutions aucune indication sur les critères par lesquels se détermine la *nationalité*, notamment pour tous ceux, tels femmes et mineurs, qui n'ont pas la jouissance des droits de citoyen.

Par la suite, le problème des droits civiques va se dissocier du problème de la nationalité, l'un étant réglé par les textes constitutionnels, l'autre par le Code civil ou des textes insérés dans celui-ci. Le Code civil de 1804, précisément, abandonne presque totalement le *jus soli* pour revenir au *jus sanguinis* : l'enfant né d'un Français en pays étranger est français ; tandis que l'enfant né en France de parents étrangers est étranger. Les raisons de ce retournement sont à la fois théoriques et pratiques : la nationalité de filiation cadre mieux avec l'idée que la nationalité est liée à la personnalité ; de surcroît, la France est à l'époque un pays d'émigration plus que d'immigration, dont la situation démographique est suffisamment forte pour qu'elle puisse négliger l'apport de population que procure l'application du *jus soli*. L'évolution ultérieure du droit de la nationalité, en revanche, reflète assez exactement la transformation de la situation démographique de la France dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, dont la natalité est en baisse constante et qui devient un pays d'immigration : les lois de 1889 et 1927, en particulier, traduisent la volonté des pouvoirs publics,

grâce à l'application du *jus soli*, d'élargir l'attribution de la qualité de Français d'origine et d'accroître ainsi les effectifs de la population française. Cette politique n'est plus remise en cause par la suite (si l'on met à part le décret-loi du 12 novembre de 1938 qui est un texte de circonstance) : le Code de la nationalité de 1945, comme le texte de 1973 actuellement en vigueur ouvrent largement l'accès à la nationalité française d'origine par le jeu combiné et alternatif du *jus sanguinis* et du *jus soli*<sup>14</sup>.

On peut donc retenir de ce qui précède que le critère de la qualité d'étranger est très généralement défini de façon négative, se déduisant *a contrario* des règles qui déterminent l'appartenance à la collectivité de référence. Ces règles elles-mêmes sont étroitement liées, au départ, à la nature de cette collectivité, aux fondements sur lesquels s'appuie la solidarité sociale. On constate également une correspondance relative entre le caractère fermé de la communauté socio-politique et la prééminence des liens de filiation d'un côté, entre l'ouverture de la communauté et l'application du *jus soli* de l'autre. Enfin, dans les sociétés modernes, plus étendues, plus peuplées et plus complexes, où l'application de l'un ou l'autre de ces principes n'est plus dictée par « la nature des choses », le choix en faveur de l'un des systèmes n'a plus un caractère exclusif et s'effectue en fonction de considérations plus finalistes que causales. La grande variété des solutions concevables reflète tout simplement la liberté du législateur, affranchi des contraintes qui pesaient sur ses prédécesseurs.

### *Réversibilité, irréversibilité*

Cette marge de choix, qui est une chose relativement nouvelle s'agissant de la détermination initiale de la qualité d'étranger, a toujours existé en revanche lorsqu'il s'agit, par une procédure formelle, d'intégrer définitivement au groupe l'étranger, de le faire passer de la qualité d'étranger à celle de membre du groupe à part entière : procédure que l'on désigne, dans le langage moderne, par le terme de « naturalisation »<sup>15</sup>. La plus ou moins grande facilité du passage de la qualité d'étranger à celle de « naturel » ou de « national » dépend à l'évidence du degré d'ouverture ou de fermeture de la collectivité vis-à-vis de

l'extérieur, de ce qui n'est pas elle ; il s'agit donc là d'un élément significatif de l'attitude du groupe à l'égard des étrangers, plus significatif encore que les modalités d'attribution de la qualité de membre du groupe *ab initio*, dans la mesure où l'acquisition ultérieure de cette qualité nécessite une procédure formalisée, un acte positif d'acceptation de l'étranger par le groupe. Il faut noter pourtant qu'on ne relève pas de correspondance absolue et univoque entre la condition plus ou moins favorable faite aux étrangers et la plus ou moins grande facilité avec laquelle la collectivité assimile les étrangers et les intègre en son sein. A cet égard, il convient de distinguer entre l'assimilation de groupes entiers incorporés en masse à une communauté préexistante, généralement dominante, et l'octroi à un individu déterminé, *intuitu personae*, de la qualité de national. La naturalisation individuelle doit s'interpréter essentiellement comme un honneur ou une faveur, tandis que la naturalisation collective est souvent un moyen pour une communauté politique de s'agrandir, d'accroître sa puissance en multipliant le nombre de ses ressortissants.

Il existe de nombreux exemples à travers l'histoire de l'*incorporation de groupes entiers* à une communauté socio-politique préexistante, les membres de ces groupes perdant alors la qualité d'étranger et étant assimilés en tous points aux membres de la communauté à laquelle ils s'agrègent. Dans certains cas, qui ont dû être assez fréquents dans un monde sans état civil, sans règles de droit formalisées, où la qualité d'étranger découlait d'un état de fait plus que d'une qualification juridique, des étrangers ont vraisemblablement pu, au bout de quelques générations, perdre cette qualité du simple fait qu'ils s'étaient assimilés la langue, les mœurs, la culture des peuples au sein desquels ils vivaient.

La formation de la *plèbe* romaine correspond à un processus conscient et volontaire d'incorporation au groupe de populations étrangères : constituée au départ des populations conquises par les Etrusques, annexées sur place ou transplantées de force, ainsi que d'étrangers venus s'installer volontairement à Rome, la plèbe a été progressivement intégrée à la cité romaine. De même, dans la Mésopotamie du II<sup>e</sup> millénaire, l'existence de la classe des *mesquins*, constituée d'esclaves affranchis et d'étrangers, située au bas de l'échelle sociale, témoigne d'une intégra-

tion partielle des étrangers dans la société — intégration qui se poursuivra au fil des siècles et débouchera, dans les grands empires de Basse Epoque, sur la fusion des groupes hétérogènes<sup>16</sup>. Le plus souvent, toutefois, l'incorporation de groupes allogènes est la conséquence de la conquête de nouveaux territoires et s'inscrit dans une perspective que nous qualifierions aujourd'hui d'annexionniste : des populations entières passent ainsi du statut d'étrangers à celui d'indigènes, de citoyens, de nationaux, sans pour autant venir s'installer dans le périmètre initialement occupé par le groupe.

Une telle transmutation implique à tout le moins que la collectivité « réceptrice » n'est pas close sur elle-même et ne cherche pas, pour une raison ou pour une autre, à protéger comme un privilège l'appartenance au groupe ; qu'elle pratique l'ouverture, l'expansion, et non la fermeture, le malthusianisme. La capacité d'absorber et d'intégrer des groupes parfois ethniquement ou culturellement hétérogènes est donc étroitement liée aux structures sociales et politiques de la communauté initiale. On a déjà mentionné le contraste qui existe à cet égard entre le peuple juif de l'époque biblique et les Arabes musulmans : le premier, peuple monothéiste parmi des peuples païens, se referme sur sa spécificité et n'intègre qu'exceptionnellement des éléments allogènes ; les seconds, à l'inverse, conquérants et prosélytes, vont étendre l'Islam hors de la péninsule arabique et intégrer des peuples d'autres races et parlant d'autres langues en offrant à ceux qu'ils conquièrent la possibilité d'entrer dans l'*Umma* par la conversion. Même contraste entre la politique restrictive des cités grecques et la politique des conquérants romains. En Grèce, à l'époque hellénistique, les cités trop petites sont conduites sans doute à pratiquer une politique de fusion et d'assimilation qui seule leur permet de ne pas périr ; mais cette assimilation d'éléments nouveaux ne touche en tout état de cause que « la mince pellicule de ceux qui ont une culture grecque et l'expérience de la vie politique », et aboutit simplement à un échange de citoyenneté entre gens issus des cités<sup>17</sup>. Rien de commun avec le processus de romanisation progressif du Latium, de l'Italie, puis des rives de la Méditerranée qui accompagne les conquêtes romaines : à mesure que Rome étend sa domination sur d'immenses territoires, elle confère aux habitants de villes et de nations entières

le droit de cité romain qui, à une époque où la notion d'Etat n'existe pas, se confond avec la « nationalité » romaine.

Les *naturalisations individuelles*, accordées *intuitu personae*, ne présentent pas les mêmes risques pour le groupe ; mais surtout, elles ne revêtent pas la même signification. La naturalisation signifie que le corps social accepte l'étranger en son sein, le reconnaît comme membre du groupe avec tous les droits et prérogatives attachés à cette qualité ; elle suppose toujours un certain formalisme et constitue presque partout une procédure sinon exceptionnelle, du moins étroitement contrôlée. L'octroi de la naturalisation est assurément un « privilège », ce qui explique qu'elle ne soit jamais un droit mais découle d'une appréciation discrétionnaire de l'autorité habilitée à l'octroyer ; et elle n'est accordée que si le groupe lui-même y trouve un avantage. La naturalisation sera d'autant plus facile à obtenir que le groupe sera porté, pour des raisons variables, à s'étendre, qu'il sera moins soucieux de réserver à ses membres de souche les privilèges attachés à cette qualité, que l'étranger, enfin, présentera en raison de son origine, de ses qualités, de ses compétences... de meilleures garanties d'intégration à la communauté.

La multiplicité des éléments pris en considération explique les différences que l'on relève d'une société à l'autre ou d'une époque à l'autre dans ce domaine. Les cités grecques, par exemple, dont le caractère fermé a déjà été souligné à plusieurs reprises, n'ont accordé que parcimonieusement la citoyenneté, surtout à partir du moment où les progrès de la démocratie, en donnant tout son sens à la qualité de citoyen, ont incité les membres de la cité à protéger jalousement ce qui apparaissait dès lors comme un privilège. L'octroi du droit de cité est donc apparu de plus en plus comme une mesure exceptionnelle strictement réglementée, récompensant des services éminents rendus à la cité et nécessitant un vote formel d'une assemblée spécialement réunie à cet effet.

Dans la ville médiévale, groupe d'hommes, elle aussi, né d'une association volontaire dont sont exclus ceux qui n'ont pas prêté le serment mutuel, le passage de la qualité de « forain » à celle de « bourgeois » est néanmoins relativement aisé. Le mouvement continu et massif d'urbanisation, qui commence au *x<sup>e</sup>* siècle, implique que les villes se montrent au départ, et par nécessité, accueillantes à l'égard des étrangers (au demeurant bien

peu étrangers puisque les nouveaux habitants viennent dans leur majorité des campagnes voisines)<sup>18</sup>. En revanche, à mesure que la population urbaine se différencie du milieu rural ambiant, que se forme un « esprit urbain », que s'autonomisent et se spécifient les institutions urbaines, qu'apparaissent les privilèges accordés aux villes et à leurs habitants — et que s'élabore finalement la conception de la ville comme communauté associative —, cette communauté tend par la force des choses à se fermer sur elle-même. Pour être admis à prêter serment et entrer dans la communauté, il faut remplir certaines conditions — posséder une maison en ville ou s'être marié dans la cité ; mais dans la mesure où l'enjeu politique est sinon absent, en tout cas moins caractérisé, on ne retrouve pas les mêmes barrières que dans la cité antique pour accéder à la condition de *civis*<sup>19</sup>.

Avec la centralisation royale, les villes et les seigneurs perdent leurs prérogatives en matière de « naturalisation » au profit du roi : seul il peut l'accorder, puisqu'il est seul titulaire du droit d'aubaine dont la naturalisation a précisément pour effet de relever l'étranger. Et ce sont encore des considérations tant économiques que démographiques qui dictent la politique royale en la matière dans la France d'Ancien Régime (le mot de « naturalisation » prend désormais tout son sens et son emploi ne constitue plus un anachronisme puisque l'étranger, par la naturalisation, est assimilé au « naturel »). Selon Mathorez<sup>20</sup>, les monarques successifs ont poursuivi assez systématiquement une politique d'assimilation des étrangers résidant dans le royaume, dans le double but de retenir ceux dont les compétences pouvaient être utiles à la France et, plus tard, de pallier le recul démographique du pays. La naturalisation transforme l'étranger en sujet du roi : l'étranger auquel une lettre de naturalité a été délivrée n'est plus traité comme aubain ; il est réputé né en France et traité comme un naturel du royaume. Toutefois, la naturalisation reste une faveur — et une faveur précaire — accordée selon le bon plaisir du roi, qui doit être confirmée à l'avènement de son successeur. Pour bénéficier d'une lettre de naturalité, l'étranger doit généralement justifier d'un séjour en France d'une durée suffisante et s'engager à y finir ses jours ; il doit aussi, en principe, être catholique, quoique ce principe soit souvent transgressé.

Les naturalisations semblent fréquentes et aisées dès le *xvi<sup>e</sup>* siècle, si l'on en croit certaines protestations contre la trop grande facilité de ces naturalisations<sup>21</sup>. Cette politique libérale d'assimilation n'en reste pas moins étroitement contrôlée. La tolérance envers les étrangers et les facilités qui leur sont offertes pour s'installer et s'assimiler en France ne concernent que certains d'entre eux : sont exclus de ces faveurs non seulement ceux qui sont considérés comme suspects ou dangereux pour la sécurité nationale, mais aussi ceux qui sont simplement inutiles, que la France n'a donc aucun intérêt à conserver sur son sol et encore moins à intégrer à sa population. La naturalisation, même libéralement accordée en nombre, reste bien une faveur dont l'octroi est discrétionnaire, puisque subordonné aux exigences de l'intérêt national.

A vrai dire, il n'est guère d'exemple, dans l'histoire, que la naturalisation ait jamais constitué un droit. Le développement du nationalisme, qui succède un peu partout, en Europe d'abord, puis dans l'ensemble de la planète, à la philosophie cosmopolite du *xviii<sup>e</sup>* siècle entraîne au contraire la fermeture sur elles-mêmes des collectivités désormais constituées en Etats-Nations, et l'évolution tend plutôt vers une restriction des possibilités de naturalisation. Non seulement la condition d'étranger se précise et se fige, par opposition à celle de national, mais elle a tendance à devenir plus irréversible : ceci correspond à la politique d'homogénéisation menée à l'intérieur des frontières de l'Etat-Nation, politique que des naturalisations incontrôlées risqueraient de contrarier en introduisant dans le corps de la Nation des éléments hétérogènes et inassimilables. Il reste que d'un pays à l'autre et d'une période à l'autre on note des dissemblances dans la politique de naturalisation, qui s'expliquent par des conjonctures dissemblables, mais aussi par des conceptions différentes de la Nation. La conception allemande de la Nation, dans laquelle les idées de race, d'hérédité, de déterminisme historique tiennent une large place, est *a priori* moins favorable à l'introduction d'éléments étrangers par le biais de naturalisations que celle qui met au premier plan l'idée du contrat social et qui fait reposer la Nation sur la volonté des individus qui la composent : conception des révolutionnaires de 1789, dont on retrouve encore la trace chez Renan (« La Nation est un plébiscite de tous les jours »), mais déjà plus chez

Barrès, pour qui le nationalisme est l'acceptation d'un déterminisme, la reconnaissance du poids du passé, la soumission à la loi sacrée des filiations — et encore moins chez Maurras.

La Révolution française, favorable aux étrangers, va accorder libéralement la nationalité française, considérant la naturalisation comme un droit de l'individu et non plus comme une prérogative régaliennne. Dès le Directoire, en revanche, l'accès à la Communauté française devient plus difficile, la durée de résidence en France étant portée d'un an à sept ans par la Constitution de l'an III, puis à dix ans par la Constitution de l'an X. Durant toute cette période, toutefois, si l'on se réfère à la rédaction des textes, l'accomplissement des conditions prévues par la Constitution semble entraîner automatiquement l'accès à la citoyenneté — de sorte qu'il conviendrait de parler d'acquisition de la citoyenneté française plutôt que de naturalisation à proprement parler. Ici, par conséquent — et la période révolutionnaire tranche en cela sur celle qui la précède comme sur celle qui la suit —, il n'y a plus place pour un quelconque pouvoir discrétionnaire : l'accès à la citoyenneté reste un honneur, mais un honneur que chacun, sauf exception, peut revendiquer s'il a marqué par ses actes son intégration au corps social français et son adhésion aux idées nouvelles.

Par la suite — dès 1809 en fait — la naturalisation redevient ce qu'elle est aujourd'hui encore : une prérogative discrétionnaire de l'exécutif, qu'il exerce dans les limites fixées par le pouvoir législatif. L'évolution de la législation française comme de la pratique en ce domaine reflète les mêmes fluctuations politiques, démographiques et économiques déjà relevées plus haut à propos des modalités d'attribution de la nationalité française d'origine. Dans une première phase, qui va du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle à la veille de la première guerre mondiale (lois de 1889 et 1927 notamment), l'accès à la nationalité française est de plus en plus largement ouvert, notamment par l'assouplissement de la condition relative à la durée de la résidence en France. Un coup d'arrêt est donné à cette évolution par le décret-loi de 1938 qui, répondant à la montée des sentiments xénophobes et à la dénonciation des risques que ferait peser sur le caractère national une infusion excessive et non contrôlée d'éléments étrangers, institue de nouvelles incapacités à l'encontre des naturalisés de fraîche date et élargit la faculté,

instaurée par la loi de 1927, de déchoir ceux-ci de la nationalité française pour défaut de loyalisme. Cette logique de rejet est poussée à son comble par le gouvernement de Vichy, qui prononce des déchéances en masse de la nationalité française (15 000 personnes sont concernées)<sup>22</sup>, sans parler des mesures spécifiques prises contre les juifs naturalisés. La législation postérieure à la guerre, si elle répudie l'héritage de Vichy et reflète les préoccupations démographiques de l'époque, qui poussent à favoriser l'intégration d'éléments étrangers dans la population française, témoigne toutefois d'une volonté de mettre sinon des barrières, du moins un filtre aux naturalisations : la durée du stage est allongée à cinq ans, et l'assimilation du bénéficiaire devient, avec la moralité et l'état de santé, une condition explicite de la naturalisation ; enfin, l'arme de la déchéance qui peut frapper tout étranger ayant acquis la nationalité française depuis moins de dix ans est conservée, comme sont maintenues les incapacités civiques qui interdisent aux naturalisés de prendre part aux élections et *a fortiori* d'être élus, ainsi que d'accéder à la fonction publique pendant plusieurs années après leur naturalisation<sup>23</sup>.

La précarité de la naturalisation, comme les incapacités qui frappent les naturalisés viennent rappeler que la naturalisation, si elle opère bien le passage de la qualité d'étranger à celle de national, n'efface pas pour autant toute trace d'extranéité chez l'étranger naturalisé et n'entraîne pas son assimilation immédiate et intégrale aux autres nationaux. Ces diverses discriminations, et plus généralement l'irréversibilité relative de la qualité d'étranger, dans la mesure où elles enferment celui-ci dans sa condition, n'ont pas seulement une incidence, on le voit, sur la ligne de démarcation qui sépare étrangers et nationaux, mais apparaissent aussi comme un élément du statut juridique des étrangers qui renforce leur marginalisation au sein du corps social.

La façon dont s'opère le passage de la condition d'étranger à celle de national, qui requiert toujours un acte formel d'incorporation de l'étranger au groupe, confirme la place centrale du droit à la fois dans l'élaboration de la notion abstraite d'étranger et dans la détermination de son contenu concret. Non seulement

il est devenu impossible de définir le concept d'étranger et d'en cerner les contours autrement qu'en termes juridiques (l'étranger est celui qui n'a pas la *nationalité* de l'*Etat* considéré — deux concepts qui sont eux-mêmes des concepts juridiques), mais le droit finit par influencer les représentations relatives à l'étranger. Les membres du groupe ont en effet tendance à respecter cette frontière symbolique que le droit trace entre eux-mêmes et l'étranger, quelque proche que celui-ci puisse par ailleurs leur apparaître. L'inverse, sans doute, n'est pas nécessairement vrai : la qualité juridique de « national » ne suffit pas toujours à obtenir des membres du groupe la reconnaissance comme un des leurs de celui que la couleur de la peau, la culture, les mœurs ou la religion différencient par trop du reste de la population. Ceci témoigne tout simplement de ce que les délimitations que trace le droit ne sont opérantes au niveau des représentations collectives que si elles ne sont pas perçues comme purement arbitraires, si elles correspondent à un sentiment ou une réalité au moins latents dans le corps social : le droit peut infléchir les représentations collectives, il ne peut pas les créer *ex nihilo*.

## DEUXIÈME PARTIE

# Etranger, donc hors-la-loi ?

### *L'assignation d'un statut*

De même que l'étranger est à la fois et indistinctement une catégorie sociale et une catégorie juridique qu'il est vain de prétendre appréhender séparément, il existe une imbrication étroite du social et du juridique dans le statut assigné à l'étranger. La règle de droit reflète fidèlement la place qu'occupe l'étranger dans la structure sociale ; en même temps elle entérine, légitime et conforte son exclusion symbolique et parfois physique de la communauté. Sous des formes et selon des modalités variables, le statut de l'étranger, dans toutes les sociétés et à toutes les époques, demeure fondé sur cette logique de l'exclusion et porte les stigmates de l'infériorité dans laquelle est maintenu l'étranger.



## Une logique de l'exclusion

---

Deux principes sont ici à l'œuvre, que l'on retrouve, sous une forme brutale ou atténuée, à toutes les époques : un principe de précarité et un principe de discrimination. Ces principes, étroitement solidaires l'un de l'autre, n'ont jamais été remis en cause, parce qu'ils n'expriment en somme rien d'autre que l'extranéité de l'étranger et découlent de cette constatation simple au point d'être simpliste que, ne faisant pas partie du groupe, il n'a aucun droit à bénéficier de la protection normalement dévolue à ses membres.

### LA PRÉCARITÉ

« Précaire » : du latin *precarius* (obtenu par prière). 1<sup>o</sup> Qui ne s'exerce que grâce à une autorisation révocable. 2<sup>o</sup> Dont l'avenir, la durée ne sont pas assurés (*Petit Robert*). On ne saurait mieux caractériser la situation de l'étranger : l'étranger n'est pas membre du groupe, il ne jouit donc *a priori* d'aucune autre protection que celle que le groupe consent à lui reconnaître ; il est là provisoirement, en tout cas pour une durée dont il n'est pas maître puisqu'il n'est jamais assuré de pouvoir demeurer là où il s'est installé. N'étant pas chez lui, il n'a en effet le droit ni d'entrer, ni de séjourner sur le territoire du pays d'accueil, sinon en vertu d'une autorisation par essence précaire et révocable, laissée au bon plaisir des autorités. Et ceci n'est nullement propre aux sociétés peu évoluées : de nos

jours encore — et même d'une certaine façon plus nettement qu'à d'autres époques du passé — aucune règle générale du droit international n'oblige un Etat à accepter sur son territoire quiconque n'est pas son ressortissant, ni ne lui interdit de le refouler ou de l'expulser. Le développement du droit international a contribué à poser certaines limites à l'arbitraire des gouvernements mais n'a pas remis en cause dans leur principe ces prérogatives étatiques, tout simplement parce que le contrôle de l'accès au territoire est une des manifestations les plus fondamentales de la souveraineté, et que le droit international s'est développé sur la base de la souveraineté des Etats bien plus que contre elle.

Si l'étranger n'est plus le paria sans droits qu'il a été à certaines époques, s'il n'est plus, en général, menacé dans sa vie et dans ses biens, il est néanmoins toujours en sursis dans le pays d'accueil ; et ceci se répercute sur l'ensemble de sa situation puisque la faculté d'expulser l'étranger jugé indésirable rend précaire l'exercice de tous les droits qui ne lui sont pas expressément déniés. Naguère menacé, l'étranger est donc aujourd'hui simplement en sursis ; mais la précarité de son statut, elle, ne se dément pas, malgré les « progrès de la civilisation » et l'« humanisation des mœurs » qui ont seulement entraîné la disparition ou la raréfaction de certaines pratiques.

#### *De l'étranger menacé à l'étranger en sursis*

Il faut entendre ici « menacé » au sens fort : le sentiment d'hostilité qui prévaut à l'égard de l'étranger entraîne, lorsqu'il n'est endigué par aucune autre considération, de type humanitaire ou utilitaire, une situation d'insécurité totale pour celui-ci, menacé dans sa vie, dans sa liberté ou dans ses biens. L'idée que l'étranger est un être humain au même titre que les membres de la communauté et mérite donc un traitement équitable n'a été admise que très progressivement (si tant est qu'elle le soit aujourd'hui intégralement).

Dans beaucoup de sociétés archaïques, mais encore sous la monarchie franque ou au Moyen Age, voire à des époques plus proches de nous dans le temps dans des pays particulièrement fermés sur eux-mêmes, l'étranger est sans droit, *rechtlos*, il est

à la limite un non-homme : à son encounter tout est licite ; on peut le tuer impunément, le réduire en esclavage, le dépouiller de ses biens. Sans doute cette insécurité physique cède-t-elle parfois en vertu de la coutume de l'*hospitalité* qui, dans les sociétés archaïques et antiques, fait un devoir de protéger l'étranger : plusieurs passages de la Bible, par exemple, recommandent d'aimer et de protéger l'étranger (*ger*, l'hôte), qui, avec la veuve et l'orphelin, est une catégorie spécialement recommandée à la charité. Mais il est vraisemblable que les commandements bibliques visent précisément à combattre des pratiques contraires largement répandues. Au demeurant, on l'a vu, l'hospitalité n'est pas une alternative à l'hostilité, mais plutôt son corollaire, la dialectique ami-ennemi supposant que l'inimitié est l'état normal des relations entre membres de groupes distincts. On peut encore ajouter que l'hospitalité est en quelque sorte la négation du droit de s'établir et de demeurer au sein d'un autre groupe que le sien, puisqu'elle ne fait que suspendre, provisoirement, l'état d'insécurité absolue dans lequel se trouve l'étranger.

Il faut aussi mentionner — sorte d'officialisation de la coutume de l'hospitalité — l'institution du *patronage*, qui est elle aussi le propre de ces sociétés où l'étranger est *a priori* sans droits : l'étranger qui pénètre dans un groupe doit, s'il veut préserver sa vie, sa liberté et ses biens, et acquérir un minimum d'existence juridique, chercher la protection d'un patron, en la personne soit d'un simple membre du groupe, soit d'un chef de tribu, voire du roi ou de l'empereur. L'étranger protégé n'est plus sans défense et se trouve garanti contre d'éventuelles exactions ; mais cette protection, outre qu'elle n'est pas toujours efficace, notamment dans le cadre des grands empires ou royaumes, est accordée discrétionnairement, et en général en contrepartie d'une soumission plus ou moins marquée de l'étranger à l'égard de son protecteur.

Sans qu'on puisse le dater avec précision, car l'évolution des sociétés n'est ni continue, ni synchrone en tous les points du globe, il arrive un moment où la sécurité personnelle et matérielle des étrangers est de moins en moins menacée ; mais c'est le droit de séjourner sur le territoire d'un Etat qui de plus en plus fait problème, au point que l'étranger est toujours en sursis dans le pays d'accueil. Changement concomitant de

la juridicisation croissante de la vie collective et des rapports sociaux, d'un côté ; de la montée des Etats-Nations et de l'affirmation du principe de la souveraineté étatique, de l'autre.

Si l'étranger demeure généralement exclu de la protection des lois faites pour les citoyens, l'idée est désormais admise qu'il mérite en tant qu'être humain un minimum de « traitement civilisé », que tout n'est pas permis à son encontre. La notion de droits fondamentaux attachés à la personne humaine commence à pénétrer la conscience universelle, et le droit international naissant invoque le droit naturel pour affirmer qu'il est des droits dont chacun est investi sans considération de citoyenneté et ne peut être privé par un quelconque gouvernement. Il faudra encore du temps pour que ces idées prennent corps dans la pratique des Etats ; et, surtout, cette évolution *a priori* bénéfique pour les étrangers s'accompagne d'une autre qui, elle, l'est beaucoup moins : la montée des Etats-Nations et le renforcement de la souveraineté étatique. La cohésion accrue du peuple-nation, dont l'Etat poursuit systématiquement l'homogénéisation, fait apparaître le non-national comme un corps étranger, hétérogène et inassimilable, de sorte que sa présence sera au mieux tolérée, par bienveillance ou intérêt, et qu'il y sera mis fin pour simple raison d'opportunité, sans que l'étranger puisse invoquer un quelconque droit de demeurer sur le territoire d'un Etat qui n'est pas le sien ; il le pourra d'autant moins que le principe de la souveraineté étatique, de mieux en mieux affirmé, a pour corollaire la liberté pour chaque Etat de déterminer les conditions d'accès des étrangers à son territoire, et de mettre un terme à leur présence quand il la juge inopportune ou néfaste.

Cela dit, il est clair que cette prérogative étatique énoncée en termes juridiques joue ici comme couverture, comme un moyen de rationaliser et de légitimer des comportements souvent inspirés de considérations bien différentes : la précarité dans laquelle est maintenue l'étranger doit être rapportée *aussi* (surtout ?) à la xénophobie, à la méfiance qu'inspire l'étranger, toujours soupçonné d'être un agent de l'ennemi ou de la subversion, à la hantise, particulièrement vivace en période de crise, de voir les immigrés s'appropriier une part excessive des richesses nationales et accaparer les emplois disponibles au détriment de la main-d'œuvre nationale.

*La pratique des Etats souverains*

La montée des Etats-Nations, Etats souverains, s'est traduite par la fermeture progressive des frontières et un contrôle accru sur les migrations internationales. L'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire des Etats sont de moins en moins libres ; chaque Etat les réglemente de plus en plus strictement, utilisant à fond ses prérogatives en vue des objectifs les plus variés : donner des gages à une opinion publique volontiers xénophobe en réduisant la présence étrangère sur le territoire national, protéger l'ordre public et la sûreté de l'Etat en contrôlant l'accès au territoire d'individus présumés dangereux et en expulsant ceux dont la présence est jugée nuisible, endiguer l'afflux de la main-d'œuvre étrangère lorsque le marché de l'emploi est saturé — ce qui n'exclut pas, à l'inverse, d'organiser l'immigration de ladite main-d'œuvre lorsque ce marché est déficitaire...

Les étapes de cette *fermeture* progressive des Etats sur eux-mêmes et de l'intensification du contrôle exercé sur la population étrangère, génératrices d'une précarité accrue, apparaissent très clairement lorsqu'on examine l'évolution de la réglementation en France. Après une longue période de liberté des flux migratoires interviennent le décret du 2 octobre 1888 imposant aux étrangers séjournant en France une déclaration de résidence à la mairie puis la loi du 9 août 1893 instituant un registre d'immatriculation des étrangers dans chaque commune, tandis qu'obligation est faite aux personnes logeant des étrangers d'en signaler la présence dans les vingt-quatre heures. Puis l'on passe du régime de la déclaration à un second stade, celui de l'autorisation : la loi du 26 mars 1927 exige de l'étranger désireux de séjourner en France plus de deux mois la possession d'une carte d'identité valable deux ans, et qui peut être retirée à celui qui néglige de se conformer à la réglementation en vigueur ou cesse d'offrir les garanties prévues — auquel cas l'étranger a huit jours pour quitter le territoire national ; la loi du 11 août 1926, de son côté, confirmant un décret du 2 avril 1917, interdit d'employer un étranger s'il n'est pas titulaire d'un titre de séjour portant la mention « travailleur ». Autant de mesures qui préfigurent la situation actuelle, caractérisée, et pas seulement en France, par un contrôle quasi absolu des Etats sur les migrations internationales, et plus particulière-

ment les migrations de travailleurs, avec pour conséquence une précarisation de la situation des étrangers.

Même les pays les plus constamment ouverts à l'immigration modifient progressivement leurs pratiques. L'Angleterre, qui réservait traditionnellement un accueil particulièrement libéral aux étrangers, institue en 1905 un régime de plus grande surveillance : l'entrée de la Grande-Bretagne est interdite à certaines catégories de personnes définies à l'aide de critères tels que l'insuffisance des moyens de subsistance, la maladie, les condamnations pénales..., et pour la première fois un droit général d'expulsion est reconnu aux autorités. Intervient ensuite une loi de 1914 destinée à permettre au gouvernement en temps de guerre ou d'urgence d'imposer des restrictions au déplacement des étrangers, puis, plus près de nous, un texte de 1962 qui renforce le caractère discrétionnaire des pouvoirs de l'administration en matière d'accès au territoire et d'expulsion : l'entrée en Grande-Bretagne est subordonnée à la délivrance d'un permis de travail, et surtout le ministre de l'Intérieur peut refuser l'entrée à un individu pour des raisons tirées du *public good* — notion encore plus large que celle d'ordre public, traditionnelle dans la législation française<sup>1</sup>.

La formulation des textes en vigueur en Allemagne et leur évolution montrent bien elles aussi l'étendue croissante du pouvoir discrétionnaire que se réservent les autorités du pays d'accueil. Aux termes de l'ordonnance sur la police des étrangers de 1932, en Prusse, « tout étranger peut séjourner sur le territoire de la Prusse aussi longtemps qu'il se conforme aux lois et règlements en vigueur ». En 1938, sous le III<sup>e</sup> Reich, le texte devient : « Sont autorisés à séjourner sur le territoire du Reich les étrangers dont la personnalité et le but de leur séjour offrent la garantie qu'ils sont dignes de l'hospitalité qu'on leur accorde. » Enfin, le texte de 1965, qui abroge le précédent, dispose : « L'autorisation de séjour peut (*darf*) être accordée quand la présence de l'étranger ne porte pas atteinte aux intérêts de la République fédérale. » Il s'agit bien de la consécration la plus nette du pouvoir discrétionnaire de l'administration : d'abord parce que la notion d'atteinte aux intérêts de la République fédérale est des plus floues, ensuite parce que même en l'absence d'une telle atteinte l'octroi de l'autorisation n'est jamais une obligation pour l'administration<sup>2</sup>.

Même les Etats-Unis, terre d'immigration s'il en fut, donc ouverte aux étrangers, en sont progressivement venus à contrôler l'accès des immigrants et instituer des quotas, avec pour corollaire la faculté de refouler les immigrants entrés illégalement. Et la Cour suprême a toujours admis que les autorités fédérales jouissaient en la matière d'un pouvoir absolu et incontrôlé : à ses yeux, il s'agit là d'un attribut inhérent à la souveraineté étatique, de sorte que l'admission sur le territoire n'est pas un droit pour les étrangers, mais un privilège qui leur est accordé aux conditions fixées par les Etats-Unis.

Aujourd'hui, par conséquent, l'Etat décide de l'opportunité d'admettre l'étranger sur son territoire, spécialement s'il vient pour s'y installer et travailler ; même le renouvellement d'un titre de séjour arrivé à expiration peut toujours être refusé puisque le droit de demeurer n'est pas juridiquement reconnu. Toutes les législations, à cet égard, se ressemblent, au moins dans leurs grandes lignes, et laissent la situation de l'étranger à la discrétion — pour ne pas dire l'arbitraire — du pays d'accueil. Sans doute des conventions internationales viennent-elles tempérer la rigueur de ces principes ; mais les conventions, par définition, ne lient que les Etats qui ont consenti aux limitations de souveraineté qu'elles impliquent.

Ce pouvoir discrétionnaire qu'ont les Etats d'admettre qui ils veulent sur leur territoire s'accompagne d'une prérogative essentielle, clé de voûte de tout le dispositif de surveillance des étrangers et gage de son efficacité : la faculté, elle aussi discrétionnaire, d'*expulser* les étrangers jugés, pour une raison ou pour une autre, indésirables. Cette prérogative, outre ses effets directs, rend de surcroît précaire l'exercice de tous les droits dont les étrangers peuvent par ailleurs bénéficier, en laissant planer sur eux une menace constante.

Pratique très ancienne, l'expulsion n'a été réglementée que relativement récemment par le droit interne des Etats, sans que cette réglementation, au demeurant, limite très sensiblement son caractère discrétionnaire. Le cas de l'Angleterre est symptomatique à cet égard, puisque, jusqu'à l'intervention de l'*Aliens Act* de 1905, ce pays était un des rares à ne pas reconnaître aux autorités un droit général d'expulsion à l'égard des étrangers : il a donc fallu un texte exprès pour battre en brèche la tradition établie par la *Common Law*<sup>3</sup>.

Si la formulation des textes est variable, les *motifs* pour lesquels est prononcée l'expulsion (ou toute mesure similaire ayant pour effet de contraindre l'étranger à quitter le territoire : déportation, refoulement, renvoi...) se retrouvent à peu près identiques d'une législation à l'autre. Elle vise généralement les individus en situation irrégulière au regard des textes régissant l'entrée et le séjour sur le territoire, les personnes sans ressources qui risquent de tomber à la charge du pays d'accueil, les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, enfin celles dont la présence menace l'ordre ou la sécurité publics.

Si l'on se réfère aux législations nationales, on constate ainsi qu'en France, sous l'empire de la loi du 3 décembre 1849, les causes d'expulsion englobées dans la notion de danger pour l'ordre public recouvraient par exemple : le défaut de déclaration de résidence, la mendicité, le vagabondage; les condamnations assez graves pour crime ou délit de droit commun — ainsi bien entendu que les motifs proprement politiques<sup>4</sup>. Le décret-loi du 2 mai 1938 qui lui succède conserve aux motifs d'expulsion leur caractère extensif, et il faut attendre l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour que soient désormais distingués, quant à leurs motifs, l'expulsion prononcée pour des motifs d'ordre public (condamnation pénale ou agitation politique) et le refoulement qui sanctionne une situation irrégulière<sup>5</sup>. Si ces distinctions ne sont pas totalement négligeables, dans la mesure où le refoulement n'interdit pas définitivement l'accès au territoire, dans l'optique où nous plaçons ici le résultat n'est pas très différent : l'étranger refoulé, comme l'étranger expulsé, doit quitter le territoire.

On peut également citer l'exemple de la Grande-Bretagne, dont la législation reconnaît depuis 1905 aux autorités exécutives, sous certaines conditions, le pouvoir d'expulser l'étranger condamné à une peine de prison ou encore l'étranger qui se trouve sans moyens de subsistance, ou vagabond, ou vivant dans des conditions malsaines ; à ces hypothèses, la loi de 1962 a ajouté la faculté d'expulser sur-le-champ l'immigrant entré illégalement ; enfin, la loi de 1971 permet de prononcer une expulsion en se fondant simplement sur la nécessité de défendre le *public good* — sans autre précision. Aux Etats-Unis, les causes d'expulsion sont énumérées très longuement ; elles

comportent notamment les motifs politiques (au premier rang desquels figure l'appartenance au parti communiste), mais aussi l'entrée sur le territoire en fraude à la législation sur les étrangers, l'incapacité de subvenir à ses besoins, la commission d'un délit impliquant la « turpitude morale », la toxicomanie, le proxénétisme, etc. A vrai dire, la longueur de l'énumération ne préjuge en rien de la plus ou moins grande facilité de procéder à des expulsions, puisqu'une formule synthétique telle que la menace pour l'ordre public ou le *public good* laisse une marge de manœuvre tout aussi importante aux autorités.

La précarité qui résulte pour l'étranger de cette menace permanente d'éviction du territoire sur lequel il séjourne est aggravée par l'absence de garanties sérieuses entourant l'exercice de cette prérogative. Dans la plupart des cas c'est à l'exécutif, et à l'exécutif seul, que revient le soin de prononcer une mesure d'éloignement du territoire — plus précisément encore à un ministre, généralement celui qui est chargé de la police, et la procédure qui précède l'expulsion n'est guère respectueuse des droits de la défense<sup>6</sup> ; quant au contrôle juridictionnel, en aval, il est soit inexistant, soit inefficace<sup>7</sup>.

Enfin, les conditions matérielles d'exécution de la mesure d'expulsion font apparaître l'extrême précarité de la situation de l'étranger : les autorités qui décident d'expulser peuvent accorder ou non un délai à l'intéressé pour quitter le territoire national et en fixer comme elles l'entendent la durée ; elles peuvent aussi prescrire la reconduite immédiate à la frontière sous escorte et même, pour s'assurer que l'étranger ne se soustraira pas à la mesure d'expulsion, détenir l'intéressé le temps nécessaire à son exécution effective<sup>8</sup>.

Cette soumission absolue de l'étranger aux autorités du pays d'accueil, qui peuvent du jour au lendemain mettre fin à un séjour de plusieurs années, est un des aspects de la procédure d'expulsion qui a été le plus critiqué dans le passé, comme contraire à l'idée que les étrangers méritent un traitement équitable. D'une façon générale, d'ailleurs, c'est essentiellement en se plaçant sur le terrain humanitaire que certains ont dénoncé le caractère injuste et excessivement rigoureux des pratiques étatiques. Très peu nombreux, en revanche, sont ceux, notamment parmi les juristes, qui ont contesté le principe même de l'expulsion, considérée comme un corollaire normal

et nécessaire de la souveraineté territoriale. L'étranger n'étant pas membre de la collectivité nationale, l'Etat n'a aucune obligation juridique de l'accueillir, et il a donc le droit de le renvoyer dès l'instant où son séjour sur le territoire est nuisible à l'intérêt du pays<sup>9</sup>. Cette manière de voir, dominante tant dans la doctrine que dans la pratique des Etats, est largement confortée par le droit international.

### *L'incidence ambiguë du droit international*

On a tendance, spontanément, à imaginer que le droit international, dans la mesure où il lie les Etats, limite leurs prérogatives, et que, mettant des bornes à l'arbitraire étatique, il atténue d'autant la précarité de la situation des étrangers. C'est là pourtant une vue superficielle des choses : car, sans même évoquer ici l'épineux problème de l'effectivité du droit international, il faut bien voir que celui-ci, qu'il soit d'origine conventionnelle ou coutumière, avant même de poser des bornes à la souveraineté des Etats, reconnaît et proclame cette souveraineté. S'agissant de la situation des étrangers, l'affirmation de la souveraineté étatique signifie que chaque Etat détient le pouvoir de déterminer unilatéralement et discrétionnairement, d'une part les conditions d'attribution de sa nationalité, d'autre part les conditions d'entrée, de séjour et d'éviction des non-nationaux, l'étendue de cette compétence exclusive ne pouvant être réduite par une règle d'origine internationale qu'en vertu du consentement exprès de l'Etat. Le tout premier impact du droit international est donc de légitimer, en leur donnant un fondement juridique, les prérogatives des Etats. Ensuite, il est vrai, mais ensuite seulement, le droit international s'efforce d'encadrer l'exercice de ces prérogatives par un certain nombre de règles qui viennent tempérer le principe initialement affirmé.

La doctrine du droit international a toujours été tiraillée entre deux conceptions opposées : l'une, héritière de Vitoria et Grotius, qui fait prévaloir la liberté de communication entre les pays sur les prérogatives des Etats<sup>10</sup> ; l'autre, représentée notamment par Vattel, qui proclame au contraire le droit des Etats souverains de défendre l'entrée de leur territoire aux étrangers en fonction de leurs intérêts propres. La doctrine

dominante a fini par se fixer sur une position médiane impliquant de concilier le droit de communication inhérent à l'existence d'une communauté des nations avec les exigences de la sécurité des Etats. Mais nul ne conteste qu'il appartient aux Etats et à eux seuls d'apprécier ce qu'exige leur intérêt ou leur sécurité et de prendre les mesures qu'ils jugent appropriées<sup>11</sup>.

Le fait même qu'aucune des nombreuses tentatives de codification de ces questions n'ait abouti atteste que les Etats n'entendent pas se lier dans un domaine qu'ils considèrent comme relevant de leur compétence exclusive, ou comme touchant de trop près à leurs intérêts vitaux pour accepter des limitations précises à l'exercice de leurs prérogatives. Et si l'on peut constater depuis quelques décennies une relance de l'approche internationale de ces problèmes, les seuls acquis véritables ont été obtenus dans un cadre restreint, par la voie de conventions qui laissent quasiment intacte la souveraineté des Etats, puisque ceux-ci ne sont liés qu'en vertu d'un consentement exprès généralement accordé sur la base d'un principe de réciprocité et pour des obligations limitées. Ainsi, si la liberté de circulation et d'établissement est acquise à l'intérieur de la CEE, elle n'existe déjà plus au niveau des Etats membres du Conseil de l'Europe : la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme affirme la liberté d'émigrer, mais ne dit mot de la liberté d'immigration. Quant aux textes de portée universelle, on y chercherait désormais en vain la mention du principe de la liberté des migrations impliquant l'obligation pour les Etats d'accepter les étrangers sur leur territoire<sup>12</sup>. De toute évidence, la liberté d'établissement, qui garantit à l'étranger la possibilité d'y demeurer de façon stable sur le territoire d'un Etat, a plutôt régressé au cours des dernières décennies.

La précarité résultant de l'absence d'une liberté générale d'établissement est encore accrue, on l'a montré, par la menace d'expulsion qui pèse sur l'étranger. Or sur ce point non plus le droit international n'a guère restreint les prérogatives étatiques. Non pas que l'expulsion échappe totalement à son emprise : au contraire, les Etats se sont très tôt préoccupés d'apporter des garanties à leurs ressortissants résidant à l'étranger par la voie de traités bilatéraux, ou en utilisant le mécanisme de la protection diplomatique dans l'hypothèse

d'expulsions arbitraires ou vexatoires. Mais cette dernière s'est vite révélée inadaptée et inopérante avec l'intensification des mouvements migratoires et la modification des rapports de force entre pays d'immigration et d'émigration ; et l'existence de traités bilatéraux laissait en suspens le problème général du fondement et de l'étendue des prérogatives étatiques en l'absence de dispositions conventionnelles.

L'idée que la question de l'expulsion comportait une dimension internationale et que, tout en demeurant régie par le droit interne des Etats, elle ne relevait pas de leur compétence exclusive ne s'est pas imposée d'emblée. De sorte que le droit international, par ses réticences mêmes à poser des bornes à une prérogative étatique aussi essentielle, a plutôt contribué à en légitimer l'existence.

Si le droit international continue à admettre le pouvoir des Etats d'expulser les étrangers indésirables, on note cependant, à l'heure actuelle, un certain nombre d'efforts au sein des instances internationales pour réglementer l'usage de ce pouvoir. Et cela dans deux directions : cerner les motifs légitimes d'expulsion, d'une part, entourer l'exercice du pouvoir d'expulsion de garanties procédurales de façon à atténuer les risques d'arbitraire, d'autre part. Efforts inégalement poursuivis, le consentement des Etats étant plus aisé à obtenir sur l'octroi de garanties de procédure que sur une codification des motifs d'expulsion ; efforts inégalement répartis dans l'espace, car la portée des stipulations conventionnelles s'avère ici encore inversement proportionnelle à leur champ d'application géographique ; efforts aux effets volontairement limités enfin, puisque même dans l'hypothèse la plus favorable, c'est-à-dire à l'intérieur de la CEE, la faculté de refouler ou d'expulser un étranger pour des motifs d'ordre public reste incontestée, rappelant que l'étranger n'a jamais de véritable droit subjectif à séjourner sur le territoire d'un Etat qui n'est pas le sien en dépit de tous les principes de libre circulation et de libre établissement.

En ce qui concerne les motifs de l'expulsion, toute tentative pour mieux les cerner risque bien d'être vouée par avance à l'échec. Pendant longtemps, les auteurs ont essayé de dresser une liste énumérative — et théoriquement limitative — de ces motifs ; mais on s'aperçoit qu'une telle liste ne fait générale-

ment que prendre acte de la pratique des Etats qui se trouve par là même entérinée plus que canalisée. Les textes internationaux, aujourd'hui, suivant la même évolution que le droit interne, se réfèrent plus souvent à des notions synthétiques telles que l'ordre public, la sûreté de l'Etat, ou la sécurité publique : le problème est que ces notions sont suffisamment vagues pour laisser quasi intact le pouvoir d'appréciation des Etats dans chaque cas d'espèce<sup>13</sup>.

A défaut de pouvoir remettre en cause, même marginalement, l'appréciation discrétionnaire des Etats dans la décision de procéder à une expulsion, les efforts se sont portés sur l'encadrement des modalités concrètes d'exercice de cette prérogative, en vue de limiter le caractère inhumain ou manifestement arbitraire de certaines pratiques. On note ainsi, par exemple, une tendance de plus en plus affirmée, dans le droit international positif, à condamner les expulsions collectives, alors qu'une telle pratique était encore acceptée dans son principe jusqu'à une époque récente dès lors qu'elle n'avait pas lieu dans des conditions particulièrement « inhumaines ». De même, plusieurs textes internationaux, dont la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, interdisent aux Etats contractants d'expulser un étranger vers un territoire où sa vie ou sa liberté seraient menacées, ou encore où il risquerait d'être exposé à des « traitements inhumains et dégradants ».

On constate également une évolution assez rapide du droit international concernant la procédure qui entoure la décision d'expulsion, les textes prévoyant de plus en plus fréquemment un droit individuel de défense au profit de l'étranger expulsé<sup>14</sup>. La portée de ce droit ne doit pas être surestimée : il n'est accordé le plus souvent que sous certaines conditions (résidence régulière, durée du séjour...), et peut être supprimé si des raisons impérieuses, ou plus simplement l'urgence, l'exigent. L'octroi de ces garanties formelles restreint les risques d'arbitraire inhérents à des mesures d'expulsion trop hâtivement décidées ; mais elles n'obligent nullement les Etats à faire un usage raisonnable et modéré de leurs prérogatives sur le fond.

Enfin, les textes internationaux se sont peu préoccupés jusqu'ici de réglementer l'exécution matérielle de la mesure d'expulsion. Sans doute est-il bien établi, depuis une époque ancienne, que l'obligation générale d'un minimum de traitement

équitable trouvait ici à s'appliquer, et que l'exécution de l'expulsion devait préserver la dignité des intéressés et par conséquent exclure toute vexation inutile. Mais cette obligation générale ne s'est pas concrétisée dans des textes plus précis. Quant au droit de détenir l'étranger en instance d'expulsion — prérogative particulièrement grave puisqu'elle porte directement atteinte à la liberté individuelle —, rien, sur la base du droit international actuellement en vigueur, ne permet d'en contester le bien-fondé<sup>15</sup>.

Ceci posé, il faut rappeler que, d'un point de vue strictement statistique, ce n'est plus tant l'expulsion, aujourd'hui, que le refus d'octroi ou de renouvellement d'un titre de séjour qui est pour l'étranger le facteur de précarité essentiel. D'autant qu'un tel refus est laissé à l'entière discrétion des Etats, qui subordonnent le droit au séjour non seulement à la possession effective d'un emploi par l'étranger, mais de plus en plus souvent à la situation générale du marché de l'emploi — en parfaite conformité d'ailleurs avec le droit international puisque celui-ci, sauf dans le cadre de la CEE (ou du marché nordique du travail), reconnaît la licéité des mesures prises par les Etats pour protéger le travail national<sup>16</sup>.

La multiplication des règles juridiques destinées à rationaliser, organiser, tempérer éventuellement les pratiques traditionnellement suivies par les Etats a sans doute contribué à assurer aux étrangers une sécurité minimale, telle qu'ils ne soient plus menacés systématiquement dans leur personne et dans leurs biens sur le territoire du pays d'accueil ; mais elle n'a pas mis fin au caractère fondamentalement précaire de leur condition : l'étranger est toujours en sursis sur le territoire d'un Etat dont il n'est pas le ressortissant, d'une communauté dont il n'est pas membre.

## LA DISCRIMINATION

La discrimination est véritablement à la racine de la condition juridique des étrangers : le principe de discrimination apparaît comme matriciel de tout statut passé, présent — et à venir ? — des étrangers, au même titre que le principe de précarité et se combinant avec lui, puisque la précarité, inhé-

rente à la condition d'étranger, est déjà par elle-même constitutive d'une discrimination, tandis qu'à l'inverse les aspects discriminatoires du statut de l'étranger vont pratiquement tous dans le sens d'une plus grande précarité. A l'origine, au demeurant, principe de précarité et principe de discrimination se confondent en un principe unique de dénégation des droits : lorsque l'étranger est *rechilos*, totalement dépourvu de droits, à la limite une non-personne, la discrimination est maximale et la précarité absolue. Mais, en règle générale, ces deux principes ne se confondent pas et peuvent être appréhendés séparément : en effet, la notion de discrimination, entendue comme une simple différence de statut, n'implique pas nécessairement un traitement moins favorable, mais seulement un traitement distinct de celui des nationaux, donc un statut à part. Il est même des cas, à vrai dire exceptionnels, où la discrimination a pu jouer au profit des étrangers : soit que ceux-ci, formant un groupe suffisamment fort et homogène, aient obtenu de vivre selon leurs propres règles et soient donc demeurés soumis à un droit et à des juridictions propres, hors du contrôle des autorités du pays d'accueil (tels les « établissements » d'Occidentaux dans les empires turc ou chinois entre le xvi<sup>e</sup> et le début du xx<sup>e</sup> siècle, régis par les traités de Capitulations) ; soit, tout simplement, que leur puissance — économique par exemple — et leur influence aient été telles qu'ils aient joui en fait, sinon en droit, d'une situation privilégiée par rapport à celle de la moyenne des nationaux. De plus, dans des sociétés où la ségrégation sociale est très marquée, où des distances importantes séparent entre elles castes, classes ou catégories sociales, il serait inexact de prétendre que la condition des étrangers est toujours et systématiquement pire que celle des individus situés au bas de l'échelle sociale (sans même parler des sociétés esclavagistes, où les esclaves n'étant pas — ou à peine — considérés comme des êtres humains, les étrangers sont traités plus favorablement qu'eux... aussi longtemps qu'ils ne sont pas eux-mêmes réduits en esclavage).

On prendra donc ici le terme de discrimination dans son sens premier : de distinction, différence, en montrant comment les étrangers, indépendamment du contenu concret des règles qui les régissent, sont systématiquement soumis à un statut à part qui concrétise et renforce leur marginalité sociale. *Un*

*droit à part pour des gens à part* : telle est l'idée constamment entretenue qui inspire la pratique des peuples, même lorsqu'elle n'est pas expressément formulée et qui dévie, il est vrai, presque inévitablement vers l'imposition d'un statut d'infériorité.

De là découlent deux remarques liminaires. D'abord, qu'on ne peut utilement analyser la discrimination qui est au fondement de tout statut de l'étranger qu'à partir du moment où, précisément, il n'est plus *rechtilos*, où il est reconnu comme personne ; mieux encore : la discrimination est d'autant plus significative que les systèmes juridiques s'uniformisent, que l'universalité de la loi est proclamée, car la discrimination qui frappe l'étranger, si elle se réduit alors en étendue, devient spécifique — ce qu'elle était moins lorsque le droit était tout entier marqué par la particularité et que chaque catégorie sociale était soumise à un statut singulier. Ensuite, qu'il est moins intéressant, dans la perspective où nous nous plaçons ici, d'énumérer les discriminations entérinées ou imposées par le droit positif que d'examiner les principes sous-jacents qui les justifient, la volonté implicite ou explicite qu'elles révèlent de soustraire les étrangers à l'application des règles édictées pour régir les membres du groupe, de marquer ainsi leur extériorité, de les maintenir par là hors du groupe.

Si l'on examine l'évolution historique à la lumière de ces deux remarques, on constate que l'on est passé, en gros, sans continuité et avec des régressions fréquentes, d'un système dans lequel la discrimination est une pratique spontanée et non raisonnée, si peu contestée dans son principe que l'on ne cherche même pas à la justifier, à un système où le principe de discrimination s'avoue de moins en moins comme tel et s'affronte à un principe d'assimilation, où l'on cherche à expliquer et justifier les différences de statut par référence à la logique générale qui sous-tend les rapports étrangers-nationaux. Mais si les signes extérieurs de la discrimination se sont estompés, une distance subsiste, irréductible, entre étrangers et nationaux.

### *Les systèmes de discrimination*

Deux situations opposées sont théoriquement concevables : dans un cas, l'étranger est intégralement soustrait à l'applica-

tion des règles en vigueur au sein du groupe et soumis à un statut spécial exorbitant ; dans l'autre, il est normalement régi par les mêmes règles que les membres du groupe, à l'exception de celles qui édictent des droits ou des obligations dont on estime qu'ils sont intrinsèquement liés à la qualité de national. Sans qu'il y ait, là non plus, évolution continue et univoque, puisque les deux conceptions ont pu exister parallèlement à une même époque, il reste néanmoins que la seconde a tendu à devenir progressivement dominante, après que la première a pendant longtemps prévalu. Il s'agit là d'une tendance — non d'une loi absolue —, dont on ne peut de surcroît même pas affirmer qu'elle est irréversible, si l'on considère l'évolution récente du tissu juridique, caractérisé par l'émiettement et la profusion des règles particulières remplaçant la norme d'application générale et universelle de naguère : les étrangers, dans un tel contexte, redeviennent la cible de réglementations spécifiques, mais au même titre, cette fois, que les femmes, les enfants, les retraités ou les agriculteurs... ; il n'y a donc plus, en ce sens, de discrimination apparente, dans ce système de différenciation généralisé — ou plutôt, la multiplication des statuts particuliers masque les discriminations spécifiques frappant les étrangers.

Si l'on se replace dans la longue durée, on constate un effacement progressif des signes extérieurs de discrimination : à l'origine flagrante et ouverte, celle-ci se voit peu à peu cantonnée dans certains domaines sous l'effet d'un principe concurrent, mais jamais poussé jusqu'à son terme, d'assimilation.

Lorsque l'étranger est totalement privé de droits, la discrimination, on l'a dit, est maximale, encore que peu significative, puisque l'étranger est à la limite une non-personne.

L'octroi d'un minimum de garanties juridiques à l'étranger ne met pas fin à la discrimination ; il en modifie seulement les données et les signes par lesquels elle se manifeste. Dans certains cas, les étrangers sont soumis à un statut spécial plus ou moins complet et cohérent, mais distinct en tout point des règles applicables aux nationaux ; dans d'autres, ils se voient conférer — en nombre éminemment variable — certains des droits dont jouissent les membres du groupe. Là, le statut s'élabore et fonctionne parallèlement à celui des nationaux et indépendamment de lui ; ici, il n'existe que par référence à ce

dernier et se lit en quelque sorte en creux par rapport à lui.

Le premier système est plus rigide, il se prête moins aux modulations et aux évolutions ; il n'est pas nécessairement plus défavorable que le second aux étrangers. Il a revêtu lui-même différentes formes à travers l'histoire. On peut citer d'abord le cas de l'Antiquité, où fonctionnent des *institutions spécialement créées pour les étrangers*. A Rome, existe dès le début de la République un système d'institutions juridiques parallèles à celles réservées à l'usage exclusif des citoyens : d'un côté les institutions du *jus civile*, de l'autre celles du *jus gentium* régissant les rapports des pérégrins entre eux ou des pérégrins avec les citoyens et dont les règles sont sanctionnées par un juge spécifique, le préteur pérégrin.

Il faut mettre à part les systèmes issus des *traités de Capitulations*, par lesquels un Etat conférait à d'autres un privilège que nous appellerions aujourd'hui d'extra-territorialité, en les autorisant à exercer leur juridiction exclusive sur leurs nationaux résidant sur son territoire. Ceci n'avait d'ailleurs rien d'exorbitant dans un contexte où la notion de souveraineté était liée aux personnes plus qu'au territoire et où l'on estimait que les lois d'un Etat étaient faites exclusivement pour ses ressortissants. Il existe des exemples très anciens de tels traités, bien avant les « Capitulations » proprement dites (le mot lui-même vient tout simplement de *capitula* = chapitre) obtenues par les gouvernements européens des sultans ottomans à partir du xv<sup>e</sup> siècle<sup>17</sup>. Si, par la suite, la pratique a transformé les Capitulations en instrument de l'impérialisme européen en Asie, manifestement dérogoire aux principes de souveraineté et d'égalité des Etats, leur signification était donc à l'origine différente. Le résultat est bien la coexistence de deux ou plusieurs systèmes juridiques fonctionnant, au moins théoriquement, de façon totalement autonome ; l'imperméabilité entre eux est maximale, comme est généralement parfaitement étanche, ou presque, la frontière qui sépare les groupes sociaux auxquels ils s'appliquent.

Il s'agit là toutefois d'un cas de figure qui, pour s'être fréquemment réalisé dans l'histoire, suppose une configuration assez précise des rapports de force entre Etats ; la situation sur laquelle il débouche est plus atypique encore, puisqu'elle joint au maximum de distance entre nationaux et étrangers

le maximum de protection envisageable pour ces derniers, qui sont soumis non pas à un droit édicté par les autorités du pays d'accueil, mais au droit et à la juridiction de leur pays d'origine.

Une telle situation contraste avec les situations statistiquement plus nombreuses et qui nous sont plus familières, parce que plus proches des modèles que nous avons sous les yeux, dans lesquelles le sort des étrangers apparaît d'autant plus favorable que leur statut se rapproche de celui des membres du groupe. Autrement dit, *la discrimination n'est pas, dans le modèle dominant, simple différence ; elle est affectée presque nécessairement du signe « moins »* ; sa portée se mesure au nombre de droits dont l'étranger est privé par rapport aux nationaux, dont le statut sert, négativement, d'étalon à celui de l'étranger : de sorte que la distance qui les sépare est facile à mesurer puisque le système de référence est unique, de même qu'est facile à repérer tout progrès ou toute régression dans la condition des étrangers.

Dans ce contexte, on constate que *certaines catégories de droits sont plus facilement accordées que d'autres*, en fonction du privilège estimé qu'ils représentent et de la plus ou moins grande propension à en réserver par conséquent le bénéfice aux nationaux. Mais ce qui est resté pendant longtemps une pratique spontanée et empirique va, à un moment donné, commencer à être systématisé et théorisé. Peu à peu s'affirme l'idée que l'étranger, en tant que personne humaine, a droit à un minimum de traitement civilisé, et plus précisément que certains droits ne peuvent lui être refusés car ils font partie des droits naturels dont chacun est investi sans considération de nationalité ou de citoyenneté. Telle est la thèse que défendent les premiers théoriciens du droit des gens — Vitoria, Suarez, Grotius — qui proclament que chaque Etat, dans l'exercice de ses prérogatives souveraines, doit respecter dans tous les hommes, même étrangers, la personnalité humaine et garantir à tous ceux qui se trouvent sur son territoire le droit à la sûreté. A ces proclamations généreuses mais générales, qui laissent au demeurant en suspens la question de savoir ce que recouvre concrètement le « standard minimum de traitement civilisé », dont le contenu continue à dépendre de la législation interne des Etats, font écho les efforts de la doctrine, au plan interne, pour faire le départ entre les prérogatives attachées à la qualité

d'homme — dont les étrangers ne peuvent être privés — et celles attachées à la qualité de national — qui doivent leur être refusées.

Dès le *xvi<sup>e</sup>* siècle, dans la France d'Ancien Régime, les juristes établissent une distinction, qu'ils reprennent formellement dans le droit romain mais en transformant sensiblement la signification, entre le droit civil et le droit des gens. Ils affirment que l'étranger doit se voir reconnaître les prérogatives issues du *jus gentium*, mais qu'en revanche il est des droits proprement nationaux, ceux que les Romains appelaient droits civils, dont ils ne peuvent réclamer le bénéfice<sup>18</sup>. La répartition entre les deux catégories reste très incertaine et passablement arbitraire ; mais ce qui est intéressant, c'est qu'on voit se mettre en place un nouveau modèle de discrimination entre étrangers et nationaux. Les discriminations sont désormais *cantonnées* quant à leur étendue — puisqu'elles ne peuvent toucher aux prérogatives consacrées par le droit des gens ; mais elles se trouvent simultanément *légitimées*, puisque justifiées par des considérations rationnelles ou se prétendant telles : les incapacités pesant sur l'étranger — et elles sont nombreuses encore à l'époque — s'expliquent par le fait qu'elles concernent des droits civils. Cette explication, qui est d'ailleurs impuissante à rendre compte de l'intégralité des incapacités ou obligations spécifiques aux étrangers, va progressivement céder la place à un autre système explicatif fondé, lui, sur la distinction entre droits publics et politiques d'un côté, droits privés de l'autre, distinction qui se réfère cette fois au contenu des droits et non plus à leur origine. Cette distinction qu'on voit apparaître dès le *xvii<sup>e</sup>* siècle<sup>19</sup> sera affirmée avec force et érigée en principe par la Révolution française, qui proclame l'alignement de la condition civile des étrangers sur celle des citoyens, tout en réservant à ceux-ci l'exercice des droits politiques.

Malgré tous les artifices et les incertitudes qu'elles comportent, ces premières tentatives pour fixer un critère logique et rationnel de discrimination dans le traitement des étrangers marquent donc un tournant important dans la conception théorique du statut des étrangers : en effet, elles énoncent pour la première fois un *principe d'assimilation*, de portée limitée, certes, mais non négligeable pour l'avenir. L'évolution ultérieure se caractérisera précisément par un amenuisement

progressif des signes extérieurs de discrimination sous l'effet de l'extension du principe d'assimilation, sans jamais aboutir toutefois à abolir la distance irréductible entre nationaux et étrangers.

*L'irréductible distance entre nationaux et étrangers*

On voit donc désormais le principe d'assimilation entrer en concurrence avec le principe ancien, mais non véritablement contesté, de discrimination. Les législations nationales portent la marque de l'affrontement entre ces deux principes, tandis que le droit international, tout en évoluant dans le sens d'une égalisation accrue entre la condition des étrangers et celle des nationaux, s'abstient de proclamer l'illicéité des discriminations fondées sur la nationalité.

*Le balancement des législations internes entre assimilation et discrimination.* — Ce balancement doit s'entendre à la fois comme un équilibre instable entre les deux points extrêmes que représentent l'assimilation et la discrimination, et comme la manifestation d'une sorte d'hésitation, d'incertitude que l'on repère tant dans les prises de position doctrinales que dans la rédaction des textes ou les solutions de la jurisprudence. On examinera ici deux exemples particulièrement significatifs : celui de la France postrévolutionnaire et celui des Etats-Unis, deux pays où ces problèmes de principe ont été posés — sinon résolus — de façon claire et directe.

La Révolution, on l'a dit, consacre au niveau des principes une mutation fondamentale dans le traitement réservé aux étrangers : si les droits politiques demeurent l'apanage des citoyens, l'accès à la citoyenneté française étant au demeurant suffisamment aisé pour que cette exclusion ne revête pas un caractère absolu et définitif, l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux est proclamée solennellement pour tout ce qui touche aux droits civils. L'inspiration universaliste de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 comme des suivantes indique bien, de façon générale, l'intention d'étendre la jouissance de ces droits (les droits naturels de l'homme) à toute personne vivant sur le territoire de la République. L'idée semble donc admise que non seulement l'étranger

a des droits en tant qu'homme, mais qu'il a vocation à l'égalité avec le national.

On ne s'aventurera pas à supputer ce qu'il serait advenu de ces principes et comment ils auraient été concrètement mis en œuvre si l'expérience révolutionnaire avait duré. Ce qui est sûr, c'est que ni sur le plan des droits civils, ni dans le domaine des « libertés publiques », comme nous les appelons aujourd'hui, la thèse de l'assimilation n'a finalement prévalu.

Le *Code civil* promulgué en 1804 marque une très nette régression en consacrant non plus un principe d'assimilation mais un principe de réciprocité : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra » (art. 11). Quelles que soient les raisons invoquées pour justifier ce retournement<sup>20</sup>, le résultat n'est évidemment pas favorable aux étrangers. D'autant que l'article 11 du *Code civil* est interprété au départ très strictement : tous les droits privés, selon la doctrine alors dominante, incarnée par Demolombe et consacrée par la jurisprudence, sont refusés aux étrangers en l'absence d'un traité ou d'une règle dérogatoire exprès. Par la suite, toutefois, prévaut l'interprétation plus libérale défendue par Aubry et Rau : l'expression « droits civils », argumentent-ils, doit s'entendre à la lumière des principes antérieurs (= formulés par les juristes de l'Ancien Régime), c'est-à-dire par opposition au droit des gens ; il faut donc distinguer entre les facultés de droit civil, institutions artificiellement créées par les législations particulières, œuvre du droit national, et par là même refusées aux étrangers, et les facultés du droit des gens, dérivant de la loi naturelle, dont tout homme peut se réclamer.

Pour arbitraire et délicate à mettre en œuvre qu'elle fût, cette distinction s'est prêtée, en raison même de son caractère flou, à une évolution sensible de la jurisprudence, qui a progressivement entériné non pas la thèse intégralement assimilationniste, qui eût été contraire à la lettre du *Code civil*, mais la thèse impliquant la discrimination minimale : tout droit privé est présumé un droit des gens, sauf si le législateur en a disposé autrement, et l'étranger a donc la jouissance de tous les droits civils autres que ceux qui lui ont été explicitement refusés par le *Code civil* ou par un texte particulier.

Telle est, aujourd'hui, la position de la jurisprudence et de la doctrine.

En tirer la conclusion que le principe d'assimilation a définitivement prévalu contre le principe de discrimination serait excessif : d'une part, l'article 11 du Code civil demeure inchangé — et le principe qu'il énonce est tout sauf un principe d'assimilation<sup>21</sup> ; d'autre part, si sa portée générale a été progressivement restreinte par l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, si le législateur est intervenu de son côté pour rayer un certain nombre d'incapacités, il existe encore une multitude de lois particulières et ponctuelles qui n'accordent aux étrangers la jouissance de droits déterminés que sous condition, voire leur en refusent totalement la jouissance, les droits refusés devenant ainsi des attributs de la nationalité française.

Plus symptomatique encore peut-être de l'impossibilité ou du refus d'aller jusqu'au bout d'un principe d'assimilation si souvent proclamé apparaît l'oscillation permanente que l'on relève dans le domaine des *droits de l'homme* et des libertés publiques. L'universalité des droits de l'homme devrait exclure par essence toute discrimination entre nationaux et étrangers ; force est de constater, pourtant, l'extraordinaire ambiguïté des textes et le fréquent embarras de la doctrine lorsqu'il s'agit de déterminer la portée exacte des droits et libertés et de dire qui en est titulaire. Cette ambiguïté existe dès l'époque révolutionnaire, où elle se manifeste par l'emploi totalement anarchique et souvent illogique des termes « homme » et « citoyen » qui paraissent interchangeables, et par le glissement incessant, dans un même article, voire dans une même phrase, d'un mot à connotation universaliste (« tout homme », « nul homme », « chacun », « tous »...) à celui plus précis et moins extensif de « citoyen »<sup>22</sup>.

Il est vrai que le passage de la condition d'étranger à celle de citoyen est si aisé que le problème de savoir qui est le titulaire des droits proclamés — l'homme ou le citoyen — ne représente pas un enjeu décisif, et que la grande désinvolture dont font preuve les révolutionnaires dans les termes qu'ils emploient peut entre autres raisons s'expliquer ainsi. Mais ce n'est plus vrai par la suite. De fait, les textes ultérieurs semblent bien refléter le retour à une conception plus classique de la place des

étrangers dans la Nation. Les Chartes constitutionnelles de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, ainsi que l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire contiennent bien des dispositions relatives aux droits et libertés, mais elles s'intitulent « droit public des Français », dans un cas, « droits des citoyens », dans l'autre. Cela étant, il faut se garder de tirer de cette terminologie apparemment non ambiguë des conclusions péremptoires : lorsque les Chartes évoquent les droits des « Français », c'est vraisemblablement pour éviter le mot de « citoyen » dont la connotation demeure républicaine et révolutionnaire ; il est probable que le terme n'est pas compris comme l'opposé sémantique d'étranger. Demangeat, interprète autorisé de la Charte, estime que les principales dispositions protectrices des libertés (inviolabilité de la personne, liberté de religion, et même liberté de la presse) s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux<sup>23</sup>. Mais ni dans les textes, ni dans la doctrine n'est affirmé un principe général d'assimilation dans le domaine des libertés publiques.

Le problème, à vrai dire, est rarement abordé de front tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et même pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> : peut-être parce que la préoccupation des droits de l'homme s'est estompée avec le triomphe du positivisme et que la matière des libertés publiques n'est pas encore systématisée et n'a pas trouvé sa place entre les droits civils et les droits politiques<sup>24</sup>. L'expérience de l'hitlérisme et du fascisme provoque, après la seconde guerre mondiale, une sorte de retour aux sources du droit naturel, débouchant sur la réaffirmation des droits inaliénables et sacrés de l'être humain. La constatation traditionnelle de l'égalité entre tous les hommes est renforcée, dans les textes de cette époque, par la formulation d'un principe de non-discrimination (en fonction du sexe, des opinions, des croyances, de la race, etc.). Ce principe de non-discrimination inclut-il les étrangers ? Le Préambule de la Constitution de 1946 ne contient aucune indication précise permettant de répondre affirmativement à cette question ; mais rien, à l'inverse, ne saurait conduire à la conclusion que les étrangers sont exclus du bénéfice des droits proclamés, auxquels leur formulation semble bien conférer une portée générale<sup>25</sup>. Pendant une trentaine d'années le problème de l'applicabilité de la Déclaration des Droits de l'Homme et du

Préambule de la Constitution de 1946 aux étrangers n'a guère été soulevé. Le problème pouvait sembler n'avoir qu'un intérêt théorique, puisque des textes nombreux et détaillés répondaient aux questions que l'on pouvait se poser dans tel ou tel cas précis sans qu'il soit besoin de se référer aux grands principes.

Ce n'est que récemment qu'a été posé explicitement le problème du champ d'application des droits et libertés reconnus par les textes constitutionnels. D'abord par le Conseil d'Etat qui, saisi d'un recours contre un décret restreignant la possibilité pour les travailleurs immigrés de faire venir auprès d'eux leur famille, s'est expressément référé aux dispositions du Préambule de 1946, estimant qu'en l'occurrence le gouvernement avait violé le principe selon lequel tout individu résidant en France, qu'il soit étranger ou national, a le droit de mener une vie familiale normale<sup>26</sup>. Ensuite par les parlementaires, qui, dans une proposition de loi constitutionnelle élaborée en 1975 et conçue comme une sorte de Charte des Libertés, ont abordé de front la question, affirmant sans ambiguïté un principe d'assimilation des étrangers aux nationaux pour tout ce qui touche aux libertés publiques et aux droits économiques et sociaux<sup>27</sup>. On notera cependant que cette proposition se présentait comme novatrice — et non comme le reflet du droit en vigueur ; qu'elle est demeurée à l'état de projet, et n'a donc pas débouché sur une modification du droit positif dans le sens indiqué ; qu'en tout état de cause l'assimilation proposée ne concernait que les étrangers admis à séjourner en France, et, plus restrictivement encore, autorisés à y travailler. On ne peut donc pas soutenir que, dans ce domaine des libertés publiques, le principe d'assimilation l'ait aujourd'hui absolument et définitivement emporté sur le principe de discrimination, comme en témoignent du reste les nombreuses dispositions discriminatoires qui subsistent dans le droit positif. A supposer même que l'assimilation devienne la règle en matière de libertés publiques comme en matière de droits civils, on ne pourrait en inférer l'existence d'un principe général d'assimilation : d'une part il s'agit là de domaines circonscrits, d'autre part le fait même d'énoncer une règle d'assimilation des étrangers aux nationaux dans tel ou tel domaine atteste *a contrario* qu'il n'existe pas un principe général d'assimilation

dans le traitement des étrangers auquel il suffirait de se référer.

Dans un contexte juridique et idéologique très différent, la *Cour suprême des Etats-Unis* a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité des discriminations établies par la Fédération et les Etats à l'égard des étrangers, et plus précisément sur la possibilité pour ceux-ci de réclamer le bénéfice du *Bill of Rights* (constitué par les huit premiers amendements de 1791) d'une part, du XIV<sup>e</sup> amendement (1868) de l'autre<sup>28</sup>. Les termes très généraux dans lesquels est rédigé le *Bill of Rights* semblent indiquer l'intention de ses auteurs de n'opérer ici aucune distinction entre étrangers et nationaux. De fait, on estime au départ que les étrangers doivent jouir des droits et libertés consacrés par le *Bill of Rights* : liberté de conscience et d'expression, liberté de réunion et de presse, droit à la sûreté personnelle, respect de la propriété privée, droit à une procédure régulière et au respect des droits de la défense en matière pénale... La chose est suffisamment bien admise pour que les litiges soient peu nombreux, et il faut attendre 1872 (*Carlisle v. US*) pour que la Cour suprême ait l'occasion de confirmer ce principe. Il est vrai que l'époque est favorable aux étrangers, qui non seulement jouissent des « droits civils » (au sens des *civil rights*) et sont traités sur un pied d'égalité avec les nationaux en matière commerciale, mais se voient également reconnaître dans un nombre croissant de cas le droit d'acheter et d'exploiter des terres — ce qui représente la remise en cause d'une incapacité traditionnellement établie par la *Common Law* britannique à l'encontre des étrangers.

Le XIV<sup>e</sup> amendement, voté en 1868, intervient à un moment déjà moins favorable, marqué par le rétrécissement des ressources domaniales. D'où l'enjeu important que représente son interprétation, dont dépendra le point de savoir : 1 / si les Etats — puisque c'est de leurs pouvoirs qu'il s'agit désormais dans cet amendement — sont tenus vis-à-vis des étrangers par les dispositions du XIV<sup>e</sup> amendement comme ils le sont vis-à-vis des citoyens des Etats-Unis ; 2 / dans quelle mesure ils peuvent, en matière de droit de propriété comme pour l'ensemble des droits et libertés qu'il consacre, établir des distinctions entre nationaux et étrangers. Le texte de l'amendement dit en effet qu'« aucun Etat ne fera ni n'appliquera

des lois qui restreignent les droits et privilèges des citoyens des Etats-Unis, ni ne privera *quiconque* de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale (*due process of Law*), ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction une *égale protection des lois* ». La réponse de la Cour suprême à la double question posée plus haut sera nuancée : elle affirme d'abord — étendant par là la portée de sa jurisprudence antérieure, dégagée dans le cadre de la Fédération — que les étrangers, lorsqu'ils ont été admis à résider sur le territoire des Etats-Unis, et aussi longtemps qu'ils sont autorisés à y demeurer, doivent jouir des mêmes libertés fondamentales et des mêmes garanties de procédure que les nationaux et qu'ils peuvent donc revendiquer le bénéfice du XIV<sup>e</sup> amendement<sup>29</sup> ; mais elle restreint sérieusement la portée de ce principe en déclarant simultanément que la clause d'égale protection n'interdit pas de faire des distinctions entre étrangers et citoyens.

Entre ces deux affirmations, la conciliation est évidemment délicate à opérer, comme en témoigne une jurisprudence nuancée dont se dégage l'idée — assez vague — suivante : sont légitimes les différences de statut justifiées par la préservation du bien-être, de la sécurité, de la santé ou de la moralité publics<sup>30</sup>. Dès lors qu'un Etat peut invoquer l'une de ces raisons, les discriminations qu'il institue sont licites. La Cour suprême a ainsi jugé que les Etats pouvaient, sans violer le XIV<sup>e</sup> amendement, interdire aux étrangers, si un intérêt public spécial l'exige, de posséder des terres, d'exploiter des mines, ou d'exercer certaines professions (*Terrace v. Thompson*, 1923) — cela précisément à une époque où la fermeture de la frontière de l'Ouest incite les Etats à édicter des mesures discriminatoires à l'encontre des non-nationaux. Et entre 1915 et 1948, la Cour suprême n'accepte d'invalider aucune de ces mesures. La doctrine dite de la « classification », qui consacre « *the power of the State to make reasonable classifications in legislating to promote the health, safety, morals and welfare of those within his jurisdiction* », a été par la suite réexaminée cas par cas, dans le sens d'une restriction progressive des prérogatives des Etats, dont la Cour suprême estime aujourd'hui qu'ils sont liés par l'intégralité des dispositions du *Bill of Rights* ; mais aussi longtemps qu'elle demeurerait en vigueur le principe d'assimilation restait encore largement contrebalancé

par un principe de discrimination qui ne s'affirmait plus ouvertement mais n'en existait pas moins.

La doctrine de la classification a été remise en cause en 1971, dans la décision *Graham v. Richardson*. La Cour estime que les Etats ne peuvent pas instituer de discriminations à l'encontre des étrangers résidents, car les « classifications » fondées sur la seule qualité d'étranger (*alienage*) sont désormais considérées comme « suspectes », au même titre que celles fondées sur la race, et ne peuvent donc être admises que si elles sont justifiées par un intérêt étatique supérieur (*compelling state interest*). Sous l'empire de cette nouvelle jurisprudence, l'invalidation d'un grand nombre de textes discriminatoires à l'égard des étrangers en tant que groupe (*class*) a été facilement obtenue, les Etats ne parvenant qu'exceptionnellement à apporter la preuve qu'un intérêt majeur imposait de telles discriminations.

Le principe d'assimilation n'a pas pour autant complètement triomphé aux Etats-Unis. D'abord, l'attitude de la Cour suprême n'empêche pas, en pratique, que beaucoup d'Etats continuent à avoir des listes de métiers interdits aux étrangers, tels que — suivant les cas — comptables, architectes, avocats, ingénieurs, pharmaciens, médecins, infirmiers, etc. Ensuite, la Cour suprême a très vite formulé une exception au caractère *a priori* suspect des classifications fondées sur la qualité d'étranger, en admettant qu'un Etat pouvait réserver certains emplois publics — dans la police ou l'enseignement notamment — aux citoyens, en vue de préserver les fondements de la communauté politique. Et s'il est vrai que dans la plupart des Etats du monde l'accès à la fonction publique est réservé aux nationaux, cette exclusion allait moins de soi aux Etats-Unis en l'absence d'un système de carrière lié à l'exercice de tâches régaliennes. Un des arguments avancés pour justifier cette exception au principe d'assimilation est que le droit de gouverner, au sens large, doit être réservé aux citoyens, car si l'on abolissait toute distinction entre nationaux et étrangers le concept même de citoyenneté perdrait toute signification et l'on aboutirait à « dévaloriser la valeur historique de la citoyenneté » (*depreciate the historic value of citizenship*) : l'argument est intéressant, car il signifie qu'une assimilation intégrale est impossible, qu'il y a toujours un noyau de discrimination qui doit subsister, sauf à ce que les cadres politiques et conceptuels

perdent leur sens. Enfin, les règles relativement strictes dégagées par la Cour suprême tombent lorsque les discriminations découlent de la législation fédérale. Sans doute les autorités fédérales sont-elles liées par le *Bill of Rights*, comme la Cour l'a très tôt affirmé ; mais elle n'en accepte pas moins l'idée que le gouvernement fédéral doit disposer des plus larges pouvoirs en matière d'immigration, dans la mesure où cette question met en jeu les intérêts fondamentaux du pays et touche aux relations diplomatiques des Etats-Unis — de sorte qu'elle observe ici volontairement une certaine réserve et s'abstient d'exercer un contrôle étroit sur la pertinence et la nécessité d'éventuelles discriminations envers les résidents étrangers comme elle le fait s'agissant de la législation des Etats<sup>31</sup>.

En dépit des déclarations de principe qui proclament l'assimilation des étrangers aux nationaux, en dépit aussi de l'obtention de l'égalité de traitement dans des domaines de plus en plus nombreux, l'étranger, on le voit, n'accède jamais à la pleine égalité juridique avec le national, il ne bénéficie jamais de garanties juridiques aussi complètes. Or le noyau irréductible de discrimination qui subsiste produit un effet de sape sur les droits qui lui sont reconnus, de sorte que cette reconnaissance reste toujours imparfaite, lacunaire et précaire, et que l'assimilation proclamée se révèle bien souvent un leurre. Elle est lacunaire, puisque des pans entiers des législations nationales sont exclus du champ d'application du principe d'assimilation. L'exclusion la plus radicale et la plus connue est celle qui concerne les droits politiques, puisque aucun Etat ne s'est jusqu'à présent résolu à briser le lien univoque qui unit droits civiques et nationalité (sous réserve de quelques expériences ponctuelles dont on reparlera plus loin) ; encore faut-il noter que cette incapacité générale et quasi universelle qui frappe les étrangers se réduit rarement au seul droit de suffrage et a souvent des répercussions sur l'exercice de libertés aussi fondamentales que le droit syndical ou la liberté d'expression, d'association, de réunion. Au surplus, même la privation du droit de suffrage, généralement présentée comme un aspect marginal du statut des étrangers sans incidence sur leur condition générale, produit des effets en retour d'une importance majeure, quoique trop souvent méconnus, sur cette condition : car — et les révolutionnaires de 1789 ne s'y étaient pas trompés en

présentant les droits du citoyen comme le corollaire nécessaire, la véritable garantie des droits de l'homme — les droits civiques, en donnant à leur titulaire la possibilité, même symbolique et formelle, de faire entendre sa voix, constituent une garantie indirecte contre les abus et empiétements arbitraires du pouvoir ; privés d'accès au seul mode d'expression reconnu, le droit de vote, les étrangers sont condamnés à s'en remettre à la bonne volonté du pouvoir en place pour garantir leurs droits et en obtenir de nouveaux.

D'autres exclusions, pour être moins apparentes, n'en sont pas moins réelles et importantes : que l'on pense, par exemple, au droit au travail, puisque les étrangers ne peuvent, en règle générale, travailler sur le territoire d'un Etat qui n'est pas le leur qu'en vertu d'une autorisation — et d'une autorisation précaire. Plus généralement, on trouve dans tous les pays une réglementation spécifique aux étrangers comportant toujours au moins deux volets : un volet policier et un volet relatif au travail ; l'existence même de ces règles particulières qui, par définition, ne concernent pas les nationaux montre assez que les étrangers ne sont pas traités *comme* des nationaux.

La reconnaissance des droits reste enfin précaire, puisqu'une condition suspensive ou résolutoire est toujours sous-entendue : seul peut exercer les droits reconnus par la législation interne aux non-nationaux l'étranger admis à séjourner sur le territoire et aussi longtemps seulement qu'il est autorisé à y demeurer. Or les autorités de l'Etat d'accueil, habilitées à définir discrétionnairement les conditions d'accès au territoire ainsi qu'à mettre fin discrétionnairement à la présence de l'étranger sur ce territoire, sont de ce fait maîtresses de la réalisation de la condition à laquelle est subordonnée la possibilité d'exercer effectivement les droits dont la jouissance potentielle a été reconnue. La faculté pour un Etat de refuser à quiconque n'est pas son ressortissant le droit de séjourner, de s'établir ou de travailler sur son territoire, ainsi que de le refouler ou de l'expulser lorsqu'il le juge opportun apparaît donc comme un élément de discrimination aussi fondamental qu'irréductible entre nationaux et étrangers, non seulement en raison de ses effets immédiats et directs, mais aussi en raison de ses effets indirects et rétroactifs sur la condition des étrangers : la menace latente de refoulement ou d'expulsion qui pèse sur eux rend

en effet précaire l'exercice de celles des libertés individuelles ou collectives qui leur sont reconnues théoriquement à l'égal des nationaux.

On a vu plus haut que l'impact du droit international s'était révélé sur ce dernier point sinon nul, du moins très limité, dans la mesure où le contrôle de l'accès au territoire et le droit d'expulsion constituent des prérogatives fondamentales de tout Etat, le corollaire du principe de la souveraineté territoriale. Et comme, à l'inverse, le droit international oblige les Etats à accueillir leurs propres nationaux et leur dénie le droit de les expulser, il légitime implicitement mais nécessairement la discrimination qui résulte de la combinaison de ces deux règles opposées. Mais l'examen du droit international positif conduit à un constat plus radical encore : le principe d'assimilation proclamé par certaines législations nationales n'est *pas* un principe reconnu par le droit international général (sous réserve, bien entendu, des dispositions conventionnelles particulières), et la discrimination en raison de la nationalité, contrairement à d'autres formes de discrimination, n'est *pas* contraire au droit international.

*La légitimité des discriminations au regard du droit international.* — Le grand nombre de conventions internationales qui stipulent l'assimilation réciproque des étrangers aux nationaux entre deux ou plusieurs Etats — pratique au demeurant fort ancienne — pourrait laisser penser que la règle de l'assimilation prévaut désormais au détriment d'un principe de discrimination qui se serait réduit comme une peau de chagrin et ne subsisterait plus qu'à l'état de traces. Il n'en est rien, et il est aisé de montrer que la nécessité même où se trouvent les Etats de passer des traités pour assurer à leurs nationaux résidant dans d'autres pays la jouissance des mêmes droits que les ressortissants de ce pays prouve qu'il n'existe pas, en droit international, un principe général d'assimilation. Mieux : le droit international ne récuse pas comme illégitimes les discriminations entre nationaux et étrangers, qu'il considère comme naturelles, découlant de la juxtaposition des ordres juridiques étatiques.

Le droit international naissant s'est préoccupé du traitement des étrangers, et on sait que les premiers auteurs ont, précisément à ce propos, opposé aux Etats souverains les droits

naturels qui appartiennent à tout individu sans considération de nationalité, et réclamé pour les étrangers un minimum de traitement civilisé. Il apparaît donc que la condition des étrangers, alors même qu'elle est régie par les législations internes des Etats, ne ressortit pas de la compétence exclusive de ceux-ci : dans l'exercice de sa fonction de réglementation, le législateur non seulement est lié par les obligations conventionnelles souscrites vis-à-vis de tel ou tel Etat, mais doit de surcroît respecter, indépendamment de toute stipulation des traités, les principes dégagés par le droit international général. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont, au regard de ces principes, les droits qu'un Etat doit accorder ou peut refuser aux étrangers, on constate que *le droit international raisonne en termes de traitement minimal, et non en termes d'assimilation* ou d'égalité de droits avec les nationaux : de sorte que les discriminations fondées sur la nationalité ne sont jamais illicites en elles-mêmes mais qu'elles le deviennent lorsque, par leur étendue ou par leur nature, elles aboutissent à priver l'étranger du minimum de protection qui lui est dû.

Tous les auteurs s'accordent sur ce point : ce qui constitue le minimum de traitement exigé par le « droit international commun », ce n'est pas le traitement national, mais le traitement conforme aux exigences de la civilisation. Au-delà de ce minimum (dont le contenu, il est vrai, n'est pas parfaitement cerné — mais c'est un autre problème), chaque Etat est libre de décider, en fonction de l'intérêt national et sous réserve de ses engagements internationaux, l'étendue des droits qu'il juge bon d'accorder aux étrangers. Le principe d'assimilation, on le voit, est récusé comme principe général et absolu ; la condition des étrangers ne se règle pas d'après celle des nationaux, mais d'après les principes du droit des gens, et les droits et libertés accordés aux uns ou aux autres, n'obéissant pas au même corps de règles, ne se mesurent pas à la même aune.

De ceci il résulte, si on laisse de côté pour l'instant le droit conventionnel, que le droit international général est nettement en retrait par rapport à la pratique effective d'un grand nombre d'Etats, de sorte qu'il ne peut guère produire un effet d'entraînement dans ce domaine — sauf peut-être à l'égard d'Etats dont la législation ne serait pas conforme aux « principes généraux reconnus par les nations civilisées ».

Sans faire l'inventaire détaillé des discriminations que le droit international considère comme compatibles avec l'exigence d'un minimum de traitement civilisé, on peut relever un certain nombre de faits significatifs. Ainsi, par exemple, même en matière de droits privés, et malgré l'idée généralement admise que les droits civils constituent un attribut essentiel de la personnalité juridique, le droit international admet la légitimité des restrictions apportées au droit des étrangers de posséder des immeubles. La jouissance des libertés publiques n'est pas non plus reconnue de façon absolue aux étrangers ; notamment parce que la privation des droits politiques proprement dits, réservés aux nationaux, rend licites par ricochet, au regard du droit international, les restrictions apportées à la liberté de réunion ou d'association, à la liberté de la presse et même à la liberté d'expression, dès lors qu'elles sont susceptibles de s'exercer dans un but politique. Enfin, aucune disposition du droit international n'oblige un Etat à reconnaître aux étrangers le droit d'exercer librement sur son territoire une activité économique, même si la législation interne est par ailleurs fondée sur le principe de la liberté économique.

Le caractère finalement très limité des obligations que le droit international général impose aux Etats en matière de traitement des étrangers contraste en apparence avec les obligations beaucoup plus précises et nombreuses que les Etats souscrivent volontairement par le biais des *traités internationaux*, qui comportent fréquemment des clauses d'égalité et traitement et d'assimilation réciproque des étrangers aux nationaux.

Parmi ces traités, tous n'ont pas le même impact ni la même signification. Lorsque des traités bilatéraux par lesquels deux Etats s'accordent et accordent à leurs ressortissants des avantages réciproques stipulent l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, cette stipulation ne produit d'effets, par hypothèse même, que dans leurs rapports mutuels : elle peut bien atténuer et quelquefois même supprimer les discriminations antérieures sur ce front spécifique, elle ne remet nullement en cause le principe de discrimination comme principe dominant du traitement des étrangers en droit international, auquel elle se borne à faire une exception (l'exception qui confirme la règle...). A l'autre extrême, les conventions multilatérales, surtout lorsqu'elles ont une portée universelle, préfigurent le

futur droit international commun ; elles contiennent l'indication des principes en voie d'être reconnus par l'ensemble de la communauté des Etats, même si elles ne lient dans l'immédiat que les Etats parties à la Convention. C'est donc là que l'on devrait trouver les tendances actuelles du droit international en matière de traitement des étrangers.

Or l'examen des instruments internationaux se révèle finalement décevant. Les textes généraux sur les droits de l'homme, d'abord, ne font qu'incidemment référence aux étrangers, et dans des termes souvent ambigus. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme, par exemple, qui énonce un principe de non-discrimination, ne mentionne pas expressément les distinctions en raison de la nationalité (mais seulement en raison de l'« origine nationale ») parmi celles qu'elle stigmatise<sup>32</sup> ; de même, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté sous l'égide de l'ONU en 1966, affirme plus nettement encore le principe de non-discrimination dont ne sont exceptés que les droits politiques, et pourtant on chercherait là aussi en vain une proclamation nette et claire du caractère illicite des discriminations fondées sur la nationalité<sup>33</sup>. La Déclaration universelle, au surplus, n'oblige pas les Etats, et le Pacte sur les droits civils et politiques (comme son jumeau, le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels) n'a été ratifié que par une minorité d'Etats, ce qui d'une part limite la portée pratique de ses dispositions, et d'autre part interdit d'y voir l'expression de principes universellement reconnus et respectés.

Dans le cadre de l'OIT, deux Conventions concernent spécialement les travailleurs migrants. Par la première, adoptée en 1949, les Etats signataires s'engagent à appliquer aux immigrants qui se trouvent légalement sur leur territoire l'égalité de traitement avec les nationaux en matière de législation du travail, d'affiliation aux organisations syndicales et de logement, ainsi que — sous certaines réserves — de Sécurité sociale. Il faut cependant interpréter cette clause d'égalité de traitement à la lumière d'un autre principe du droit international entériné par une Convention de 1958 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession : le droit international reconnaît en effet comme légitime la préférence accordée aux nationaux pour l'accès aux emplois, dans le cadre de la « protection du travail national »<sup>34</sup>. La Convention de 1975 sur « la promotion de l'éga-

lité de chances et de traitement des travailleurs migrants », qui complète les précédentes, fait un pas de plus, dans la mesure où elle oblige les Etats signataires à respecter de façon beaucoup plus large les droits fondamentaux de l'homme de tous les travailleurs migrants et à leur garantir l'égalité de traitement en matière d'emploi, de Sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels, ainsi qu'en matière de libertés individuelles et collectives — sans exclure toutefois d'éventuelles restrictions en matière d'emploi justifiées par l'intérêt de l'Etat. Mais malgré ces restrictions les dispositions de la Convention vont manifestement au-delà de ce que la communauté des Etats est prête à accepter comme règles obligatoires, puisque onze Etats seulement l'avaient ratifiée en 1981, et pour l'essentiel des pays d'émigration.

Le bilan, au niveau mondial, est donc mince. C'est essentiellement dans les conventions multilatérales à portée régionale — et notamment au niveau européen — que s'est plus nettement affirmé un principe de non-discrimination. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adoptée en 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, engage les Etats contractants à l'égard de « toute personne relevant de leur juridiction », étranger ou national, qu'elle soit ou non ressortissant d'un Etat signataire ; les droits qu'elle consacre — respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression et d'information... — s'appliquent, précise-t-elle, « sans distinction aucune » ; et si les distinctions fondées sur la nationalité ne sont pas expressément condamnées dans l'énumération qui suit, on peut néanmoins estimer que l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont garantis par ce texte au même titre à l'étranger et au national, dans la mesure où, lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'exception est explicitement énoncée : la Convention autorise par exemple les Etats à imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers (terme d'ailleurs assez large pour permettre par extension des restrictions à la liberté d'expression, de réunion ou d'association)<sup>35</sup>.

Il y a, surtout, le Traité de Rome qui, en instituant le principe de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement, condamne *ipso facto* toute discrimination fondée sur la nationalité : les Etats membres ne peuvent restreindre l'accès

du territoire, ni l'accès à l'emploi qui sont totalement libres, et ils doivent respecter une complète égalité entre les ressortissants de la CEE dans tous les domaines ; ils ne peuvent notamment faire jouer la préférence nationale, dont le droit international général admet, on l'a vu, la légitimité. Cela étant, les dispositions communautaires ont, par définition, un champ d'application géographique limité ; et elles laissent subsister en tout état de cause une distance irréductible entre nationaux et étrangers, concrétisée d'une part par la réserve dite d'ordre public, qui justifie des mesures de sauvegarde, donc la faculté d'expulsion, de l'autre par l'exclusion des droits politiques et de l'accès aux emplois publics de la clause générale d'assimilation.

On constate, par conséquent, que le principe d'assimilation est d'autant mieux affirmé que le champ d'application des conventions est réduit — ce qui suffit à démontrer que le principe de discrimination reste vivace dès qu'on quitte le champ des rapports entre un groupe d'États restreint ayant entre eux des liens privilégiés. En fait, le droit conventionnel fait moins progresser les législations internes qu'il n'entérine et ne consolide leurs acquis. Il faut en conclure qu'il n'existe pas en droit international de principe général d'assimilation applicable au traitement des étrangers, et qu'en dehors des stipulations particulières des traités, cantonnées le plus souvent à des domaines limitativement énumérés, la discrimination fondée sur la nationalité n'est pas illicite<sup>36</sup>.

La discrimination, comme la précarité apparaissent bien comme des dimensions constitutives de la condition d'étranger. Ce traitement à part, réservé aux étrangers, accentue la distance qui les sépare des nationaux ; et les discriminations, qui jouent automatiquement au détriment des étrangers puisqu'elles s'énoncent comme autant de droits dont ils ne peuvent réclamer le bénéfice, contribuent à les enfermer dans un état d'infériorité.

---

## *Les stigmates de l'infériorité*

Sur ce fond de précarité et de discrimination viennent s'inscrire une multitude de statuts différents. Par-delà leur diversité, on y repère une structure significative qui se perpétue à travers le temps : le statut des étrangers, en effet, s'énonce — et donc se lit — toujours en fonction d'une double classification verticale et horizontale, dont l'une divise les étrangers en catégories hiérarchisées, tandis que l'autre distingue entre les différentes sphères d'activité ouvertes ou fermées aux étrangers ; ce qui change, ce sont les critères de classification et le contenu des cases dessinées par le quadrillage ainsi constitué.

### L'INÉGALITÉ DANS L'INFÉRIORITÉ

Si tous sont inférieurs, tous ne sont pas égaux dans l'infériorité. Les raisons qui conduisent à accorder un statut plus ou moins favorable à telle ou telle catégorie d'étrangers sont multiples, mais dans leur variété même elles restent à peu près stables aux différentes époques et dans les différentes sociétés.

Il y a d'abord les raisons d'ordre *psychosociologique* : dans une société donnée, on accordera plus volontiers un statut privilégié à ceux dont on se sent proche, qui appartiennent à la même ethnie, à la même culture, parlent la même langue, ou pratiquent la même religion ; à l'inverse, on réservera le statut le plus diminué à ceux avec lesquels on ne se sent aucun dénomi-

nateur commun. On rappellera pour mémoire l'attitude des Grecs vis-à-vis des Barbares, des chrétiens à l'égard des Infidèles, ou encore des pays européens à l'égard des « sauvages » — tous traités en sous-hommes avec lesquels aucune relation sinon de domination, voire d'extermination, n'est concevable — qui contraste avec l'attitude bien différente observée à l'égard des étrangers appartenant à la même civilisation, ou à la civilisation tout court.

Dans un ordre d'idées assez proche, certaines catégories peuvent bénéficier d'un statut particulièrement favorable pour des raisons qui relèvent strictement de l'*idéologie*, des systèmes de valeurs dominants à une époque et dans une société données (pensons aux pèlerins dans les civilisations chrétiennes), ou encore pour des raisons *humanitaires* : tel est le cas des exilés auxquels on accorde l'asile, des réfugiés aujourd'hui — encore que dans ce dernier cas les considérations politiques viennent se mêler étroitement aux motivations humanitaires.

Il y a précisément ensuite les raisons *politiques* : l'attitude vis-à-vis des étrangers est dictée pour une large part par l'état des rapports entre la communauté hôte et la communauté d'origine. Un traitement plus favorable est accordé aux ressortissants des cités ou Etats amis ou alliés qu'aux ressortissants des pays ennemis : soit par désir, dans le premier cas, d'être agréable aux autorités du pays d'origine et de préserver ainsi les bonnes relations que l'on entretient avec lui ; soit, dans le second cas, par représailles, ou par crainte de la menace réelle ou supposée que font peser les ressortissants des pays ennemis sur la sécurité du pays d'accueil. Mais les considérations politiques peuvent aussi peser de façon plus subtile, et l'on constate que l'échelle des traitements réservés aux étrangers reflète assez fidèlement la hiérarchie entre les Etats dont ils sont originaires — hiérarchie qui s'établit en fonction de critères politiques et économiques étroitement entremêlés. Les étrangers ressortissants de pays puissants seront presque à coup sûr mieux traités dans les pays moins puissants ou dominés que ne le sont les ressortissants de ces derniers lorsqu'ils séjournent sur le territoire des premiers : pour la raison, notamment, que les Etats les plus puissants sont mieux armés pour exiger des autres qu'ils accordent un traitement favorable, voire privilégié, à leurs ressortissants.

Il y a enfin les raisons *économiques* qui poussent à traiter les étrangers d'autant mieux que le pays a besoin d'eux pour son propre développement. Les exemples historiques abondent, depuis la situation de faveur faite aux métèques à Athènes jusqu'aux avantages accordés aux artisans et aux marchands étrangers par les rois de France. On peut évoquer aussi les avantages mutuels que s'accordent, en la personne de leurs ressortissants, les Etats qui entretiennent des relations économiques intenses, et dont on trouve l'exemple aussi bien dans la Grèce antique avec les traités entre cités qu'à l'heure actuelle dans le cadre de la CEE, où les principes de libre circulation, de libre établissement et de libre concurrence, édictés dans l'intérêt commun des Etats membres, rejaillissent très favorablement sur la situation de leurs ressortissants.

La hiérarchie des statuts accordés aux différentes catégories d'étrangers résulte donc d'un ensemble complexe de raisons dont les effets parfois se renforcent mutuellement, comme dans le cas de la Communauté européenne où joue simultanément l'étroitesse des liens économiques, politiques et culturels, ou au contraire s'annulent partiellement : ainsi, le besoin de main-d'œuvre peu qualifiée des pays industrialisés aurait logiquement dû conduire à accorder des avantages substantiels aux ressortissants des Etats du Tiers Monde qui fournissent l'essentiel de cette main-d'œuvre ; mais le besoin qu'ont de leur côté ces Etats de l'émigration fait basculer le rapport de force en leur défaveur, tandis que la distance culturelle et ethnique joue également à leur détriment.

Les étrangers, par conséquent, ne constituent un corps homogène que par opposition aux nationaux, et la distance est grande qui sépare les plus favorisés des plus défavorisés. En même temps, on ne peut dissocier les hiérarchies ainsi instituées entre les étrangers des relations entre les Etats, qui pèsent sur elles : directement si l'on raisonne en termes de rapports de force, et indirectement si l'on raisonne en termes juridiques. Car l'étranger, en raison même de sa situation d'extranéité par rapport au groupe, à l'Etat, se trouve au confluent de plusieurs ordres juridiques ; la dimension inter-étatique de son statut peut lui conférer certaines garanties, mais ces garanties sont très mal partagées et creusent la distance entre privilégiés et déshérités.

*Inégalité des Etats, inégalité des protections*

Soumis à l'ordre juridique de l'Etat d'accueil par application du principe de la souveraineté territoriale, l'étranger n'échappe pas pour autant complètement à l'application du droit de son pays d'origine, tandis qu'il a parallèlement, plus que les nationaux, vocation à voir son sort régi par le droit international. Si cette dimension internationale joue *a priori* en sa faveur, il ne faut pas en surestimer la portée : les conséquences positives de l'interférence de plusieurs ordres juridiques dans la définition du statut des étrangers ne compensent qu'exceptionnellement le handicap initial qu'ils subissent, et ne font qu'atténuer de façon ponctuelle et inégalitaire les effets de la logique d'exclusion décrite plus haut. La conséquence la plus immédiate de cette interférence est de rendre le statut des étrangers plus complexe, donc moins accessible, car mêlant des règles empruntées à plusieurs ordres juridiques, dont l'articulation pose souvent des problèmes délicats<sup>1</sup>. Et finalement, le droit international apparaît plus souvent comme une fausse force des faibles que comme la source d'un rééquilibrage entre le sort des étrangers et celui des nationaux.

Au départ, rien n'oblige la collectivité hôte à appliquer à l'étranger séjournant sur son territoire un autre ordre juridique que le sien propre : elle est, en droit, entièrement maîtresse du régime auquel elle soumet les ressortissants des autres pays, en vertu d'un principe constant, officialisé par le droit international public moderne sous le nom de souveraineté territoriale exclusive des Etats. Il peut en résulter pour l'étranger, à la limite, une situation de non-droit, celui-ci se trouvant doublement et au sens propre hors la loi : hors la loi de son pays d'origine, qui ne peut s'appliquer sur le territoire d'un autre Etat ; hors la loi du pays d'accueil qui refuse d'appliquer aux étrangers les règles régissant ses ressortissants.

Dans les faits, pourtant, l'exclusivité de la compétence territoriale cède à un moment ou à un autre devant d'autres considérations. L'Etat d'accueil, en effet, ne peut pas ne pas tenir compte des rapports internationaux, et doit donc, éventuellement, ménager les autres Etats en la personne de leurs ressortissants ; ceux-là, de leur côté, s'efforcent de soustraire leurs nationaux à l'arbitraire des autorités locales, soit en passant des

traités avec les Etats de résidence, soit en exerçant des représailles ou, plus tard, la protection diplomatique en cas de mauvais traitements infligés à leurs ressortissants. Cette présence, au moins latente et parfois active de l'Etat d'origine, imprime à la situation juridique de l'étranger un caractère mixte, à la fois interne et international, qui explique les très grandes disparités de traitement réservé dans un pays donné aux étrangers selon leur Etat d'origine. Lorsqu'un Etat met en œuvre la protection diplomatique, par exemple, et prend fait et cause pour son ressortissant lésé, il fait valoir son intérêt propre d'Etat souverain face à un autre Etat souverain : la prérogative qu'a l'Etat d'origine de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants vient en somme limiter la prérogative qu'a l'Etat d'accueil de traiter comme il l'entend les étrangers séjournant sur son territoire. Mais cette interprétation juridique du fondement et des effets de la protection diplomatique ne saurait masquer le caractère largement politique de sa mise en œuvre : si la réclamation formulée par l'Etat d'origine se fonde sur une violation du droit international, elle ne s'en inscrit pas moins à l'intérieur d'un rapport de force entre celui-ci et l'Etat d'accueil ; et historiquement, la protection diplomatique a surtout servi à protéger les nationaux d'Etats puissants lésés par des Etats faibles.

Les mêmes remarques valent pour les conventions passées entre l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine qui apparaissent comme autant de contraintes pour l'Etat d'accueil, de limites mises à la validité exclusive de son ordre juridique ; mais la portée de ces limites et la réalité de ces contraintes reflètent très étroitement l'état du rapport de force entre les parties, dont l'égalité est seulement formelle. Dans des situations spécifiques, l'interférence de l'ordre juridique de l'Etat d'origine ou d'un ordre juridique conventionnel avec l'ordre juridique du pays d'accueil peut améliorer sensiblement le statut de l'étranger jusqu'à le rendre parfois — exceptionnellement sans doute — plus favorable que celui du national : notamment dans les pays où les principes démocratiques sont vacillants et les libertés individuelles inconnues, l'étranger ayant toujours le recours de réclamer la protection de son pays d'origine en cas d'atteinte à ses droits fondamentaux. Dans la plupart des hypothèses, toutefois, et aujourd'hui dans l'écrasante majorité des cas, le rapport

de force entre le pays d'accueil et le pays d'origine est tel que l'étranger n'est guère à même de tirer profit de la dimension inter-étatique de sa situation. La protection diplomatique, en particulier, peut encore servir à régler quelques conflits marginaux ; elle n'est plus efficace, ni même praticable lorsque les migrations s'intensifient et changent de nature : personne n'envisage sérieusement de transformer des problèmes individuels en affaires d'Etat, surtout à partir du moment où la majorité des résidents étrangers sont originaires des pays les plus déshérités, qui ont au surplus un intérêt vital à maintenir un fort courant d'émigration pour enrayer les conséquences d'un chômage endémique<sup>2</sup>. De la même façon, les conventions bilatérales passées entre des Etats d'inégale puissance économique ou politique ne représentent qu'une limitation très formelle de la souveraineté de l'Etat hôte, qui conserve dans une large mesure la maîtrise des clauses qu'il souhaite ou non y insérer, et une limite d'autant plus fragile que l'autre partie n'est guère armée pour s'opposer à d'éventuelles violations de l'accord ainsi négocié<sup>3</sup>.

Mais si les rapports de force sont sous-jacents, ils n'affleurent jamais ouvertement à la surface : et c'est bien en termes juridiques que se justifie la position prédominante de l'Etat d'accueil. Car le droit international, fondé sur la souveraineté absolue et la compétence territoriale exclusive des Etats, reconnaît à ceux-ci le droit d'appliquer leur ordre juridique à tous ceux qui se trouvent sur leur territoire. Il en résulte une priorité logique, de principe, de l'ordre juridique interne de l'Etat hôte ; et ce n'est que dans la mesure où il renonce à revendiquer l'application de sa propre législation qu'il peut y avoir place pour des règles négociées : des conventions particulières régleront par exemple l'admission et le séjour, l'activité économique et l'accès à l'emploi, l'exercice des libertés publiques et la jouissance des droits sociaux. En dehors de ces questions qui mettent en jeu les intérêts de l'Etat d'accueil, d'autres aspects de la condition des étrangers continuent, en général, à être régis par la législation du pays d'origine, notamment tout ce qui touche au statut civil, à l'état des personnes (mariage, filiation...) ; mais lorsqu'il en est ainsi, c'est là encore sur la base d'une réception implicite ou explicite, par l'ordre juridique du pays de résidence, et aux conditions posées par lui de certaines règles issues de l'ordre juridique de l'Etat d'origine<sup>4</sup>. L'inter-

férence de plusieurs ordres juridiques ne doit donc pas s'entendre comme impliquant une confrontation plus ou moins égalitaire entre l'ordre juridique territorial et d'autres ordres juridiques qui viendraient le concurrencer : la situation inter-étatique de l'étranger introduit un élément d'extranéité dans son statut juridique où viennent s'insérer en proportion variable des règles empruntées à plusieurs ordres juridiques ; mais ces emprunts sont déterminés en dernière analyse par l'ordre juridique du pays d'accueil, dont les prérogatives souveraines sont ainsi préservées.

Cette analyse, il est vrai, demande à être nuancée à la lumière de l'évolution qui a affecté la structure du droit international à l'époque contemporaine, caractérisée par la multiplication des conventions multilatérales passées sous l'égide des différentes organisations internationales. Mettant fin au face à face traditionnel et le plus souvent inégal entre l'Etat hôte et l'Etat d'origine, ces conventions lient les Etats signataires vis-à-vis de la communauté internationale tout entière, et non plus du seul Etat cocontractant. Les règles de portée générale qu'elles contiennent concourent à la formation d'un ordre juridique international global et cohérent, primant les ordres juridiques internes<sup>5</sup> ; et si l'adhésion à cet ordre juridique reste (souveraineté oblige) facultative pour les Etats, elle emporte une fois acquise l'obligation pour ceux-ci de conformer leurs législations nationales aux stipulations des traités.

Cette extension progressive de l'ordre juridique international, qui limite d'autant l'exclusivité de la compétence normative de chaque Etat à l'intérieur de son propre territoire, a des implications particulièrement nettes lorsqu'il s'agit des étrangers, puisque, en raison du caractère inter-étatique de leur situation, ils intéressent plus encore que les nationaux les organisations internationales. Il en résulte que le statut de l'étranger est aujourd'hui enserré dans un tissu juridique complexe, plus ou moins dense et protecteur selon le lieu où il réside, le pays dont il est originaire, ou diverses autres caractéristiques de sa situation personnelle ou professionnelle ; il en résulte aussi qu'il est impossible aujourd'hui d'évoquer le statut juridique des étrangers sans tenir compte du droit international, et notamment du droit conventionnel multilatéral.

En sens inverse, pourtant, il faut avoir conscience que

l'extension quantitative de la réglementation d'origine internationale ne remet que très marginalement en cause le principe de la compétence territoriale exclusive des Etats. En dehors d'hypothèses rares, dont la plus marquante est celle de la CEE<sup>6</sup>, l'Etat fait écran entre l'ordre juridique international et les étrangers résidant sur son territoire : les dispositions négociées au niveau international ne s'appliquent sur le territoire des Etats que dans la mesure où elles ont été intégrées dans l'ordre juridique interne ; et même si, en principe, les stipulations des traités priment le droit interne, l'étranger ne dispose le plus souvent d'aucun moyen juridique immédiat pour faire respecter ce principe : autrement dit, alors que les normes du droit interne régissent directement les étrangers, en leur imposant des obligations mais aussi éventuellement en leur conférant des droits dont ils peuvent se réclamer contre l'Etat de résidence, les normes du droit international n'obligent généralement les Etats que dans leurs rapports réciproques et non vis-à-vis des individus ; à moins qu'un texte ne confère à ceux-ci le droit de soumettre directement leur réclamation fondée sur la violation d'une norme internationale à une instance nationale ou internationale.

Or cette éventualité ne se réalise que rarement, et l'on peut même considérer à cet égard qu'il y a eu régression du droit international au profit des droits étatiques, lorsqu'on compare le statut des minorités dans l'entre-deux-guerres avec celui des réfugiés et apatrides de nos jours. Les minorités étaient directement placées sous la protection des instances internationales<sup>7</sup>. A la fin de la première guerre mondiale, des traités internationaux dits « traités de minorités » avaient été signés entre les principales puissances alliées d'un côté et les Etats vaincus, créés ou agrandis de l'autre, qui contenaient un certain nombre de clauses protectrices des droits des minorités ; chaque Etat s'engageait à ce que toutes ces stipulations soient reconnues comme des dispositions intangibles de son ordre juridique interne tandis qu'elles faisaient parallèlement l'objet d'une garantie internationale. Il faut dire, à la vérité, que cette garantie internationale était moins entre les mains des minorités qu'entre les mains des Etats les plus puissants qui, en tant que vainqueurs, avaient pu imposer à des Etats moins puissants des devoirs déterminés envers les minorités résidant sur leurs territoires — ce qui équivalait à une limitation de leur souveraineté.

C'est cette limitation qu'on ne retrouve précisément plus dans les conventions relatives aux réfugiés et apatrides. Si la SDN s'est saisie dès 1921 de la question des réfugiés<sup>8</sup>, l'application de ses recommandations, pourtant consignées dans une première Convention de Genève de 1933, a dépendu en pratique entièrement de la bonne volonté des Etats. La protection des réfugiés n'a pris un caractère véritablement international qu'après 1950, lorsque le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a formulé dans son statut une définition générale du réfugié reprise dans la Convention de Genève de 1951. Il demeure que les réfugiés ne peuvent se réclamer directement de la protection internationale : la Convention de Genève oblige sans doute les Etats signataires à mettre leur législation en conformité avec ses propres stipulations<sup>9</sup> ; elle ne se substitue pas aux dispositions de l'ordre juridique interne, même si juridiquement un Etat viole ses obligations internationales s'il n'opère pas cette mise en conformité. Par ailleurs et surtout, il revient à une instance purement nationale<sup>10</sup> de reconnaître à celui qui s'en prévaut la qualité de réfugié, et donc de déterminer s'il pourra ou non bénéficier des garanties du statut international : ceci sur la base de la définition donnée par la Convention de Genève, certes, mais qui pose des problèmes d'interprétation suffisamment importants pour laisser une marge d'interprétation non négligeable à chaque Etat<sup>11</sup>. Enfin, le Haut Commissariat ne peut agir qu'en collaboration avec le pays d'asile et d'une façon générale les organisations internationales doivent compter avec la susceptibilité des Etats qui veillent jalousement à sauvegarder leurs prérogatives souveraines.

Les réfugiés et apatrides n'en demeurent pas moins les seuls à propos desquels on puisse dire que le droit international est la force des faibles. Dans tous les autres cas le droit international ne fait qu'entériner et donc conforter l'inégalité des Etats : il protège d'autant mieux les étrangers que ceux-ci sont les ressortissants d'Etats puissants, capables d'imposer leurs exigences dans la négociation internationale.

### *Privilégiés et déshérités*

La configuration des hiérarchies entre étrangers est étroitement dépendante du contexte socio-politique et socio-écono-

mique dans lequel elles s'inscrivent. Alors que dans les systèmes anciens la diversité des statuts applicables aux étrangers correspond à autant de notions d'étrangers, désignées par des vocables distincts, dans les systèmes modernes l'inégalité entre les étrangers est moins immédiatement apparente dans la mesure où il existe *un* statut des étrangers — de « droit commun » — ; mais ce statut est aménagé et modulé de telle façon qu'en pratique on retrouve les mêmes distinctions entre étrangers privilégiés et étrangers désavantagés.

*Des hiérarchies essentielles...* — Dans un contexte — celui des civilisations antiques mais aussi du Moyen Age occidental — où les catégories d'étrangers sont « essentielles » et non simplement « existentielles », où il n'y a pas une notion unique d'étranger se subdivisant ensuite en catégories plus ou moins bien traitées mais *des* étrangers d'essence différente, les distinctions et hiérarchies de statut tiennent logiquement d'abord à *ce qu'ils sont*, le critère proximité/éloignement et le critère ressemblance/différence jouant un rôle prédominant. Sur cette grille hiérarchique initiale viennent néanmoins se greffer des éléments secondaires de différenciation, qui introduisent des hiérarchies plus contingentes, parce que fondées sur des considérations politiques ou utilitaires plus conjoncturelles. L'évolution vers la modernité, en ce domaine, consistera dans la disparition progressive de la catégorisation essentialiste au profit d'une catégorisation existentielle, plus souple et contingente par conséquent.

*... aux hiérarchies existentielles.* — Si à l'époque moderne et surtout contemporaine la notion d'étranger s'est unifiée, cela ne signifie nullement que le statut des étrangers s'est uniformisé ; cela signifie simplement que désormais ce sont les différences de statut qui sont constitutives des différentes catégories d'étrangers, et non l'inverse.

De même que le concept d'étranger est un concept juridique dont les contours ne peuvent être cernés que par le droit, de même les catégories d'étrangers sont avant tout des catégories juridiques qui ne peuvent être appréhendées qu'à travers le régime auquel elles sont soumises. Ainsi le « réfugié » est-il celui à qui cette qualité a été reconnue au terme d'une procédure strictement codifiée et qui bénéficie de la protection spéciale

définie par la Convention de Genève de 1951. A l'inverse, le « travailleur immigré » n'a pas d'existence juridique — au moins dans le droit interne français, qui ne connaît d'autres catégories que celles d'étranger-salarié ou d'étranger-commerçant. On le voit, les catégories juridiques ne coïncident qu'imparfaitement avec les catégories du sens commun et de la pratique quotidienne : le droit fonctionne à l'aide de concepts abstraits et généralisants qui structurent à leur façon la réalité concrète et ne se bornent pas à la refléter mécaniquement. La distance entre le droit et le fait, l'autonomie du droit par rapport au fait peut être source de distorsions telles que le droit perd toute emprise sur la réalité qu'il est censé régir ; mais c'est elle aussi qui donne au droit sa dimension pacificatrice, opacifiante, et à la limite mystificatrice : le droit des étrangers ne connaît ni Blancs, Noirs ou Arabes, ni cadres ou o.s. ; il connaît seulement des ressortissants italiens, maliens ou marocains, ou encore des salariés, des commerçants ou des étudiants. Sans doute peut-on retrouver sous la mince pellicule juridique l'influence des considérations politiques ou autres qui ont inspiré telle règle, incité à accorder un traitement avantageux à telle catégorie d'étrangers ; mais ces considérations n'apparaissent jamais directement. Fondées en apparence sur des critères purement juridiques et abstraits, les hiérarchies que le droit instaure et les distinctions qu'il opère perdent leur caractère polémique ; elles le perdent d'autant plus que la portée des discriminations instituées est masquée par la structure générale qui articule les différents statuts et transparait à peine derrière le maquis de la réglementation applicable.

Au départ, en effet, tous les étrangers sont virtuellement soumis à un régime unique, dit de droit commun. Puis des règles spéciales, soit édictées unilatéralement par le pays d'accueil, soit résultant de ses engagements internationaux, viennent apporter ici des avantages particuliers, là des restrictions supplémentaires, pour aboutir à un système extrêmement complexe où le droit commun ne s'applique plus qu'à une minorité d'étrangers ; à un système subtilement hiérarchisé aussi, où les catégories ne se situent pas le long d'un axe unique et homogène qui permettrait d'établir entre elles un ordre de classement depuis la plus favorisée jusqu'à la moins favorisée : en effet, ce qui est accordé à l'une dans un domaine est souvent

refusé à l'autre, qui bénéficiera en revanche dans un autre domaine d'un avantage dont ne dispose pas la première. Et cette complexité, pour n'être pas entièrement délibérée, puisqu'elle ne fait que traduire l'éclatement, le fractionnement extrême de l'ordre juridique qui régit les étrangers, n'en remplit pas moins une fonction d'occultation, rendant moins perceptibles, donc plus aisément supportables les discriminations entre étrangers.

Le premier critère de distinction est celui de l'origine nationale : ici, l'état des relations entre le pays d'accueil et le pays d'origine, les solidarités politiques ou économiques, les liens historiques sont déterminants. En France, les ressortissants des Etats membres de la CEE, les Algériens, les ressortissants de l'ancienne Communauté — auxquels il faut ajouter les réfugiés et apatrides — sont soumis à autant de régimes spéciaux, distincts du régime de droit commun applicable au reste des étrangers. Encore faut-il préciser que ces régimes spéciaux ne concernent pas tous les aspects de la situation de ces étrangers, et que le droit commun auquel ils dérogent dans des proportions très variables reste donc toujours partiellement applicable ; tandis qu'à l'inverse la soumission de principe des étrangers « ordinaires » au droit commun n'exclut nullement l'existence de dispositions particulières applicables à telle ou telle catégorie d'entre eux dans un domaine déterminé. De sorte que si les régimes spéciaux sont globalement plus favorables que le régime de droit commun, il est difficile, en raison de l'hétérogénéité de leur contenu et des avantages qu'ils confèrent, de les hiérarchiser entre eux de façon sûre, et même d'affirmer qu'ils assurent aux étrangers qu'ils régissent une situation en tout point privilégiée par rapport aux étrangers soumis au droit commun (sauf s'agissant des ressortissants de la CEE dont on peut dire sans restriction qu'ils jouissent d'un statut plus favorable dans tous les domaines).

D'autres critères de distinction viennent ensuite ajouter leurs effets à celui tiré de l'origine nationale de l'étranger et créer de nouveaux principes de hiérarchisation. On mentionnera par exemple la prise en compte de l'ancienneté de l'installation dans le pays d'accueil : les étrangers se voient généralement accorder des avantages supplémentaires et reconnaître des garanties plus substantielles à mesure que s'allonge la durée de leur séjour.

La France a ainsi institutionnalisé la distinction entre les résidents temporaires, les résidents ordinaires et les résidents privilégiés — distinction qui se fonde sur la durée de validité de l'autorisation de séjour (un an, trois ans, dix ans), mais qui, dans la mesure où l'étranger arrivant en France a normalement vocation à passer successivement par ces trois états et où les avantages qui leur sont attachés vont croissant, aboutit à consacrer une hiérarchie fondée en grande partie sur la durée antérieure du séjour. Il faut enfin citer les distinctions opérées entre étrangers selon l'activité à laquelle ils se livrent : étudiants, salariés, commerçants, travailleurs saisonniers... relèvent en effet de régimes différents, qui sont moins hiérarchisés, il est vrai, que simplement juxtaposés, mais qui concourent néanmoins à la multiplication des catégories entrecroisées et à l'enchevêtrement des statuts.

#### L'INFÉRIORITÉ DANS TOUS SES ÉTATS

Toutes les facultés potentielles de l'homme ne sont pas reconnues à l'étranger qui, pour cette raison, apparaît comme un homme diminué : telle est la signification concrète du principe de discrimination, dont on a montré qu'il était constitutif de la condition d'étranger. Si la discrimination est une donnée constante, peut-on alors repérer avec plus de précision où et comment s'établit à chaque époque la ligne de partage entre les facultés respectivement refusées et accordées, dégager une structure logique rendant compte de la façon dont elles s'articulent, retrouver en somme une cohérence derrière l'infinie variété et complexité des situations concrètes ? Et à partir de là, reconstituer les grandes lignes de l'évolution qui a pu affecter les critères et les modalités de ce partage ? Si l'on admet que les facultés humaines sont susceptibles de s'exercer dans trois sphères principales : la sphère civile ou privée, la sphère économique, la sphère publique ou politique, on constate que le statut des étrangers, une fois assuré le minimum de sécurité personnelle qui est la condition de réalisation de tous les autres droits, s'est progressivement modelé sur cette division et sur les grandes catégories de droits correspondantes. On peut alors montrer que chaque société octroie ou refuse à l'étranger tels ou tels de ces

droits en fonction à la fois de la hiérarchie qu'elle opère entre eux au regard de ses propres valeurs, et de la place — réelle et imaginaire — qu'occupe l'étranger en son sein.

### *Homo civilis*

Il est difficile de dresser un tableau général de l'évolution de la condition civile des étrangers dans la mesure où la notion de « droits civils » — ceux que nous qualifions tels dans le droit moderne — recouvre des institutions fort différentes selon les civilisations et les systèmes juridiques. Pourtant, au-delà de cette diversité, on retrouve un certain nombre de similitudes, de constantes dans les droits civils refusés à l'étranger, les restrictions les plus fréquentes touchant au mariage, à la propriété immobilière, au droit de succession.

Si l'on excepte les groupes très restreints fondés sur les liens du sang où l'exogamie est la règle, on constate que l'endogamie n'est pas seulement une pratique spontanément suivie mais souvent une véritable règle juridique qui se traduit par la prohibition formelle du *mariage mixte*, exprimant la crainte de la collectivité de voir se dissoudre sa spécificité. On connaît la rigueur de l'Islam sur ce point, qui proscriit le mariage de la femme musulmane avec un non-musulman ; de même, dans les cités grecques, soucieuses de sauvegarder les droits et avantages des membres de la cité, ainsi qu'à Rome, le mariage entre citoyens et non-citoyens est en principe interdit : l'*epigamia*, ou droit de mariage mixte, est un de ces privilèges qu'Athènes n'accorde qu'exceptionnellement, et le *connubium* avec les citoyens romains est refusé aux étrangers à l'exception des *Latini Prisci*<sup>12</sup>. Dans l'Europe médiévale encore existe l'incapacité de formariage, c'est-à-dire l'impossibilité pour l'aubain de se marier hors de sa condition sans l'autorisation du seigneur ou du roi ; cette incapacité évoluera par la suite vers le paiement d'une redevance (droit de formariage) avant de disparaître peu à peu à partir du xv<sup>e</sup> siècle.

Si l'on ne retrouve guère trace d'une telle incapacité dans les sociétés modernes (on rappellera toutefois la nécessité pour l'étranger n'ayant pas au moins le statut de résident ordinaire, en France, d'obtenir une autorisation pour épouser un national — obligation qui est restée en vigueur jusqu'à son abrogation

récente en 1981, mais qui se justifiait plutôt par des raisons de sécurité que par la crainte d'une pénétration étrangère), d'autres incapacités en revanche ont subsisté plus longtemps.

L'accès à la *propriété immobilière*, par exemple, a fait l'objet de restrictions dans certains pays jusqu'à l'époque contemporaine, alors même qu'il n'avait pas été systématiquement dénié aux étrangers aux époques antérieures. Tandis que le *Xenos*, mais aussi le métèque se voient refuser en Grèce le droit de posséder des biens immobiliers, les pérégrins à Rome, privés de la propriété quiritaire du *jus civile*, accèdent néanmoins à la propriété sous l'empire de leurs propres lois. De même, en Europe, à partir du Moyen Age, le droit évolue très différemment sur le continent et en Angleterre. Dans l'Europe continentale, l'aubain pouvait, semble-t-il, acquérir des terres à condition d'avoir fait aveu (il est vrai qu'il n'était plus alors considéré comme étranger) ; en tout état de cause, si l'incapacité a existé, elle disparaît très tôt et ne reparait plus par la suite. Paradoxalement, c'est en Angleterre, où les étrangers jouissent d'un régime plus favorable, incluant le droit de s'établir et de commercer librement, ainsi que le bénéfice de l'*habeas corpus*, que la propriété immobilière a été reconnue pleinement le plus tardivement : en 1870. Aux Etats-Unis, où le droit était au départ calqué sur la *common law*, l'ouverture du pays aux nouveaux immigrants a conduit à leur reconnaître libéralement le droit d'acquérir des terres après l'Indépendance ; mais dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, avec le rétrécissement des ressources domaniales, certains Etats prennent des mesures restrictives dont la Cour suprême reconnaît la constitutionnalité<sup>13</sup>. Depuis lors, les restrictions ont été progressivement levées, mais la légitimité d'éventuelles discriminations justifiées par la protection du bien-être ou de la sécurité publics n'a été remise en cause que récemment<sup>14</sup>.

Dans ce domaine, au demeurant, le droit international semble bien admettre la possibilité pour les Etats, en l'absence de clauses particulières des traités, de restreindre ou même de supprimer le droit des étrangers de posséder des immeubles<sup>15</sup>. Mais en pratique les Etats sont d'autant moins enclins à limiter l'accès des étrangers à la propriété immobilière que celle-ci ne représente plus un enjeu par elle-même : les véritables enjeux, aujourd'hui, sont d'ordre économique ; ils se posent

moins en termes de propriété qu'en termes d'utilisation des capitaux privés dans la sphère économique, de sorte que les Etats ne se préoccupent de contrôler la propriété — mobilière autant qu'immobilière — des étrangers que lorsque sont en cause les intérêts de l'économie nationale, lorsque cette propriété leur confère une influence jugée excessive sur l'économie du pays.

*L'incapacité successorale* est également l'une de celles qui, déjà en vigueur dans les civilisations anciennes, se retrouve dans les sociétés modernes jusqu'à une date récente. Cette incapacité revêt deux aspects, dont l'évolution est d'ailleurs généralement liée : elle inclut d'une part l'impossibilité de transmettre ses biens par héritage — qui reviennent alors à la collectivité ou à l'autorité qui la gouverne —, d'autre part l'interdiction d'acquérir par succession des biens appartenant à un membre de cette collectivité. Elle apparaît donc à la fois comme une marque de la précarité de la condition d'étranger, dont les biens sont confisqués à sa mort (lorsqu'ils ne l'ont pas été de son vivant), et comme une mesure de protection du patrimoine collectif. Bien que le régime successoral des étrangers soit une matière relativement mal connue et mouvante, on peut dire que dans l'Antiquité les étrangers étaient en règle générale exclus du droit de transmettre et d'acquérir des biens à cause de mort, à l'exception de certaines catégories privilégiées.

C'est surtout au Moyen Age que le droit d'aubaine, qui permettait la dévolution au seigneur ou au roi des biens des étrangers décédés, a connu un grand développement, l'incapacité successorale étant considérée comme l'incapacité type de l'aubain. Elle a vu sa portée progressivement restreinte entre le xvi<sup>e</sup> et le xviii<sup>e</sup> siècle sous l'effet des traités d'abolition réciproque du droit d'aubaine ou même de mesures unilatérales prises au bénéfice de catégories d'étrangers de plus en plus nombreuses, au point qu'on a pu dire que le droit d'aubaine était moribond, en France, à la fin de l'Ancien Régime. Symbole de la condition inhumaine faite à l'étranger, il est solennellement aboli par l'Assemblée constituante dès 1790, tandis qu'une loi de 1791 donne à l'étranger la possibilité de recueillir la succession d'un Français. Mais il ressuscite très vite, puisque le Code civil rétablit les deux incapacités pour tous les étrangers

qui ne peuvent se prévaloir de la réciprocité exigée par l'article 11 du Code : ce sont donc, comme précédemment, les traités qui permettent d'en atténuer les effets, jusqu'à ce que le droit d'aubaine finisse par disparaître des législations nationales (en 1819 en France). Il faut noter que l'incapacité successorale est considérée aujourd'hui, contrairement aux restrictions apportées à la propriété immobilière, comme contraire au droit international.

Sans prétendre dresser le bilan d'une évolution dans un domaine où l'hétérogénéité des systèmes juridiques et des conceptions de la personne qui les sous-tendent rend toute comparaison délicate sinon périlleuse, on peut néanmoins faire deux constatations : la première, c'est qu'il existe un petit nombre de facultés qui sont refusées à l'étranger avec une relative constance, suffisamment en tout cas pour qu'on puisse les considérer comme significatives d'une certaine stabilité de la condition civile de l'étranger à travers les siècles ; la seconde, à l'inverse, c'est que les discriminations dans la sphère privée se sont progressivement atténuées à partir de l'ère moderne, à mesure que sous l'influence du jusnaturalisme et des conceptions juridiques modernes, précisément, les droits civils sont apparus comme des attributs de la personne humaine — à mesure, également, que les raisons de refuser aux étrangers la jouissance de ces droits se sont estompées.

### *Homo œconomicus*

La distinction d'une sphère privée et d'une sphère économique ne va pas de soi — d'autant moins que l'idéologie libérale dominante nous a habitués à considérer l'activité déployée par l'individu dans la sphère économique comme strictement privée, d'autant aussi qu'elle s'exerce par le biais d'institutions du droit privé telles que la propriété et le contrat. Il apparaît pourtant que dans la plupart des sociétés un sort spécial est réservé à l'activité économique des étrangers — ce qui s'explique fort bien si l'on se rappelle que les premiers étrangers présents sur le territoire ont souvent été des marchands. Au-delà de cette constante, toutefois, les mutations socio-économiques, et notamment l'essor puis les transformations du capitalisme, ont eu dans ce domaine un impact très impor-

tant sur la condition des étrangers, en modifiant à la fois l'approche des problèmes et les solutions pratiques qui leur étaient apportées. Deux transformations capitales méritent d'être relevées : d'une part le contrôle croissant par les Etats de l'activité économique des étrangers, d'autre part le changement qui affecte la structure et la consistance même des droits reconnus ou refusés à l'étranger, dans la mesure où celui-ci apparaît de plus en plus souvent sur la scène économique comme travailleur salarié.

*L'activité économique* est *a priori* plus largement ouverte aux étrangers dans les sociétés libre-échangistes que dans les sociétés autarciques : dans un tel contexte, en effet, des traités de commerce et d'établissement viennent reconnaître aux ressortissants de certains Etats étrangers des avantages bientôt étendus à ceux d'autres pays par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée. Par ailleurs, le principe de la libre concurrence, là où il est affirmé, joue généralement aussi en faveur des étrangers. Mais même dans un régime de liberté économique on constate une tendance à avantager l'activité des nationaux au détriment de l'activité des étrangers — tendance qui a été en s'accroissant tout au long du *xx<sup>e</sup>* siècle, au point que, là où la liberté est demeurée la règle pour les nationaux, elle est devenue aujourd'hui l'exception pour les étrangers.

Si l'on se cantonne aux sociétés industrielles, les premières restrictions significatives sont apparues vers la fin du *xix<sup>e</sup>* et le début du *xx<sup>e</sup>* siècle. Elles se sont d'abord traduites par un rétrécissement progressif du champ des activités professionnelles accessibles aux étrangers — parfois dicté par la crainte de l'influence étrangère dans des domaines supposés sensibles, mais beaucoup plus souvent par la volonté de protéger les nationaux contre la concurrence étrangère. Cette tendance s'est manifestée même aux Etats-Unis, endiguée il est vrai par la Cour suprême qui déclare inconstitutionnelles les mesures protectionnistes prises par les Etats en matière d'emploi lorsqu'elles lui paraissent excessives et non justifiées par la protection du bien-être et de la sécurité publics ; on peut rappeler aussi que les restrictions touchant l'accès à la propriété immobilière sont autant de restrictions à l'activité économique des étrangers, puisqu'il s'agit concrètement de leur interdire l'achat de terres en vue de l'exploitation agricole ou minière.

En Europe, on voit de la même façon toute une série de professions se fermer peu à peu aux étrangers. L'évolution de la législation française offre une illustration exemplaire d'une tendance beaucoup plus générale : interdiction de diriger un établissement d'enseignement (1886), de pêcher dans les eaux françaises, de faire du cabotage entre les ports français et du remorquage (1889) — s'ajoutant à l'interdiction plus ancienne de récolter des herbes marines..., interdiction d'ouvrir des cercles de jeu ou des casinos (1907), restrictions à l'accès des professions médicales et paramédicales (1892, puis 1933), exclusion du bénéfice des concessions d'énergie hydraulique (1919), ainsi que des concessions de service public (1938), exclusion également, mais plus ancienne, de toute profession impliquant une participation à la gestion des services publics (offices ministériels, avocat, syndic...), y compris de services publics économiques (chemins de fer, manufactures de l'Etat, et plus tard entreprises publiques), etc. A quoi s'ajoutent différentes mesures de contingentement — d'abord pour les travailleurs salariés (1932), puis pour les artisans (1935), enfin pour les commerçants (1938) — impliquant la faculté d'imposer des quotas.

Au-delà de ces restrictions ponctuelles, c'est la liberté pour l'étranger de travailler qui est parallèlement remise en cause. Là encore, la législation française de l'entre-deux-guerres préfigure le régime qu'adopteront après 1945 la quasi-totalité des pays d'immigration européens. Le premier texte instituant à la fois la nécessité d'obtenir une autorisation pour travailler et le principe d'un contrôle sur le travail des étrangers est une loi de 1926, destinée à « assurer la protection du marché national du travail ». Le système mis en place sera progressivement perfectionné et complété, jusqu'à aboutir à une situation où les étrangers non seulement n'ont plus un droit à exercer une activité économique, mais ne sont pas libres non plus de choisir à leur gré une profession, ni même le lieu d'exercice de celle-ci. Et ce système, aux antipodes de toute idée de liberté, est très exactement, sinon dans ses modalités précises, du moins dans son esprit, celui qu'ont instauré aujourd'hui tous les pays industrialisés faisant appel à la main-d'œuvre étrangère. Pour travailler, les étrangers doivent en avoir préalablement obtenu l'autorisation, et cette autorisation, discrétion-

tionnaire, comme son renouvellement ultérieur, dépend d'abord des besoins en main-d'œuvre du pays d'accueil. Cette absence de liberté passe inaperçue dans les périodes d'expansion, où les autorisations sont accordées plus ou moins automatiquement ; elle se manifeste en revanche avec toutes ses conséquences (le refus du permis de travail entraînant le refus, voire le retrait du permis de séjour) en période de chômage, lorsque l'allégation de la situation de l'emploi conduit à refuser aux étrangers l'autorisation qu'ils sollicitent. La liberté ne reprend ses droits que sur la base des conventions internationales, au premier rang desquelles figure évidemment le Traité de Rome.

La liberté économique, le droit de travailler apparaissent comme des facultés singulièrement dégradées : ce ne sont pas des prérogatives inaliénables de la personne, puisqu'on peut les refuser à l'étranger. Au regard du droit international, la préférence accordée aux nationaux est licite dans le cadre de la protection du travail national, et elle justifie par voie de conséquence non seulement les discriminations en matière d'emploi et de profession, mais aussi le refus d'accès au marché national de l'emploi.

Le contraste est net, dès lors, entre cette absence d'un véritable droit au travail, qui apparaît comme éminemment discriminatoire dans des sociétés se réclamant de la liberté économique, et *l'égalisation progressive de la condition de l'étranger et du national au regard de la législation sociale*. La tendance à l'assimilation est relativement ancienne en ce qui concerne l'application de la réglementation du travail au sens strict — durée du travail, repos hebdomadaire, congés payés, rémunérations... — dans la mesure où l'intérêt des étrangers n'est pas ici seul en cause : il est de l'intérêt des nationaux, en effet, de ne pas subir la concurrence de travailleurs qui accepteraient des conditions d'emploi et de salaires moins favorables.

Mais la même tendance est également perceptible dans le secteur des « droits sociaux » au sens large : on vise essentiellement par là les prérogatives reconnues aux salariés pour assurer la défense de leurs intérêts et participer à la vie de l'entreprise, ainsi que la protection accordée aux travailleurs contre différents risques — maladie, vieillesse, accidents du travail... —, ou encore les prestations familiales. En France, au cours de la

dernière décennie, les travailleurs étrangers ont ainsi obtenu le droit de vote et d'éligibilité aux fonctions de représentants du personnel (sous la seule condition de « savoir s'exprimer en français »), le droit d'accéder à des fonctions de direction dans un syndicat ainsi qu'aux fonctions de délégué syndical, enfin le droit d'élire les conseillers prud'hommes. Quant aux prestations sociales et familiales, les étrangers en bénéficient en principe sur un pied d'égalité avec les Français — conséquence logique du fait que le financement de ces prestations est alimenté par des cotisations assises sur les salaires ; à cette réserve près, qui peut avoir des conséquences importantes en pratique, que la jouissance des différents droits est subordonnée, sauf disposition contraire des conventions bilatérales passées avec le pays d'origine, à une condition de territorialité : si l'étranger cesse de résider en France, ou si sa famille n'y réside pas avec lui, lui-même ou ses ayants droit perdent la totalité ou la quasi-totalité des droits qui leur étaient normalement reconnus.

L'évolution de la législation française vers une assimilation accrue reflète une tendance générale dans les pays industrialisés, également repérable dans les conventions internationales relatives au statut des travailleurs migrants, qui stipulent de plus en plus souvent l'égalité de traitement en matière de législation du travail et de protection sociale.

La reconnaissance relativement large aux étrangers de ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler les « droits sociaux » est symptomatique d'une double évolution : évolution des structures socio-économiques des pays industrialisés d'abord, où la conceptualisation et la généralisation de ces droits ne remontent guère plus loin que la seconde guerre mondiale (ce qui bien évidemment prive de sens toute tentative de comparaison dans ce domaine avec des époques plus anciennes) ; évolution de la structure de l'immigration, également, composée dans une proportion croissante de travailleurs — et de travailleurs salariés, régis par conséquent par la législation du travail et de la Sécurité sociale. Que cette reconnaissance intervienne au moment où s'amenuisent puis disparaissent la liberté économique et le droit au travail n'est paradoxal qu'en apparence : en tant que travailleur, l'étranger jouit des droits et prérogatives attachés à la condition de salarié ; mais en tant qu'étranger,

il ne peut accéder à cette condition puis la conserver qu'avec l'autorisation du pays d'accueil. Situation parfaitement cohérente — on y reviendra — avec les enjeux actuels de l'immigration et avec la finalité étroitement économique qui lui est assignée. L'essentiel est de pouvoir exercer un contrôle sur les flux migratoires afin d'adapter le volant de main-d'œuvre que constituent les travailleurs étrangers aux besoins de l'économie — et c'est pourquoi il ne saurait être question de reconnaître un quelconque droit à l'emploi. Il n'y a guère d'inconvénient, en revanche, à accorder aux étrangers la jouissance des droits sociaux sur un pied d'égalité avec les nationaux : au mieux, l'assimilation évite de créer des distorsions susceptibles de se retourner contre les travailleurs nationaux eux-mêmes ; au pire elle coûte un peu plus cher à l'Etat d'accueil — mais jamais aussi cher que la protection sociale accordée aux nationaux, dans la mesure où l'assimilation n'est jamais totale. Le seul butoir, en la matière, réside dans le refus d'accorder à l'étranger des prérogatives empiétant si peu que ce soit sur la sphère politique<sup>16</sup>.

### *Homo politicus*

On ne reviendra pas sur les motifs de l'incapacité générale et quasi universelle qui frappe l'étranger dans la sphère politique : n'appartenant pas au groupe social constitué en communauté politique, l'étranger ne peut logiquement ni exercer des fonctions qui lui confèreraient une fraction du pouvoir au sein du groupe, ni participer à la désignation des gouvernants. Et cette double exclusion, qui frappe même parfois les naturalisés de fraîche date, comme s'il fallait en quelque sorte qu'ils aient fait leurs preuves<sup>17</sup>, s'est maintenue à peu près intacte depuis les origines jusqu'à aujourd'hui, plus ou moins visible et rigoureuse simplement selon les formes politiques qu'ont revêtues les sociétés.

Le refus de laisser des étrangers accéder aux *fonctions publiques* se retrouve dans la plupart des sociétés, au moins comme principe général auquel il n'est porté atteinte qu'exceptionnellement. Sans doute les métèques servent-ils à Athènes dans l'armée et dans la flotte, sans doute encore voit-on dans l'Empire romain des barbares accéder à de hautes fonctions

militaires, ou, dans l'Europe monarchique, des étrangers s'occuper des finances du royaume. Mais dans l'ensemble les cités antiques, les royautés et seigneuries médiévales, les Etats modernes plus strictement encore réservent les plus hautes fonctions, celles qui confèrent à leurs titulaires une parcelle de la puissance publique, à leurs ressortissants.

Cet exclusivisme n'a pas été remis en cause à mesure que les fonctions publiques de nature administrative se sont spécifiées par rapport aux fonctions proprement politiques ; au contraire, l'expansion administrative, et par voie de conséquence la multiplication des emplois publics, a plutôt accentué la portée concrète des discriminations dans ce domaine, puisque l'accès de la fonction publique est aujourd'hui à peu près universellement fermé aux non-nationaux : à la fois parce qu'on ne conçoit pas que la fraction la plus minime du pouvoir étatique soit dévolue à un autre qu'à un national, et parce que les fonctionnaires jouissent très souvent d'un statut exorbitant et à certains égards privilégié par rapport au reste des citoyens, dont il paraîtrait inconcevable de faire bénéficier les étrangers.

Sans doute la force de ces arguments aurait-elle dû normalement s'éteindre avec l'atténuation du caractère exorbitant des fonctions publiques, dont la plupart n'impliquent guère de participation à l'exercice du pouvoir ni même d'une quelconque autorité ; d'autant que la distance qui hier encore séparait la condition du fonctionnaire de celle de la masse des salariés a tendance à se combler. On constate pourtant que l'exclusion des étrangers de la fonction publique, d'ailleurs parfaitement licite au regard du droit international, s'étend par contagion à d'autres emplois ou fonctions, simplement parce qu'ils associent leurs titulaires à la gestion de services publics ou relèvent du secteur étatisé : c'est ainsi qu'en France les entreprises publiques les plus importantes — SNCF, Air France, EDF... — recrutent exclusivement des nationaux, sans que cette discrimination puisse se justifier de façon cohérente au regard des motifs habituellement invoqués pour fonder de telles exclusions.

Les étrangers peuvent-ils, de façon générale, se livrer à une *activité politique* ? Ce terme, à la fois large et imprécis, recouvre une multiplicité d'activités plus ponctuelles qui sont rarement

explicitement interdites... mais dont l'exercice n'est pas vraiment libre pour autant. Les exemples allemand et français sont très significatifs, dans leurs différences comme dans leurs convergences, des incertitudes et des contradictions en ce domaine.

La loi fondamentale de la République fédérale fait une distinction, parmi les droits fondamentaux, entre ceux qui sont reconnus à tous et ceux qui sont réservés aux citoyens allemands : le droit de vote actif et passif, le droit de fonder des partis, mais aussi le droit de former des associations, le droit de réunion pacifique enfin sont l'apanage de ces derniers ; en revanche, le droit à la libre expression et à la diffusion de ses opinions ne fait l'objet d'aucune restriction fondée sur la nationalité. Mais, parallèlement, la loi de 1965 sur les étrangers dispose explicitement que l'activité politique des étrangers peut être restreinte ou interdite si cela apparaît nécessaire pour la protection de la sécurité ou de l'ordre publics, ou pour empêcher que ne soit portée atteinte à la formation de la volonté politique en République fédérale ou à tout autre intérêt important du pays. Sur la base de cette rédaction à la fois vague et large, ont pu être considérées comme illicites aussi bien des distributions de tracts que des manifestations ou des grèves susceptibles d'influencer le travail du Parlement<sup>18</sup>. Pourtant, et en sens inverse, tous les grands partis sont ouverts aux étrangers, et d'après la loi sur les partis politiques ils y ont les mêmes droits que les Allemands, aussi longtemps qu'il ne s'agit pas de choisir les candidats aux élections.

En France, les choses sont à la fois plus claires à certains égards et moins claires à d'autres. Elles sont plus claires s'agissant de la liberté d'association et de la liberté de la presse qui, sans se confondre avec l'activité politique, en constituent à la fois une condition nécessaire et une manifestation importante. Depuis un décret-loi de 1939, les étrangers étaient en effet exclus de la liberté d'association : les associations étrangères — ou réputées telles parce que ayant des administrateurs étrangers ou un quart de membres étrangers — devaient pour se constituer obtenir l'autorisation du ministre de l'Intérieur, qui se réservait de surcroît un droit de regard étendu sur leur fonctionnement et leurs activités. Cette disposition a été abrogée en 1981 par une des premières lois votées à la suite

de l'accession de la gauche au pouvoir. La liberté de la presse, également depuis un décret-loi de 1939, est de la même façon refusée aux étrangers en termes fort explicites : le ministre de l'Intérieur peut interdire la circulation, la distribution et la mise en vente en France des journaux ou écrits rédigés en langue étrangère ou « de provenance étrangère », notion des plus floues qui a fait l'objet d'une interprétation extensive.

En revanche, la liberté d'expression et l'activité politique des étrangers en tant que telles ne sont réglementées et donc restreintes par aucun texte ayant valeur de droit positif. Rien n'interdit donc aux étrangers, en principe, de s'exprimer oralement ou par écrit, ni d'adhérer à un parti politique et d'y militer ; et, de fait, beaucoup d'étrangers se sont livrés ouvertement, en France, notamment dans l'entre-deux-guerres, à une activité politique militante. Mais une doctrine gouvernementale constante n'en prétend pas moins contraindre les étrangers à s'abstenir de toute manifestation politique, sous peine de se voir expulsés du territoire ; et la violation de cette obligation de stricte neutralité politique est effectivement un motif d'expulsion fréquemment invoqué.

Reconnaître la liberté d'expression et la plupart des autres libertés publiques, sans reconnaître parallèlement une liberté pleine et entière en matière politique : aucune législation ne parvient à résoudre cette contradiction. Même en Suisse, où les étrangers sont censés jouir de tous les droits politiques autres que le droit de vote, et en particulier des droits d'association et de réunion, la prise de parole des étrangers au cours d'une réunion publique n'en est pas moins soumise à une autorisation préalable. Et l'on pourrait multiplier les exemples similaires.

*Les incapacités politiques* au sens strict — exclusion du droit de vote et *a fortiori* de l'éligibilité — survivent avec constance à travers les époques, avec ici le paradoxe que les discriminations sont d'autant plus voyantes que la vie démocratique est développée. On a déjà mentionné le fait qu'à Athènes l'absence de droits politiques restait la marque distinctive de la condition de métèque après que tous les autres privilèges des citoyens lui aient été l'un après l'autre accordés. Le renouveau de la démocratie à l'époque moderne et contemporaine n'a nullement conduit à remettre en cause le lien

unissant les droits civiques à la nationalité : si l'on excepte les brefs épisodes révolutionnaires de 1793 en France et de 1918 en Russie, la crainte d'une ingérence étrangère dans les affaires intérieures du pays jointe à une conception rigide de la souveraineté nationale — ou tout simplement de la Nation — l'a toujours emporté sur toute autre considération. Aucune règle du droit international, au demeurant, n'oblige, on l'a vu, les Etats à accorder des droits politiques aux étrangers ; aucun texte — ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme — ne reconnaît de droits politiques aux migrants ni ne considère comme discriminatoire le fait pour un Etat d'établir des distinctions à cet égard entre nationaux et étrangers.

Il est dès lors moins intéressant d'insister sur le consensus qui semble régner sur ce point que d'indiquer les manifestations récentes d'une remise en cause partielle et progressive des certitudes acquises. On commence en effet à prendre conscience de ce que les émigrés, en raison du relâchement de leurs liens avec le pays d'origine, se trouvent exclus de toute vie politique ; on se demande également si la présence d'une population étrangère importante qui participe à la vie économique et dont on souhaite améliorer l'insertion sociale ne doit pas conduire à atténuer la liaison rigoureuse entre droits civiques et nationalité. Plusieurs organisations internationales, au niveau européen en particulier, se sont saisies de la question et ont fait un certain nombre de recommandations aux Etats membres, préconisant par exemple de créer des conseils consultatifs communaux pour immigrés, à l'image de ce qui s'est fait dans certains pays, et même de donner le droit de vote aux étrangers au niveau local.

Parallèlement, différentes expériences, de portée variable, ont été tentées par les Etats où la population immigrée est importante ; la plupart se limitent au niveau local : la justification en est que les décisions des autorités municipales ont une incidence plus immédiate sur les conditions de vie des immigrés, et que leur participation à ce niveau est donc à la fois plus logique... et moins impliquante sur le plan politique que ne le serait leur participation au niveau national.

Le pays qui est allé le plus loin dans cette voie est la Suède, puisqu'en 1975 le Parlement a voté une loi accordant aux

étrangers résidant en Suède depuis plus de trois ans le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales et départementales. Les étrangers ont depuis lors été invités également à participer au référendum organisé en 1980 sur l'avenir de l'énergie nucléaire, et il est sérieusement envisagé de les autoriser à prendre part aux prochaines élections législatives, en 1988. L'exemple de la Suède a été suivi par le Danemark et la Norvège (où la population étrangère, il est vrai, est peu nombreuse), et plus récemment par les Pays-Bas. On peut citer aussi le cas du canton de Neuchâtel, en Suisse, où le droit de vote est accordé (depuis 1849...) aux étrangers qui sont établis dans le pays depuis plusieurs années.

Si cette énumération n'est pas exhaustive, il n'en demeure pas moins que les exceptions au principe de l'exclusion des droits politiques restent... exceptionnelles<sup>19</sup>. La plupart des pays, lorsqu'ils ont voulu développer la participation des immigrés à la vie locale, ont choisi une formule beaucoup plus timide : celle des comités consultatifs communaux. L'expérience a débuté en 1968 en Belgique, elle a également été tentée en Allemagne fédérale ; si elle permet de consulter les représentants des immigrés sur les problèmes qui les concernent, elle n'a évidemment pas la même portée, ni sur le plan théorique, ni sur le plan pratique, que l'octroi du droit de vote à l'égal des citoyens. En France, beaucoup de communes ont mis en place, depuis 1971, différents mécanismes destinés à améliorer la prise en compte des problèmes spécifiques de la population immigrée ; mais il s'agit de procédures très informelles, bien en deçà encore des expériences tentées en Belgique et en Allemagne.

L'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981 a ranimé la controverse sur l'opportunité d'accorder aux étrangers le droit de vote au niveau local. Cette mesure, qui figurait depuis longtemps dans le programme du parti socialiste, après avoir été annoncée comme imminente, a finalement été abandonnée... comme prématurée. Plus intéressants encore que les réticences dont témoigne cette volte-face sont les arguments invoqués à l'appui de la proposition initiale, dans la mesure où ils sont avant tout d'ordre pragmatique : à aucun moment il n'a été envisagé de remettre en cause la conception traditionnelle de la souveraineté nationale (ce qui explique qu'on s'en tienne à

l'octroi du droit de vote au niveau local, au motif — juridiquement fragile, d'ailleurs<sup>21</sup> — que la souveraineté nationale n'est pas ici en jeu) ; le droit de vote est conçu comme un simple aménagement du système existant, permettant une meilleure insertion sociale des immigrés sur leur lieu d'habitation et favorisant la solution des problèmes concrets et immédiats (logement, culture...) qui se posent à eux — *nullement comme une révolution politico-juridique débouchant sur la définition d'une nouvelle forme de citoyenneté dissociée de la nationalité* et sur l'octroi sans restriction de tous les droits politiques<sup>20</sup>. Le caractère très minoritaire de cette dernière position, dont l'idée n'est guère soutenue en dehors de cercles restreints, atteste la prégnance du schéma traditionnel liant les droits civiques à la nationalité, dont la gauche, presque autant que la droite, a du mal à se détacher, tant il est solidement ancré dans les représentations collectives.

Si la condition des étrangers a évolué à mesure que se transformaient les formes politiques, les structures socio-économiques, les systèmes juridiques des collectivités humaines au sein desquelles ils vivaient, les fondements de leur statut juridique sont en revanche demeurés stables, comme est restée stable la place qui leur est assignée dans la société. Et l'on constate, à cet égard, des correspondances frappantes entre le champ social et le champ juridique : à la singularité de la condition d'étranger correspond un droit à part, différent de celui qui régit les nationaux ; à l'hétérogénéité de la population étrangère correspond un fractionnement extrême des statuts applicables ; à une situation d'altérité fondamentale correspond une logique juridique de discrimination, voire d'exclusion ; à l'extranéité correspond l'interférence de plusieurs ordres juridiques ; à la précarité de leur situation sociale, enfin, correspond, on le verra, une forme juridique dévaluée, un droit au rabais. Et ces correspondances sont stables parce qu'elles résultent de l'interaction constante entre statut juridique et condition sociale, le statut juridique de l'étranger reflétant mais aussi perpétuant sa situation précaire et diminuée.

## TROISIÈME PARTIE

# Le droit à l'épreuve de l'immigration

*Statut juridique de l'étranger  
ou droit politique de l'immigration ?*

Le droit à l'épreuve de l'immigration : il faut prendre l'expression à la lettre et dans ses deux acceptions. L'immigration, les phénomènes migratoires permettent d' « éprouver » le droit, d'en juger la valeur, la qualité, de montrer comment il réagit aux évolutions conjoncturelles, sous l'effet de quels facteurs et à quel rythme il évolue : l'immigration agit ici comme un révélateur de la nature du droit, du mode d'articulation entre le social et le juridique. Mais le droit à l'épreuve de l'immigration, cela veut dire aussi qu'il n'en sort pas indemne, dans la mesure où l'immigration débouche sur une remise en cause des fondements de l'ordre juridique, menace les acquis de l'Etat de droit. On pourrait dire en somme, pour relier les deux idées et en jouant sur la polysémie du

mot, que l'immigration met le droit à rude épreuve. Mais cette liaison dépasse le simple jeu de mots : l'extrême sensibilité du statut des étrangers aux aléas de la conjoncture et l'instabilité juridique qui en découle renvoient à l'instabilité de leur situation sociale, à leur absence d'insertion dans la société de résidence où ils sont toujours en sursis ; et cette instabilité juridique est rendue techniquement possible, elle est même favorisée par les caractéristiques du droit applicable aux étrangers, auquel font défaut la plupart des constituants habituels d'un ordre juridique digne de ce nom.

Lorsqu'on rétrécit le champ de vision à l'époque contemporaine (car une telle analyse n'a de sens qu'à l'intérieur d'une période de temps et d'un espace juridique homogènes), on voit nettement comment le statut des étrangers tend à se subordonner aux politiques migratoires des pays d'accueil : au point qu'il convient moins de parler d'un statut des étrangers que d'un droit de l'immigration, car c'est l'immigration, avec les bénéfiques, mais aussi les inconvénients qu'elle entraîne, qui est la véritable préoccupation des gouvernants — et nullement les étrangers, qui subissent simplement les retombées d'une politique tout entière tournée vers les intérêts du pays d'accueil. Droit et politique, c'est vrai, ont toujours partie liée, puisque le droit est à la fois l'instrument d'une politique et l'émanation du pouvoir politique ; mais en l'absence de freins et contrepoids, il n'y a pratiquement plus ici de limite à la subordination du droit à la politique — politique d'immigration à moyen terme du pays d'accueil ou vicissitudes de la vie politique interne et internationale.

Une fois ce constat dressé, on est alors amené à se pencher plus attentivement sur la texture de ce droit si sensible aux aléas de la politique : faire l'anatomie d'un infra-droit, c'est mettre en lumière les caractères particuliers du droit applicable aux étrangers, son mode de fonctionnement en marge de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil et affranchi des contraintes de l'Etat de droit ; c'est aussi éclairer les mécanismes par lesquels la population immigrée est maintenue dans la marginalité et l'insécurité ; c'est enfin comprendre pourquoi ce droit peut se modeler à tout instant sur les objectifs changeants d'une politique d'immigration dont il est le vecteur et l'instrument efficace.

---

## *Sous le droit, la politique*

Insister sur la dimension politique du droit de l'immigration et mettre l'accent sur sa subordination à la politique dans les deux sens du mot (celui que les Anglais désignent par *policy* mais aussi celui qu'ils désignent par *politics*) heurtent de prime abord l'idée communément admise qu'en matière d'immigration les considérations économiques sont décisives ; au-delà, elle contredit aussi l'idée — qui n'appartient plus au sens commun mais à la théorie — que l'économique serait, ici comme ailleurs, déterminant (au moins « en dernière instance »), et que le droit de l'immigration refléterait avant tout un certain état des rapports de production, dans l'ordre interne comme au niveau international.

On ne peut effectivement que constater le poids écrasant des facteurs économiques à une époque où les migrations sont commandées à la fois par les besoins des économies nationales des pays industrialisés et par le déséquilibre de l'économie mondiale, et où elles représentent un aspect, et non le moindre, de l'échange inégal entre les pays sous-développés fournisseurs de main-d'œuvre et les pays développés demandeurs de main-d'œuvre. On objectera pourtant que, si les préoccupations économiques sont aujourd'hui les plus manifestes, il n'en a pas été ainsi partout et toujours, même en se limitant à la période contemporaine (qu'on pense à l'inquiétude suscitée par l'afflux des réfugiés à la veille de la seconde guerre mondiale), et qu'à l'heure actuelle encore elles sont loin d'être exclusives, comme en témoigne le fait que la présence des étrangers sur le territoire soit devenue un thème privilégié du débat politique.

Mais l'essentiel n'est pas là. Aussi importants que soient les facteurs économiques, ils ne déterminent pas mécaniquement ni exclusivement le droit applicable aux étrangers ; à chaque instant il existe une multiplicité de facteurs qui conditionnent le contenu et l'évolution de ce droit, les uns structurels, les autres conjoncturels, les uns matériels — économiques, démographiques... —, les autres relevant de l'idéologie ou plus largement des « structures mentales ». Les données structurelles ne s'ajustent pas automatiquement, elles représentent des niveaux différents de la réalité dont l'évolution n'est ni synchrone, ni harmonisée ; mais elles interfèrent pour engendrer des espaces de compatibilité et d'incompatibilité : les structures économiques (les besoins de l'économie capitaliste) ne jouent qu'à l'intérieur du champ d'un possible déterminé par le jeu combiné des structures politiques (l'Etat-Nation) et des structures mentales (l'étranger-Autre, donc menaçant), et réciproquement. Ces structures profondes, à évolution lente, représentent des déterminants « lourds », des contraintes dont l'histoire immédiate, les hommes qui font l'histoire ne peuvent s'affranchir ; elles tracent la limite entre ce qui est pensable, concevable, faisable à une époque et en un lieu donnés, et ce qui ne l'est pas ; elles imposent une certaine façon de poser les problèmes ainsi qu'un répertoire fini de solutions. Néanmoins, le jeu de ces structures profondes qui ne s'ajustent pas sans heurts ni contradictions laisse une part d'indétermination, de contingence dans le devenir des sociétés ; et c'est cette part d'indétermination qu'il revient au politique de combler, le politique étant ici le lieu où sont prises les décisions, où convergent et se condensent tous les impératifs contradictoires : les contraintes structurelles, d'un côté, qui agissent dans la longue durée, non pas immuables mais dont on n'aperçoit le mouvement qu'*a posteriori*, avec le recul du temps ; les données conjoncturelles, de l'autre, les préoccupations à court ou moyen terme, d'ordre politique, économique, idéologique, qui influent sur les choix à l'intérieur du champ laissé libre par les précédentes.

On s'est jusqu'ici surtout préoccupé du jeu des structures profondes, matérielles et mentales, des transformations lentes qui conditionnent l'évolution à long terme du droit applicable aux étrangers ; c'est l'impact de la conjoncture, de l'événement, qui dicte l'écriture immédiate du droit, qu'il convient à

présent d'analyser, en montrant comment le droit laisse à chaque instant transparaître les préoccupations à court ou moyen terme des gouvernants.

#### LA SUBORDINATION AUX POLITIQUES D'IMMIGRATION

Les politiques migratoires se divisent, idéalement, en deux catégories : les politiques de peuplement, à visée principalement démographique, et les politiques de main-d'œuvre, à visée économique. Idéalement, car dans la réalité les deux préoccupations sont parfois mêlées — ce qui ne va pas d'ailleurs sans contradictions : les exigences ne sont pas les mêmes lorsqu'on recrute des immigrants qui viendront s'établir durablement dans le pays d'accueil et auront vocation à en acquérir à terme la citoyenneté, et lorsqu'on recherche simplement la main-d'œuvre dont l'économie nationale a besoin, en recourant à des travailleurs étrangers dont la vocation est de retourner, à échéance plus ou moins proche, dans leur pays d'origine.

Si les exigences ne sont pas les mêmes, cela veut dire aussi que la législation applicable sera différente selon qu'on a en vue une immigration définitive ou temporaire. En ce sens, déjà, on peut parler d'une subordination du statut des étrangers aux politiques d'immigration des pays d'accueil. Mais on constate également une très grande sensibilité du droit aux fluctuations des politiques migratoires : la législation enregistre fidèlement, quoique avec souvent un temps de retard, la variation des besoins des pays d'immigration. Doté d'une structure stable en rapport avec la finalité globale de l'immigration, le droit se révèle très instable dans le détail de ses dispositions, qui ont tendance à se modeler étroitement sur les variations conjoncturelles de l'économie. Cette instabilité indique d'ailleurs que le terme de « politique migratoire » doit être pris ici dans un sens faible, comme renvoyant à l'intention des gouvernants de plier l'immigration aux besoins du pays, et ne préjugant pas de leur capacité effective d'élaborer une politique d'immigration cohérente à long terme.

La distinction entre deux grands types de politiques d'immigration est plus facile à faire conceptuellement qu'à repérer en pratique dans la législation des Etats. Les objectifs de la

politique d'immigration ne sont pas toujours explicités, et, lorsqu'ils le sont, il peut y avoir divergence entre les objectifs affichés et la pratique effectivement suivie. Souvent aussi, immigration définitive et immigration temporaire coexistent, en droit ou en fait, dans un même pays à une même époque, conférant alors à la législation en vigueur un caractère hybride. Le comportement des étrangers échappe lui-même parfois au moule réglementaire dans lequel on tente de l'enfermer : aux Etats-Unis, terre d'immigration, 31 % des immigrants arrivés entre 1908 et 1957 sont repartis ; à l'inverse, en RFA, pays par excellence de l'immigration temporaire, 68 % seulement des personnes entrées entre 1961 et 1976 l'ont fait. Il existe néanmoins des situations « idéal-typiques » qui permettent de mettre en évidence les caractères spécifiques d'une législation conçue pour répondre aux exigences d'une immigration de peuplement (on pense notamment au cas des Etats-Unis), par opposition à une législation inspirée par des préoccupations exclusivement économiques, comme celle des pays européens depuis 1945 — l'une et l'autre pouvant d'ailleurs se trouver en porte à faux lorsque les conditions qui leur ont donné naissance changent. Entre les deux, une législation hybride, comme celle de la France, traduit l'ambiguïté d'une politique qui n'a jamais choisi clairement entre ces deux objectifs.

### *Peupler un pays*

*Une politique pure : les Etats-Unis.* — La législation américaine est fondée sur une distinction tranchée entre deux grandes catégories d'étrangers : les immigrants et les autres. Un *resident alien* (ou *immigrant alien*) est la personne admise à résider de façon permanente, qui peut travailler et vivre n'importe où dans le pays et a vocation à être naturalisée au bout de cinq ans de résidence. Le non-résident ou non-immigrant est la personne admise pour une période d'une durée déterminée : dans cette catégorie entrent les fonctionnaires des Etats étrangers, les travailleurs temporaires, les visiteurs, les étudiants étrangers... — et d'une façon générale tous ceux qui ne sont pas autorisés à séjourner indéfiniment et qui n'ont donc pas vocation à être naturalisés. Alors que le nombre d'étrangers résidents admis chaque année est aujourd'hui d'environ 400 000, le nombre des

non-immigrants dépasse 3 millions, sans compter les « clandestins » dont il sera question plus loin. Pourtant, c'est surtout des premiers que le Congrès s'est de tout temps préoccupé, dans la mesure où cette immigration durable, généralement définitive, était et est encore destinée à fournir aux Etats-Unis de futurs citoyens.

Ce qui frappe, dans cette législation et son évolution depuis deux siècles, c'est l'*ambivalence qu'elle reflète envers les immigrants* : comme une hésitation perpétuelle entre le souhait de garder « l'Amérique aux Américains », entraînant une certaine méfiance envers les étrangers, et la fidélité aux idéaux exprimés par George Washington ou par les mots gravés au pied de la statue de la Liberté : « *Give me your tired, your poor... Send these the homeless, tempest-tost to me.* » De cette hésitation résulte le balancement de la politique d'immigration entre l'ouverture et la fermeture : ouverture, puisque l'Amérique est, plus que toute autre, terre d'immigration et de refuge ; fermeture, car le filtrage à l'entrée est plus sévère qu'ailleurs, d'autant plus sévère que l'immigration engage l'avenir du pays à long terme et pas seulement sa prospérité immédiate. Et à mesure que le temps a passé, à mesure que les Etats-Unis sont devenus un pays comme les autres, ayant fait le plein de ses habitants, la fermeture l'a emporté sur l'ouverture.

1783 : l'année où est ratifiée par le Traité de Versailles l'indépendance des Etats-Unis d'Amérique, George Washington proclame : « *The bosom of the American is open to receive not only the opulent and respectable stranger [on note qu'il n'utilise pas le terme alien] but the oppressed and persecuted of all nations and religions, whom we shall welcome to a participation of all our rights and privileges.* » Pendant près d'un siècle, la conquête de l'Ouest entretient une atmosphère réceptive aux immigrants et permet d'accomplir la promesse de George Washington : les frontières sont ouvertes, et le fait d'être étranger n'est pas un facteur de discrimination, même si, comme on l'a vu plus haut, il n'y a pas égalité totale de droits entre étrangers et citoyens, le plus important étant la capacité de coopérer dans le présent et non les origines ancestrales. Dans ce tableau optimiste, il y a quand même quelques ombres, telle la nécessité, imposée dès l'origine par la Constitution, d'être *american born* pour pouvoir accéder à la Présidence des Etats-Unis, ou encore

l'adoption par le Congrès, lorsque le nombre des immigrants s'accroît, d'une série de lois restrictives exprimant une nette méfiance envers les étrangers<sup>1</sup>. Malgré tout, et en dépit notamment de réactions xénophobes qui se manifestent au moment de la dépression de 1837, l'immigration reste libre et incontrôlée.

Les premières restrictions vont apparaître à partir de 1875 — époque qui correspond également, on l'a vu, aux premières restrictions apportées à l'accès des étrangers à la propriété foncière : de plus en plus nombreuses, elles demeurent toutefois purement négatives, n'exprimant aucune vision d'ensemble, aucune politique à long terme de l'immigration. Les textes se succèdent à un rythme rapide et cumulent leurs effets, inspirés par la volonté de protéger la santé morale et physique des citoyens ainsi que leur homogénéité raciale. Seront ainsi exclus : les prostituées et les condamnés (1875), les fous (*lunatics and idiots*) et les indigents (1882), plus tard les polygames, les extrémistes, les handicapés physiques ou mentaux, les tuberculeux, les illettrés... À terme, on comptera trente catégories d'étrangers indésirables. Parallèlement, le *Chinese Exclusion Act* de 1882 stoppe l'immigration chinoise, et un accord passé avec le Japon en 1907 restreint l'immigration japonaise ; en 1917, le Congrès proscriera totalement l'immigration en provenance d'Asie. Si l'on est bien loin des idéaux de Washington, les Etats-Unis continuent néanmoins, jusqu'à la première guerre mondiale et sauf pour les Orientaux, à faire figure de refuge, de pays ouvert, sinon accueillant, vers lequel l'émigration est aisée.

Un tournant est pris, tournant définitif à beaucoup d'égards, au lendemain de la guerre. La législation inaugurée en 1921 et demeurée en gros en vigueur jusqu'en 1965 instaure, avec la fixation de *quotas modulés en fonction de l'origine nationale*, un nouveau modèle de régulation, révélateur des idées et des préoccupations dominantes du pays durant toute cette période : l'isolationnisme et la crainte que les Européens n'importent avec eux leurs conflits en Amérique ; la crainte également d'une certaine concurrence sur le marché du travail ; plus tard, le souci de la sécurité intérieure des Etats-Unis ; et surtout, le refus d'admettre le mélange sans limites de populations de races et d'origines variées, à un moment où l'immigration se diversifie de plus en plus et où l'on doute, à tort ou à raison,

de la capacité des nouveaux immigrants à se fondre dans le *melting pot*. Les quotas, justement, pièce essentielle du nouveau dispositif législatif, vont permettre de réguler la composition de la population pour l'avenir, en tenant compte du degré d'assimilation supposé des différents groupes. Le système des quotas est inauguré sous une forme rudimentaire en 1921, par le *Quota Act* qui limite le nombre des immigrants de chaque nationalité à 3 % du nombre des personnes de même origine qui résidaient aux Etats-Unis en 1910. Toutefois, l'immigration en provenance de l'hémisphère occidental — c'est-à-dire du continent américain — reste libre. Le système est modifié et perfectionné à plusieurs reprises, en dernier lieu par l'*Immigration and Nationality Act* de 1952 : dans sa version définitive, l'immigration en provenance des pays hors de l'hémisphère occidental est plafonnée à 150 000 par an, et l'année de référence est fixée à 1920, ce qui avantage considérablement les Britanniques, les Allemands et les Irlandais<sup>2</sup>. Cette législation marque la fin de l'immigration de masse aux Etats-Unis.

L'abrogation du système des quotas par nationalité en 1965 représente l'adaptation (tardive) de la législation aux nouvelles réalités américaines : car, dans l'intervalle, les Etats-Unis sont devenus une société virtuellement close, dont le peuplement est achevé, et où l'immigration, en même temps qu'elle se diversifie, est en train de changer de signification pour le pays, comme sans doute pour les immigrants. La loi de 1965 élimine donc le système en vigueur depuis plus de quarante ans, et le remplace par un plafond annuel : l'immigration en provenance des pays de l'hémisphère occidental est limitée à 120 000 personnes par an, et celle provenant des autres continents à 170 000 personnes par an ; la sélection ne se fait plus sur la base de l'origine nationale mais en fonction d'un système complexe de « préférences » privilégiant, dans l'ordre, les enfants de citoyens américains, les familles des citoyens ou résidents, les travailleurs possédant des qualifications correspondant aux besoins du pays, les réfugiés. La loi a été amendée en 1976 et 1978 de telle façon que 80 % des immigrants entrent au titre de la réunion des familles et 20 % au titre des qualifications particulières, et qu'il est en pratique devenu impossible d'immigrer aux Etats-Unis si l'on n'entre pas dans une de ces deux catégories (à moins d'être réfugié). La législation en

vigueur est donc ouvertement restrictive et s'avère dans l'ensemble assez cohérente avec la situation actuelle des Etats-Unis sur le plan démographique : les Etats-Unis n'étant plus un pays d'immigration n'ont plus besoin de veiller à maintenir par un système de quotas les équilibres ethniques de la population ; en revanche, la santé physique et morale de cette population et son bien-être d'un côté, la sécurité du pays de l'autre justifient aujourd'hui comme hier l'exclusive à l'encontre des indésirables, depuis les subversifs, les criminels ou les malades mentaux jusqu'aux homosexuels et aux consommateurs de marijuana...

En dépit des idéaux proclamés initialement, les intérêts des Etats-Unis et de ses habitants l'ont très tôt emporté sur les considérations éthiques qui auraient conduit à ouvrir toutes grandes les portes du pays aux étrangers cherchant refuge contre la misère et l'oppression. D'où une politique d'immigration autoprotectrice, à la fois conservatrice et protectionniste ; d'où aussi le paradoxe d'une nation d'immigrants qui décourage l'entrée des étrangers sur son territoire, et qui les regarde avec méfiance. Car la logique eût voulu qu'une fois admis dans le pays sur la base d'une sélection rigoureuse les immigrants y jouissent des mêmes droits que les citoyens. Or, on l'a vu, l'assimilation n'a jamais été totale : et si, aux yeux de la Cour suprême, le fait d'être étranger n'est plus pour les Etats une raison valable d'établir des discriminations, il n'en va pas de même des discriminations résultant de la législation fédérale.

Il reste que les caractères propres de l'immigration dans le contexte américain confèrent aux étrangers-résidents un statut différent de celui qu'ont les étrangers en Europe. Socialement et psychologiquement la situation de ces immigrants ne peut être comparée à celle des travailleurs migrants ; et sur le plan juridique, également, le fait qu'ils aient normalement vocation à devenir citoyens atténue la barrière qui, partout ailleurs, sépare nationaux et étrangers. Si ce qui compte, pour déterminer les droits dont l'étranger peut se réclamer, c'est l'intensité des liens qu'il a noués avec la communauté, sa participation effective et son degré d'identification à la société, plus que sa nationalité, comme semble l'indiquer la jurisprudence récente de la Cour suprême<sup>3</sup>, la ligne de démarcation passera plus souvent entre les résidents et les non-résidents qu'entre les résidents et les citoyens.

Mais la législation américaine, précisément parce qu'elle est conçue en fonction d'impératifs démographiques, s'avère en porte à faux lorsque l'immigration change de nature : car depuis les années 70, tandis que l'immigration légale n'est désormais acceptée qu'au compte-gouttes, l'essentiel de l'immigration est constitué par des travailleurs qui entrent clandestinement et réussissent à s'embaucher d'autant plus facilement que la carte d'identité étant inconnue aussi bien pour les étrangers que pour les citoyens, les contrôles sont malaisés. Et pour faire face à ce problème inédit<sup>4</sup>, les autorités se trouvent relativement désarmées dans l'état actuel du droit applicable.

Le fait majeur, qui a fini par inquiéter les responsables politiques et déclenché un processus de réforme de la législation, c'est que l'immigration, jusque-là si strictement contrôlée, semble échapper à tout contrôle. En 1980, par exemple, au lieu des 450 000 immigrants attendus, ce sont vraisemblablement 1,3 million de personnes qui sont entrées, si l'on additionne les étrangers admis dans le cadre des quotas, les réfugiés, les *special entrants* (Cubains et Haïtiens), et enfin un nombre inconnu de travailleurs sans papiers (*undocumented*) estimé très approximativement à 500 000. Cette immigration clandestine pose un problème aigu, puisqu'elle ne s'inscrit par définition dans aucune des catégories légales et rend inopérante la législation sur les quotas ; or la population concernée est très nombreuse, les estimations variant de 2,5 à 6 millions de personnes, voire plus encore. Il s'agit de travailleurs en provenance d'Amérique latine et des Caraïbes, et plus particulièrement du Mexique, non qualifiés, chassés par le chômage endémique et attirés aux Etats-Unis par des salaires comparativement très élevés par rapport à ceux qu'ils pourraient espérer chez eux, même s'ils acceptent des salaires et des conditions de travail inférieurs aux normes imposées par la législation américaine. Pour les patrons qui les emploient, l'opération est non seulement avantageuse mais peu risquée, puisque dans 38 Etats sur 50 la législation ne prévoit aucune sanction pour ceux qui utilisent de la main-d'œuvre en situation irrégulière.

L'immigration illégale peut sembler bénéfique pour l'économie américaine, dans la mesure où elle lui fournit à bon prix la main-d'œuvre non qualifiée dont elle a besoin, et c'est sans doute une des raisons pour lesquelles les autorités ont laissé

le phénomène se développer et s'amplifier pendant de longues années — à supposer qu'elles ne l'aient pas encouragé — avant de s'éteindre. Mais si l'on quitte le terrain strictement économique, la présence d'un tel nombre d'immigrants en situation irrégulière représente un véritable défi tant pour la politique d'immigration officielle que pour les lois américaines. D'abord, elle crée au sein de la société des poches de non-droit, en maintenant dans une situation extra-légale toute une catégorie de personnes qui ne peuvent faire valoir leurs droits par les voies normales, de crainte d'être découvertes et expulsées. Ensuite, elle tend à montrer que les autorités ne sont pas à même de faire respecter la législation en vigueur. Enfin, elle pose la question cruciale et sensible de l'évolution démographique et de la composition future de la société américaine : car si une partie des « sans-papiers » retournent chez eux au bout d'un certain temps, une proportion croissante s'installe de façon permanente aux Etats-Unis, ce qui est de nature à modifier considérablement les équilibres ethniques au sein de la population<sup>5</sup>.

Le Congrès s'est saisi une première fois de la question, mais sans succès, en 1971. Sous la présidence de Carter, une commission a été désignée pour tenter de trouver une solution au problème, et ses travaux ont débouché sur un certain nombre de recommandations : l'amnistie et la régularisation pour tous ceux qui étaient aux Etats-Unis avant 1980 ; le renforcement du contrôle aux frontières et à l'intérieur ; des sanctions pour les employeurs qui utilisent sciemment des étrangers sans papiers ; enfin, un programme à grande échelle de travailleurs temporaires pour éviter le recours à l'immigration illégale, et une augmentation des quotas de l'immigration légale. Mais en dépit des efforts déployés par l'exécutif et par certains membres du Congrès, cette question épineuse et qui soulève des enjeux considérables n'est toujours pas réglée<sup>6</sup>.

Si l'on fait pour le moment abstraction de ces enjeux politiques sur lesquels on reviendra plus loin, il est intéressant de s'arrêter un instant sur la nature des remèdes proposés pour faire face au problème de l'immigration clandestine et la façon même de le poser dans le contexte américain. Apparemment, les Etats-Unis se bornent à puiser dans un répertoire de mesures auxquelles les Européens ont depuis longtemps recours : l'immi-

gration organisée de main-d'œuvre étrangère, le contrôle des frontières, les sanctions contre les utilisateurs de main-d'œuvre en situation irrégulière, et même la régularisation des travailleurs clandestins. Mais, pour autant, le cadre conceptuel général dans lequel est pensée l'immigration reste intact, et notamment la distinction tranchée entre les deux catégories d'étrangers admis sur le territoire des Etats-Unis : les immigrants et les non-immigrants. D'où la contradiction insurmontable à laquelle les autorités se heurtent lorsqu'il s'agit de fixer le statut des clandestins amnésiés, qui ne sont plus des travailleurs temporaires, puisqu'ils sont admis à demeurer sans limitation de durée, mais qu'on ne peut ou ne veut pas non plus considérer comme des résidents permanents, puisqu'ils ont pénétré sur le territoire sans visa et hors quota. D'où aussi la proposition novatrice, pour ne pas dire « révolutionnaire », du président Reagan, acceptée dans son principe par le Sénat qui l'a simplement amendée, de créer un nouveau statut, donc une nouvelle catégorie d'étrangers : les résidents temporaires. Cette innovation, mais aussi la situation diminuée dans laquelle il est prévu de maintenir les résidents temporaires, auxquels seraient refusés le droit de faire venir leur famille et le droit à l'intégralité des prestations sociales, montrent que la présence massive d'étrangers en situation illégale ne met pas seulement à l'épreuve la politique d'immigration américaine, mais les catégories mêmes dans lesquelles est traditionnellement pensée et réglementée l'immigration, ainsi qu'un certain nombre de principes fondamentaux, tels que la non-discrimination et l'égalité des droits.

*Une politique mixte : le Canada.* — Par mixte, on entend ici une politique qui, telle la politique canadienne, poursuit parallèlement un objectif de peuplement et un objectif économique, qu'elle s'efforce de concilier par une législation adéquate ; en regard, la législation française sera plus volontiers qualifiée d'hybride, dans la mesure où elle reflète les incertitudes et les incohérences d'une politique prétendant sans y parvenir réaliser deux objectifs en fait incompatibles.

La politique d'immigration canadienne présente un certain nombre de traits communs avec celle des Etats-Unis : pays d'immigration, le Canada a, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle,

encouragé l'entrée des étrangers sur son territoire, en vue de leur installation définitive. Mais progressivement, les préoccupations économiques ont pris le dessus sur les préoccupations démographiques : de sorte que l'immigration, d'un côté, continue à avoir un impact démographique durable dans la mesure où elle est elle-même conçue comme durable, et non temporaire ; tandis que, de l'autre, elle vise en priorité à fournir au pays la main-d'œuvre qualifiée dont il a besoin, compte tenu de son faible peuplement et de son développement technique. Et la législation a enregistré très fidèlement le passage d'une problématique à l'autre.

La première loi générale sur l'immigration remonte à 1869 : dans une perspective de peuplement, elle établissait des priorités en faveur des catégories « souhaitables » d'immigrants et rendait difficile l'introduction des « indésirables » ; par ailleurs, elle contenait des dispositions détaillées obligeant les compagnies privées chargées du recrutement des futurs immigrants à les transporter dans des conditions décentes d'hygiène et d'alimentation. A la fin du XIX<sup>e</sup>, à l'instar des Etats-Unis, le gouvernement fédéral se préoccupe d'endiguer l'immigration en provenance d'Asie : une taxe de 50 \$ sur chaque immigrant chinois est établie en 1885 (portée à 500 \$ en 1903), avant que le *Chinese Immigration Act* de 1927 ne mette radicalement fin à cette immigration ; parallèlement, un accord avec le gouvernement japonais en 1908 limite l'entrée de ses ressortissants à 150 par an. En pratique, au début du XX<sup>e</sup> siècle, le monde est divisé en trois : les pays préférés, qui ont des affinités culturelles avec le Canada (Grande-Bretagne, Etats-Unis, France, Scandinavie, Dominions), dont les ressortissants sont acceptés sans limitation — sauf lors de la crise de 1929 où les portes se ferment totalement ; les pays « neutres » (Europe orientale et méridionale notamment), dont les ressortissants sont accueillis avec réticence ; et le reste du monde, d'où l'immigration est découragée.

Après la seconde guerre mondiale, la perspective change du tout au tout, en deux étapes. Dans un premier temps est affirmée la subordination de l'immigration à l'économie, et tous les efforts tendent à recruter de la main-d'œuvre qualifiée, mais sans rompre complètement avec le principe d'une sélection des immigrants sur une base ethnique. A partir des années 60,

en revanche, la politique officielle est désormais de ne tenir compte ni de la race, ni de l'origine géographique, mais uniquement des besoins de main-d'œuvre du Canada (il est vrai que, dans la mesure où il s'agit d'une main-d'œuvre qualifiée ou hautement qualifiée, le risque de voir affluer des immigrants en provenance du Tiers Monde est limité<sup>7</sup>. Un « règlement sur l'immigration » entré en vigueur en 1967 et révisé à plusieurs reprises expose en détail les principes régissant la sélection des immigrants en conformité avec les objectifs assignés à la nouvelle politique d'immigration. Si l'on excepte les dispositions spécifiques permettant la réunion des familles, tout candidat à l'immigration fait l'objet d'une appréciation chiffrée en fonction d'un certain nombre de critères affectés chacun d'un coefficient : instruction et formation, personnalité, nombre des offres d'emploi dans la profession, compétence professionnelle, âge, existence d'un emploi déjà assuré, connaissance de l'anglais ou du français, parents au Canada, etc. Pour être admis, il faut obtenir 50 points sur un total potentiel de 100.

Par la suite, lorsque le gouvernement a voulu endiguer un flux d'immigration jugé excessif au regard des capacités d'absorption du marché de l'emploi, cette grille a été modulée de façon à rendre moins aisée l'obtention des points requis et à donner la priorité à ceux qui, soit sont déjà en possession d'une offre d'emploi visée par les autorités compétentes, soit se proposent d'exercer une profession dans un secteur d'activité où sévit une pénurie de travailleurs qualifiés. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 1982, le gouvernement canadien a même, à titre temporaire, décidé de subordonner l'octroi de visas d'immigration à la présentation d'une offre d'emploi non susceptible d'être satisfaite par un citoyen canadien ou un résident permanent.

La législation canadienne sur l'immigration présente donc bien ce caractère mixte que l'on relevait plus haut, combinant de façon originale des dispositions proches de celles que l'on trouve dans la législation des pays européens et d'autres qui rappellent la législation américaine. La priorité donnée aux considérations d'emploi ainsi que les restrictions apportées à l'immigration de travailleurs au moment où le Canada est atteint par la crise et connaît un taux de chômage important attestent qu'on a affaire ici à une immigration de main-d'œuvre ;

à l'inverse, le fait que l'étranger qui vient travailler au Canada ne puisse normalement y entrer qu'avec un visa d'immigrant délivré à la suite d'un examen minutieux de tous les aspects de sa situation personnelle et professionnelle, le fait également qu'en contrepartie il se voie immédiatement doté du statut de résident permanent bénéficiant des mêmes droits et avantages que les citoyens canadiens (à l'exception bien sûr des droits politiques et de l'accès à certains emplois de la fonction publique) et ayant vocation à terme à acquérir la citoyenneté, le caractère très marginal, enfin, de l'immigration temporaire<sup>8</sup> — tout ceci indique que l'immigration continue à être conçue comme une immigration durable, au sein de laquelle se recruteront les futurs citoyens du Canada.

*Une politique hybride : la France.* — La France est devenue très tôt, bien avant les autres pays d'Europe, un pays d'immigration. Très tôt, aussi, les aspects démographiques et économiques ont été étroitement imbriqués. Car si le besoin de main-d'œuvre s'est fait sentir dès le XIX<sup>e</sup> siècle dans l'agriculture comme dans l'industrie naissante, favorisant l'immigration étrangère, c'est en raison de la chute de la natalité qui a affecté la France précocement, à une époque où la population des pays voisins connaissait encore des taux d'accroissement élevés ; à l'inverse, les étrangers attirés en France par la perspective d'y trouver des emplois se sont assimilés très vite et fondus, souvent dès la seconde génération, dans le reste de la population, contribuant ainsi à combler le déficit démographique du pays.

Sans doute s'agit-il là de comportements spontanés plus que d'une politique délibérée ; néanmoins, ces comportements sont encouragés par une tradition d'ouverture remontant à l'Ancien Régime, et par des mesures concrètes : celles, par exemple, qui facilitent l'accès à la nationalité française. Si, par conséquent, l'élément déclenchant de l'immigration est bien de nature économique, si l'immigration est d'abord et avant tout une immigration de main-d'œuvre, les autorités s'efforcent ensuite de retenir et de fixer la population étrangère. Il n'y a jamais eu en France une politique cohérente et délibérée de peuplement — ou plutôt de repeuplement — sur le modèle américain ; en revanche, nombreux sont ceux, parmi les hommes politiques

ou les analystes, qui ont vu dans l'immigration le moyen de remédier aux déséquilibres démographiques de la population française. Cette préoccupation, plus ou moins vive selon les époques, mais encore sensible aujourd'hui, imprime un caractère hybride à la législation, dont certaines dispositions s'intègrent mal, à première vue, dans un ensemble destiné pour l'essentiel à définir le statut d'une main-d'œuvre temporaire. C'est vrai en particulier de tout ce qui touche à l'octroi de la nationalité française ou encore à l'immigration familiale, où apparaît nettement la visée démographique sous-jacente, même si les préoccupations économiques, en commandant un certain type d'immigration, ont dans les faits contrecarré la réalisation de l'objectif démographique, la France ne s'étant jamais donné les moyens, comme certains le préconisaient, de sélectionner ses immigrants en fonction de leur capacité présumée d'assimilation à la communauté française.

Dans un pays d'immigration, l'application du *jus soli* qui détermine la *nationalité* d'un individu en fonction de son lieu de naissance et non de sa filiation est de nature à accroître le nombre potentiel des nationaux. En France, c'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que le *jus soli* commence à concurrencer le *jus sanguinis* pour l'attribution de la nationalité française. Une loi de 1851, déjà, déclare Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. La loi de 1889, contemporaine de l'instauration du service militaire obligatoire, manifeste encore plus clairement la volonté de « découvrir » de nouveaux Français : en incorporant à la communauté nationale tous les individus présumés assimilables puisque nés en France, en retenant simultanément ceux qui risquent d'en sortir, et en incitant ceux qui n'en font pas partie à y entrer. Elle supprime en effet la faculté de répudiation qui subsistait dans la loi précédente ; elle supprime également les effets automatiques du mariage sur la nationalité de la femme, qui jusque-là prenait la nationalité du mari (or les femmes françaises épousant des étrangers sont plus nombreuses que les femmes étrangères épousant des Français) ; enfin, elle facilite la naturalisation en prévoyant des réductions de stage. La loi du 10 août 1927 accentue encore cette tendance en réputant Français les enfants nés en France d'une mère française et en permettant aux enfants nés en France d'un père étranger — ou

d'une mère étrangère qui elle-même y est née — d'opter pour la nationalité française ; parallèlement, elle réduit le stage en vue de la naturalisation de dix ans à trois ans et réduit les conditions auxquelles elle est subordonnée, pour laisser plus de liberté au gouvernement dans l'octroi de la nationalité française ; enfin, si la femme française reste française lorsqu'elle épouse un étranger à moins qu'elle n'exprime la volonté contraire, la femme étrangère épousant un Français se voit offrir une option<sup>9</sup>.

Le décret-loi du 12 novembre 1938, qui modifie dans un sens restrictif la loi de 1927, *a fortiori* les mesures prises par Vichy en matière de nationalité, apparaissent comme des textes de circonstances pris sous la pression de la xénophobie ambiante dans une période de crise économique et de tension politique. Après cette parenthèse historique, le Code de la nationalité de 1945 revient dans ses grandes lignes aux principes de la législation antérieure : les préoccupations démographiques sont en effet particulièrement vives au lendemain de la Libération. L'ordonnance de 1945, refondue mais peu modifiée par la loi de 1973 actuellement en vigueur, permet, par le jeu combiné du *jus soli* et du *jus sanguinis*, d'ouvrir au maximum l'accès à la nationalité française<sup>10</sup>.

A l'heure actuelle, 40 000 personnes environ acquièrent chaque année la nationalité française. Au dernier recensement (1982), le nombre des Français par acquisition s'élevait à plus de 1,4 million, soit 2,8 % du total de la population française. Mais la contribution des étrangers à la croissance démographique de la France ne se mesure pas uniquement au nombre d'entre eux qui deviennent Français. La présence sur le territoire d'une population étrangère stable produit par elle-même, indépendamment de toute considération de nationalité, des effets sur la structure démographique du pays — et des effets positifs dès lors qu'elle permet, en raison de la fécondité plus élevée de la population immigrée, d'atténuer le vieillissement relatif de la population.

Ce sont donc encore des préoccupations démographiques qui expliquent la faveur (relative) avec laquelle la France, contrairement à d'autres pays d'immigration en Europe, a toujours regardé *l'immigration familiale* : donner à un travailleur étranger la possibilité de faire venir son conjoint et

éventuellement ses enfants mineurs, c'est lui donner de meilleures chances d'intégration ; mais c'est surtout donner à la France une chance d'enrayer, dans l'immédiat, la chute de sa natalité, avec à terme l'espoir que ces bébés supplémentaires viendront s'adjoindre à la communauté nationale. L'intérêt national bien compris, plus que d'hypothétiques considérations humanitaires, explique l'attitude à part de la France dans ce domaine.

L'immigration des familles était déjà encouragée dans l'entre-deux-guerres : en 1932, 8 % des naissances sont dues aux étrangers, qui ne représentent que 6 % de la population. En 1945, dans le cadre d'une nouvelle politique de l'immigration qui prétend poursuivre à la fois un objectif démographique et un objectif économique, le principe de l'immigration familiale est admis : pour favoriser l'établissement des immigrants, le regroupement familial n'est subordonné qu'à l'existence d'un logement convenable ; les allocations familiales ne sont versées que pour les enfants présents en France (sauf accord bilatéral avec le pays d'origine) ; et les allocations de maternité sont réservées aux parents d'enfants déclarés Français dans les trois mois de la naissance.

La réalisation de cette politique s'est en fait heurtée immédiatement à un obstacle majeur : la pénurie de logements. Il y avait quelque incohérence à affirmer que le logement était la condition première de l'établissement du migrant et de sa famille sans mener parallèlement la politique de construction de logements sociaux qui aurait permis de pourvoir aux besoins de la population immigrée. Cette politique, ou plutôt cette absence de politique, a produit l'effet contraire à celui escompté : elle a dissuadé les immigrants les moins déshérités — donc ceux qui étaient *a priori* les plus aptes à s'assimiler — de faire venir leurs familles, voire de venir eux-mêmes, tandis que les moins exigeants ont dû vivre et faire vivre leurs familles dans des conditions misérables, peu propices à leur intégration. Et cette contradiction n'est pas près d'être surmontée : la seule solution que les autorités ont trouvée pour éviter la reconstitution des bidonvilles, c'est d'être de plus en plus exigeantes sur les conditions de logement dont le travailleur doit disposer pour pouvoir faire venir sa famille : de sorte que l'immigration familiale, pourtant reconnue explicitement comme un droit par un

décret de 1976, ne peut se réaliser le plus souvent qu'en marge du dispositif officiel, donc dans des conditions de précarité juridique et matérielle qu'on voulait justement éviter à l'origine.

Mais peut-être l'immigration familiale n'est-elle plus, précisément, considérée comme utile et souhaitable, du moins comme suffisamment utile et souhaitable pour qu'on continue à l'encourager : des deux objectifs officiellement assignés à l'immigration en 1945, l'un a manifestement pris le pas sur l'autre ; insensiblement, les préoccupations économiques ont fait passer au second plan les préoccupations démographiques — jusqu'au moment où l'on s'est aperçu, sans toujours le reconnaître officiellement, qu'elles étaient sinon incompatibles, du moins de plus en plus difficiles à concilier<sup>11</sup>. La réticence désormais manifeste des pouvoirs publics vis-à-vis de l'immigration familiale peut s'expliquer de deux façons, qui renvoient l'une et l'autre à la réorientation de la politique d'immigration vers une politique de main-d'œuvre. La première raison s'exprime très officiellement : dans le contexte économique qui a conduit à stopper l'immigration, l'immigration familiale est perçue comme de nature à introduire une tension supplémentaire sur le marché de l'emploi. L'autre raison n'est pas évoquée ouvertement, et pourtant elle pèse sans doute plus lourd encore que la précédente sur l'attitude des pouvoirs publics : le besoin d'une main-d'œuvre de plus en plus abondante pendant les années de prospérité et la concurrence des autres pays européens ont conduit à élargir le champ de recrutement de cette main-d'œuvre, qu'on a été chercher — ou laissé venir — de pays de plus en plus éloignés ; la distance culturelle entre la population immigrée et la population française s'est donc accrue, au point qu'on peut se demander si la contribution de l'immigration au redressement de la démographie française est encore considérée par les autorités comme un objectif réaliste, ou même souhaitable. Peut-être aussi les préoccupations démographiques ont-elles perdu de leur intensité dans la mesure où les déséquilibres constatés à la Libération se sont atténués et où la dénatalité n'est plus un phénomène spécifiquement français.

On touche ici à un aspect plus général de la politique française d'immigration depuis 1945 : l'incapacité, pour atteindre l'objectif démographique officiellement proclamé, de sélectionner

les immigrants en conséquence. Lorsqu'on relit ce qui a été écrit en 1945 sur le sujet, on est frappé à la fois par l'espèce de franchise étonnante avec laquelle les gens s'expriment et par la distance entre les intentions annoncées et la pratique effective.

Sur la nécessité pour la France de combler le déficit démographique de l'avant-guerre et de la guerre, de corriger le déséquilibre entre les sexes, ou de remédier au vieillissement, tous — économistes, démographes, hommes politiques — s'accordent. Les impératifs économiques et démographiques sont liés dans la mesure où ils exigent en tout état de cause une immigration massive ; mais si, du point de vue économique, les spécialistes parlent de faire venir en France 1,5 million d'ouvriers dans les cinq ans, les démographes, eux, évoquent comme souhaitable le chiffre de 4 à 5 millions de personnes...<sup>12</sup>. Et pas n'importe lesquelles : il faut, dit Louis Chevalier dans son cours à l'Institut d'Etudes politiques sur *Les problèmes français de l'immigration*<sup>13</sup>, se préoccuper non seulement de la quantité mais de la qualité, de la structure démographique de l'immigration, mais aussi de son origine raciale, ethnique (décidément, il n'a pas peur des mots), car il faut des gens assimilables pour la France ; après avoir passé en revue les caractéristiques des différents peuples<sup>14</sup>, il arrive à la conclusion (attendue) qu'on doit donner la priorité à ceux qui sont de la même ethnique, ou au moins de la même race — les Belges... ou à défaut les Italiens.

Pour obtenir le résultat souhaité, tant sur le plan économique que démographique, il faut contrôler et canaliser l'immigration : ce sera le rôle de l'Office national d'Immigration, chargé de recruter et de sélectionner la main-d'œuvre. On verra plus loin comment le mécanisme mis en place n'a pas fonctionné selon le schéma prévu, et cela dès l'origine. En ce qui concerne la provenance des immigrés, si les Italiens représentent dans les années 1950-1955 les trois quarts des entrées régulières par l'ONI, ce chiffre ne tient compte ni des clandestins régularisés, ni des Algériens qui entrent librement en France. La guerre d'Algérie met un frein à l'entrée des Algériens ; mais c'est aussi l'époque où l'immigration italienne est relayée par l'immigration espagnole et où commence à se manifester un début de diversification de la main-d'œuvre étrangère : à partir des

années 60 elle va venir du Portugal, du Maroc, de Tunisie, puis de Yougoslavie, et à nouveau d'Algérie après l'indépendance. Parallèlement à cette immigration organisée, l'immigration africaine noire — juridiquement libre — s'intensifie, et surtout l'immigration clandestine se développe au rythme des besoins économiques des entreprises. En 1982, l'immigration latine (Italiens, Espagnols, Portugais) représente 38,5 % de la population étrangère (contre 50 % en 1975), tandis que la proportion de Maghrébins atteint 38 %.

On voit mal, à vrai dire, par quels moyens les pouvoirs publics auraient pu éviter ce qui, au regard des intentions initiales, apparaît incontestablement comme une « dérive ». Même une solution à l'américaine, indépendamment des problèmes éthiques qu'elle eût soulevés, eût été inopérante, puisque les besoins étaient tels qu'il fallait bien accepter la main-d'œuvre qui se présentait. La dérive n'est pas tant, du reste, dans le changement qui a affecté la composition ethnique et nationale de l'immigration que dans le changement qui l'a accompagnée dans la façon même de penser le problème de l'immigration : au lieu de percevoir l'immigration comme un phénomène durable, voire définitif, on l'a appréhendée comme un phénomène essentiellement temporaire. Les immigrés étaient là pour remplir une fonction purement économique, celle de réservoir de main-d'œuvre, et l'idée qu'ils devraient un jour retourner chez eux paraissait d'autant plus évidente qu'ils étaient considérés comme inassimilables. D'où l'abandon de tout effort sérieux d'insertion sociale de la part des pouvoirs publics, qui n'ont rien fait non plus pour endiguer le racisme et la xénophobie et ont laissé les migrants s'enfermer dans leur marginalité, au risque de provoquer une réaction de rejet parmi les jeunes dits de la seconde génération. Car aujourd'hui la France — et avec elle les autres pays européens — se trouve confrontée à un phénomène qu'elle n'avait pas su prévoir : la réalité sociologique d'une immigration installée dans le pays depuis de longues années et qui, pour inassimilable qu'on l'ait décrétée, n'envisage pas, dans sa majorité, de retourner dans son pays d'origine.

La politique d'immigration de la France s'est en somme toujours trouvée prise à contre-pied : les ambitions démographiques ont été vites démenties par le développement incontrôlé

d'une immigration de pure main-d'œuvre ; à son tour, cette immigration de main-d'œuvre théoriquement temporaire s'est progressivement stabilisée et enracinée, posant aux pouvoirs publics un problème qu'ils ne pensaient pas avoir un jour à résoudre : celui de son insertion au sein de la collectivité nationale. La législation reflète ces incertitudes et ces contradictions : si l'on excepte les lois sur la nationalité française, expression d'une politique cohérente et qui ont fait la preuve de leur efficacité, on y trouve finalement peu de dispositions concrètes permettant de faire passer dans les faits les intentions initiales. Quant au mécanisme de recrutement mis en place par l'ordonnance de 1945, il était perceptible dès le départ qu'il ne pourrait à la fois pourvoir aux besoins en main-d'œuvre des entreprises et aux besoins démographiques du pays, qui ne se recouvraient que très partiellement. Aucun artifice juridique ne peut rendre compatible ce qui ne l'est pas, et le droit, qui est à la fois l'expression et l'instrument des politiques d'immigration, est condamné à en refléter les contradictions.

### *Recruter de la main-d'œuvre*

C'est la France qui, la première, pour les raisons qu'on a rappelées plus haut, a eu recours à la main-d'œuvre étrangère, dès le XIX<sup>e</sup> siècle. Les autres pays d'Europe n'ont suivi que plus tardivement son exemple, après la seconde guerre mondiale pour la plupart. Si la législation française a considérablement évolué en un siècle, au rythme des problèmes nouveaux qu'a posés l'immigration à chaque époque, on relève aujourd'hui, entre les législations des pays importateurs de main-d'œuvre, beaucoup de traits communs, qui reflètent la similitude de leurs préoccupations et la finalité univoque d'une immigration tout entière tournée vers la satisfaction des besoins économiques des entreprises.

Le phénomène le plus frappant, dans l'évolution de la législation sur l'immigration en France depuis les années 1880 jusqu'à nos jours est l'institutionnalisation progressive de cette immigration : on est passé du laissez-faire au dirigisme, d'une immigration libre, dans un contexte de réglementation et d'intervention minimale de l'Etat, à une immigration strictement réglementée et contrôlée sous l'égide des pouvoirs publics.

La coupure significative à cet égard est 1945, même si à des moments exceptionnels, tels que la première guerre mondiale, on avait déjà vu auparavant l'Etat organiser le recrutement de main-d'œuvre étrangère, et même si, à l'inverse, sa prétention à tout régenter a été prise en défaut après cette date par le développement d'une immigration spontanée massive.

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, la législation donne l'impression de « courir après » l'évolution spontanée de l'immigration, plutôt que de chercher à la canaliser<sup>15</sup>. Tous les observateurs ont noté l'absence d'une véritable politique de l'immigration avant 1945, l'attitude des pouvoirs publics s'apparentant plutôt à un pilotage à vue tout empirique. Encore que le laissez-faire, laissez-passer soit aussi une forme de politique en économie... Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, la législation des étrangers se caractérise par son « libéralisme », au sens économique mais aussi juridique du terme : l'immigration est libre et spontanée, les étrangers — originaires dans leur écrasante majorité des pays voisins — passent librement la frontière, s'installent où ils veulent, généralement dans les régions proches de leur pays d'origine ou dans les zones de forte activité économique.

Les années 1880 marquent un premier infléchissement de ce laissez-faire intégral. D'abord de la part des employeurs : les compagnies minières et métallurgiques, principales consommatrices de main-d'œuvre immigrée, mettent en pratique ce que A. Cordeiro appelle le « système du travail migrant »<sup>16</sup> — un système de recrutement collectif à grande distance de jeunes hommes célibataires ou mariés sans famille, à qui sont offerts des contrats de durée limitée à l'expiration desquels ils retourneront dans leur pays d'origine ; cette première tentative d'immigration organisée ne reste pas longtemps isolée, et à partir de 1906, lorsque la conjoncture économique est à nouveau favorable, le patronat agricole du Nord-Ouest, puis les Houillères du Nord et du Pas-de-Calais entreprennent de faire venir par milliers des travailleurs polonais. De leur côté, les pouvoirs publics commencent à réagir à l'afflux des immigrants en prenant une série de mesures qui, si elles inaugurent une tendance nouvelle à la réglementation, sont sans grande portée économique. Il s'agit plutôt de faciliter la surveillance policière des étrangers, considérés comme d'autant plus dangereux qu'ils

se déplacent, en les obligeant à effectuer une déclaration de résidence à la mairie où elle est consignée dans un registre d'immatriculation des étrangers (décret du 2 octobre 1888, repris et complété par la loi du 9 août 1893). Malgré l'interdiction faite aux employeurs d'embaucher les étrangers qui ne se sont pas soumis à ces formalités, malgré l'intitulé de la loi de 1893 « relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national », votée dans une période de crise, ces textes n'apportent aucune restriction à l'emploi, au travail et à la circulation des étrangers : on reste bien dans un contexte libéral, où l'Etat entend rester neutre dans un domaine qui n'est pas de son ressort aussi longtemps que l'ordre public n'est pas en jeu.

La guerre va introduire une modification capitale et à beaucoup d'égards durable dans le système institutionnel de l'immigration. Pour pourvoir aux besoins pressants de main-d'œuvre et pallier la présence sur le front des ouvriers français, l'Etat devient à la fois recruteur, importateur, placeur et contrôleur de main-d'œuvre étrangère, et d'une main-d'œuvre essentiellement « exotique », comme on dit alors, puisque la Chine et les colonies en sont les principaux réservoirs. Pour faire venir et mettre au travail ce demi-million de personnes, toute une organisation administrative perfectionnée se met peu à peu en place : services spécialisés dans les ministères, antennes locales en province, bureaux d'immigration aux frontières, missions à l'étranger... La réglementation juridique, elle aussi, se développe et se précise : les contrats de travail remis aux intéressés sont rédigés d'après des contrats types dont l'employeur s'engage à respecter les clauses — et on peut voir là l'ébauche d'une réglementation spécifique du travail migrant en même temps que le début de l'institutionnalisation du double marché du travail français/étranger<sup>17</sup>. Une autre innovation, plus décisive encore pour l'avenir, est l'instauration de la carte d'identité pour les étrangers, prévue par une circulaire de juin 1916 et officialisée par le décret du 21 avril 1917 ; cette carte, délivrée par le préfet et qui doit être visée à chaque changement de résidence, permet de contrôler la présence et les déplacements des étrangers sur le territoire. Ce dispositif de surveillance, complété par la tenue d'un fichier central des étrangers au ministère de l'Intérieur, répond à des préoccupa-

tions de police, et non à des préoccupations économiques ; il servira néanmoins après la guerre de point de départ à un système plus perfectionné permettant de contrôler à la fois le séjour et l'emploi.

La fin de la guerre, loin de mettre un terme aux besoins de main-d'œuvre, les exacerbe : les répercussions démographiques du conflit et, dans l'immédiat, les tâches de reconstruction font de l'immigration une nécessité — une nécessité aussi impérieuse que l'est l'émigration pour bon nombre d'autres pays européens à la fois plus féconds et restés en marge de l'industrialisation<sup>18</sup>. L'immigration, donc, se poursuit ; mais à présent les pouvoirs publics prétendent mieux l'organiser et la contrôler. Les organismes mis en place pendant la guerre demeurent et, après avoir rapatrié la main-d'œuvre « exotique » jugée inassimilable et d'un rendement inférieur à celui des Européens, le gouvernement entreprend de passer des conventions de travail et d'immigration avec les pays d'émigration<sup>19</sup>. Coexistent alors deux types d'émigration : l'émigration individuelle spontanée, qui est libre sous réserve du respect des lois sanitaires et de police ; l'émigration collective, strictement réglementée et contrôlée par les pouvoirs publics. Mais très rapidement ceux-ci renoncent à la plupart de leurs prérogatives au profit des associations patronales d'immigration, qui vont se livrer elles-mêmes aux opérations matérielles de recrutement, de sélection professionnelle et médicale, de transport et de répartition ; elles s'unissent en 1924 pour créer un organisme unique, la « Société générale d'Immigration agricole et industrielle » (SGI), qui détient le monopole de fait de l'immigration organisée, allant jusqu'à négocier directement avec les pays d'émigration. L'Etat est cantonné à nouveau dans un rôle de police, à peine élargi ; et le contrôle qu'il exerce sur la main-d'œuvre étrangère n'est pas absolument efficace puisqu'il n'empêche ni les entrées clandestines, ni l'exode de la main-d'œuvre agricole vers les professions industrielles.

C'est pour faciliter le contrôle de la main-d'œuvre immigrée que la loi du 11 août 1926 apporte un certain nombre d'aménagements au système mis en place en 1917. L'étranger qui désire travailler doit faire porter sur sa carte d'identité la mention « travailleur » ; lors de la première demande, la carte est établie au vu d'un contrat de travail, et l'étranger ne peut changer

d'emploi avant l'expiration de ce contrat. L'employeur, de son côté, n'a pas le droit d'embaucher un travailleur s'il n'est pas muni de la carte réglementaire. Le perfectionnement de la législation ne la rend pas pour autant efficace : en cette période de prospérité, comme plus tard dans les années 60, les pouvoirs publics sont plutôt enclins au laxisme et la loi de 1926 est finalement peu ou mal appliquée.

La crise momentanée de 1927 provoque une réaction des pouvoirs publics qui limitent les entrées, refusent la régularisation des clandestins, et encouragent le retour des étrangers. Les mêmes remèdes sont utilisés quand commencent à se faire sentir les retombées de la grande crise, à partir de 1931<sup>20</sup>. Dans ce contexte est votée la loi du 10 août 1932 qui vient compléter l'arsenal des mesures dont dispose le gouvernement pour contrôler l'immigration en lui permettant de continger la main-d'œuvre étrangère, c'est-à-dire de fixer un pourcentage maximum de travailleurs étrangers par profession ou branche de l'industrie ou du commerce. Revêtue d'une grande portée symbolique au moment où elle est votée, cette loi n'a pas non plus les effets escomptés : elle connaît dès le départ des difficultés sérieuses d'application, tenant pour une part à la complexité des mécanismes juridiques prévus, pour une autre part à l'insuffisance des moyens de contrôle mis à la disposition de l'administration.

A mesure que la crise économique s'aggrave, le contrôle se resserre sur la main-d'œuvre immigrée. Et si, sur le moment même, les mesures prises traduisent plus l'activisme réglementaire d'un gouvernement en plein désarroi qu'une politique réfléchie effectivement capable de résorber le chômage, si elles sont de surcroît plus souvent inspirées par des préoccupations politiques et policières que strictement économiques, elles n'en laisseront pas moins des traces ultérieurement : certaines d'entre elles seront reprises par le législateur et intégrées dans un statut global de l'immigration après 1945.

Si l'on fait le bilan du chemin parcouru depuis le début de cette période, on constate que la liberté individuelle du travailleur migrant a disparu, progressivement sacrifiée au profit capitaliste et, au-delà, aux intérêts supérieurs des Etats, qui ont pris conscience de l'importance des déplacements humains pour leur richesse et leur bien-être, et de la nécessité de les

contrôler. En période d'expansion il faut pouvoir recruter la main-d'œuvre dont on manque et la canaliser vers les professions et les régions où l'on en a besoin ; en période de récession, il faut pouvoir se défaire de cette main-d'œuvre pour préserver le marché national de l'emploi. Telle est la signification du resserrement progressif des mailles d'une réglementation qui est devenue en l'espace d'un demi-siècle, avec une accélération brutale à la fin, de plus en plus dense et complexe. Par-delà les vicissitudes de la conjoncture politique qui ont pu ici ou là hâter ou au contraire freiner ce processus, il s'agit du phénomène le plus marquant de cette période, et de surcroît irréversible. Après 1945, la mainmise étatique sur l'immigration se renforce encore, non seulement en France mais dans l'ensemble des pays d'Europe, tandis que la finalité d'une immigration tournée plus explicitement que jamais vers la satisfaction des besoins en main-d'œuvre des entreprises se repère à chaque ligne des législations nationales.

En France, la période qui va de 1945 à aujourd'hui ne ressemble pas *a priori* à la précédente. Là où il y avait eu empirisme et improvisation, se traduisant par une succession de textes édictés à chaque fois pour parer au plus pressé, quoique dessinant peu à peu une législation couvrant à peu près tous les champs d'activité, on trouve au contraire d'emblée, en 1945, une volonté politique clairement affirmée, concrétisée par un ensemble législatif et réglementaire complet et cohérent. Mais si, au départ, le droit précède et encadre l'immigration, celle-ci, très vite, s'échappe du cadre institutionnel prévu et se laisse porter par les besoins économiques ; dans un second temps, le droit va s'efforcer de rattraper et de réorienter les phénomènes migratoires qui n'évoluent plus spontanément dans le sens souhaité — jusqu'au moment où la persistance de la crise, en laissant peu à peu apercevoir le caractère désormais désuet et inadapté de la réglementation au regard des mutations qui ont affecté l'immigration, va provoquer un mouvement de refonte de la législation en vigueur.

Voulant rompre avec le passé et avec les errements de l'avant-guerre, le législateur, en 1945, va faire de l'Etat le seul maître d'œuvre de la politique d'immigration, optant clairement pour une immigration organisée et contrôlée, qui ne soit plus abandonnée aux fluctuations de l'offre et de la demande

et aux initiatives du patronat. Un établissement public — l'ONI — reçoit le monopole du recrutement et de l'introduction en France de la main-d'œuvre immigrée ; la délivrance d'une carte de séjour est liée à la possession d'un contrat de travail, ce qui signifie que le droit au séjour est subordonné à la garantie d'un emploi ; de son côté, l'employeur qui souhaite recourir à de la main-d'œuvre étrangère doit passer par l'ONI, et sa demande n'est acceptée qu'après vérification par les services de la main-d'œuvre que l'offre d'emploi ne peut être satisfaite par des travailleurs déjà présents sur le territoire. L'ensemble du dispositif est donc cohérent et parfaitement « verrouillé » de tous les côtés ; à ceci près que cette cohérence purement abstraite repose sur l'hypothèse implicite qu'on peut mener une politique dirigiste en matière de main-d'œuvre alors que le système économique reste globalement fondé sur des mécanismes libéraux — hypothèse que l'évolution de la situation va très vite démentir. Dès le départ le monopole de l'ONI est battu en brèche, le plus légalement du monde, par l'immigration des Algériens qui bénéficient de la priorité d'embauche réservée aux nationaux, tandis que la rigidité et la lourdeur de la procédure d'introduction bloquent l'immigration, dont les flux ne s'adaptent pas assez vite aux besoins à court terme des entreprises.

L'immigration clandestine, qui se développe immédiatement au détriment de l'immigration régulière, est en quelque sorte officialisée en 1948 lorsque l'ONI accepte de régulariser les travailleurs entrés en France et ayant trouvé à s'embaucher par eux-mêmes. Un processus cumulatif est amorcé : les employeurs, disposant sur place d'une main-d'œuvre entrée irrégulièrement, n'ont plus de raison de passer par l'ONI, tandis que les étrangers, sachant qu'ils trouveront aisément à s'embaucher, sont incités à passer la frontière sous couvert d'un simple passeport de touriste, ou même clandestinement. L'Etat finit par perdre tout contrôle sur les flux migratoires, et comme avant la guerre c'est la loi du marché qui règle les entrées. Le taux des régularisations par rapport à l'ensemble des introductions passe de 28 % en 1956 à 50 % en 1957, et finira par atteindre 82 % en 1968 ; parallèlement, une proportion croissante d'étrangers échappent de toute façon au monopole — de plus en plus théorique — de l'ONI : les Italiens, et en

général les ressortissants de la CEE, les Algériens, les Africains de l'ancienne Communauté. Les pouvoirs publics s'accommodent de cet état de choses, en dépit des conséquences désastreuses de la clandestinité sur les conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre immigrée, aussi longtemps que les avantages qu'il comporte pour l'économie française leur semblent l'emporter sur ses inconvénients — dont le moindre n'est pas de voir la législation constamment et systématiquement bafouée.

1966 marque le début d'une prise de conscience, peut-être favorisée par le ralentissement de la croissance consécutif au Plan de stabilisation (1963-1965), des inconvénients d'une immigration anarchique. La volonté de reprendre en main le contrôle des processus migratoires se manifeste dans l'immédiat par la création, au sein du nouveau ministère des Affaires sociales, d'une Direction de la Population et des Migrations, responsable de tous les aspects de l'immigration — tandis que le V<sup>e</sup> Plan préconise un contrôle de l'immigration spontanée. En 1967 interviennent les premières mesures dissuasives, tel le doublement de la redevance due par les patrons à l'ONI en cas de régularisation. Mais c'est en 1968 (hasard ?) qu'un premier coup d'arrêt est donné à la procédure de régularisation, suivi d'autres mesures, et notamment des fameuses circulaires dites Marcellin-Fontanet de 1972 qui restreignent au maximum les possibilités de régularisation et expriment la volonté de revenir aux principes de l'ordonnance de 1945<sup>21</sup>.

Face à la récession et au chômage, le gouvernement français, à l'instar de ses homologues européens, choisit de fermer les frontières et de refuser toute immigration supplémentaire. La politique gouvernementale se traduit donc par un renforcement des contrôles, non seulement à l'entrée mais sur l'ensemble du territoire, en vue de détecter les clandestins. La loi du 10 janvier 1980, dite loi Bonnet, qui permet d'expulser définitivement l'étranger en situation irrégulière et donne les moyens d'assurer l'effectivité de la mesure prise à son encontre par la double faculté qu'elle prévoit de le reconduire de force à la frontière et de le maintenir en détention lorsque l'expulsion ne peut être exécutée sur-le-champ, représente l'aboutissement extrême, mais logique, du volet « contrôle » de la politique d'immigration menée pendant le septennat giscardien. Mais s'il en est le

plus visible et le plus spectaculaire, le contrôle n'est pas le seul aspect de cette politique. Il ne s'agit pas seulement d'empêcher de nouveaux immigrants d'entrer, il faut aussi réduire l'importance de la population étrangère installée en France. On encourage donc les retours volontaires dans le pays d'origine : ce sera la circulaire de juin 1977 qui prévoit l'attribution d'une prime de 10 000 F pour chaque candidat au retour, ainsi que l'accord franco-algérien de septembre 1980 qui contient tout un ensemble de mesures destinées à encourager le retour et permettre la réinsertion en Algérie de ses ressortissants<sup>22</sup>. Mais il y a aussi les retours forcés ; car la « politique Stoléro », du nom du secrétaire d'Etat au Travail manuel, vise avant tout à adapter strictement le nombre des travailleurs immigrés admis à séjourner en France aux besoins conjoncturels de l'économie, et donc à refuser la prolongation du séjour de tous ceux dont la présence n'est pas ou n'est plus nécessaire. Les mécanismes réglementaires vont être progressivement perfectionnés pour permettre la réalisation de cet objectif, l'idée officiellement émise étant d'obtenir le départ d'environ 35 000 personnes par an<sup>23</sup>.

De cette politique, la gauche arrivée au pouvoir en 1981 a conservé au moins un objectif : le contrôle rigoureux des flux migratoires et le refus de toute immigration nouvelle, ce qui explique la sévérité accrue des dispositions existantes sur l'entrée et le séjour sur le territoire français. De la même façon s'expliquent les mesures à la fois préventives et répressives destinées à lutter contre le travail clandestin, insérées dans la loi du 17 octobre 1981 : puisque l'immigration clandestine a été encouragée par la propension des employeurs à engager des travailleurs sans papiers, en raison des avantages qu'ils en tiraient (bas salaires, pas de charges sociales, pas de stabilité d'emploi), il faut, pour les en dissuader, reconnaître aux salariés embauchés illégalement les mêmes droits qu'aux autres salariés, tout en prévoyant parallèlement de lourdes peines contre les employeurs qui persistent dans cette voie<sup>24</sup>.

Mais en même temps qu'elle maintient le principe de la fermeture des frontières avec toutes les conséquences qui en découlent — dont la faculté de reconduire à la frontière les étrangers condamnés pour séjour irrégulier —, la nouvelle politique de l'immigration pose également en principe le droit

de demeurer pour les immigrés déjà installés : soit qu'ils fussent en situation régulière dès avant l'arrivée de la gauche au pouvoir, soit qu'ils aient bénéficié de la régularisation exceptionnelle ouverte à tous ceux qui, présents en France au 1<sup>er</sup> janvier 1981, pouvaient se prévaloir d'une relation de travail, soit enfin qu'en raison des attaches personnelles ou familiales qu'ils ont en France la loi interdise désormais de prendre à leur encontre une mesure d'éloignement du territoire<sup>25</sup>. On ne parle donc plus de renvoyer chez eux ceux qui sont au chômage, et la situation de l'emploi n'est plus opposée à ceux qui demandent le renouvellement de leur titre de travail.

La loi du 17 juillet 1984 concrétise au plan juridique la reconnaissance du caractère durable de l'installation en France de la population immigrée et la dissociation du droit au séjour d'avec l'occupation d'un emploi. En supprimant la dualité des cartes de séjour et de travail, en créant une carte de résident qu'a vocation à obtenir tout étranger qui réside en France régulièrement depuis plus de trois ans ainsi que les membres de sa famille, en reconnaissant enfin au titulaire de cette carte, valable dix ans et renouvelable automatiquement, le droit d'exercer sur l'ensemble du territoire la profession de son choix, cette loi opère dans le droit de l'immigration une rupture dont la portée symbolique est considérable, même si beaucoup d'équivoques subsistent, qui risquent d'en restreindre la portée pratique. Elle traduit une nouvelle façon d'appréhender les problèmes de l'immigration et de la population immigrée, qui n'est plus considérée simplement comme un volant de main-d'œuvre compressible au gré des nécessités économiques. Cette conversion, à vrai dire, n'a pas été spontanée, mais imposée par les circonstances : le gouvernement et le Parlement prennent acte de l'impossibilité de renvoyer massivement chez eux des gens qui, pour la plupart, sont arrivés en France il y a plus de dix ans, y ont fait venir leur famille, s'y sont acculturés à des degrés variables, et dont les enfants — cette fameuse seconde génération, née et élevée en France — ne connaissent d'autre pays que celui-là.

Pour autant, on n'a pas omis de prévoir dans ce dispositif des soupapes de sûreté. D'abord, la mise en place de la carte de résident laisse subsister la carte de séjour temporaire dont

la fonction est double : d'un côté, permettre le recours à de la main-d'œuvre temporaire si le besoin s'en fait sentir — ce qui est vraisemblable, car l'économie française aura encore besoin d'une main-d'œuvre déqualifiée, saisonnière et mobile que la population étrangère installée, compte tenu de ses nouvelles caractéristiques socioculturelles et démographiques, sera de moins en moins à même de lui fournir ; d'un autre côté, permettre de refuser l'accès au statut de résident et les garanties qu'il comporte pour des raisons d'opportunité.

Par ailleurs, les pouvoirs publics n'ont pas renoncé à tout espoir de voir une partie de la population immigrée retourner dans son pays d'origine : deux ans et demi après la suppression solennelle de l'aide au retour « Stoléru », un décret d'avril 1984 institue une « aide publique à la réinsertion » réservée aux étrangers privés d'emploi, d'un montant à peine plus élevé que la précédente, mais à laquelle s'ajoute une aide financière éventuelle de leur ancien employeur<sup>26</sup>. La politique officielle de la France en matière d'immigration ne contient donc plus deux volets, mais trois : maîtrise des flux, insertion, aide à la réinsertion. En cela, elle ne se différencie guère de celle des autres pays européens, confrontés aujourd'hui aux mêmes problèmes.

A l'origine, le problème de l'immigration s'est posé en termes différents selon les pays. La *Grande-Bretagne* représente un cas à part, dans la mesure où l'immigration y est constituée quasi exclusivement de ressortissants du Commonwealth reconnus comme sujets de la Couronne britannique, et qui, jusqu'aux mesures restrictives inaugurées en 1962, entraient et travaillaient librement sur le territoire et jouissaient de l'égalité de droits avec les citoyens du Royaume-Uni. Il y a donc une imbrication très étroite entre la politique d'immigration et les questions de citoyenneté, lesquelles tendent à masquer des préoccupations économiques pourtant réelles : la régulation des flux migratoires ne s'est pas opérée à l'aide de quelconques quotas ou contingentements, mais par la manipulation, pas toujours très glorieuse car conduisant à instituer des discriminations raciales, des concepts de citoyenneté et de nationalité<sup>27</sup>. Pour spécifique qu'elle soit, l'expérience britannique n'en offre pas moins une illustration particulièrement éclatante des épreuves que l'immigration fait subir au droit, cela jusque dans

les pays les plus attachés aux acquis de l'Etat de droit. A la suite des restrictions successives apportées par les textes au droit de libre établissement, seuls peuvent entrer librement et travailler sans permis au Royaume-Uni les citoyens du Royaume-Uni et des colonies dits *patrials*, ainsi que les citoyens d'un autre Etat du Commonwealth dont un des parents est né au Royaume-Uni ; tous les autres — c'est-à-dire en pratique les gens de couleur, dans leur très grande majorité — doivent avoir pour travailler un permis demandé par l'employeur, qui ne vaut que pour une durée déterminée et pour un emploi défini. Il s'agit donc d'un statut de travailleur temporaire, même si au bout de quatre ans le travailleur peut demander à être admis au séjour permanent : possibilité toute théorique puisque le nombre de ces admissions concerne une centaine de personnes originaires du Commonwealth par an...

Dans la plupart des *pays du continent*, à l'exception de la Suisse et dans une moindre mesure de la Belgique, l'immigration de main-d'œuvre est un phénomène récent, qui a commencé à se développer dans les années 50, a pris une nouvelle ampleur avec la forte croissance des années 60, avant d'être freiné puis stoppé lorsque la crise s'est profilée à l'horizon. Face à cette situation, on constate dans l'attitude des pouvoirs publics une évolution un peu similaire à celle que l'on a pu observer en France. Confrontés à la grande vague d'immigration des années 60, ils renoncent à appliquer les textes anciens, conçus pour réglementer une immigration individuelle et durable, qui ralentissent à l'excès la circulation des flux migratoires, et prennent au coup par coup les mesures que leur dictent les besoins conjoncturels de l'économie. Le ralentissement, puis l'arrêt presque complet de l'introduction de main-d'œuvre dans les années 70, est l'occasion d'une remise en ordre de la législation sur des bases, sinon avec des modalités assez semblables dans les différents pays concernés. Jamais peut-être la subordination du droit aux variations des politiques migratoires n'a été aussi manifeste que pendant cette période, où la réglementation essaie sans cesse de coller aux fluctuations du marché de l'emploi<sup>28</sup>.

Dans un premier temps, donc, l'immigration est spontanée et vient des pays liés au pays d'accueil par la proximité géographique ou la tradition historique ; mais bientôt cette immigra-

tion spontanée et de voisinage ne suffit plus pour pourvoir aux besoins de main-d'œuvre.

Le développement concomitant de l'immigration organisée dans tous les pays est le signe de la concurrence qu'ils se livrent sur le marché mondial de la main-d'œuvre, qui les pousse à aller chercher celle-ci toujours plus loin lorsqu'ils ne peuvent plus compter uniquement sur les flux spontanés. L'introduction massive d'une population allogène, la distance culturelle croissante qui la sépare de la population autochtone n'inquiètent pas les autorités, dans la mesure où aucun des pays concernés ne se considère (contrairement à la France) comme un pays d'immigration et n'imagine que les travailleurs étrangers puissent se fixer pour de nombreuses années sur son territoire ; sous-jacente aux accords de main-d'œuvre passés avec les Etats fournisseurs il y a l'idée que la plupart des migrants retourneront dans leur pays d'origine après quelques années d'activité. Ceci ressort très clairement de la réglementation sur les permis de travail et de séjour, dont la durée de validité est généralement brève<sup>29</sup>. Le postulat de la rotation du stock de la main-d'œuvre immigrée est énoncé avec une vigueur particulière en Allemagne fédérale, où il se traduit notamment par une réglementation très restrictive de l'immigration familiale : la loi allemande impose un délai de trois ans au travailleur étranger qui souhaite faire venir sa famille, là où la plupart des pays prévoient un délai maximum d'un an — position parfaitement cohérente, il faut l'avouer, sinon avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine, du moins avec la notion d'une immigration de pure main-d'œuvre recrutée pour un temps limité.

L'immigration organisée ne tarit pas le flux d'immigration spontanée qu'en cette période de prospérité des années 60 les autorités laissent se développer sans contrôle. Une partie de cette immigration, au demeurant, s'effectue juridiquement sous le régime de la libre circulation et du libre établissement qui concerne, depuis l'entrée en vigueur effective du Traité de Rome sur ce point, en 1968, des aires géographiques étendues. En dehors de ces cas particuliers, l'immigration individuelle reste réglementée strictement, au moins en théorie, l'entrée sur le territoire étant généralement subordonnée à la possession préalable d'un contrat de travail. Mais cette réglementation

n'est pas partout respectée : en Belgique notamment, et dans une moindre mesure aux Pays-Bas, on assiste au même phénomène qu'en France, à savoir le développement d'une immigration clandestine encouragée par les employeurs aux prises avec une pénurie de main-d'œuvre, et tolérée pour la même raison par les pouvoirs publics qui acceptent sans difficulté la régularisation des travailleurs en situation illégale.

Comme en France, également, cette tolérance prend fin lorsque apparaissent les premiers signes de tension sur le marché de l'emploi, qui vont inciter les autorités à contrôler plus strictement les flux migratoires. On assiste partout à un verrouillage progressif des frontières — verrouillage qui n'est pas total, toutefois, puisqu'il laisse subsister des flux à l'intérieur des zones de libre circulation et ne s'oppose en principe ni au passage des réfugiés, ni à l'immigration familiale.

Mais le verrouillage des frontières ne saurait tenir lieu de politique d'immigration : d'abord parce que les pays concernés ne peuvent se passer de main-d'œuvre étrangère et doivent donc prévoir la possibilité de maintenir un courant d'immigration, fût-il faible ; ensuite parce que la fermeture des frontières a, paradoxalement, fait prendre conscience de l'irréalisme de la théorie de la rotation de la main-d'œuvre immigrée et du caractère durable de l'immigration. Ni la fermeture des frontières, ni le développement du chômage au sein même de la population immigrée n'ont en effet provoqué une réduction notable de celle-ci, l'arrêt du recrutement des travailleurs étant compensé par l'arrivée des familles. Confrontés brutalement à l'idée que l'Europe doit vivre avec ses immigrés — 6,3 millions d'actifs, près de 12 millions de personnes avec les familles —, les pays européens ont l'un après l'autre, à partir de 1975, tenté de redéfinir — ou plutôt de définir tardivement — une politique d'immigration, ce qui s'est traduit par une intense activité législative et réglementaire. Chacun d'eux a dû prendre position à la fois sur les flux migratoires eux-mêmes et sur la conduite à tenir vis-à-vis de la population immigrée présente sur leur territoire, en puisant dans un répertoire relativement limité de solutions : depuis l'intégration accélérée jusqu'au départ forcé, en passant par l'institutionnalisation d'un statut de travailleur temporaire qui permette de résorber les poches locales et sectorielles d'insuffisance de main-d'œuvre sans

pour autant augmenter le stock de la population immigrée résidente.

En ce qui concerne les flux migratoires, l'embargo sur l'immigration de travailleurs est devenu partout la règle. Les nouvelles dispositions législatives manifestent très nettement l'intention de ne plus admettre qu'au compte-gouttes l'accès des étrangers au marché du travail<sup>30</sup>. L'attitude vis-à-vis de l'immigration familiale et des réfugiés, qui constituent désormais l'essentiel des mouvements de population à caractère durable, varie en revanche beaucoup plus d'un pays à l'autre. Tandis que la Suède continue à ne mettre aucune limite à l'entrée des proches parents des étrangers établis dans le pays, l'Allemagne fédérale s'est efforcée au contraire de limiter encore le regroupement familial<sup>31</sup>. Entre ces deux attitudes extrêmes, on trouve la Belgique et les Pays-Bas, qui continuent à subordonner la venue des familles à des conditions qui ont tendance à devenir plus strictes, mais ont libéralisé l'accès des familles au marché du travail en ne le faisant plus dépendre de la situation de l'emploi. Ces divergences expriment assez bien les considérations contradictoires auxquelles les pays sont confrontés : d'un côté, en effet, l'immigration familiale représente le corollaire logique de la stabilisation de la population étrangère et un moyen d'assurer son insertion sociale dans la perspective d'un séjour prolongé ; de l'autre, les conjoints et les enfants lorsqu'ils arrivent à l'âge de travailler représentent autant de demandeurs d'emploi supplémentaires que le marché du travail n'est pas en état d'absorber.

Le verrouillage des frontières consécutif à la montée du chômage a eu également des répercussions sur la situation des demandeurs d'asile, qui auraient normalement dû échapper aux entraves apportées aux migrations de main-d'œuvre. La crise, en effet, a rendu les pouvoirs publics particulièrement vigilants vis-à-vis des candidats au statut de réfugié, dont l'afflux risque d'exercer une pression supplémentaire sur un marché de l'emploi déjà tendu ; d'autant plus vigilants qu'ils sont prompts à soupçonner les demandeurs d'asile d'être de faux réfugiés, cherchant seulement le moyen d'échapper aux dispositions restrictives édictées par les pays d'immigration. Non seulement les frontières sont de plus en plus difficiles à franchir et les refoulements de plus en plus fréquents ; non seulement les

refus d'asile se multiplient ; mais des mesures dissuasives frappent maintenant les demandeurs d'asile, telle la décision prise par le gouvernement allemand depuis 1980 de leur interdire de travailler pendant les deux années qui suivent leur arrivée, puis, en 1981, de diminuer l'aide sociale qui leur est accordée, et enfin, en 1982, de les obliger à habiter des « logements communs » qui, par la force des choses, ressemblent plutôt à des camps. Si l'exemple de l'Allemagne n'a pas été suivi encore par les autres pays, il n'est pas exclu qu'il le soit à brève échéance, dans la mesure où ce dispositif s'est révélé d'une efficacité remarquable au regard des objectifs poursuivis<sup>32</sup> et où, à chaque fois qu'un pays verrouille ses frontières, les demandeurs d'asile affluent dans les pays voisins qui se sentent contraints à leur tour de se protéger : la contagion est dès lors inévitable<sup>33</sup>.

La politique adoptée envers la population immigrée déjà installée témoigne elle aussi d'une hésitation entre la volonté d'accélérer son insertion et la tentation d'inciter une partie au moins d'entre elles au retour. Les politiques d'insertion sont les moins spectaculaires et les plus difficiles non seulement à mettre en œuvre mais à inscrire dans la loi ; elles supposent une action résolue pour compenser les handicaps socioculturels dans les domaines du logement, de l'école, de la formation professionnelle, qui n'a d'ailleurs quelques chances de succès que si, initiée par les gouvernements, elle est relayée au niveau local et soutenue par l'opinion — autant de conditions que l'on trouve rarement réunies. Au plan juridique, on peut considérer comme l'expression de cette résolution les mesures prises pour faciliter le regroupement familial, l'octroi aux résidents de titres de séjour et de travail de validité permanente, ou bien encore, dans le domaine politique, l'octroi du droit de vote, comme l'ont fait la Suède et plus récemment les Pays-Bas. Mais même lorsque la volonté de favoriser l'insertion des immigrés est sincère, elle exclut rarement toute action parallèle en vue de provoquer des départs : départ forcé, par refus de régulariser les étrangers en situation illégale là où l'immigration clandestine est importante, ou par refus de renouveler un titre de travail en raison de la situation de l'emploi ; ou encore — solution vers laquelle tous les pays ont tourné leurs regards, même lorsqu'ils ne l'ont pas adoptée — incitation au retour volontaire dans le pays d'origine, d'autant plus tentante que le chômage des étrangers

a rattrapé, voire dépassé, celui des nationaux. On a vu comment la France, après l'avoir adoptée, puis bannie, y est finalement revenue. Les Pays-Bas, eux, avaient solennellement proscrit en 1979 toute politique d'aide au retour, comme contradictoire avec l'action d'intégration qu'ils souhaitaient promouvoir ; la question est pourtant revenue en 1984 à l'ordre du jour du Parlement<sup>34</sup>. En Allemagne fédérale, où l'on n'éprouvait pas les mêmes scrupules, cette option est devenue nettement prioritaire par rapport à celle de l'intégration<sup>35</sup>.

En réalité, l'attribution d'une aide a avant tout valeur de symbole : elle sert à souligner le prix que les pouvoirs publics attachent au départ des immigrés. On peut même se demander si les politiques d'aide au retour, dont les gouvernements ne peuvent raisonnablement espérer beaucoup s'ils ont pris la peine d'analyser la situation objective et les aspirations de la population immigrée, ne sont pas d'abord tournées vers leurs propres opinions publiques. Car, il ne faut pas l'oublier, l'immigration a toujours constitué un enjeu politique ; et si, *a posteriori*, on peut retrouver une cohérence entre l'évolution de la législation et l'évolution des problèmes posés par l'immigration, il s'agit d'une cohérence sur le long terme : quand on considère le court terme, on est surtout frappé par l'extrême sensibilité du droit de l'immigration aux fluctuations rapides de la conjoncture politique, dont il retranscrit à chaque instant les plus infimes variations.

#### UN BAROMÈTRE DE LA CONJONCTURE POLITIQUE

La conduite des affaires publiques n'a rien à voir avec la cybernétique : il n'existe pas dans ce domaine de mécanismes autorégulateurs garantissant l'adaptation automatique des moyens aux fins, l'adéquation des décisions aux objectifs poursuivis ; la politique est le royaume de l'approximation et des tâtonnements, et les décisions politiques résultent plus souvent d'un arbitrage entre des pressions contradictoires ou d'ajustements *a posteriori* que d'un grand dessein rationnel *a priori*. Ceci se vérifie avec une force particulière s'agissant de la politique de l'immigration et de l'attitude à l'égard des étrangers : car il y a peu de thèmes qui fassent l'objet d'un investissement

idéologique et affectif aussi intense, peu de sujets qui mettent en jeu autant d'intérêts et d'opinions contradictoires, qui cristallisent autant de haines et de frustrations, de regrets et de remords, de bonne ou de mauvaise conscience — bref, qui suscitent autant de réactions, et de réactions passionnelles.

Il n'est guère étonnant, dans ces conditions, que les pouvoirs publics, chargés de définir une politique et de la mettre en œuvre mais néanmoins sensibles aux pressions diverses qui s'exercent sur eux, en soient souvent réduits à naviguer à vue, au plus près des exigences des uns puis des autres, et à sacrifier leurs objectifs économiques ou démographiques à long terme (lorsqu'ils en ont) à des préoccupations politiques plus immédiates. Et si l'on abandonne une vision distanciée et *a posteriori* de la législation sur l'immigration pour observer le droit en-train-de-se-faire, il est facile de repérer, derrière l'illusion de la continuité que donne le recul du temps, la part considérable des lois votées sous la pression des circonstances, des mesures adoptées pour satisfaire telle ou telle fraction de l'opinion, tel groupe d'intérêt ou tel gouvernement ami. Prisonniers des contraintes structurelles auxquelles ils ne peuvent échapper, écartelés entre les impératifs de la politique intérieure et ceux de la diplomatie, les gouvernants n'ont qu'une marge de manœuvre réduite pour faire prévaloir leurs convictions idéologiques propres ; aussi ne doit-on pas être surpris de ce que, parmi toutes les variables conjoncturelles susceptibles d'infléchir la législation, l'alternance au pouvoir de tendances politiques opposées ne produise que des effets limités.

### *La pression des intérêts contradictoires et les emportements de l'opinion*

Gouverner ne consiste pas à céder aux pressions de l'opinion et en suivre toutes les fluctuations. Et pourtant... Ce que dit Bachelard à propos de la connaissance scientifique pourrait tout autant s'appliquer à la conduite de la politique : l'opinion pense mal, elle ne pense pas ; elle réagit à l'événement et convertit en sentiments irrationnels ses intérêts immédiats. On ne peut rien fonder sur elle, et surtout pas une politique de l'immigration : car l'opinion est très généralement xénophobe, elle se méfie des étrangers. L'opinion, au demeurant, n'existe pas

comme telle mais comme résultante d'une multiplicité de niveaux et de réseaux qui interfèrent : le terme recouvre à la fois les réactions primitives et instinctives de « la masse » et les analyses plus élaborées des « élites », répercutées les unes et les autres par la presse ; elle inclut bien sûr l'attitude des partis mais aussi des groupes d'intérêt. Aussi, en temps normal, l'opinion est-elle divisée, même si on peut à certains moments déceler une opinion dominante, une tendance prépondérante qui est d'ailleurs moins question de mesure objective que d'impression subjective. C'est dans ces moments-là, surtout, que « l'opinion » devient une force politique : il s'agit, en règle générale, de périodes marquées par des circonstances particulières ou exceptionnelles, de périodes de crise économique, d'agitation politique, de tension internationale, au cours desquelles la question des étrangers surgit irrésistiblement sur le devant de la scène. Les pouvoirs publics cèdent alors aux emportements de l'opinion et lui emboîtent le pas. Même dans les périodes plus calmes, quand les passions sont moins exacerbées et les problèmes de l'immigration moins directement à l'ordre du jour, il faut encore compter avec les pressions contradictoires des groupes d'intérêt : pressions qui, en l'absence d'une politique de l'immigration volontariste de la part des gouvernants, risquent parfois de se neutraliser et de déboucher sur l'immobilisme — jusqu'à ce qu'un élément nouveau fasse basculer dans un sens ou dans l'autre la législation, décidément toujours soumise aux aléas de la conjoncture.

On peut ainsi relire toute l'histoire de la législation sur les étrangers *sous la III<sup>e</sup> République en France* comme une alternance de périodes calmes où les textes reflètent un arbitrage incertain, au jour le jour, entre des positions divergentes, et de moments de crise où le droit entérine, et donc conforte, les inclinations spontanées de l'opinion, y compris, parfois, dans ses tendances les plus violemment xénophobes<sup>36</sup>.

On a toujours relevé, ici ou là, des manifestations sporadiques, voire de véritables vagues de xénophobie<sup>37</sup>. L'immigration spontanée aboutit en effet à des phénomènes de saturation dans certaines régions ou activités, où la concentration d'une main-d'œuvre étrangère disponible et peu revendicative est mal tolérée par ceux qui se plaignent de la concurrence qu'ils subissent. A la faveur de la longue récession dans laquelle la France s'installe

dans les années 1880, ces mécontentements sectoriels se cristallisent en un mouvement d'opinion dirigé contre la concurrence du travail étranger et repris à leur compte par certains politiciens.

C'est en 1888 qu'intervient la première mesure de contrôle obligeant les étrangers à se déclarer à la mairie. A partir de 1889, quatre propositions de lois sont déposées, visant à la protection du travail national et préconisant entre autres l'établissement d'une taxe spéciale sur les ouvriers étrangers ; aucune d'elles n'aboutit, mais la loi de 1893, qui se borne à perfectionner le système déjà en vigueur depuis cinq ans, peut être considérée comme une réponse aux inquiétudes de l'opinion publique dans une conjoncture troublée. Car aux effets de la crise économique est venue entre-temps s'ajouter l'insécurité politique entretenue par la succession d'épisodes déstabilisateurs pour le régime : le scandale des décorations, le boulangisme, le scandale de Panama, la recrudescence des attentats anarchistes enfin. De fait, pendant toute cette période, la préoccupation fondamentale est une préoccupation de police, au sens large, plus encore que de protection du travail national. On dénonce les transferts de fonds, on s'inquiète des charges que font peser sur l'assistance publique les étrangers indigents, on craint l'immoralité que traduisent une criminalité élevée et... un fort taux de naissances illégitimes<sup>38</sup>. Et si ces inquiétudes trouvent surtout à s'exprimer en période de crise économique, c'est parce que dans une telle période la présence de travailleurs étrangers est considérée en elle-même comme un facteur de trouble.

Une fois la prospérité revenue et la stabilité politique retrouvée, la pression se relâche. Sans doute donne-t-on satisfaction à une fraction de l'opinion en insérant, en 1899, dans les cahiers des charges relatifs aux marchés de l'Etat, une clause limitant la proportion de main-d'œuvre étrangère à laquelle peuvent faire appel les entreprises de travaux publics contractant avec l'Etat. Mais l'échec des tentatives pour élaborer une réglementation générale plus stricte de l'immigration (selon G. Mauco, on compterait une cinquantaine de propositions entre 1883 et 1914) atteste l'insuffisance de l'enjeu. La question des étrangers ne préoccupe que des catégories peu nombreuses de la population — une partie des employeurs et de la classe ouvrière notamment ; elle n'affleure guère au niveau de l'opi-

nion prise dans son ensemble. Les sentiments xénophobes relèvent plus de ce que l'on pourrait appeler une xénophobie corporative que de cette xénophobie politique ou idéologique liée au nationalisme qui se développera par la suite et touchera cette fois toutes les classes sociales et tous les secteurs de l'opinion.

Dès la fin de la guerre, en revanche, le statut des étrangers et les problèmes de l'immigration passent au premier plan des préoccupations des principaux acteurs de la vie politique. Ils vont bientôt représenter un enjeu majeur des controverses politiques et idéologiques de l'entre-deux-guerres, dont l'intensité toutefois varie selon la conjoncture : les années de l'immédiat après-guerre correspondent à une forte poussée nationaliste qui entretient une atmosphère de méfiance et d'hostilité de nature essentiellement politique envers les étrangers, mais le public n'accorde encore qu'une attention ponctuelle à l'immigration en tant que telle (R. Schor). Cette attention se développe surtout au milieu des années 20, attisée par les deux crises de 1924 et 1927, et retombe provisoirement ensuite ; mais l'ampleur et la durée de la nouvelle crise qui touche la France à partir de 1931, l'afflux des réfugiés à partir de 1933, la tension internationale à l'approche des hostilités enfin alimentent une vague de xénophobie sans précédent et remettent plus que jamais à l'ordre du jour la question des étrangers : elle y restera jusqu'à la guerre, qui la résoudra à sa façon.

Sur l'ensemble de la période, les positions des uns et des autres restent relativement stables. Tout au long de l'entre-deux-guerres le patronat se montre favorable à l'introduction de main-d'œuvre étrangère, et cette attitude, qui lui est évidemment dictée par la conscience de ses intérêts économiques, le fera se tenir à l'écart des campagnes xénophobes. En face, les ouvriers sont assez généralement hostiles aux travailleurs immigrés, considérés comme des concurrents déloyaux, quand ils ne sont pas accusés de venir manger « le pain des Français ». Les syndicats et les partis de gauche sont tiraillés entre une solidarité de principe avec les travailleurs immigrés au nom de l'internationalisme prolétarien et d'une idéologie humaniste, et la défense des intérêts des travailleurs français contre les manœuvres du patronat, qui entretient à dessein la concurrence étrangère ; partagés aussi entre la dénonciation de l'exploitation et de la répression dont sont victimes les étrangers et les

réactions xénophobes d'une base qui leur reste hostile. La gauche, au demeurant, est loin d'être unanime sur la question de l'immigration, et il y a plus que des nuances entre les radicaux, souvent proches de la droite, la SFIO et la CGT théoriquement favorables aux étrangers mais prêtes à transiger le cas échéant, le PC et la CGTU enfin, qui jusqu'à la veille du Front populaire plaident pour l'ouverture des frontières et défendent vigoureusement les étrangers. La droite, de son côté, n'est pas moins divisée : en face d'une droite économique constamment favorable, on l'a dit, à l'immigration, représentée par le patronat<sup>39</sup> et les organes d'opinion qu'il inspire, comme *Le Temps*, la droite idéologique se montre avec la même constance xénophobe par nationalisme ; mais là encore des nuances séparent l'extrême-droite qui, intransigeante mais cohérente avec elle-même, condamne le recours à la main-d'œuvre étrangère, et la droite modérée qui se rend compte que l'immigration concourt au bien-être du pays. Enfin, le « grand public », celui qui n'est pas directement impliqué, reste instinctivement méfiant à l'égard des étrangers, et ne peut être au mieux qu'indifférent vis-à-vis de l'immigration ; mais chacun est prompt à passer de l'indifférence à la réticence puis à l'hostilité déclarée dès l'instant où il craint, avec ou sans raison, pour ses intérêts.

Cette stabilité relative des positions des uns et des autres n'exclut pas leur sensibilité à l'évolution de la conjoncture. Au gré des problèmes qui surgissent les clivages s'infléchissent imperceptiblement, des rapprochements s'opèrent, et de nouvelles lignes de force se cristallisent, pour finalement se concrétiser sur le plan législatif. C'est donc bien la conjoncture qui, directement ou indirectement, a constamment pesé sur les décisions des pouvoirs publics ; mais dans un premier temps ils ont surtout cédé à l'influence des groupes d'intérêts, et notamment du patronat, pour se laisser plutôt guider ensuite par les mouvements irrationnels de l'opinion publique.

Aussi longtemps que le problème de l'immigration est traité sur un plan strictement économique, la dénonciation rituelle des risques que fait courir à la France la présence étrangère selon une thématique à peu près immuable — l'affairisme (véreux) et l'appropriation du patrimoine immobilier, les maladies (contagieuses et vénériennes surtout), la criminalité, les charges sociales supplémentaires, les menaces pour l'avenir de la race,

le désordre et l'espionnage... — reste, si l'on ose dire, gratuite : si elle contribue à entretenir méfiance et retrait vis-à-vis des étrangers, elle ne débouche sur aucune mesure concrète visant à endiguer les risques ainsi dénoncés. Les bienfaits de l'immigration sont si évidents qu'ils emportent toutes les réticences. Les controverses portent surtout sur les modalités de cette immigration — libre ou organisée —, sur la nécessité de sélectionner les travailleurs étrangers et sur les critères de cette sélection, sur le rôle respectif de l'Etat et du patronat dans l'introduction de la main-d'œuvre immigrée, sur le statut de la Société générale d'Immigration, enfin, et la légitimité du monopole de fait qu'elle exerce en la matière. De ce débat, le patronat, soutenu par la droite majoritaire dans la Chambre bleu horizon, sort vainqueur et le restera : ni les critiques de la gauche et des syndicats, qui dénoncent les méthodes d'un patronat négrier et l'abandon de la politique d'immigration au secteur privé (laquelle est devenue au demeurant une affaire lucrative), ni les multiples projets tendant à créer un office d'immigration sous l'égide de l'Etat et dont aucun n'aboutira, ne peuvent contrebalancer la toute-puissance des employeurs qui conserveront jusqu'au bout la liberté de sélectionner, recruter et transporter la main-d'œuvre immigrée.

Seule la crise, en provoquant le mécontentement de l'opinion, relayé par les parlementaires conservateurs et radicaux, et éventuellement socialistes, contraint les pouvoirs publics à sortir de leur réserve pour contrôler plus strictement l'immigration. Mais jusqu'en 1930 les crises sont éphémères et n'entraînent que des mesures passagères, qui ne s'inscrivent pas durablement dans la législation ou dans la pratique. L'obligation, pour être admis en France, de présenter un certificat d'engagement visé, édictée à la fin de l'année 1920 au moment où la crise se profile, est oubliée sitôt après. Lors de la crise de 1927, l'arrêt du recrutement est demandé de tous côtés, et Poincaré, président du Conseil, se dit décidé à « arrêter une invasion qui a été bienfaisante mais qui menace de devenir nuisible »<sup>40</sup> : grâce à une série de mesures ponctuelles<sup>41</sup>, le nombre des entrées tombe de 100 000 à 18 000, tandis que 90 000 départs sont enregistrés, soit près du double de l'année précédente. Mais dès 1928 les régularisations et les autorisations d'introduction sont à nouveau libéralement accordées par l'administration qui, en

période de prospérité, cède sans réticence aux sollicitations des employeurs. La loi du 11 août 1926 elle-même, qui instaure un contrôle accru sur la main-d'œuvre étrangère en créant la carte d'identité de travailleur, est une réponse aux préoccupations du patronat désireux d'endiguer les pratiques de débauchage et l'exode de la main-d'œuvre agricole vers l'industrie.

En dehors des brèves périodes de crise, le seul débat qui suscite l'intérêt et parfois la passion de l'opinion publique et dépasse le cercle restreint de la classe politique est celui qui précède l'adoption de la loi du 10 août 1927 sur l'octroi de la nationalité française. Dans ce débat s'opposent en effet deux conceptions de la nation — l'une volontariste et ouverte, pour laquelle il convient d'accueillir généreusement au sein de la nation française tous ceux qui souhaitent s'y fondre (et d'autant plus généreusement qu'elle a subi une grave saignée avec la guerre), l'autre exclusive et frileuse, qui, identifiant la nation soit à la communauté de sang et de race, soit même à une histoire commune et à un long passé vécu ensemble, ne peut être que réservée à l'idée d'y admettre de nouveaux membres<sup>42</sup>. Si la loi est votée en 1927 (mais le projet remontait à 1925), l'initiative en revient à la gauche alors au pouvoir ; au Parlement, l'opposition de la droite nationaliste hostile aux « Français de papier » est contrebalancée par le ralliement au projet de ceux qu'inquiète, à l'instar de Paul Reynaud, la crise démographique. La droite, alliée cette fois aux radicaux, obtiendra néanmoins en contrepartie de l'octroi plus facile de la nationalité française que soient inscrites dans la loi la possibilité de déchoir les naturalisés de la nationalité française ainsi que leur inéligibilité à toutes les fonctions électives pendant dix ans.

Présentée quelques années plus tard, cette loi n'aurait plus trouvé de majorité pour la voter : à partir de 1931, en effet, la conjoncture est complètement et durablement transformée. La France avait déjà connu des crises, mais cette fois la durée de la dépression envenime l'atmosphère et attise la violence des réactions xénophobes. Face à la montée du chômage les clivages politiques s'estompent et un consensus s'instaure pour réclamer le renvoi des immigrés. Les ouvriers manifestent aux cris de « La France aux Français », les députés inscrivent à leur programme la limitation de la main-d'œuvre étrangère, les classes moyennes — commerçants, artisans, professions libérales — s'inquiètent

à leur tour de la concurrence que leur font les étrangers et les naturalisés et demandent aux pouvoirs publics d'agir. Aux effets de la crise viennent très vite s'ajouter des facteurs supplémentaires de tension : l'arrivée des réfugiés politiques — allemands et juifs pour la plupart —, les attentats politiques, l'affaire Stavisky — autant d'événements que la droite nationaliste ne manque pas d'exploiter et qui incitent l'opinion, toutes tendances et tous secteurs confondus, à réclamer une surveillance plus étroite des étrangers. La gauche elle-même est contaminée par la vague montante de l'intolérance, qui étouffe les rares voix dissidentes : celle des milieux patronaux ; celle de personnalités isolées comme Paul Reynaud ou de groupes minoritaires comme la Ligue des Droits de l'Homme, celle du PCF enfin, qui, jusqu'en 1935, proclame encore que se dresser contre les travailleurs immigrés serait faire le jeu du patronat.

Face à ces pressions convergentes, le gouvernement réagit : d'abord avec modération puis, à mesure qu'elles s'accroissent, avec une vigueur croissante. Au départ, il puise dans l'arsenal des mesures existantes, déjà expérimentées en 1927 (fermeture des frontières, incitation au départ, etc.). La première mesure réglementaire nouvelle n'a pas un but économique mais de police : il s'agit du décret du 21 mai 1932, pris au lendemain de l'assassinat de Paul Doumer, qui renforce les sanctions pour inobservation des dispositions sur la carte d'identité et permet d'expulser l'étranger auquel est refusée ou retirée cette carte. La loi du 10 août 1932 sur le contingentement de la main-d'œuvre étrangère est elle aussi une loi de circonstance ; elle est adoptée malgré l'opposition du patronat, pour donner satisfaction à l'opinion publique essentiellement, ce qui explique que son application ne soit pas poursuivie avec beaucoup d'énergie ni de conviction. C'est encore sous la pression de fractions influentes de l'opinion que le Parlement vote successivement la loi du 21 avril 1933 écartant de l'exercice de la médecine non seulement les étrangers mais aussi les naturalisés non titulaires d'un diplôme d'université français (loi qui est encore en vigueur aujourd'hui), puis la loi du 19 juillet 1934 imposant aux naturalisés un stage de dix ans avant de pouvoir entrer dans la fonction publique ou au barreau. Ce sont là les premiers signes d'un durcissement de la position des pouvoirs publics à l'égard des étrangers, coïncidant avec une nouvelle détérioration du

climat de l'opinion publique et le retour de la droite au gouvernement. Les contrôles aux frontières sont renforcés, les cartes de séjour ne sont plus renouvelées lorsque leurs titulaires résident en France depuis moins de deux ans, les mesures d'incitation au retour font place à des refoulements autoritaires et massifs qui ne touchent plus seulement les immigrés récemment arrivés mais aussi les autres, plus durablement installés. Sous le gouvernement Laval les dispositions réglementaires sont modifiées de façon à assurer une efficacité accrue du dispositif de contrôle : la carte de séjour n'est plus valable que dans le département où elle est établie, sa validité maximum est ramenée à deux ans, et toute infraction à la réglementation entraîne son retrait, tandis que sont aggravées les peines sanctionnant le non-respect d'un arrêté d'expulsion. A la suite de manifestations d'étudiants en médecine le législateur aggrave les dispositions des lois de 1933 et 1934 en étendant à l'exercice de la médecine l'incapacité temporaire frappant les naturalisés ; les artisans, de leur côté, obtiennent à leur tour satisfaction avec le décret-loi du 9 août 1935 qui impose aux artisans étrangers de détenir une carte d'identité spéciale et admet, sur le modèle de la loi de 1932, le principe d'un contingentement par métier et par région.

1936 et les débuts de l'année 1937 marquent une légère pause dans l'activisme législatif et réglementaire des pouvoirs publics. On peut l'attribuer pour une part à la présence de la gauche au pouvoir, mais surtout au relâchement de la tension sociale dû à une légère reprise économique : le chômage n'augmente plus, le nombre des travailleurs étrangers a sensiblement diminué. Lorsque le problème est à nouveau posé dès la fin de 1937, c'est moins sous l'angle de la protection de la main-d'œuvre nationale que de la sécurité ; et sur le plan professionnel, ce sont surtout les commerçants, les artisans et les professions libérales qui se plaignent de la concurrence qui résulte pour eux de l'afflux des réfugiés.

2 mai, 14 mai, 17 juin, 12 novembre 1938 ; 2 février, 12 avril 1939... Les décrets-lois se succèdent par trains entiers, à un rythme accéléré, comme si les pouvoirs publics n'avaient rien d'autre à offrir à une opinion inquiète et malléable, soumise à une intense propagande xénophobe et antisémite, que des textes, encore des textes. Peut-on sérieusement croire que ces textes, théoriquement destinés à la tranquilliser, n'ont pas,

plutôt, contribué à alimenter la crainte et l'hostilité ambiante envers les étrangers ? Car s'il est vrai que chacun d'eux est précédé d'un exposé des motifs rappelant la tradition d'hospitalité de la France, « l'esprit de libéralisme et d'humanité qui est l'un des plus nobles aspects de notre génie national » (décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers), il n'est pas moins évident qu'une telle manie codificatrice, emprisonnant les étrangers dans un réseau de contraintes toujours plus denses et les soumettant à une surveillance toujours plus intense, n'a pu qu'ancrer dans l'opinion l'image de l'étranger-indésirable, représentant un risque pour la sécurité nationale. Le décret-loi du 2 mai 1938, en particulier, remanié à plusieurs reprises dans les mois qui suivent, tisse une véritable surveillance policière autour de chaque étranger<sup>43</sup> ; la chasse aux clandestins s'intensifie, et à cette fin les services de police à l'intérieur et aux frontières sont renforcés, de sorte que le dispositif touche aussi, et même surtout, les réfugiés, qui affluent non plus seulement d'Allemagne et d'Europe centrale ou d'Italie, mais aussi d'Espagne, et sont le plus souvent dépourvus des documents et visas exigés<sup>44</sup>.

Les autres textes, bien que revêtus d'une portée plus ponctuelle, ne sont pas moins significatifs : l'un institue pour les commerçants un régime analogue à celui instauré en 1935 pour les artisans ; un autre régleme le mariage des étrangers pour éviter que par un mariage de pure forme ils ne fassent échec à une mesure d'éloignement, et modifie dans un sens encore plus restrictif la loi du 10 août 1927 en interdisant notamment aux naturalisés l'inscription sur les listes électorales pendant cinq ans. Enfin, deux décrets-lois pris à l'approche de la guerre viennent soumettre la constitution des associations étrangères à l'autorisation préalable du ministre de l'Intérieur et donner au même ministre le droit d'interdire la circulation, la distribution ou la mise en vente des publications étrangères.

Textes de circonstance, assurément, mais dont les effets se révèlent durables, puisque, parmi ces dispositions, prises dans la précipitation et sous la pression de l'événement, beaucoup sont restées définitivement en vigueur. Nous vivons encore largement aujourd'hui sur les « acquis » de l'entre-deux-guerres, qui a imprimé durablement et profondément sa marque à la législation française sur les étrangers : la loi de 1932, la carte d'artisan

et celle de commerçant, les incapacités électorales et professionnelles des naturalisés, la situation irrégulière érigée en délit, l'autorisation pour se marier, la suppression des libertés d'association et de presse... — toutes ces mesures ont été instituées à la faveur d'une situation particulièrement tendue et dans un contexte de xénophobie nettement marquée ; or elles nous semblent, ou nous semblaient encore il y a peu, toutes naturelles. Il faut donc admettre que la conjoncture, dans ce domaine, agit surtout à sens unique : les périodes de tension permettent de faire passer certaines mesures, qu'on se garde d'abroger lorsque l'habitude les a rendues inodores, sinon indolores. Il existe incontestablement, ici, un phénomène d'accoutumance à l'inacceptable, d'anesthésie des facultés critiques, que l'on retrouvera après 1981, lorsque des dispositions vigoureusement dénoncées sous le septennat giscardien seront maintenues en vigueur par la gauche au pouvoir.

L'influence des groupes de pression et des fluctuations de l'opinion publique pourrait tout autant être démontrée à partir d'autres exemples que celui de la France. Prenons quelques moments clés de *l'histoire américaine*. Les Etats-Unis connaissent eux aussi, au XIX<sup>e</sup> siècle, des réactions xénophobes, qui débouchent souvent sur la violence, notamment au moment de la dépression de 1837 puis avec l'essor du *Know Nothing Party* vers 1850, lorsque le rythme de l'immigration s'accroît et que sa composition change de nature : Irlandais et Allemands sont de plus en plus nombreux, au point que se répand une « sourde inquiétude... devant ces masses d'immigrants qui ne sont ni protestants, ni anglo-saxons, et qui risquent, par leur ignorance, leur immoralité et leur pauvreté de miner la civilisation en train de s'établir »<sup>45</sup>. A cette époque, pourtant, les pressions de ceux qui se sont regroupés en « associations nativistes » n'aboutissent pas : leurs craintes ne pèsent pas assez lourd au regard du besoin vital qu'ont les Etats-Unis d'un apport démographique substantiel, que les Anglo-Saxons ne peuvent plus satisfaire. Mais ces craintes récurrentes resurgissent à chaque fois qu'affluent de nouveaux groupes d'immigrants, dont on redoute qu'ils ne s'assimilent pas ; et lorsqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle une « paranoïa collective » — selon l'expression d'un auteur américain — s'empare de la population, qui entrevoit déjà un « raz de marée » jaune, le Congrès vote le *Chinese Exclusion Act* (1882).

Une fois retombés ces grands emportements dont les étrangers font les frais, et dont la période maccarthyste fournit un autre exemple<sup>46</sup>, les pouvoirs publics se retrouvent soumis à la pression des intérêts contradictoires, qui constitue souvent un facteur d'immobilisme et encourage le *statu quo*. La longue campagne qui a précédé le vote de la loi de 1965 réformant le système des quotas, les difficultés éprouvées à l'heure actuelle pour modifier à son tour cette loi montrent assez l'enjeu que représente l'immigration pour un nombre important de groupes de pression.

Il a fallu vingt ans — certains disent même quarante... — et plusieurs tentatives avortées pour finalement aboutir à la suppression des quotas par origine nationale, réclamée depuis l'origine par les groupes ethniques minoritaires. Souhaitée par tous les présidents depuis Truman, soutenue, outre les groupes les plus directement concernés, par les groupes confessionnels et les syndicats, elle était combattue par l'*American Legion* et la coalition américaine des sociétés patriotiques ; et, en l'absence d'un courant d'opinion nettement affirmé, elle-même due au relatif désintérêt du public pour la question, la réforme n'a pu aboutir que grâce à un concours conjoncturel de circonstances. L'Administration Johnson, en partie par conviction idéologique, jugeant le système en vigueur discriminatoire, en partie pour faciliter les relations des Etats-Unis avec les pays touchés par ce système, en partie enfin pour s'assurer le soutien des groupes minoritaires, notamment italo-américains, s'est engagée avec plus de fermeté que les administrations précédentes dans la bataille législative ; elle a trouvé un soutien au Congrès, où les démocrates disposaient dans chacune des Chambres d'une majorité des deux tiers (situation tout à fait exceptionnelle aux Etats-Unis) ; des concessions sur certains points du texte en discussion ont fait le reste, en permettant de neutraliser les opposants les plus déterminés à la suppression des quotas. Il reste, bien entendu, qu'une telle réforme n'aurait pu avoir lieu si l'attitude générale des Américains envers les problèmes de l'immigration n'avait changé, et si leur crainte, irrationnelle mais réelle, d'être submergés par des groupes ethniquement différents ne s'était atténuée.

L'attitude à adopter face à l'immigration clandestine fait aujourd'hui l'objet de controverses encore plus vives, car elle

met en jeu des intérêts plus nombreux et concerne des fractions beaucoup plus importantes de la population. Il est dans ces conditions particulièrement difficile pour les autorités, confrontées à autant de pressions et d'exigences contradictoires, de choisir entre les différentes mesures proposées pour endiguer cette immigration. Le débat a pour toile de fond une certaine anxiété du public, dont une écrasante majorité, si l'on en croit les sondages, souhaite non seulement stopper l'immigration illégale mais réduire aussi l'immigration légale. Cette attitude traduit notamment une réaction de rejet à l'encontre des immigrants d'origine latino-américaine, à qui on reproche de s'assimiler trop lentement (comme en témoigne l'extension du bilinguisme), et qui représentent dès à présent la seconde minorité du pays après les Noirs, avec 16 millions de personnes.

En face des employeurs, principaux bénéficiaires de l'immigration illégale, qui souhaitent bien évidemment conserver cette main-d'œuvre bon marché, on trouve pour les raisons inverses les syndicats, mais aussi les Noirs à qui les Latino-Américains font le plus directement concurrence pour les emplois sous-qualifiés. Quant aux leaders de la communauté hispanophone, qui font pression par obtenir la conversion de l'immigration illégale en immigration légale, ils sont parfois en porte à faux par rapport à leur base, inquiète des répercussions négatives que l'intégration de nouveaux immigrants pourrait avoir sur l'ascension économique et sociale de ceux qui sont déjà installés dans le pays.

Toutes ces oppositions ont engendré une situation dans laquelle aucune proposition n'est à même de réunir un consensus et où il devient extrêmement difficile, voire périlleux, de sortir du *statu quo*<sup>47</sup>. La proposition d'infliger des sanctions aux employeurs qui utilisent sciemment de la main-d'œuvre clandestine, en particulier, suscite bien sûr l'opposition de ceux-ci, mais aussi celle des libertariens au sein du gouvernement, hostiles à l'idée de transformer les patrons en agents d'immigration ; elle n'est pas mieux accueillie par les groupes hispaniques, qui craignent que l'éventualité de sanctions ne dissuade les employeurs d'embaucher les immigrants illégaux. En face, les syndicats, mais aussi les conservateurs attachés à la notion de *law and order* pour qui les lois doivent être appliquées dans toute leur rigueur, sont favorables à des sanctions. On comprend,

dans ces conditions, qu'après plusieurs années de discussions le problème n'ait pas encore trouvé sa solution.

On peut analyser l'attitude des Etats-Unis à l'égard des réfugiés et ses fluctuations à l'aide de la même clé d'interprétation : elle se présente en effet, jusqu'en 1980, comme une succession de réponses ponctuelles à des situations d'urgence, en raison des blocages que rencontre toute tentative pour modifier une législation inadaptée. Mais ici apparaît une variable supplémentaire : l'interférence des contraintes de la diplomatie avec les données de la politique intérieure.

### *Les contraintes de la politique internationale*

La condition des étrangers comporte toujours, on l'a montré, une dimension internationale ; et les politiques d'immigration elles-mêmes dépendent de la configuration générale des rapports entre Etats : elles ont pour toile de fond les rapports Nord-Sud mais aussi Est-Ouest, elles portent encore le poids de l'ancienne colonisation et des solidarités passées, tout autant que des solidarités politiques ou économiques présentes. Mais à l'intérieur de ce cadre général, de ces contraintes structurelles à long ou moyen terme, les pays d'immigration doivent de surcroît compter avec les réactions, voire les pressions des pays étrangers ou de la communauté internationale — bref, avec les contraintes à plus court terme de la diplomatie.

Par la nature directement politique de ses implications, la question des réfugiés est particulièrement sensible aux variations de la conjoncture internationale : car le problème des réfugiés n'est pas seulement un problème humanitaire, il représente aussi un enjeu, donc éventuellement un facteur de déstabilisation des relations internationales. (Ce qui ne l'empêche pas, bien au contraire, de rester un enjeu des luttes politiques internes : on l'a bien vu, en France, dans l'entre-deux-guerres, où la gauche, théoriquement favorable aux réfugiés par fidélité au principe révolutionnaire du droit d'asile, n'en était pas moins méfiante à l'égard des réfugiés russes antibolcheviques, tandis que la droite, toujours prudente sur la question du droit d'asile, accueillait avec d'autant plus d'hostilité les réfugiés italiens ou d'Europe centrale et plus tard espagnols qu'elle voyait en eux des suppôts de la subversion.)

Dans la définition d'une attitude vis-à-vis des réfugiés, les pouvoirs publics se trouvent donc, plus que dans aucun autre domaine peut-être, enserrés dans un réseau de contraintes multiples et souvent contradictoires qui les incite à pratiquer une politique au jour le jour, au plus près des fluctuations conjoncturelles, plutôt que de se lier pour l'avenir d'une façon qui pourrait entraver leur marge de manœuvre sur la scène internationale. L'exemple des *Etats-Unis* fournit une illustration parfaite à la fois des contraintes spécifiques qui pèsent sur la politique à l'égard des réfugiés et des obstacles auxquels se heurte l'élaboration d'une réglementation générale, contraignante pour l'exécutif : face à un Congrès qui souhaite exercer son rôle normal en légiférant sur la question comme sur tout ce qui touche à l'immigration, on trouve en effet un exécutif qui cherche au contraire à s'évader d'un cadre trop restrictif et à préserver sa marge de manœuvre pour faire prévaloir ses buts de politique étrangère<sup>48</sup>.

Pendant et après la seconde guerre mondiale, les Etats-Unis apparaissent comme un refuge pour ceux qui fuient la persécution — cela, en dépit de la parcimonie avec laquelle ils délivrent des visas d'immigrants aux victimes du nazisme et du fascisme<sup>49</sup>. En effet, l'admission des réfugiés est entravée par le système des quotas par origine nationale et par une législation qui ne comporte pas de dispositions spécifiques pour les réfugiés. De sorte que, depuis la fin de la guerre et jusqu'à l'adoption du *Refugee Act* de 1980, les Etats-Unis ont accueilli près de deux millions de réfugiés sans avoir à aucun moment défini une véritable politique dans ce domaine et en prenant à chaque fois des mesures *ad hoc* pour faire face à une situation de crise. Lorsque le Congrès accepte de faire des exceptions à la législation en vigueur et à la politique d'immigration restrictive qu'elle entérine, c'est dans des limites étroitement circonscrites — avec le souci qu'aucune mesure ne soit considérée comme un précédent ou comme un engagement<sup>50</sup>. Face à cette attitude restrictive du Congrès, l'exécutif, qui considère l'admission des réfugiés comme un élément, voire un instrument de sa politique étrangère, tente en vain de faire prévaloir une conception plus extensive des responsabilités qui incombent aux Etats-Unis comme leader du monde libre. Ne pouvant obtenir du Congrès l'élargissement des critères d'admission, il va contourner

les dispositions formelles de la législation par le biais de l'admission sur parole : aux termes de l'*Immigration and Nationality Act*, en effet, l'attorney général peut discrétionnairement admettre sur parole, pour des raisons d'urgence ou dans l'intérêt public, tout étranger qui demande à entrer aux États-Unis, à titre temporaire et sans qu'il en résulte pour l'intéressé le droit d'obtenir le statut d'immigrant. Cette disposition conçue comme une soupape de sûreté destinée à résoudre des cas individuels va être détournée de sa finalité initiale et utilisée pour l'admission en masse des réfugiés à partir de 1956<sup>51</sup>.

La loi de 1965 est la première à contenir des dispositions permanentes sur l'admission des réfugiés : en même temps qu'elle supprime le système des quotas par origine nationale au profit d'un système de préférences, elle établit à l'intérieur du quota global réservé aux pays situés hors du continent américain un quota spécial par les réfugiés. Mais l'inspiration de la loi reste restrictive : les réfugiés doivent prouver qu'ils ont dû fuir un pays communiste ou un pays du Moyen-Orient à cause de persécutions ou par crainte de persécutions subies en raison de leur race, de leur religion ou de leurs opinions politiques ; de plus ils ne sont admis aux États-Unis que conditionnellement et ne peuvent acquérir le statut de résident qu'au bout de deux ans. En votant cette loi, le Congrès essaie de réaffirmer sa primauté traditionnelle pour traiter des problèmes d'immigration, et annonce sa volonté de voir l'admission sur parole revenir à son usage initial. En pratique, les choses vont tourner différemment, car les dispositions de la loi s'avèrent vite inadaptées à l'évolution de la situation internationale, en raison des restrictions numériques mais aussi géographiques et idéologiques qu'elles comportent.

L'exécutif va donc, dans les années qui suivent, continuer à recourir à la procédure de l'admission sur parole pour tourner les restrictions imposées par le Congrès. Pour les Cubains, les Tchèques, les Polonais, les Chiliens, puis à partir de 1975 les Vietnamiens, il y aura autant de *Parole programs* dont la Présidence garde la maîtrise quasi totale, à ceci près que, pour atténuer la portée des critiques auxquelles cette procédure l'expose, l'attorney général prend l'habitude de consulter les membres les plus importants des *Judiciary Committees* de la Chambre des Représentants et du Sénat.

L'adoption du *Refugees Act* de 1980 semble marquer un véritable tournant dans la politique des Etats-Unis à l'égard des réfugiés ; en réalité, il entérine la pratique antérieure de l'exécutif ainsi que sa prépondérance de fait. L'élément nouveau est l'abandon des restrictions géographiques et idéologiques dans la définition du réfugié, la loi adoptant désormais la définition non discriminatoire internationalement admise, qui figure dans la Convention de Genève. La loi n'en prévoit pas moins l'admission en priorité des réfugiés « *of special humanitarian concern to the United States* » : formule ambiguë car en matière d'action humanitaire on voit mal sur quels critères fonder une hiérarchie... sinon sur une base politique qui précisément contredit la visée humanitaire. Mais l'ambition du Congrès de reprendre le contrôle de l'admission des réfugiés est entravée par plusieurs dispositions de la loi, et notamment par celle qui laisse subsister la procédure d'admission sur parole en cas d'urgence<sup>52</sup>.

Le recours systématique à la procédure d'admission d'urgence n'est qu'une manifestation parmi d'autres de la manipulation du droit à laquelle contraint parfois la poursuite d'objectifs politiques — ici, de politique étrangère. La loi de 1980, en effet, crée pour les réfugiés, quelle que soit la procédure par laquelle ils ont été admis, un nouveau statut conditionnel, permettant une régularisation au bout d'un an ; or ces dispositions, qui étaient déjà en vigueur lorsque les *boat people* cubains ont commencé à débarquer en Floride pendant l'été 1980, ne leur ont pas été appliquées. Ni les 125 000 Cubains qui ont cherché asile aux Etats-Unis pendant l'année 1980, ni les dizaines de milliers de Haïtiens qui leur ont succédé n'ont pu accéder immédiatement au statut de réfugié : les autorités craignaient, en effet, en récompensant en quelque sorte l'entrée illégale, de créer un « appel d'air » et d'encourager de futurs réfugiés à suivre leur exemple. Ils ont donc été qualifiés de « *special entrants* », dotés d'un statut indéfini en marge de toute législation existante... donnant droit au versement de la moitié des prestations accordées aux réfugiés légaux.

On le voit, les considérations politiques, *a fortiori* les considérations humanitaires, cèdent facilement devant la peur de l'invasion incontrôlée. De sorte que c'est souvent au moment même où la persécution s'intensifie, où le nombre des

réfugiés s'accroît, que les frontières se ferment, que les Etats s'efforcent par tous moyens de limiter la portée des dispositions éventuellement favorables de leurs législations<sup>53</sup>.

Aujourd'hui, les textes internationaux — la Convention de Genève de 1951 notamment — imposent aux Etats qui les ont ratifiés une définition extensive du réfugié : toute personne qui craint « avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques », et interdisent, dans l'application de leurs dispositions, d'établir des discriminations quant à la race, la religion ou le pays d'origine. Mais ces textes d'une part laissent dans le flou la question pourtant cruciale de l'admission sur le territoire, d'autre part laissent aux Etats le soin de décider si telle personne, compte tenu de sa situation, entre dans le champ de la Convention. Cette marge d'autonomie conférée aux autorités nationales, déjà soulignée plus haut, ainsi que l'absence d'une obligation explicite d'admettre sur leur territoire le demandeur d'asile expliquent que l'attribution de la qualité de réfugié soit étroitement dépendante de considérations politiques, et qu'un Etat soit plus enclin à accorder l'asile aux ressortissants de pays avec lesquels il a de mauvaises relations qu'à ceux des pays amis. Ainsi, aucun pays d'Europe occidentale n'accorde en principe le statut de réfugié aux ressortissants d'un autre de ces pays — si l'on excepte le cas des Basques espagnols qui ont bénéficié en France, jusqu'à la mort de Franco, du statut de réfugié. A l'inverse, les mêmes pays ont sans difficulté reconnu le statut de réfugié aux ressortissants des pays d'Europe de l'Est, sans exiger qu'ils fassent la preuve que leur vie ou leur liberté était menacée ; ils ont accueilli assez libéralement les Vietnamiens victimes du communisme, et même auparavant les Chiliens après le coup d'Etat de Pinochet. Mais depuis le milieu des années 70 ils adoptent une attitude de plus en plus restrictive : il est vrai que la plupart des réfugiés sont désormais originaires du Tiers Monde et que ce nouvel afflux, comme on l'a rappelé plus haut, coïncide avec la fermeture des frontières à l'immigration économique. Les impératifs économiques et les préoccupations de politique interne (le souci de ménager l'opinion publique en période de crise) l'emportent ici sur les considérations strictement diplomatiques, sans pour autant les supprimer.

Les considérations de politique internationale réapparaissent en revanche au premier plan lorsque sur le problème de l'asile vient se greffer celui de l'*extradition*. L'extradition a pour objet de remettre à un Etat étranger une personne recherchée par la justice de cet Etat. Traditionnellement (et la tradition est ici entérinée par des conventions bilatérales ou par des textes de droit interne, telle la loi française de 1927), elle n'est pas accordée lorsque l'infraction a un caractère politique, en vertu de l'idée remontant au XIX<sup>e</sup> siècle que celui qui lutte pour avoir une patrie ou conquérir des libertés ne peut être placé sur le même plan qu'un malfaiteur, et qu'il convient donc de lui accorder l'asile<sup>54</sup>. Mais le développement du terrorisme dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a fait resurgir une question qui s'était déjà posée à la fin du XIX<sup>e</sup> avec les attentats anarchistes : jusqu'à quel point le caractère politique d'une infraction peut-il assurer l'immunité à celui qui s'est rendu coupable d'actes criminels graves ? Aucune réponse à cette question ne pouvant être donnée dans l'absolu<sup>55</sup>, la pratique des gouvernements dans ce domaine délicat dépend d'une multitude de variables, au premier rang desquelles figure l'état des relations entre les deux pays concernés. Car l'extradition de l'auteur d'actes de terrorisme est généralement considérée par l'Etat demandeur comme une question d'intérêt vital, et il est alors d'autant plus difficile de ne pas accéder à sa demande que l'on entretient avec lui des rapports étroits. Il arrive donc que le droit d'asile — consacré internationalement par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme mais dont la portée reste mal définie — cède devant l'intérêt supérieur des Etats.

L'évolution de la politique d'extradition du gouvernement français depuis l'arrivée de la gauche au pouvoir montre que les convictions les mieux ancrées, les principes les plus solennellement proclamés entrent nécessairement, un jour ou l'autre, en conflit avec les contraintes de la diplomatie. Prétendant rompre avec la pratique de ses prédécesseurs, qui avaient fait la part trop belle à la diplomatie au détriment du droit d'asile, le gouvernement adopte dans un premier temps une position radicale, refusant d'extrader aussi bien les militants italiens réfugiés en France que les séparatistes basques (ce qui implique éventuellement de les remettre en liberté), quelle que soit la gravité des actes qui leur sont imputés. Cette politique intran-

sigeante se révèle assez vite intenable, dans la mesure où elle suscite des réactions extrêmement vives de la part de gouvernements amis. Pour éviter d'avoir à refuser ouvertement des extraditions le gouvernement français s'efforce donc de bloquer la procédure par différents artifices juridiques. L'attentat de la rue des Rosiers en août 1982, faisant suite à plusieurs mois de violences et d'attentats terroristes<sup>56</sup>, contribue certainement au changement d'attitude des autorités, en les incitant à se montrer plus compréhensives à l'égard des revendications de leurs voisins : dès le 10 août, le ministre de l'Intérieur déclare expressément que la France socialiste doit réviser sa conception du droit d'asile<sup>57</sup>. L'accession d'un socialiste à la tête du gouvernement espagnol en octobre 1982 achève de convaincre le gouvernement français qu'il convient de nuancer sa position initiale et de faire preuve de meilleure volonté à l'égard de ses partenaires européens.

Quelques jours plus tard, en novembre 1982, le gouvernement définit une nouvelle « doctrine » de l'extradition, fondée sur la prise en compte de plusieurs critères dont chacun peut fonder le refus d'extrader, et qu'il mettra pour la première fois en application en septembre 1984 en extradant des Basques réclamés par le gouvernement espagnol<sup>58</sup>. Cette mise au point assez laborieuse est triplement significative : significative d'abord de la nécessité pour un Etat de conserver une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ses prérogatives souveraines, puisque la « doctrine » définie par le gouvernement français est une simple déclaration d'intention, non un engagement juridique, et que chacun des « critères » en fonction desquels il entend se déterminer est susceptible d'interprétations variées ; significative ensuite, et par voie de conséquence, de l'impuissance du droit à régir une question aussi fondamentalement politique et mettant en jeu des intérêts jugés aussi capitaux que l'extradition... et le terrorisme ; significative enfin et surtout de l'impossibilité pour un gouvernement de s'abstraire du contexte diplomatique dans lequel s'inscrit son action, car la politique étrangère est une contrainte lourde, qui peut éventuellement obliger à transiger avec les principes.

Cette dernière remarque vaut de façon générale, et amène à revenir sur la question évoquée plus haut : de quelle latitude dispose un gouvernement pour faire prévaloir les convictions

auxquelles il est attaché ? — question dont la portée, sans doute, dépasse le seul problème de la politique à l'égard des étrangers, mais qui revêt ici une pertinence supplémentaire en raison de l'investissement idéologique particulièrement intense dont ce problème est l'objet.

### *L'alternance au pouvoir*

Pour évaluer l'impact que peut avoir l'alternance politique sur l'attitude à l'égard des étrangers, on ne saurait trouver meilleur exemple que celui de la France à deux moments clés de son histoire récente : 1936 et 1981. Les deux expériences, en dépit des différences évidentes qui les séparent, présentent une série de points communs : dans les deux cas la gauche accède au pouvoir dans un contexte de crise économique et alors que la droite poursuit depuis quelques années une politique rigoureuse à l'égard des étrangers, qui fait souvent bon marché des droits de la personne humaine ; dans les deux cas la gauche dans l'opposition a critiqué les excès de cette politique au nom, précisément, du respect des droits de l'homme ; dans les deux cas, enfin, l'exercice du pouvoir a eu en partie raison des intentions initialement proclamées.

1936. — Les années 1934 et 1935 avaient été marquées, on l'a rappelé plus haut, par un net raidissement de l'attitude des pouvoirs publics vis-à-vis des étrangers, notamment sous les gouvernements Flandin et Laval. La gauche socialiste dénonçait alors l'absence de politique continue et cohérente des gouvernements successifs, et réclamait la création d'un office de l'immigration ainsi que l'adoption d'une législation d'ensemble qui viendraient mettre fin à l'empirisme et à l'arbitraire des pratiques administratives ; elle dénonçait parallèlement la précarité de la situation des étrangers, résultant notamment de ce que les mesures de refus de séjour, de refoulement et d'expulsion n'étaient entourées d'aucune garantie ; elle s'élevait enfin contre les refoulements autoritaires et massifs de travailleurs étrangers.

Une fois au pouvoir, la gauche victorieuse ne se montre pas à la hauteur de ses ambitions. Sans doute faut-il, avant de porter un jugement sur l'œuvre accomplie par le Front popu-

laire dans le domaine de l'immigration<sup>59</sup>, se rappeler que la brièveté de l'expérience ne se prêtait guère à la réalisation d'objectifs d'envergure ; le bilan n'en paraît pas moins mince, par contraste avec les avancées auxquelles le gouvernement de Front populaire a attaché son nom dans le domaine social. Une chose est certaine : aucun texte majeur concernant l'immigration n'est adopté pendant toute cette période. Le gouvernement ne prend pas l'initiative d'élaborer le statut juridique que la gauche revendiquait pour les étrangers lorsqu'elle était dans l'opposition, et les propositions communistes allant dans ce sens s'enlisent. On se borne, de façon très ponctuelle, à atténuer la portée de certains textes adoptés par les gouvernements précédents<sup>60</sup>. On ne note pas non plus de changement sensible dans la politique suivie à l'égard de la main-d'œuvre étrangère, puisque toutes les formations du Front populaire — PCF compris, désormais — s'accordent sur la nécessité d'un contrôle strict à l'entrée du territoire ; de même la loi de 1932 sur le contingentement de la main-d'œuvre immigrée continue à s'appliquer. Néanmoins la gauche met un terme aux refoulements autoritaires de chômeurs et réaffirme la nécessité d'obtenir l'assentiment des intéressés pour tout rapatriement.

Si l'action des pouvoirs publics ne débouche pas sur des mesures marquantes, elle se caractérise dans l'ensemble par une attitude plus souple et plus humaine, en particulier vis-à-vis des réfugiés à l'égard desquels le gouvernement de Front populaire fait preuve d'une relative bienveillance, contrairement à ses prédécesseurs. Tout d'abord, il obtient la ratification par le Parlement de la Convention du 28 octobre 1933, qui avait été jusque-là bloquée par le Sénat, par laquelle les Etats s'engagent à accorder un ensemble de garanties aux réfugiés russes et assimilés ; il participe par ailleurs aux discussions de Genève qui aboutiront à un « arrangement provisoire » sur le sort des réfugiés en provenance d'Allemagne. Parallèlement, la pression sur les réfugiés se relâche : 6 000 d'entre eux, sous le coup de mesures d'expulsion, se voient accorder le sursis ; l'administration ferme les yeux sur ceux qui arrivent à trouver du travail sans avoir encore de carte de séjour.

Mais si l'on met à part le changement d'attitude à l'égard des réfugiés<sup>61</sup>, on reste effectivement frappé par la timidité de la politique menée par le Front populaire dans un domaine

où la gauche semblait *a priori* avoir des idées audacieuses à mettre en œuvre et une ambition différente de celle de la droite. On peut sans doute expliquer cette absence d'initiatives marquantes par la précipitation dans laquelle s'est déroulée l'expérience du Front populaire. Il fallait ici aussi faire vite et parer au plus pressé, explique Marcel Livian rapportant la pensée de Blum, donc réaliser tout ce qui pouvait l'être par la seule action des ministres : accorder plus facilement les cartes de travailleurs, arrêter les refoulements et expulsions ainsi que les rapatriements forcés — quitte à remettre à plus tard l'élaboration d'une loi générale ; et finalement le temps aurait manqué pour accomplir le dernier volet de cette politique<sup>62</sup>. Une autre explication met en avant la pression des événements, qui ont pesé d'un bout à l'autre sur l'action gouvernementale : l'attention du gouvernement, et du ministre du Travail en particulier, aurait été tout entière requise par les problèmes économiques et sociaux, et notamment par l'application des accords Matignon, le problème des travailleurs étrangers passant ainsi au second plan. Mais plus fondamentalement, on peut se demander jusqu'à quel point l'absence d'une politique énergique et audacieuse dans ce domaine ne reflète pas tout simplement le désintérêt de la classe ouvrière pour la question des immigrés. Le gouvernement de Front populaire, animé par des militants aux idées souvent généreuses, aurait finalement cédé, inconsciemment sans doute, aux impulsions de sa base, dans l'ensemble hostile aux étrangers. Ce qui confirmerait l'idée selon laquelle la pression de l'opinion et le poids de l'événement pèsent finalement aussi lourd, sinon plus, que les convictions initiales des gouvernants dans la définition et la conduite des politiques d'immigration.

1981. — C'est cette hypothèse que tend à corroborer l'expérience du gouvernement d'Union de la gauche menée depuis mai 1981. Là encore il faut brièvement revenir sur les dernières années du septennat giscardien, qui voient la situation des immigrés se détériorer progressivement. Une certaine souplesse avait pourtant semblé prévaloir au départ, contrastant avec la période précédente marquée par la présence de Raymond Marcellin au ministère de l'Intérieur. Le premier acte du nouveau Président de la République est en effet de créer un

secrétariat d'Etat aux Travailleurs immigrés qu'il confie à A. Postel-Vinay, personnalité connue pour l'intérêt qu'il porte à la question ; celui-ci, il est vrai, estimant être dans l'impossibilité de remplir sa tâche avec les moyens dont il dispose, démissionne au bout de vingt-trois jours. Son successeur, Paul Dijoud, entend néanmoins continuer dans la même direction : la « nouvelle politique de l'immigration » qu'il annonce vise une meilleure insertion des immigrés dans la société française, grâce à une action portant à la fois sur le logement, l'école, la formation professionnelle, grâce aussi à l'égalisation des droits entre Français et étrangers. Mais ce volet de la « politique Dijoud » a du mal à se traduire concrètement dans les faits<sup>63</sup>, tandis que l'autre volet, le contrôle des flux migratoires, débouche immédiatement sur une série de mesures restrictives : blocage de l'immigration des travailleurs, et même des familles entre octobre 1974 et juillet 1975 ; refus de toute régularisation ; soumission des Africains, qui circulaient jusque-là librement, au régime de droit commun. Parallèlement, la réglementation relative aux étrangers fait l'objet d'une remise en ordre : codification souhaitable, sans doute, après plusieurs années de gouvernement par circulaires ; mais dans leur contenu les nouveaux textes conservent l'inspiration restrictive qui guidait déjà les circulaires « Marcellin-Fontanet ».

La politique Dijoud apparaît bientôt elle-même comme dépassée en avril 1977 : le secrétariat d'Etat aux Travailleurs immigrés est supprimé et les problèmes de l'immigration sont confiés à Lionel Stoléru, secrétaire d'Etat au Travail manuel. Ce dernier va attacher son nom, à côté de Christian Bonnet, ministre de l'Intérieur, et d'Alain Peyrefitte, ministre de la Justice, à une politique d'extrême rigueur, dont l'objectif n'est plus seulement de stopper l'immigration mais d'obtenir la diminution de la population étrangère résidant en France. On ne reviendra pas sur les mesures législatives et réglementaires par lesquelles se concrétise cet objectif ; mais il est clair que, conjuguées avec le développement de pratiques d'une légalité douteuse, elles aggravent considérablement la précarité de la situation des étrangers. L'opposition d'alors dénonce le climat que la politique gouvernementale contribue à instaurer, la multiplication des contrôles sur la voie publique, les fameuses opérations « coup de poing », les expulsions massives d'étrangers

en situation irrégulière, d'abord en marge de la loi, puis légalisées par la loi Bonnet<sup>64</sup>, l'expulsion systématique des jeunes étrangers pour le moindre délit, l'expulsion de militants politiques et syndicaux, ou encore les restrictions à l'inscription des étudiants étrangers dans les universités françaises (qui, selon le mot du ministre des Universités d'alors, « ne doivent pas être des dépotoirs ») — autant de mesures spectaculaires qui concourent à désigner la population étrangère comme bouc émissaire à une opinion publique inquiète de la montée du chômage et de plus en plus réceptive à la propagande raciste et xénophobe.

La victoire de la gauche en mai 1981 va brusquement relâcher la pression qui pesait sur les immigrés. Les nouvelles déclarations gouvernementales sur la solidarité entre Français et immigrés tranchent sur le discours qu'on s'était accoutumé à entendre dans la bouche des pouvoirs publics et, surtout, se traduisent en actes : dès le 27 mai les expulsions en cours sont suspendues et les expulsions prononcées sur le fondement des dispositions contestées de la loi Bonnet ou à l'encontre des jeunes étrangers sont révisées ; le 11 août est annoncée une procédure de régularisation exceptionnelle pour apurer la situation héritée du passé et permettre à tous les étrangers en situation irrégulière entrés en France avant le 1<sup>er</sup> janvier 1981 d'obtenir un titre de séjour et une carte de travail dès lors qu'ils ont un emploi. Plusieurs circulaires viennent assouplir les conditions du regroupement familial, élargir les conditions de délivrance et de renouvellement des cartes de travail, abroger les dispositions restrictives frappant les étudiants étrangers, tandis que l'aide au retour, si critiquée par la gauche, est supprimée.

Parallèlement, le gouvernement entreprend de modifier la législation dans un sens plus favorable aux immigrés : suppression du régime dérogatoire des associations étrangères qui remontait au décret-loi de 1939 ; renforcement des sanctions pénales contre les employeurs utilisant de la main-d'œuvre en situation irrégulière avec accroissement simultané des garanties accordées aux salariés employés dans ces conditions ; abrogation, enfin, d'une partie des dispositions de la loi Bonnet remplacées par d'autres, plus protectrices : l'expulsion ne peut plus être prononcée que si l'étranger a été condamné à une

peine au moins égale à un an de prison ferme, les garanties de procédure entourant l'expulsion sont accrues<sup>65</sup>, les étrangers en situation irrégulière ne peuvent être reconduits à la frontière qu'après un jugement et non plus par la voie administrative, et les étrangers ayant des attaches personnelles ou familiales en France ne peuvent désormais plus être ni expulsés, ni reconduits à la frontière.

Déjà à cette époque, pourtant, on relève dans la politique gouvernementale des hésitations ou des contradictions, et même, sur certains points, une continuité évidente avec ce qui se faisait antérieurement. Témoin de ces hésitations la rapidité avec laquelle le gouvernement fait marche arrière sur la question de la reconnaissance du droit de vote aux étrangers pour les élections locales, qui figurait pourtant dans le programme du PS et parmi les 110 propositions du candidat Mitterrand ; témoin de ces contradictions le maintien en vigueur de deux dispositions parmi les plus contestées de la loi Bonnet et âprement critiquées par l'opposition d'alors : la faculté de reconduire de force à la frontière l'étranger expulsé, et la possibilité de maintenir les étrangers en instance de départ forcé dans des locaux spéciaux sous surveillance policière jusqu'à leur départ effectif. Enfin, la continuité : plusieurs mesures attestent que la gauche au pouvoir reste fidèle à un raisonnement qui était déjà celui des gouvernements précédents, et dont elle va peu à peu devenir prisonnière : pour lutter contre l'immigration clandestine et empêcher la reconstitution d'une population en situation irrégulière, il faut renforcer le contrôle aux frontières, et l'on fixe donc des critères stricts d'admission sur le territoire français, qui vont encore au-delà de ce qu'exigeait la loi Bonnet.

Malgré ces contradictions, la situation des étrangers s'améliore de façon notable pendant les dix-huit premiers mois du septennat : l'immigration familiale est facilitée, les étrangers en situation irrégulière sont rarement condamnés à plus de quinze jours de prison, éventuellement assortis du sursis, la reconduite à la frontière n'est pas systématiquement ordonnée ; parallèlement, une politique sociale plus active est entreprise en direction de la population immigrée.

Un premier inflexionnement se manifeste vers la fin de l'année 1982. Faut-il l'attribuer à un certain désarroi des pouvoirs publics devant la persistance d'une crise dont ils

avaient cru pouvoir venir à bout par les mesures de relance prises en 1981 ? Il coïncide en tout cas avec le tournant que marque le Plan Delors en juin 1982 : le nouveau style que le gouvernement veut désormais imprimer à son action, l'image de réalisme et de rigueur qu'il entend donner au pays vont inexorablement déteindre sur la politique à l'égard des immigrés. L'époque du libéralisme est terminée : une fois l'opération de régularisation exceptionnelle achevée, le gouvernement estime normal de sévir contre ceux qui se maintiennent illégalement sur le territoire. Le changement d'attitude des autorités est parfaitement illustré par deux circulaires adressées aux parquets par la Chancellerie, datées respectivement du 19 janvier et du 15 novembre 1982 : la première préconisait une application souple et personnalisée de la peine de reconduite à la frontière, qui ne devait être prononcée qu'avec discernement ; la seconde insiste sur la nécessité, « pour respecter l'esprit et le but de la loi qui a conféré à l'autorité judiciaire un rôle essentiel dans le contrôle des flux migratoires », de requérir systématiquement la reconduite à la frontière et de faire appel des décisions de première instance contraires. De fait, les tribunaux correctionnels prononcent à présent couramment des peines de deux, voire quatre mois de prison ferme contre les étrangers en situation irrégulière, avec reconduite à la frontière à l'expiration de la peine.

Mais le véritable tournant intervient après les élections municipales de mars 1983. Sous l'impulsion d'une extrême droite qui a le vent en poupe et n'hésite pas à miser sur les penchants xénophobes et racistes de l'électorat, le problème de l'immigration est apparu comme un enjeu majeur dans la campagne électorale. Localement, la gauche a volontiers cédé à l'électoratisme et s'est laissé porter par le courant de la xénophobie ambiante plus souvent qu'elle n'a cherché à l'endiguer. Au niveau national, on semble interpréter les résultats des municipales comme un avertissement, de sorte que l'on ne dédaignera pas, désormais, de donner des gages à une opinion prompte à relier l'insécurité et le chômage à la présence des immigrés. Le nouveau discours officiel, inauguré par une déclaration de François Mitterrand au Conseil des Ministres du 31 août 1983, s'articule tout entier sur une opposition entre les immigrés installés, « qui font partie de la réalité nationale »

et dont il faut favoriser l'insertion, et les clandestins qui doivent quitter la France et contre lesquels il est légitime de sévir. Le renvoi des clandestins est présenté comme une nécessité à la fois pour protéger l'emploi des Français... et pour éviter que ne se développent des sentiments anti-immigrés.

« Je dois protéger l'emploi des Français ; je dois éviter, aussi, cette sorte d'exaspération, car beaucoup de gens n'ont pas assez réfléchi et réagissent instinctivement. Il ne faut pas se placer dans les rangs des exploiters de la haine, il ne faut pas pousser à vif ces sentiments qui sont déplaisants, détestables, *mais il y a cette réalité* »<sup>66</sup> (souligné par nous).

Terrible ambiguïté d'un discours qui se défend d'emboîter le pas à l'opinion, mais qui, en prétendant la rassurer, ne fait rien, bien au contraire, pour combattre l'amalgame entre immigration, clandestinité et délinquance qu'entretiennent non seulement la droite mais la plupart des médias.

La doctrine gouvernementale, avec ses deux volets, insertion d'un côté, lutte contre l'immigration clandestine de l'autre, rappelle étrangement la « nouvelle politique de l'immigration » de Paul Dijoud. Et de la même façon qu'à l'époque la politique d'insertion tarde à se traduire par des mesures concrètes qui, nécessairement, coûtent cher, tandis qu'en matière de lutte contre l'immigration clandestine les manifestations du changement de cap sont immédiates. Les directives ministérielles sont sans ambiguïté : il faut effectuer des contrôles massifs pour détecter les étrangers en situation irrégulière et engager systématiquement des poursuites pour infraction à la législation sur le séjour. La chasse aux clandestins n'est pas si différente de celle que l'on avait connue trois ans auparavant ; d'autant qu'un dispositif législatif mis en place pièce par pièce<sup>67</sup> permet aux pouvoirs publics de disposer d'une procédure expéditive pour l'élimination des étrangers en situation irrégulière. Les virtualités libérales de la loi du 29 octobre 1981 — telle l'obligation de passer par un juge pour faire exécuter une mesure de reconduite à la frontière — sont progressivement grignotées, alors que ses aspects répressifs sont systématiquement exploités. On commence même à remettre en cause certaines de ses dispositions jugées excessivement protectrices compte tenu du nouvel état d'esprit qui prévaut en matière d'immigration<sup>68</sup>. Et quinze jours après l'extradition des séparatistes basques, qui marque

un tournant définitif et spectaculaire avec la politique initialement annoncée dans ce domaine, le gouvernement annonce son intention d'apporter des restrictions à l'immigration familiale<sup>69</sup>.

Sans doute la situation des étrangers n'est-elle pas redevenue exactement la même qu'à la fin du septennat giscardien : certains acquis demeurent de la période d'euphorie qui a suivi l'accession de la gauche au pouvoir ; et récemment encore le gouvernement a fait un geste important en direction de la population étrangère, en accédant à une revendication ancienne des associations de soutien aux immigrés : le remplacement des différentes cartes de séjour et de travail par un titre unique valable dix ans et renouvelé automatiquement, donnant droit à travailler dans toutes les professions et sur l'ensemble du territoire. Même si l'octroi de ce titre est subordonné à des conditions plus strictes que celles qui étaient revendiquées et si le gouvernement a pris soin de mettre en place un certain nombre de « garde-fous », la portée à la fois symbolique et pratique de la réforme (votée à l'unanimité par le Parlement) est incontestable. Dans l'ensemble, pourtant, on voit bien comment la xénophobie ambiante et la contagion de l'idéologie sécuritaire d'un côté, la logique du verrouillage des frontières dans laquelle se sont laissé enfermer les pouvoirs publics de l'autre, conjuguées avec la volonté de tenir un discours « réaliste » mais aussi de donner des gages à l'opinion pour enrayer une chute de popularité devenue inquiétante, ont eu raison des intentions généreuses affichées au début du septennat. La gauche au pouvoir a apporté des améliorations ponctuelles au statut juridique des immigrés ; elle n'a pas mis fin à la situation d'infra-droit qui, fondamentalement, caractérise aujourd'hui encore leur condition malgré la tendance à l'égalisation des droits dans plusieurs domaines.

---

## *Anatomie d'un infra-droit*

Statut juridique des étrangers... ou droit politique de l'immigration ? La question surgit inévitablement lorsqu'on constate à quel point le statut des étrangers est étroitement subordonné aux politiques migratoires du pays d'accueil, à quel point aussi il enregistre fidèlement les plus infimes variations de la conjoncture politique. Cette transparence du droit à la politique va plus loin que le rapport habituel et naturel reliant l'ordre juridique à l'ordre politique ; elle indique que le droit a perdu son épaisseur spécifique, qui permet à l'ordre juridique de fonctionner non, certes, en vase clos, mais en préservant sa logique propre malgré les fortes déterminations auxquelles il est soumis.

Le statut des étrangers se caractérise par conséquent par la dévaluation qu'il fait subir au concept même de droit, tel qu'il a progressivement émergé dans les sociétés modernes, et tel qu'il se retrouve dans la notion d' « Etat de droit ». Les textes qui les concernent existent ; il y en a même pléthore ; mais tant par leur contenu que par les conditions de leur élaboration et de leur application ils ne leur confèrent ni droits dont ils peuvent se prévaloir, ni garanties contre l'arbitraire des autorités. Il s'agit d'un droit au rabais, d'un « infra-droit », selon une formule souvent utilisée, qui simultanément entérine et accroît la précarité, l'insécurité, l'infériorité de l'étranger. On trouve là encore une correspondance frappante entre la place accordée à l'étranger dans la société et son exclusion des bénéfices de l'Etat de droit.

Qu'est-ce, en effet, qu'un Etat de droit ? C'est, pour reprendre une définition classique, celui qui « dans ses rapports avec ses sujets se soumet lui-même à un régime de droit »<sup>1</sup>, dont l'action est subordonnée à des règles. Dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, et notamment par des lois, tandis que les administrés disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre. En bref, l'Etat de droit est celui dans lequel les individus ont des droits à faire valoir contre le pouvoir et disposent des moyens de les faire valoir<sup>2</sup>. Les étrangers, eux, se trouvent dans ces conditions soumis à un régime bien plus caractéristique de l'Etat de police que de l'Etat de droit (est-ce un hasard si les lois générales concernant les étrangers sont dites « lois de police », si l'on parle de « police des étrangers » lorsqu'on vise les règles qui leur sont applicables, et si les mesures qui les frappent étaient qualifiées naguère en France de « mesures de haute police » ?). L'Etat de police, le *Polizeistaat* opposé au *Rechtsstaat* dans la terminologie de la doctrine juridique allemande, est « celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer... toutes les mesures dont elle juge utile de prendre elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose » : le régime de police se fonde « sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens »<sup>3</sup>.

Pour comprendre pourquoi la multiplication exponentielle des règles applicables aux étrangers à l'époque contemporaine ne s'accompagne pas d'un égal développement des garanties juridiques mais au contraire de la dévaluation du droit, au point qu'hyperréglementation rime ici avec infra-droit, il faut se rappeler que le droit n'est pas seulement un contenu, un ensemble de règles matérielles, mais aussi une forme. La forme juridique ne doit pas être confondue avec un « formalisme » superficiel ; elle est au contraire l'essence, la substance même du droit, ce par quoi il se distingue d'autres types de réglementation et grâce à quoi, alors même qu'il émane de l'Etat dont il exprime le pouvoir de commandement et de contrainte, il peut néanmoins être authentiquement protecteur pour l'individu. S'agissant du droit applicable aux étrangers, c'est précisément cette substance protectrice qui le plus souvent fait défaut :

la dégénérescence de la forme juridique, qui se manifeste notamment par l'hypertrophie spectaculaire du droit (objectif) au détriment des droits (subjectifs) et ne laisse subsister que les signes extérieurs de la règle de droit, débouche immanquablement, lorsqu'il s'agit d'appliquer la réglementation existante, sur des pratiques où le bon plaisir l'emporte souvent sur le respect scrupuleux des textes.

#### LE DROIT — MAIS QUELS DROITS ?

Le mot « droit » recouvre deux choses qui, pour n'être pas absolument dissociables, peuvent néanmoins être appréhendées séparément : d'une part, le droit « objectif », c'est-à-dire l'ensemble des règles en vigueur, le système des normes juridiques considéré globalement ; d'autre part, les droits « subjectifs », c'est-à-dire les facultés et prérogatives reconnues (par le droit objectif) aux individus, ainsi constitués en « sujets de droit ». A cet égard, les règles applicables aux étrangers présentent des caractéristiques particulières : l'étranger apparaît rarement sur la scène juridique comme sujet de droit titulaire de droits subjectifs, mais bien plus souvent comme l'objet d'une réglementation servant les intérêts de l'Etat d'accueil. La dénégation des droits subjectifs et l'instrumentalisation du droit objectif signifient que le droit perd sa dimension protectrice pour ne plus être qu'un moyen de contrôle, voire d'assujettissement, de la population immigrée ; dès lors disparaît aussi l'investissement symbolique dont le droit est l'objet dans une société soudée par des représentations communes : marginalisés dans la société, les étrangers sont aussi exclus des effets symboliques de la loi.

#### *La dénégation des droits subjectifs*

Le droit est affecté d'une ambivalence fondamentale : d'un côté, il exprime le pouvoir de commandement unilatéral de l'Etat appuyé sur la contrainte, auquel l'individu doit se soumettre ; de l'autre, il s'analyse comme la part d'autonomie, de liberté reconnue à l'individu dans la société. D'un côté, encore, on a des normes obligatoires, de l'autre, des prérogatives, des facultés d'agir qui viendront éventuellement limiter

la toute-puissance de l'Etat. Pour rendre compte de cette dualité, les juristes ont proposé et opposé deux notions : le droit objectif et les droits subjectifs. Et si les droits subjectifs n'existent pas indépendamment du droit objectif, puisque seule la norme juridique peut conférer des droits aux individus, il reste que les ordres juridiques peuvent se distinguer selon la place qu'ils accordent aux droits subjectifs. La reconnaissance des droits subjectifs apparaît comme un élément constitutif de l'ordre juridique d'une société libre, le fondement de l'Etat de droit. Reconnaître des droits subjectifs aux individus, c'est en effet leur donner la capacité de se défendre contre les atteintes du pouvoir ; réduire, et *a fortiori* supprimer les droits subjectifs, c'est diminuer cette capacité de défense, donc accroître la soumission des individus.

Or ce qui caractérise la situation juridique des étrangers, c'est précisément l'absence quasi générale de reconnaissance des droits subjectifs, voire la dénégation de principe ou de fait de tout droit subjectif : pour entrer sur le territoire du pays d'accueil, pour y résider, pour y travailler, parfois même pour s'y exprimer..., l'étranger doit demander aux autorités compétentes une autorisation, ce qui est la négation même du droit subjectif — d'autant que cette autorisation, délivrée discrétionnairement, est souvent de surcroît précaire et révoquant.

Nul ne peut se prévaloir du droit d'entrer et *a fortiori* de séjourner sur le territoire d'un Etat dont il n'est pas le national. Une fois admis sur le territoire, l'étranger n'a pas de droit subjectif à y demeurer, non plus que de droit subjectif à faire venir sa famille. Travailler dans un pays qui n'est pas le sien n'est pas non plus un droit : un permis de travail est le plus souvent exigé, dont il faut demander le renouvellement à intervalles réguliers. Même l'exercice de certains droits fondamentaux est fréquemment soumis à une autorisation préalable, voire susceptible d'une interdiction totale, qui place les activités en cause sous un régime de police et non de liberté.

Certains droits sont reconnus aux étrangers (et ne pourraient du reste pas leur être ouvertement refusés sans violer les Conventions internationales signées et ratifiées par la plupart des pays d'immigration occidentaux) : la liberté d'opinion et d'expression, la liberté syndicale, le droit de grève par exemple ; on ne saurait pourtant en conclure que leur exercice

est libre, car la menace d'expulsion, toujours possible sous couvert de trouble à l'ordre public, rend précaire l'exercice de toutes les libertés dont l'étranger n'est pas expressément privé et l'incite à une prudente réserve.

Il ne s'agit pas d'affirmer que les étrangers ne se voient jamais ni nulle part reconnaître de droits, ce qui serait contraire à l'évolution du statut des étrangers telle qu'on l'a retracée plus haut et qui fait ressortir une nette tendance à l'assimilation progressive avec les nationaux dans un certain nombre de domaines. Mais chaque droit reconnu apparaît toujours peu ou prou comme une exception à un principe général de déné- gation des droits subjectifs, au point que la réaction normale et habituelle de l'étranger, avant d'entreprendre une quel- conque activité, sera de se demander : en ai-je le droit ? Une bonne partie des droits accordés se présentent d'ailleurs effecti- vement comme autant de dérogations ponctuelles à l'applica- tion du droit commun applicable aux étrangers — ou encore comme une compensation à la rigueur de la loi : ainsi, l'étranger peut toujours être expulsé, mais il a « le droit » de comparaître auparavant devant une commission<sup>4</sup>.

Cette réticence générale à reconnaître à l'étranger des droits subjectifs trouve sans doute une explication partielle dans la difficulté qu'éprouvent, aujourd'hui encore, les membres d'une communauté nationale à appréhender l'étranger comme une personne à part entière, habilitée à faire valoir ses droits. Mais la véritable raison de ce rétrécissement de la sphère des droits subjectifs est sans doute ailleurs : dans la finalité même du droit de l'immigration. Reconnaître aux étrangers des droits dont ils peuvent se prévaloir, c'est entraver d'autant la liberté des autorités d'accueil, gêner l'administration dans la mise en œuvre d'une politique d'immigration conforme aux intérêts du pays hôte ; délesté des droits subjectifs, en revanche, le droit peut devenir — et devient effectivement — un instru- ment efficace entre les mains de ceux qui en ont la maîtrise.

### *L'instrumentalisation du droit objectif*

Le droit est partout et toujours un instrument entre les mains du pouvoir, l'instrument de réalisation de certaines fins sociales ; mais dans un Etat de droit, il constitue aussi, en

vertu de cette ambivalence fondamentale relevée plus haut, un rempart contre le pouvoir, une protection contre l'arbitraire. Instrument du pouvoir, le droit fournit simultanément des armes pour se préserver contre ses empiétements : l'idée que les individus ont des droits subjectifs, et que ces droits sont opposables au pouvoir, imprime au droit une dimension dialectique et induit une certaine forme de réciprocité dans les rapports entre l'individu et le pouvoir — une réciprocité qui inclut la faculté de se défendre, de s'opposer, mais aussi la capacité de contester et de revendiquer, d'exiger le cas échéant la consécration de nouveaux droits par une modification du droit objectif. Le droit, dans les démocraties libérales, même s'il reste fondamentalement l'expression de la puissance étatique et le reflet des intérêts socialement dominants, est aussi le vecteur potentiel des revendications formulées par les individus ou les groupes, l'enjeu des luttes sociales, la résultante d'un rapport de force évolutif.

Or on ne retrouve rien de tel dans le droit applicable aux étrangers : une fois gommés les droits subjectifs, le droit bascule tout entier du côté de la contrainte, du commandement unilatéral ; toute forme de réciprocité dans la mise en œuvre du rapport juridique est abolie, puisque l'étranger, privé de la faculté de se défendre, *a fortiori* de contester ou de revendiquer, est presque totalement démuné pour s'opposer aux empiétements et aux abus ; la dimension contradictoire et conflictuelle du droit s'éteint elle aussi, faute de contradicteur capable d'opposer ses prétentions à celles du pouvoir. A la différence de la législation ouvrière du XIX<sup>e</sup> siècle, devenue aujourd'hui le droit du travail, qui faisait une place importante aux intérêts du capitalisme mais apparaissait néanmoins aussi comme le fruit des luttes sociales, la réglementation de l'immigration épouse unilatéralement les intérêts de l'Etat d'accueil, et on n'y trouve guère la trace de revendications que, privés de droits politiques et de moyens d'expression, les étrangers ne sont de toute façon pas à même de formuler et encore moins de faire prendre en compte<sup>5</sup>.

Que les politiques d'immigration, et donc la réglementation qui en permet la mise en œuvre, soient conçues de façon à faire prévaloir l'intérêt de la collectivité d'accueil et de ses membres n'est guère douteux, et nous pensons l'avoir suffisamment

démonstré dans les pages qui précèdent. Or la flexibilité du droit applicable aux étrangers apparaît ici comme la condition de son adaptation aisée et rapide aux exigences changeantes de l'économie ou de la politique — en bref, de son efficacité comme instrument au service des intérêts du pays d'accueil. « L'autorisation de séjour *peut* être accordée quand la présence de l'étranger ne nuit pas aux intérêts de la République fédérale », dit la loi allemande de 1965 sur les étrangers : nulle part n'est aussi clairement formulée la liaison logique entre la dénégaration des droits subjectifs et l'instrumentalisation du droit objectif.

L'instrumentalisation de la règle de droit, qui, de sujet de droit, transforme l'étranger en simple objet d'une réglementation qui le dépasse, n'est pas seulement sensible dans l'ordre juridique interne, mais tout autant dans l'ordre juridique international. Dans la négociation internationale, en effet, l'intérêt du migrant n'est pas pris en compte en tant que tel : il n'est que l'objet des relations entre deux Etats qui expriment et défendent (à armes inégales en général) leurs intérêts d'Etat. Même lorsque l'Etat d'origine — le plus souvent en position dominée — parvient à faire prévaloir tout ou partie de ses intérêts, ceux-ci ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts de ses ressortissants. Dans les conventions bilatérales, aussi bien dans celles passées dans l'entre-deux-guerres pour organiser l'immigration en masse des Polonais que dans celles conclues aujourd'hui entre pays industrialisés et pays en développement, les travailleurs migrants se trouvent traités comme une marchandise, subissant les aléas de la loi de l'offre et de la demande<sup>6</sup>.

La même conception utilitaire et instrumentale du droit sous-tend l'ensemble du statut des étrangers une fois qu'ils ont été admis à séjourner sur le territoire. C'est évident s'agissant des discriminations qui les frappent, et qui sont dictées par le souci soit de préserver les nationaux d'une concurrence néfaste, soit de réserver à ceux-ci le bénéfice d'un certain nombre d'avantages. Mais on s'aperçoit que l'égalité de droits, lorsqu'elle leur est reconnue, vise elle aussi souvent, en dernière analyse, à protéger les intérêts des ressortissants du pays hôte : c'est en ce sens, notamment, qu'il faut interpréter l'application pleine et entière aux salariés étrangers de la législation du

travail et l'interdiction des discriminations salariales, qui ont été très tôt acquises parce qu'elles étaient un moyen de garantir la main-d'œuvre nationale contre une concurrence déloyale. De la même façon, on peut montrer que le principe de non-discrimination posé par le Traité de Rome, s'il joue en faveur des ressortissants d'un Etat membre installé dans un autre Etat membre, a été édicté d'abord et avant tout dans l'intérêt commun de ces Etats, en vue de favoriser le développement des échanges et la prospérité économique des pays européens.

A ces observations on apportera simplement une nuance : si l'on définit un instrument comme ce qui sert à exécuter quelque chose, à obtenir un résultat, il est clair qu'il ne peut y avoir instrumentalisation du droit qu'au regard d'objectifs préalablement déterminés et suffisamment précis ; en l'absence de tels objectifs, la dimension instrumentale du droit s'estompe. Or il serait faux de penser que les pays d'immigration ont toujours poursuivi une politique cohérente et délibérée : de sorte que les législations nationales, dans bien des domaines, reflètent autant les intentions confuses et les exigences contradictoires que la certitude du cap à tenir. Ceci ne remet pas en cause la *visée* instrumentale du droit applicable aux étrangers, mais amène à constater que l'instrument peut se révéler *imparfait*, soit parce qu'il est mal adapté, soit parce qu'il est mal utilisé : le droit ne saurait tenir lieu de politique, pas plus que l'instrument ne saurait pallier une volonté défaillante.

Il faut par ailleurs avoir conscience que l'instrumentalisation du droit est une tendance générale des sociétés industrielles ; elle traduit une volonté d'encadrer, d'orienter, de rationaliser l'ensemble des activités et des conduites et de ne rien laisser au hasard de ce qui conditionne le développement et le bien-être de la société, de sorte que le droit devient une technique de gestion, un moyen au service de politiques qui se veulent cohérentes et rationnelles dans les domaines de plus en plus nombreux confiés à la responsabilité de l'Etat. La législation sur les étrangers ne fait donc que refléter, avec une acuité accrue, une caractéristique générale des législations contemporaines. Mais dans un cas l'instrumentalisation du droit objectif se développe librement, sans rencontrer aucun obstacle, tandis que dans l'autre elle trouve sa limite dans les droits subjectifs individuels qui s'opposent à ce que le droit serve

purement et simplement à la réalisation des fins définies par les détenteurs du pouvoir.

Instrument entre les mains des autorités du pays d'accueil, bien peu efficace en revanche pour se protéger contre leurs abus éventuels, le droit ne peut guère apparaître aux étrangers comme un moyen de libération, mais bien plus comme un facteur d'oppression ; réduit à sa fonction instrumentale, délaissant la loi au profit de formes mineures de réglementation, transparent à l'ordre social dont il retranscrit fidèlement les discriminations et les inégalités, ce droit ne laisse aucune prise au travail de l'imaginaire et perd la dimension symbolique dont il est normalement revêtu.

### *L'exclusion des effets symboliques de la loi*

Le droit ne se réduit pas à un ensemble de règles obligatoires destinées à régir les rapports sociaux concrets ; il opère également comme référence mythique et participe à ce titre du système de symboles et de croyances commun dont toute société a besoin pour maintenir sa cohésion. La loi, jusque dans nos sociétés laïcisées et démocratiques, fait l'objet d'un investissement émotionnel et irrationnel qui imprime au droit une dimension mystique, un aspect sacré. Cet ancrage du droit dans l'imaginaire fait partie des mécanismes par lesquels il assure sa propre effectivité : la mythification du droit encourage l'obéissance spontanée à la loi et à ceux qui exercent le pouvoir en son nom, occultant l'évidence rationnelle selon laquelle le droit — le droit positif — émane en dernière analyse des détenteurs du pouvoir ; mais cette mise à distance symbolique, si elle renforce le pouvoir en alimentant sa légitimité, représente aussi une contrainte pour les gouvernants, dans la mesure où elle leur interdit toute manipulation grossière de la règle de droit qui ferait apparaître qu'ils se sont purement et simplement approprié le droit.

De cette symbolique subtile, qui révèle l'ambivalence des rapports entre le droit et le pouvoir et rappelle que l'adhésion, tout autant que la contrainte, est un ressort fondamental du fonctionnement de l'ordre juridique comme de l'ordre social, les étrangers se trouvent totalement exclus. Ils le sont pour des raisons qui tiennent les unes aux caractéristiques intrinsèques,

à la texture même du droit qui les régit, les autres à la place qu'ils occupent dans la société, en marge des institutions de l'Etat-Nation.

De toute évidence, la réglementation applicable aux étrangers n'est guère propice à un quelconque investissement symbolique de leur part. On pourrait dire — et ce ne serait qu'à moitié une boutade — que s'ils sont exclus des effets symboliques de la loi, c'est parce que la loi n'occupe ici qu'une place restreinte, que leur sort n'est qu'exceptionnellement fixé par la loi et bien plus souvent par d'autres formes, moins nobles, de réglementation ; mais cette portion congrue accordée à la loi n'est pas absolument significative, dans la mesure où, dans tous les pays, y compris les démocraties libérales, le pouvoir normatif a été largement confisqué par l'exécutif au détriment du Parlement. Reste que la loi n'est pas simplement remplacée par le décret : le droit applicable aux étrangers se caractérise par un déclasserement généralisé des compétences, une dégradation des sources de droit — de la loi au décret, du décret à l'arrêté, de l'arrêté à la circulaire, voire au téléx... ou au coup de téléphone — pour déboucher sur ce qu'on a appelé en France le « droit du guichet », dont on aura l'occasion de reparler plus loin. Or le lieu où se dit le droit n'est pas indifférent : il n'est pas indifférent que le droit ne s'élabore ni dans l'enceinte solennelle du Parlement, ni même au sein du Conseil des Ministres, mais qu'il émane des bureaux, voire encore des guichets — guichets des préfectures ou des commissariats de police qui plus est. Ce droit par essence instable et secret s'accorde assez mal avec l'idée d'une loi transcendante, obligatoire pour tous, y compris pour les détenteurs du pouvoir ; il apparaît pour ce qu'il est : un instrument malléable entre les mains des gouvernants, ou plus souvent d'une administration anonyme, qui manipulent les règles à leur guise pour les mettre au service des intérêts dont ils ont la charge. Ajoutons que là où le droit met habituellement en scène des sujets de droit libres et égaux, donnant de l'ordre social une image épurée de tous phénomènes ayant nom domination, inégalité, exploitation, donc susceptible de recueillir l'adhésion, il laisse ici apercevoir à l'état nu, sans même s'efforcer de les masquer, toutes les inégalités et les discriminations dont sont victimes les étrangers dans la société : la transparence de l'ordre juri-

dique à l'ordre social supprime le ressort de l'investissement symbolique de la loi, ne laissant subsister du droit que la pure dimension contraignante et oppressive.

Mais l'exclusion des effets symboliques de la loi tient aussi à l'extériorité des étrangers par rapport à l'ordre juridique du pays d'accueil : on s'en aperçoit en raisonnant sur l'hypothèse la plus favorable, celle où les textes qui les concernent sont d'origine législative. Sans doute la plupart de ces textes sont-ils des lois de police, lois faites par excellence pour la protection des intérêts nationaux, donc pour les nationaux et par les nationaux. Mais à supposer même qu'il s'agisse de lois émancipatrices (telle la loi étendant aux étrangers le droit de vote et d'éligibilité aux élections des représentants du personnel dans l'entreprise, ou plus récemment la loi supprimant les restrictions à la liberté d'association), ils restent exclus du processus législatif qui aboutit à leur adoption : la loi est l'expression de la volonté générale, de la souveraineté nationale ; mais les étrangers ne participent ni de l'une, ni de l'autre. Sans doute la démocratie représentative a-t-elle ses limites et repose-t-elle sur une large part de fiction ; mais elle produit néanmoins des effets symboliques qui contribuent à souder la communauté des citoyens — donc à accentuer, en l'exhibant, l'exclusion de ceux qui n'en font pas partie. On retrouve ici l'importance plus symbolique encore que pratique du droit de vote, qui permet non seulement de désigner des représentants qui à leur tour voteront la loi au nom de l'ensemble des citoyens, mais aussi de réaffirmer par un acte symbolique, à intervalles réguliers, son adhésion à la communauté nationale, de signifier son appartenance à la Nation. Les étrangers non seulement ne participent pas à l'élection des gouvernants, mais plus généralement et plus fondamentalement ils restent exclus des institutions de l'Etat-Nation : ce n'est ni leur Etat, ni leur Parlement, ni leur gouvernement — et finalement ce n'est pas leur droit, mais un droit fait par et pour les nationaux, qui leur est imposé et sur lequel ils n'ont aucune prise. Comment pourraient-ils adhérer à cet ordre juridique dans lequel ils n'ont d'autre rôle à jouer que celui d'objet passif ? Si l'on ajoute que l'application du droit de la société de résidence est souvent vécue comme une situation d'acculturation autoritaire par des individus ou des groupes dont les valeurs sont restées celles du pays d'origine<sup>7</sup>,

il n'est pas douteux que les étrangers sont, subjectivement et objectivement, aliénés par rapport à l'ordre juridique — comme à l'ordre politique et à l'ensemble des institutions de la société dans laquelle ils vivent.

Ce droit auquel sont soumis les étrangers apparaît dans sa conception même comme un droit au rabais, un droit dénaturé car privé de ses aspects authentiquement protecteurs : instrument de gestion et de contrôle de la population immigrée, ne conférant à celle-ci qu'un minimum de droits dont elle puisse se prévaloir, il reflète sa situation diminuée et précaire et renforce finalement sa marginalisation dans la société. Lui font défaut la plupart des éléments constitutifs d'un ordre juridique digne de ce nom dans un Etat de droit : la publicité des règles applicables, la stabilité des normes et des situations sans laquelle il n'y a pas de sécurité juridique, la possibilité concrète de faire valoir ses droits face à l'administration ; au lieu de cela, on trouve des textes confidentiels, des règles qu'on modifie au gré des circonstances sans respect des droits acquis, un pouvoir d'appréciation presque sans limite conféré à l'administration, qui tend donc inévitablement vers l'arbitraire. Qu'on l'applique dans toute sa rigueur ou qu'on ne daigne même pas l'appliquer, la règle est finalement toujours source d'insécurité plus que de protection pour l'étranger.

#### LA RÈGLE... ET SON APPLICATION

L'impression dominante, lorsqu'on observe les rapports entre l'administration, chargée d'appliquer les textes, et les étrangers, est que l'administration est ici émancipée de la subordination à la loi considérée comme l'essence d'un Etat de droit. L'absence de règles précises et contraignantes en amont, l'absence d'un véritable contrôle en aval expliquent que soit aisément et trop souvent franchie la marge étroite qui sépare l'appréciation discrétionnaire du pouvoir arbitraire, les rigueurs de la loi de l'illégalité, la précarité juridique de l'insécurité physique.

*De l'appréciation discrétionnaire au pouvoir arbitraire*

La reconnaissance d'un très large pouvoir discrétionnaire aux autorités compétentes pour prendre les mesures individuelles touchant les étrangers est le corollaire logique de la finalité assignée au droit de l'immigration, tout entier tourné vers les intérêts du pays d'accueil. Lier trop strictement les mains de l'administration diminuerait l'efficacité du dispositif : la règle doit être assez souple et laisser un « jeu » suffisant pour pouvoir être modulée et adaptée en fonction des circonstances et des variations conjoncturelles. Et qui dit pouvoir discrétionnaire dans l'attribution des titres et autorisations nécessaires pour séjourner, travailler — et tout simplement vivre —, dit absence de droit subjectif à obtenir lesdits titres et autorisations : la boucle est bouclée.

Les textes, donc, laissent à l'administration toute latitude pour prendre les mesures qu'elle estime opportunes, en fonction de considérations dont elle apprécie elle-même le bien-fondé : libre choix des mesures, libre appréciation des motifs, absence de contrôle efficace — de tels pouvoirs dégénèrent inévitablement en arbitraire.

Lorsqu'il s'agit d'accorder tel ou tel titre dont l'obtention conditionne le droit au séjour ou l'exercice d'une activité quelconque, l'administration n'est pas, en apparence, totalement livrée à elle-même, puisque les textes lui imposent en général de tenir compte d'un certain nombre d'éléments ; mais ces éléments ne sont jamais précis au point de supprimer toute marge d'interprétation : *l'imprécision des critères* législatifs ou réglementaires non seulement laisse les mains libres à l'administration pour fixer ses propres critères d'appréciation, mais engendre des pratiques contradictoires d'un service à l'autre, qui ne peuvent que renforcer le sentiment d'arbitraire éprouvé par l'étranger, livré sans défense ni recours au bon plaisir des autorités administratives. Quelques exemples feront comprendre comment des textes parfois inoffensifs à première vue peuvent ouvrir la porte à l'arbitraire.

Il y a d'abord les hypothèses où les textes confèrent explicitement un pouvoir quasi illimité à l'administration. L'Allemagne fournit ainsi l'archétype d'une législation génératrice d'arbitraire avec la loi de 1965 sur les étrangers : « L'autorisa-

tion de séjour peut être accordée [le texte ne dit pas 'doit']. lorsque la présence de l'étranger ne nuit pas aux intérêts de la RFA. L'autorisation de séjour peut être limitée dans l'espace et le temps ou accompagnée de conditions et d'obligations. » La loi est muette sur les motifs susceptibles de justifier ces limitations — ce qui signifie que les pouvoirs de l'administration sur ce point sont, eux, sans limites. Quant aux « intérêts de la RFA » et à ce qui peut être considéré comme leur étant nuisible, il revient à l'administration d'interpréter à sa guise la formule, puisque l'exposé des motifs de la loi se borne à préciser, de façon quelque peu tautologique, qu'un étranger menace les intérêts de la RFA « quand sa présence sur le territoire n'est pas conforme aux intérêts de la collectivité » ; il ajoute, il est vrai, que l'administration doit prendre en considération tous les points de vue — politique, économique, de l'emploi, ou de toute autre nature... —, énumération qui n'est pas à proprement parler de nature à restreindre son pouvoir d'appréciation<sup>8</sup>. Sur la base d'un tel texte, les refus de séjour ou expulsions prononcés pour les motifs les plus critiquables, voire les plus futiles, deviennent juridiquement incontestables : l'arbitraire administratif est d'avance légitimé puisque consacré par la loi<sup>9</sup>.

Mais il ne faut pas s'arrêter à la seule formulation des textes : il en est qui, sans être aussi ouvertement émancipateurs pour l'administration, permettent d'aboutir, par leur silence même, à des résultats équivalents. La loi française, par exemple, énonce les conditions auxquelles doit satisfaire l'étranger qui sollicite la délivrance d'un titre de séjour ; mais elle est muette sur la conduite à tenir par l'administration : elle ne dit pas que si les conditions sont réunies l'administration est tenue de le lui délivrer, elle ne dit pas non plus l'inverse ; et personne n'a jamais interprété ce silence dans un sens favorable à l'étranger... Nulle part non plus n'est dit quels principes doivent guider la délivrance initiale de la carte de résident temporaire, valable un an, plutôt que de résident ordinaire, valable trois ans, ou encore le passage de l'une à l'autre, puis à celle de résident privilégié. Dans l'esprit du législateur de 1945, néanmoins, il n'est pas douteux que les travailleurs permanents devaient recevoir une carte de résident ordinaire ; c'est donc par un détournement de l'esprit du texte qu'on a fini par ne donner systématiquement au travailleur arrivant en France qu'une

carte de séjour temporaire. Au moins la logique eût-elle voulu que l'étranger obtienne par étapes successives chacune de ces cartes, qui confèrent des droits croissants ; or l'administration a profité ici de l'imprécision des textes pour accorder les titres qu'elle voulait quand elle le voulait, usant de surcroît de ce pouvoir comme moyen de surveillance et de pression sur les étrangers : car un titre de séjour d'un an, voire de six mois, dont il faut demander le renouvellement à intervalles rapprochés sans être jamais sûr de l'obtenir, rend bien sûr particulièrement vulnérable<sup>10</sup>.

On mentionnera encore, pour mémoire, le flou volontaire qui, dans toutes les législations, entoure les motifs permettant d'expulser un étranger : même lorsque la loi énumère une série de motifs plus ou moins précis, elle laisse toujours subsister une catégorie résiduelle, une notion fourre-tout, nécessairement vague, pour parer à toutes les éventualités : la menace pour l'ordre public, le *public good*, l'atteinte à des « intérêts importants » du pays... Dans ce domaine, qui touche à des intérêts vitaux ou supposés tels du pays d'accueil, plus encore que dans tout autre, il importe en effet de préserver l'autonomie et le libre arbitre des autorités<sup>11</sup>.

On trouve également assez souvent des textes qui entourent l'exercice par l'administration de ses pouvoirs de conditions apparemment strictes mais qui, à l'examen, se révèlent inconsistantes. Il en est ainsi lorsque l'administration, pour accorder ou refuser un titre de séjour ou de travail, doit prendre en considération la situation de l'emploi (disposition que l'on retrouve aujourd'hui dans toutes les législations des pays importateurs de main-d'œuvre touchés par la crise) ; ou encore, lorsque, comme en Allemagne, la délivrance du titre de résidence est subordonnée à la condition de s'être adapté aux structures économiques et sociales du pays : condition dont la réalisation est, bien sûr, appréciée librement par les autorités. Et l'on pourrait multiplier sans fin les exemples, tant les législations sont toutes construites sur le même modèle.

Ce pouvoir discrétionnaire serait plus acceptable s'il s'exerçait selon des critères stables, uniformes et connus d'avance. Mais l'administration, peu soucieuse de se lier les mains, explicite rarement ses critères de décision. Les directives adressées aux services restent généralement *confidentielles*, figurant dans des

circulaires ou instructions administratives à usage interne ou, mieux encore, découlant de consignes orales n'ayant laissé, par définition, aucune trace écrite. Dans ces conditions, les critères appliqués peuvent être modifiés sans préavis du jour au lendemain, tandis que les pratiques peuvent différer d'un endroit à l'autre ou d'un service à l'autre — rendant plus aléatoire encore le sort des demandes déposées par les intéressés.

La réglementation forme un véritable maquis, résultant de l'accumulation d'une infinité de textes de valeur inégale et d'une légalité parfois douteuse, souvent confus, voire contradictoires, mais aussi d'une somme de décisions et de pratiques qui ont fini par constituer une « jurisprudence ». Face à ce *droit du guichet* dépourvu de valeur juridique mais seul effectivement en vigueur, et dont la caractéristique est de varier selon les lieux, les moments, voire la personnalité de l'agent compétent<sup>12</sup>, l'étranger non seulement se trouve complètement désarmé, livré au bon plaisir et aux caprices de l'administration, mais il ne peut qu'éprouver le sentiment décourageant que le droit est décidément incompréhensible et arbitraire.

Face à ces mille et une règles et à ces mille et une façons de les interpréter, la revendication visant simplement à l'application *du* droit n'a plus de sens. Ou plutôt elle n'aurait de sens que s'il existait une instance compétente pour dire le droit et capable d'en imposer le respect à l'administration sur recours de tout intéressé.

Cette instance, dans un Etat de droit, c'est *le juge*, qui garantit les administrés contre l'arbitraire de l'administration en censurant les violations de la loi qu'elle commet, en aval, et en la dissuadant d'en commettre, en amont. Or, quand sont en cause les étrangers, ce dispositif à la fois dissuasif et répressif ne fonctionne plus, ou fonctionne mal. Il y a d'abord toute une série d'hypothèses où le recours contre les décisions administratives est purement et simplement exclu par les textes. C'est très souvent le cas des mesures interdisant l'accès au territoire, parfois aussi des mesures d'éloignement du territoire : ainsi, en Grande-Bretagne, aucun recours juridictionnel n'existe contre le refus d'entrée s'il est motivé par le *public good*, non plus que contre les décisions d'expulsion lorsque la sécurité nationale est en cause<sup>13</sup>. Joue ici l'idée que l'admission, et donc, par extension, le renvoi, d'un étranger est l'acte discrétionnaire par excellence

à l'encontre duquel on ne peut faire valoir utilement aucune prétention juridiquement fondée.

Même lorsqu'un tel recours existe, ce qui est le cas le plus fréquent, les garanties qu'il procure risquent fort de s'avérer illusoire. D'abord, les recours juridictionnels sont difficiles, parfois même impossibles à mettre en œuvre, notamment lorsque l'étranger a été l'objet d'un refus de séjour ou d'une mesure d'éloignement du territoire immédiatement exécutée. Même s'il en a la possibilité matérielle, l'idée d'intenter un recours ne lui viendra pas toujours spontanément à l'esprit, dans l'ignorance où il est du fonctionnement du système juridique et judiciaire du pays d'accueil ; ou alors il y renoncera : soit parce qu'il redoute, à tort ou à raison, les conséquences pour sa situation personnelle d'une action en justice, soit parce qu'il sait qu'elle lui apportera, au mieux, une satisfaction purement morale. Car la lenteur des procédures juridictionnelles conjuguée avec le caractère généralement non suspensif des recours<sup>14</sup> aboutit à priver d'effets pratiques les décisions rendues en faveur de l'étranger : à supposer qu'une annulation intervienne, elle restera vraisemblablement platonique s'il a entretemps été contraint, comme conséquence directe ou indirecte de la décision illégale, de rejoindre son pays d'origine. Ce qui, pour les nationaux, constitue une gêne, parfois importante il est vrai, peut déboucher, pour les étrangers, sur un véritable déni de justice. Il ne faut donc pas s'étonner du petit nombre de recours intentés proportionnellement à la masse des décisions administratives qui interviennent sur un fondement juridique fragile ; la plupart des recours émanent d'ailleurs de catégories socialement privilégiées — intellectuels, universitaires —, de militants politiques ou syndicaux, ou encore de personnes qui, pour des raisons circonstancielles, ont bénéficié du soutien actif d'un syndicat, d'une association, ou d'une partie influente de l'opinion publique.

Si l'étranger réussit, ayant surmonté tous ces obstacles, à porter son affaire devant le juge, il n'est pas assuré pour autant d'obtenir gain de cause, et ceci pour deux raisons convergentes. L'une tient aux termes mêmes dans lesquels sont rédigés les textes réglementant la situation des étrangers, qui ne favorisent guère un contrôle juridictionnel efficace : l'étendue du pouvoir d'appréciation qu'ils confèrent à l'administration, l'imprécision

des critères par lesquels elle est liée rendent la tâche du juge délicate. Face à des règles évasives et floues, il n'a le choix qu'entre deux attitudes : soit renoncer à contrôler les appréciations auxquelles s'est livrée l'administration, en estimant qu'il lui revient, et à elle seule, d'apprécier si tel étranger représente une menace pour l'ordre public ou les intérêts du pays, ou encore si la situation de l'emploi s'oppose à ce que soit délivrée à tel autre une carte de travail ; soit, à l'inverse, substituer systématiquement ses propres appréciations à celles de l'administration. Cette seconde attitude n'est pas inconcevable : la jurisprudence administrative française offre maint exemple de domaines, y compris en matière de police, dans lesquels le juge a progressivement grignoté la marge de pouvoir discrétionnaire que la loi laissait à l'administration, n'hésitant pas à censurer des décisions qui ne contredisaient formellement aucun texte mais qui lui paraissaient inadaptées, excessives, voire inopportunes parce que fondées sur une appréciation erronée de la situation. S'agissant des mesures touchant les étrangers, pourtant, il a clairement opté pour l'attitude inverse : sans doute le contrôle exercé en matière de police des étrangers a-t-il connu au cours des dix dernières années des progrès sensibles, débouchant notamment sur l'annulation de plusieurs mesures d'expulsion et sur la formulation d'un certain nombre de règles s'imposant à l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ; mais malgré cette avancée, le Conseil d'Etat a maintenu le principe d'un contrôle dit « minimum », par lequel il s'autorise à censurer non pas toute erreur d'appréciation commise par l'administration, mais seulement « l'erreur manifeste » d'appréciation : au-delà de ces subtilités terminologiques, il faut surtout voir que le contrôle minimum est conçu délibérément de façon à laisser subsister l'essentiel du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

On constate ainsi que les limites du contrôle exercé sur les décisions touchant les étrangers ne tiennent pas seulement à l'imprécision des textes, mais résultent des effets conjugués de cette imprécision et de la réserve spontanément observée par le juge, qui est loin d'être un phénomène spécifiquement français. Ce qui détermine cette attitude du juge, c'est d'abord le souci de ne pas entraver l'action gouvernementale par un contrôle intempestif dans un domaine politique par excellence,

alors que sont en jeu la sécurité du pays ou d'autres intérêts vitaux<sup>15</sup>. Mais c'est aussi la conviction, qu'il partage avec nombre de ses concitoyens, même si elle reste inconsciente et informulée, que l'administration n'a pas, dans ses rapports avec les étrangers, les mêmes obligations que vis-à-vis des nationaux : en sursis sur le territoire, les premiers ne peuvent prétendre bénéficier à part entière des bienfaits de l'Etat de droit. Il est vrai que le juge trouve dans les textes largement de quoi alimenter cette conviction : au nom de quoi, au demeurant, se substituerait-il au législateur pour accorder aux étrangers les garanties que celui-ci n'a pas jugé bon de leur conférer ? Pris entre ces considérations et la logique de sa fonction de juge, il se cantonne en définitive le plus souvent « dans une vigilance de principe aussi prudente qu'inutile »<sup>16</sup>.

### *De la rigueur de la loi à l'illégalité*

Laissant un large pouvoir d'appréciation aux autorités compétentes, les textes permettent de moduler l'application de la réglementation en fonction des circonstances. Ils offrent ainsi la possibilité d'un jeu avec la règle : l'appliquer à la lettre et dans toute sa rigueur, ou l'appliquer au contraire avec souplesse, y compris s'il le faut en fermant les yeux sur certaines irrégularités. Cette alternative, bien qu'elle accroisse l'insécurité juridique dans laquelle se trouve l'étranger en faisant peser une incertitude supplémentaire sur le sort des demandes qu'il formule, fait partie des pouvoirs reconnus à l'administration et s'inscrit dans la logique d'un droit instrumental au service des objectifs du pays d'accueil. Mais il arrive aussi que l'administration, dépassant cette alternative, s'affranchisse du respect des textes et enfreigne la légalité de façon plus ou moins ouverte ; elle y est d'autant plus encline, bien sûr, qu'elle ne trouve le plus souvent en face d'elle aucune résistance et que la sanction des illégalités qu'elle commet, en l'absence d'un contrôle juridictionnel efficace, sera au mieux inexistante, au pire tardive.

L'application stricte des textes a d'abord pour effet de faire subir à l'étranger les rigueurs de la loi : une loi qui, par définition, est ici sévère. Elle consistera par exemple à refuser systématiquement tous les avantages dont l'obtention est laissée à la

discrétion de l'administration, telle la régularisation de l'étranger en situation irrégulière, ou l'autorisation de faire venir sa famille lorsqu'elle n'est pas (ce qui est fréquent) reconnue comme un droit. Elle consistera encore à user à fond, sans se laisser arrêter par des considérations humanitaires, de la faculté d'éloigner du territoire ceux qui soit s'y trouvent irrégulièrement, soit ont commis des délits les rendant passibles d'expulsion. On a vu ainsi, à la fin du septennat giscardien, expulser en masse des jeunes étrangers simplement coupables d'avoir eu affaire à la police ou condamnés pour des fautes mineures, alors que, nés en France, ils ignoraient tout du pays vers lequel on les renvoyait.

Parfois, également, l'application rigide de la règle conduit l'administration à refuser l'octroi d'une autorisation parce que les conditions auxquelles elle est subordonnée, appréciées strictement, ne sont pas réunies. A la limite, une telle attitude peut avoir pour résultat de priver d'effet une législation *a priori* favorable, comme en matière d'immigration familiale : le décret du 29 avril 1976 a en effet reconnu aux étrangers un véritable droit au regroupement familial, dans la mesure où, rompant avec la pratique antérieure qui laissait à l'administration une entière liberté d'appréciation, il énumère désormais limitativement les motifs pour lesquels elle peut s'opposer à la venue de la famille ; mais parmi ces motifs, il y a l'hypothèse où les conditions de logement que l'étranger se proposer d'assurer à sa famille sont inadaptées ; or, compte tenu des difficultés qu'éprouvent les étrangers pour se loger, en raison de la situation générale du logement social mais aussi des pratiques discriminatoires et ségrégatives des logeurs, publics ou privés, compte tenu également des normes exigées, en termes de superficie et de type d'habitat (sont exclus hôtels et foyers, ainsi que l'hébergement par des tiers), la plupart des demandes de regroupement familial sont par avance vouées à l'échec.

C'est là aussi qu'on aperçoit comment l'application excessivement rigide de la réglementation peut, compte tenu des lacunes ou des incohérences des textes, aboutir à enfermer l'étranger dans un cercle vicieux, dont seule la bonne volonté de l'administration — qui par hypothèse fait défaut — pourrait l'aider à se dégager. Justifier d'un logement adapté au moment

de la demande, dans le cas de l'immigration familiale, cela veut dire soit l'habiter déjà, soit pouvoir au moins fournir un engagement ferme de location, ce qui est ou irréalisable, ou extrêmement coûteux. Pour éviter cet inconvénient susceptible de se muer en véritable obstacle, l'étranger peut penser à faire venir sa famille sans passer par la procédure d'introduction et, puisque les textes ne l'interdisent pas, ou plutôt ne l'interdisaient pas jusqu'à la récente décision prise par le gouvernement français de modifier la réglementation sur ce point, demander la régularisation *a posteriori* des membres de sa famille. Mais d'autres inconvénients surgissent alors : car la procédure de régularisation elle aussi est longue, et le conjoint ne se voit remettre dans l'intervalle qu'une autorisation de séjour provisoire renouvelable de trois mois en trois mois, qui ne donne ni le droit de travailler, ni le droit de toucher des allocations de chômage ; mieux encore, il se peut que le logement, qui répondait au départ aux normes requises, ne soit plus « adapté » au moment où l'enquête intervient, par suite de la naissance d'un ou plusieurs enfants... L'application stricte des textes aboutit donc au refus de séjour et à l'injonction de quitter le territoire ; et même si l'administration ne poursuit pas l'exécution de sa décision, la famille se trouvera dans une situation juridique et matérielle extrêmement précaire.

On pourrait citer bien d'autres exemples de dispositions dont la rigidité ou l'incohérence est génératrice de situations inextricables. Ainsi, du temps où les flux migratoires n'étaient pas taris, l'étranger qui souhaitait s'installer dans un pays pour y travailler avait à résoudre un problème apparemment insoluble, s'il n'était pas introduit par les voies organisées, en raison de la solidarité instaurée par les législations nationales entre le séjour et l'emploi : pour obtenir l'autorisation de séjour, il fallait pouvoir justifier d'un emploi, donc présenter un contrat de travail ; mais comment trouver un employeur qui acceptât de signer un contrat de travail avec un étranger qui n'avait encore ni carte de séjour, ni carte de travail, et dont il n'était pas sûr qu'il les obtiendrait ? En fait, le problème trouvait une solution dans la mesure où l'administration, faisant preuve de bonne volonté à une époque où le besoin de main-d'œuvre était impérieux, acceptait de régulariser en marge des procédures normales les étrangers travaillant clandestinement. A l'inverse,

l'administration peut, en respectant la lettre des textes et en exploitant leurs lacunes, faire échec à la volonté du législateur et créer de véritables impasses juridiques : ainsi, face à la loi du 29 octobre 1981 qui énumère une liste d'étrangers qu'en raison de leurs attaches en France on ne peut ni expulser, ni reconduire à la frontière, l'administration n'a pas pour autant estimé que, dans le silence des textes, elle était tenue de leur accorder des titres de séjour et de travail en dehors des conditions normalement exigées : il en est résulté une situation paradoxale où des individus à qui le législateur avait reconnu le droit de demeurer se voyaient privés par l'attitude de l'administration des moyens de se mettre en situation régulière et de travailler. Il a fallu qu'un décret du 8 mars 1984 dise expressément que les catégories d'étrangers non expulsables devaient se voir remettre automatiquement une carte de travail valable dix ans (et, depuis la loi du 17 juillet 1984, une carte de résident) pour dénouer cet imbroglio juridique.

Que les retombées d'une application rigoureuse de la réglementation soient presque toujours négatives pour les étrangers ne signifie pas qu'une attitude plus souple de l'administration leur soit automatiquement favorable. La souplesse dont fait preuve l'administration lui est au demeurant plus souvent dictée par des considérations économiques et politiques générales que par le souci d'améliorer le sort de la population immigrée. Comme on l'a rappelé plus haut, si l'administration, dans la plupart des pays, a fermé les yeux pendant plusieurs années sur les entrées clandestines de travailleurs étrangers et accordé si généreusement des régularisations, c'est parce que les entreprises avaient un besoin constant de main-d'œuvre et que la procédure d'introduction officielle, excessivement lourde et lente, répondait mal à ce besoin.

Il faut également voir que lorsque l'administration renonce à imposer le respect de la loi et tolère des infractions à la réglementation en vigueur, ce sont souvent les étrangers qui sont alors victimes des infractions commises par d'autres. Le laxisme généralisé qui a prévalu en France comme dans beaucoup d'autres pays jusqu'au milieu des années 70 n'a pas, loin de là, amélioré le sort des travailleurs immigrés : sans doute entraient-ils facilement dans le pays d'accueil et trouvaient-ils sans peine un emploi ; mais la clandestinité les livrait sans défense à

l'arbitraire de leurs employeurs, lesquels couraient d'autant moins de risques en embauchant des travailleurs en situation irrégulière que les sanctions pour infraction à la législation du travail ou de la Sécurité sociale étaient légères et rarement appliquées. Cet état de choses n'a d'ailleurs pas entièrement disparu ; les situations de totale clandestinité se sont simplement raréfiées en raison du renforcement de la répression et, surtout, de la fermeture des frontières<sup>17</sup>.

La tolérance envers les illégalités dont sont victimes les étrangers trouve son prolongement dans le peu d'empressement que met l'administration à respecter elle-même la loi. *Tout comme il y a mille et une façons d'appliquer la loi, il y a mille et une façons de la violer.* Il y a d'abord la violation flagrante et caractérisée, l'arbitraire à l'état pur, lorsque l'administration — et la police plus particulièrement — agit en marge de toute légalité : ni la confiscation d'un titre de séjour ou de travail en cours de validité, ni les assignations à résidence pratiquées couramment lors des visites de hautes personnalités politiques étrangères à titre de mesure de sécurité, ni l'internement administratif dans des camps clandestins, comme celui d'Arenc en France dont l'existence fut révélée par hasard en 1975, des étrangers en instance d'expulsion ne peuvent (ou ne pouvaient en ce qui concerne cette dernière pratique que l'on s'est efforcé tant bien que mal par la suite de légaliser) trouver dans les textes le moindre fondement légal, et l'administration s'arroge ici des pouvoirs qui ne lui appartiennent en aucun cas. A peine moins grave est le refus de se plier aux textes qui encadrent l'exercice de ses compétences, par exemple lorsqu'elle omet volontairement de respecter les règles de fond ou de procédure imposées par la loi : ainsi, les opérations dites « coup de poing » inaugurées sous le septennat de Valéry Giscard d'Estaing, débouchant sur la reconduite immédiate à la frontière des étrangers trouvés en situation irrégulière ou recherchés par la police, violaient tout à la fois les dispositions relatives à la procédure d'expulsion et le principe qui interdit, en l'absence de texte, l'exécution forcée des décisions administratives.

Il est une autre façon, plus subtile, de refuser d'appliquer la loi, ou de l'appliquer en en violant l'esprit et souvent la lettre : c'est de subordonner le bénéfice de ses dispositions à des conditions qu'elle ne prévoit pas. En matière d'immigration

familiale, par exemple, on a vu l'administration française imposer des conditions supplémentaires aux conditions déjà strictes posées par les textes : en exigeant l'immigration de la famille tout entière — et non de certains membres seulement —, ou encore en refusant certaines demandes au motif que dans la localité le pourcentage de la population étrangère était déjà trop élevé. Cette dernière pratique, qui équivaut à élever la fameuse notion de « seuil de tolérance » à la dignité d'une loi scientifique pour l'ériger ensuite en règle de droit, sollicite bien au-delà de ce qui est juridiquement acceptable les termes du décret de 1976, qui parle seulement de « conditions de logement adaptées ». L'administration, au demeurant, s'est bien gardée de donner une formulation officielle à cette règle, dont le fondement légal est des plus fragiles ; elle se borne à l'appliquer silencieusement à certaines demandes, dans certains départements. Ce faisant, elle se prémunit mieux contre une éventuelle censure juridictionnelle : les consignes verbales ont en effet cet avantage sur les instructions écrites, même confidentielles, qu'il est difficile d'apporter la preuve de leur existence devant un juge et d'obtenir l'annulation des mesures prises sur leur fondement. L'administration en a fait l'expérience lorsqu'elle a vu le Conseil d'Etat annuler l'une après l'autre, entre 1975 et 1981, des circulaires ministérielles qui, sous couvert d'indiquer aux services chargés du traitement des demandes comment appliquer la législation en vigueur, contenaient en fait des dispositions nouvelles qui en infléchissaient, voire en contredisaient, le sens. La tentation pour l'administration de « légiférer » par circulaires est toutefois si forte qu'elle n'est pas près d'y renoncer<sup>18</sup>. (La pratique n'est d'ailleurs pas propre à la matière des étrangers, même si c'est là un de ses domaines de prédilection.)

Le peu de scrupules dont témoigne le comportement de l'administration à l'égard de la loi incite à en rechercher les raisons ailleurs que dans l'inefficacité relative du contrôle juridictionnel. D'autant que l'administration ne jouit pas d'une impunité totale et s'expose — fût-ce très occasionnellement — à voir ses actes illégaux censurés ; et l'on pourrait de surcroît légitimement s'attendre à ce que dans un Etat de droit l'administration respecte spontanément la légalité, indépendamment de toute menace de censure de la part du juge. La vraie raison

résiderait plutôt dans la tolérance du corps social à l'égard des agissements illégaux de l'administration lorsqu'ils visent des étrangers, et dans la conviction qu'ils ne seront pas désavoués par les plus hautes autorités de l'Etat. Cette conviction n'est assurément pas gratuite quand on constate que parmi les actes ou textes illégaux émanant de l'administration, beaucoup finissent par être officialisés et légalisés. Sans doute l'administration viole-t-elle la loi existante, mais ses pratiques ne font que préfigurer la loi à venir. Ainsi, la loi Bonnet a légitimé *a posteriori* et légalisé pour l'avenir les opérations coup de poing ; elle a également légalisé — ou tenté de légaliser, puisque cette disposition sera invalidée par le Conseil constitutionnel avant d'être reprise sous une forme jugée acceptable par lui dans la loi « Sécurité et Liberté », dite loi Peyrefitte — la détention des étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion : ce qui permet au camp d'Arenc de continuer à fonctionner aujourd'hui, de façon non clandestine cette fois. Bien souvent, on le voit, le seul tort de l'administration est d'avoir eu raison trop tôt, en anticipant sur la législation future.

### *De la précarité à l'insécurité*

Livrés au bon plaisir des autorités, à la merci d'une réglementation fluctuante, jamais assurés de pouvoir demeurer dans le pays d'accueil, constamment surveillés et contrôlés, comment les étrangers n'éprouveraient-ils pas le sentiment de vivre dans l'insécurité permanente ? Sans doute y a-t-il des degrés dans l'insécurité — et l'on ne peut assimiler la situation du clandestin, qui vit hors de la protection des lois, à celle de l'étranger légalement établi, et moins encore à celle de l'immigrant installé durablement dans le pays d'accueil dont il a vocation à obtenir à terme la citoyenneté. Mais outre que cette dernière catégorie est numériquement résiduelle, donc peu représentative de la situation de l'immense majorité des migrants à l'époque contemporaine, l'insécurité n'en reste pas moins — avec ses degrés — un élément constitutif du vécu de la condition d'étranger.

Dans ce sentiment d'insécurité, la part respective des éléments subjectifs et objectifs est difficile à discerner, tant ils s'entremêlent étroitement. Il y a certainement, au départ, le

fait objectif d'une situation juridique précaire, et qui reste précaire par-delà les années, quelque ancienne et durable que soit l'installation dans le pays d'accueil : une autorisation de séjour limitée dans le temps, quoique renouvelable ; une autorisation de travail dont on est encore moins sûr d'obtenir le renouvellement, surtout si l'on est au chômage lorsqu'elle arrive à expiration ; enfin, valant pour tous, même les moins exposés, les mieux protégés, la menace latente de l'expulsion dont on ne peut jamais faire totalement abstraction, alors même qu'elle ne frappe statistiquement qu'une petite minorité. Déjà, ici, le subjectif relaie l'objectif.

Cette précarité maintient l'étranger dans une étroite dépendance vis-à-vis de l'administration, puisque son statut est suspendu à chaque instant à ses décisions, qu'il doit passer par elle pour accomplir les moindres faits et gestes de l'existence quotidienne. Cette dépendance est ressentie d'autant plus douloureusement que l'administration, qu'on se plaît à dépeindre comme hautaine, distante et inaccessible, accentue comme à plaisir ses défauts traditionnels lorsqu'elle a affaire aux étrangers : les files d'attente interminables, l'inhumanité de l'accueil, les humiliations et les tracasseries gratuites, le mépris souvent accentuent le caractère pénible des démarches administratives qu'il faut bien pourtant entreprendre si l'on veut être en règle. Être en règle, obtenir ses papiers : telle est en effet l'obsession de chaque étranger, avec son corollaire, la crainte elle aussi obsessionnelle de ne pas être en règle. Une crainte souvent irraisonnée, et pourtant logique compte tenu de la complexité et des fluctuations de la réglementation applicable, compte tenu aussi des conséquences possibles de la moindre infraction : au mieux la prison, au pire l'éloignement du territoire — ou encore l'un et l'autre.

La crainte d'être refoulé ou expulsé n'est pas non plus imaginaire, même si l'administration l'entretient à dessein par son comportement : la simple menace, plus que le nombre de mesures effectivement exécutées, suffit à créer une atmosphère d'insécurité permanente, propice à la prudence et à la soumission. En France, en particulier, la multiplication des contrôles sur la voie publique est un de ces moyens de nature à entretenir le sentiment d'insécurité : présentés comme un instrument de lutte contre l'immigration clandestine, visant donc uniquement

les individus en situation irrégulière, ils n'en ont pas moins pour effet de placer l'ensemble de la population immigrée sous une surveillance policière continue. Traités en suspects et désignés comme tels au public dont on alimente ainsi les sentiments xénophobes, les étrangers vivent ces contrôles discriminatoires et vexatoires, effectués à la tête du client, et sur une base légale souvent fragile de surcroît<sup>19</sup>, comme une entrave physique à leur liberté d'aller et venir et une source de danger constant : car une fois appréhendé, l'étranger en situation irrégulière ou seulement présumé tel a peu de chances d'échapper à une mesure d'éloignement du territoire, quelle que soit la durée de sa résidence effective dans le pays et quels que soient les arguments qu'il pourrait invoquer pour sa défense. Il a d'autant moins de chances d'y échapper que la mesure d'éloignement du territoire est généralement, dans cette hypothèse, de nature purement administrative, pour ne pas dire policière, qu'elle n'est entourée d'aucune garantie, et que la procédure est si expéditive qu'elle ne protège même pas contre les erreurs toujours possibles de l'administration. La loi du 29 octobre 1981 a tenté, il est vrai, de rompre avec ces pratiques en confiant aux seuls tribunaux, au vu de circonstances de l'affaire, le soin de prononcer la reconduite à la frontière : celle-ci devenait ainsi une mesure judiciaire entourée des garanties de la procédure pénale. Mais ces garanties ont été par la suite progressivement — et volontairement — amenuisées, au point que l'instance judiciaire a fini par reproduire les comportements administratifs traditionnels : procédure expéditive, grignotage des droits de la défense, automaticité de la sanction<sup>20</sup>. Tout ceci, toujours sous couvert de lutter contre l'immigration clandestine, devenue l'objectif majeur et la préoccupation quasi obsessionnelle des gouvernants. Là encore apparaît l'extrême sensibilité du droit aux variations de la politique migratoire, avec pour corollaire l'extrême vulnérabilité de la situation des étrangers aux aléas de la conjoncture.

La boucle est bouclée : au-delà des incohérences ou des contradictions qui affectent son contenu contingent, le droit applicable aux étrangers, devenu pour l'essentiel un droit de l'immigration, présente des caractéristiques parfaitement

congruentes avec sa finalité, qui se répondent mutuellement : la dénégalation des droits subjectifs est indissociable de l'instrumentalisation du droit, qu'elle permet mais dont elle est aussi la conséquence ; l'une et l'autre favorisent à leur tour un accroissement presque sans limite du pouvoir discrétionnaire de l'administration qui, en l'absence de contrepois, débouche sur l'arbitraire, voire l'illégalité ; les étrangers, plus souvent objets de la réglementation que sujets de droit, soumis à un droit d'exception et perpétuellement en sursis, apparaissent comme les exclus de l'Etat de droit.

## CONCLUSION

### L'étranger comme symptôme

Dis-moi qui tu exclus, je te dirai qui tu es : si une société se juge à la façon dont elle traite ses minorités, ses marginaux, ses déviants, elle dévoile plus encore d'elle-même en désignant qui elle met hors jeu.

L'étranger, l'exclu par excellence puisque exclu par essence, est donc plus qu'un symbole : un symptôme, le signe révélateur de la vraie nature d'une société. La présence de l'étranger permet d'éprouver la tolérance, l'ouverture à l'autre d'une communauté humaine, de tester l'authenticité et la solidité de ses valeurs ; elle la contraint à expliciter le principe de sa cohésion et fait apparaître comment, en pensant l'autre, elle se pense elle-même.

Dans nos sociétés démocratiques, l'existence de l'étranger, à la fois comme concept et comme réalité palpable, atteste l'extraordinaire prégnance, la virulence, même, de l'idée natio-

nale qui, loin d'avoir encore épuisé ses effets, sape les fondements de l'Etat de droit que ces sociétés s'enorgueillissent d'avoir su instaurer.

#### L'ETAT-NATION DANS NOS TÊTES

L'Etat-Nation a scellé, durablement scellé, le sort de l'étranger. Non pas que sa condition se soit dégradée ; mais l'émergence de l'Etat-Nation, en cristallisant la distance qui le sépare du national, a enfermé l'étranger dans sa condition plus irrévocablement et plus efficacement que toutes les violences et toutes les brimades auxquelles il avait pu être exposé aux époques antérieures. La cohésion, réelle, postulée ou recherchée, de l'Etat-Nation a fonctionné comme facteur d'exclusion, produisant simultanément la catégorie d'étranger et sa mise à l'écart ; et tous les progrès politiques et juridiques accomplis dans le cadre de l'Etat — la liberté, l'égalité, la démocratie... — ont été conçus et mis en œuvre au bénéfice exclusif des membres de la Nation, les autres étant implacablement rejetés hors de l'Etat de droit, de ses institutions et de ses bienfaits.

Or, en dépit de tous les discours savants et sans doute pertinents sur l'obsolescence des frontières nationales, malgré le double assaut des forces centrifuges — les revendications subnationales — et centripètes — la supranationalité —, l'Etat-Nation résiste, et reste non seulement vivace dans la réalité mais solidement ancré dans nos têtes. Aujourd'hui comme hier — plus qu'hier peut-être, dans la mesure où l'homogénéisation des sociétés nationales et l'égalisation des conditions ont fait perdre de leur acuité aux clivages internes — l'Etat-Nation sert de référence, de critère ultime pour tracer la ligne de partage entre « nous » et « les autres ». Partage qui débouche presque inexorablement sur le mot d'ordre : « nous d'abord », très vite suivi d'un autre : « eux dehors » — d'autant moins inattendu que « nous » et « eux » se définissent précisément par référence à un dedans et un dehors. Mieux encore : ce réflexe instinctif, cette réaction irraisonnée, expression d'un égoïsme collectif somme toute un peu mesquin, se trouve transfiguré et légitimé par la vertu de l'idée nationale qui le fonde en nature et en droit : la priorité que la Nation accorde à ses

membres n'est que l'expression d'une solidarité naturelle juridiquement consacrée, tandis que les étrangers, à l'inverse, n'ont aucun titre, ni naturel, ni juridique, à bénéficier de ses largesses.

Notion politique, juridique et idéologique tout à la fois, l'Etat-Nation tire de ce triple enracinement sa redoutable efficacité : déjouant tous les oracles, toutes les analyses prospectives qui annoncent son déclin, il reste un élément structurant de notre vision du monde qui imprègne et infléchit presque malgré nous nos modes de penser et d'agir.

#### L'ÉTAT DE DROIT MIS A NU

Tout comme la Nation constituée en Etat rejette hors de son sein l'étranger, l'Etat, expression juridique de la Nation, l'exclut de la protection des lois faites par et pour les nationaux. Pour être contemporains dans le temps — les révolutionnaires de 1789 n'ont-ils pas proclamé simultanément la primauté des droits de l'homme et la souveraineté de la Nation ? —, l'Etat-Nation et l'Etat de droit n'en sont pas moins potentiellement antagonistes : l'Etat de droit suppose la reconnaissance des droits de l'homme en tant qu'homme contre le pouvoir ; l'Etat-Nation réserve le bénéfice de cette reconnaissance à ses membres. Écoutons Hannah Arendt : le drame de l'Etat-Nation, dit-elle, fut que la conscience nationale naissante vint interférer avec la fonction suprême de l'Etat, qui avait pour tâche de garantir à l'homme ses droits ; de sorte que les droits de l'homme ne furent plus protégés qu'en tant que droits nationaux et que l'Etat se transforma partiellement d'instrument de la loi en instrument de la Nation.<sup>1</sup>

Et c'est cette contradiction, cette incompatibilité de la forme nationale de l'Etat avec le plein épanouissement des virtualités libératrices de l'Etat de droit, que l'étranger, par sa présence, met à nu. Force est d'admettre que l'Etat de droit n'est pas *la* vérité des sociétés démocratiques : il n'en est que l'une des faces, la face bienséante, flatteuse, celle que l'on exhibe. A côté et dans l'ombre de l'ordre juridique libéral qui reconnaît en chaque individu un sujet doté de droits, capable de les défendre contre le pouvoir, fonctionne un mécanisme

juridique d'exception destiné aux exclus de l'Etat de droit, au premier rang desquels figurent les étrangers. Cette dualité ne se manifeste pas au grand jour ; elle se dissimule derrière la complexité des règles et l'imbrication des textes. Formellement, les étrangers sont soumis aujourd'hui au même corps de lois que les nationaux ; mais, sous les dehors d'une réglementation inoffensive parmi d'autres, applicable aux étrangers comme d'autres sont applicables aux femmes, aux vieux ou aux chômeurs, le droit de l'immigration interfère discrètement avec le droit commun et en extirpe les virtualités libérales en mettant à son application une condition suspensive dont la réalisation est laissée à la discrétion du pouvoir. L'assimilation des étrangers aux nationaux est un faux-semblant qui cache la transformation des droits subjectifs en faveurs discrétionnaires.

Cet ordre juridique d'exception — qui, en Europe aujourd'hui, concerne malgré tout plusieurs millions de personnes — représente l'envers de l'ordre juridique libéral, la négation de l'Etat de droit, mais en même temps sa vérité profonde, et peut-être la condition même de son existence.

Sa vérité profonde en ce sens que l'Etat de police se profile toujours à l'horizon de l'Etat de droit, aucun pouvoir ne consentant de bon gré à organiser sa propre contestation ; et dans les failles de l'ordre juridique libéral, forcément imparfait, on aperçoit sans peine les germes d'un autre ordre juridique capable, si l'occasion s'en présente, de le détruire brutalement, ou simplement de le miner progressivement de l'intérieur.

Mais la tolérance dont font preuve les sociétés démocratiques à l'égard de ce qui semble contredire les fondements mêmes sur lesquels elles reposent est aussi le signe que ce droit d'exception leur apparaît, consciemment ou non, comme la condition d'existence de l'Etat de droit : pour que la démocratie puisse se développer, pour que les libertés puissent s'épanouir, peut-être fallait-il que l'usage en fût dès le départ réservé à un groupe bien délimité. Dans un monde hanté par la pauvreté et la répression, les nations démocratiques — qui se trouvaient être aussi les nations nanties — ont réservé à leurs citoyens le monopole de la liberté comme elles leur ont réservé l'exclusivité de leurs richesses. Et la crise, bien sûr, n'a fait qu'accentuer ce protectionnisme instinctif, consolidant ainsi les privilèges antérieurement acquis.

# Notes

## PREMIÈRE PARTIE

### NOTES DU CHAPITRE 1

1. *Race et histoire*, Médiations, 1968, p. 22.
2. J.-P. Roux, *Les Barbares*, Bordas, 1982, p. 14.
3. Archéologie de la violence : la guerre dans les sociétés primitives, *Libre*, n° 1/1977, Ed. Payot.
4. A. Dorsinfang-Smets, Les étrangers dans la société primitive, in *L'étranger*, « Recueils de la Société Jean-Bodin », t. IX et X, Bruxelles, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1958.
5. Chez certains peuples — on cite l'exemple des Eskimos — la pratique de l'hospitalité est toutefois courante, sans qu'on puisse trouver à cette différence de comportement des raisons objectives.  
Mais l'hospitalité, si l'on en croit Mauss (voir Essai sur le don, in *Sociologie et Anthropologie*, PUF, 1960, p. 277-278), n'est pas vraiment l'antithèse de la guerre : il observe comment les membres des tribus passent, d'un coup, de la fête à la bataille, d'un extrême à l'autre. Les hommes s'abordent « dans un curieux état d'esprit, de crainte et d'hostilité exagérées et de générosité également exagérée », celle-ci se traduisant par le don total, qui oblige à rendre en sacrifiant tout à son tour. L'échange de biens revêt donc lui aussi une allure agonistique et s'intègre dans une relation de lutte, de rivalité. Logique de la guerre totale, logique du don total sont en somme deux facettes extrêmes d'une relation à l'autre exacerbée.
6. R. Bierzanek, Le statut juridique de l'étranger dans l'Antiquité gréco-romaine, *Mélanges Sefériades*, 1961.
7. Y. Thébert, Athènes et ses Barbares, in *Le Monde Dimanche* du 15 novembre 1981.
8. On constate le même phénomène dans la Mésopotamie ancienne : alors que dans les cités-Etats de Sumer et Akkad, au III<sup>e</sup> millénaire, les notions d'étranger, ennemi et esclave sont étroitement associées, dans la période classique du II<sup>e</sup> millénaire les étrangers se retrouvent au bas de l'échelle sociale, certes, mais hommes libres et intégrés dans la société ; dans l'Empire achéménide, enfin, il n'y a plus d'étrangers, car l'Empire a absorbé toutes les nations. Voir G. Cardascia, Le statut de l'étranger dans la Mésopotamie ancienne, in *L'étranger*, précité.
9. J. Le Goff, *La civilisation de l'Occident médiéval*, Arthaud, 1964, rééd. Flammarion, coll. « Champs », 1982, p. 125.

10. *Ibid.*, p. 125 et 126.
11. *Ibid.*, p. 290.
12. *Ibid.*, p. 296.
13. J. Delumeau, *La peur en Occident*, Fayard, 1978, rééd. Le Livre de Poche, coll. « Pluriel », 1980, p. 62-65.
14. N. Poulantzas, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, PUF, 1978, p. 116-118.
15. Voir G. Cardascia, *Le statut de l'étranger dans la Mésopotamie ancienne*, précité.
16. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, 1969, t. I, p. 92 s.
17. En vieil anglais de même, *guest*, qui a la même racine que *host* = l'hôte qui reçoit, les deux mots venant du même mot latin *hospes*, désigne l'étranger.
18. *Op. cit.*, p. 361.
19. *Op. cit.*, p. 95.
20. *Op. cit.*, p. 368.
21. *Race et histoire, op. cit.*, p. 22.
22. *Op. cit.*, p. 368-369.
23. *Op. cit.*, p. 360.
24. R. Draï évoque cette « perception diffuse et confuse de l'autre qui en fait un danger, à la limite danger de mort », dont l'Etranger représente « le niveau latent » et l'Ennemi « le niveau manifeste » (*Le pouvoir et la parole*, Payot, 1981, p. 146-147).
25. « Digressions sur l'étranger », trad. fr. in *L'Ecole de Chicago. Naissance de l'écologie urbaine*, textes traduits et présentés par Y. Grafmeyer et I. Joseph, Champ Urbain, 1979, p. 53-59.
26. Ainsi s'explique l'assimilation, aujourd'hui désuète, entre juifs et marchands, ou le fait qu'aujourd'hui encore le commerce soit souvent aux mains de minorités ethniques (Libanais, Chinois, Indiens...).
27. Voir A. Dorsinfang-Smets, *loc. cit.* Dans l'Egypte ancienne également, de nombreux étrangers, notamment Syriens, s'installent dans le pays et y jouent un rôle considérable comme commerçants et banquiers.
28. Sur la place et le statut des métèques, voir A. Aymard, *Les étrangers dans les cités grecques aux temps classiques*, in *L'étranger, op. cit.*
29. J. Ellul, *Histoire des institutions*, 1<sup>re</sup> éd., t. II, PUF, coll. « Thémis », 1956, p. 13 s.
30. J. Le Goff (*op. cit.*, p. 110) insiste sur la mobilité des hommes qui, dit-il, contraste avec l'idée que l'on se fait d'un Moyen Âge tout de sédentarité et d'attachement (subi plus que voulu) à la terre ; ce n'est qu'au bas Moyen Âge que l'errance deviendra effectivement anormale.
31. Voir encore J. Le Goff, *op. cit.*, p. 120. Du côté musulman, la situation est du reste symétrique. Tout comme la Chrétienté est unie par une civilisation commune, une langue commune — le latin —, une religion commune, l'*Umma* musulmane est étroitement soudée sur les mêmes bases. Les étrangers des pays situés au-delà des frontières de l'Islam sont des impies contre lesquels la guerre sainte est un devoir ; le Coran obligeant à étendre l'Islam, il encourage une politique de conversion. Les juifs et les chrétiens, toutefois, peuvent vivre en terre d'Islam, quoique avec un statut diminué.
32. F.-L. Ganshof, *L'étranger dans la monarchie franque*, in *L'étranger, op. cit.*
33. « Dans cette société strictement hiérarchisée [où] un rôle est dévolu à chacun, ... le juif est l'exclu du système, il ne doit survivre que pour témoigner, par sa déchéance même, que les temps nouveaux sont arrivés et que le Christ est roi » (Béatrice Philippe, *Etre juif dans la société française*, 2<sup>e</sup> éd., Le Livre de Poche, coll. « Pluriel », 1981, p. 30).
34. Voir J. Gilissen, *Les étrangers en Belgique du XIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, in *L'étranger, op. cit.* L'auteur analyse l'exemple particulièrement significatif de la Belgique dont le territoire était devenu une région de villes avec un fort particularisme urbain.

35. Voir M. Boulet-Sautel, *L'aubain dans la France coutumière du Moyen Age. in L'étranger, op. cit.*

36. L'impact de l'apparition de la forme étatique sur l'appréhension et le traitement de l'étranger est intéressant à analyser en Afrique, où le passage s'est fait beaucoup plus brutalement qu'en Europe. Avant la période coloniale, les Africains indigènes et les non-Africains étaient virtuellement libres de quitter une entité politique traditionnelle et de s'installer temporairement dans une autre : ils étaient des « étrangers » au sens simmélien du terme — *strangers*, mais pas *aliens*. A l'époque contemporaine, les Etats-Nations africains indépendants revendiquent le pouvoir de définir les droits respectifs de chaque groupe à l'intérieur de leurs frontières, l'exercice des prérogatives de souveraineté a transformé les *strangers* en *aliens*. Voir William A. Shack, *Open Systems and Closed Boundaries. The Ritual Process of Stranger Relations in New African States*, in Shack and Skinner ed., *Strangers in African Societies*, Univ. of Calif. Press, 1979, p. 40-45.

37. Marc Bloch estime même que des sentiments nationaux, sous la forme brutale de l'antagonisme contre l'étranger, se sont manifestés dès l'époque des invasions germaniques et qu'ils expliquent la formation de deux patries distinctes, en France et en Allemagne, après le partage de l'empire de Charlemagne. Ce sentiment national se fondait selon lui d'abord sur l'antithèse linguistique, mais aussi sur une communauté de tradition et de souvenirs historiques. Voir *La société féodale*, Albin Michel, « L'évolution de l'humanité », 1<sup>re</sup> éd., 1939, rééd. Poche, p. 600 s. Sur la controverse à propos de la naissance des sentiments nationaux, que les historiens ont tendance à faire remonter de plus en plus haut, voir R. Fédou, *L'Etat au Moyen Age*, PUF, collection « Sup », 1971, p. 137 s.

38. F. Autrand, *Pouvoir et société en France, XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, PUF, « Dossiers Clio », 1974, p. 10-12.

39. *Histoire de France*, sous la direction de G. Duby, Larousse, 1977, p. 230.

40. Sur ce point, voir J.-Y. Guiomar, *L'idéologie nationale*, Champ Libre, 1974.

41. *L'impérialisme*, trad. fr. Fayard, 1982, p. 181.

42. Voir, pour cette analyse, J. Chevallier, *L'Etat-Nation*, in *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1980, p. 1278 s.

43. J. Chevallier, article précité, p. 1285.

44. C'est ce qui explique l'attitude vis-à-vis des juifs, d'autant plus craints et maintenus à distance que leur différence est moins perceptible, et qu'ils sont donc plus dangereux puisque susceptibles de s'insinuer dans la communauté et de la « contaminer ».

45. Voir J. Portemer, *L'étranger dans le droit de la Révolution française*, in *L'étranger, op. cit.*

46. J.-Y. Guiomar, *op. cit.*, p. 193.

47. *Ibid.*, p. 199.

48. H. Arendt, *L'impérialisme, op. cit.*, p. 276 s. et 256.

49. D'après une statistique récente et nécessairement approximative (Les réfugiés dans le monde, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 455, Doc. Fr., 1983) il y aurait aujourd'hui : 3 millions de réfugiés en Afrique, 1,5 million en Amérique du Nord, 384 000 en Amérique latine, près de 3 millions en Asie, plus de 2 millions de Palestiniens, près de 600 000 en Europe, 310 000 en Océanie.

50. On trouve des indications sur cette période dans : A. Prost, *L'immigration en France depuis cent ans*, *Esprit*, avril 1966 ; B. Granotier, *Les travailleurs immigrés en France*, Maspero, 2<sup>e</sup> éd., 1979 ; J.-P. de Gaudemar, *La mobilisation générale*, Champ Urbain, 1979, p. 56 s. ; G. Tapinos, *L'immigration étrangère en France*, « Cahiers de l'INED », n° 71, PUF, 1975. Tous ces auteurs empruntent abondamment au « classique » en la matière : G. Mauco, *Les étrangers en France. Leur rôle dans l'activité économique*, Armand Colin, 1932.

51. J.-P. de Gaudemar, *op. cit.*, p. 64.

## NOTES DU CHAPITRE 2

1. J. Binet, Statut des étrangers selon des coutumes anciennes du Cameroun, in *L'étranger*, « Recueil de la Société Jean-Bodin », t. IX et X, Bruxelles, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1958.

2. A. Abel, L'étranger dans l'Islam classique, in *L'étranger*, *op. cit.*

3. J. Gaudemet, L'étranger au Bas-Empire, in *L'étranger*, *op. cit.*

4. Jean Gaudemet, tout en faisant le parallèle avec l'Islam, note en ce sens que les peines qui frappent les hérétiques sont conformes aux sanctions romaines traditionnelles à l'égard des citoyens indignes et font des hérétiques, étrangers par leur foi, des *étrangers dans leur propre patrie* (souligné par nous) — ce qui semble indiquer qu'il s'agit bien encore de leur patrie, comme l'atteste le fait que s'ils abjurent l'hérésie ils sont *ipso facto* réintégrés.

5. H. Thieme soutient toutefois la thèse inverse à propos de la situation des juifs en Allemagne : c'est la différence de foi, écrit-il, et non le droit des étrangers, qui fonde le statut juridique d'exception des juifs au Moyen Âge ; s'ils abjurent leur foi, toutes les barrières tombent et ils peuvent même accéder au patriciat urbain (*Die Fremden in Deutschland*, in *L'étranger*, *op. cit.*).

6. On peut aussi faire valoir, *a contrario*, le sentiment qu'éprouvent les juifs, à la Révolution, d'être enfin devenus français. Voir B. Philippe, *Etre juif dans la société française*, 2<sup>e</sup> éd., Pluriel, 1981. L'auteur cite un texte écrit lors de l'émancipation des juifs par la Constituante : « Nous voilà donc... non seulement des hommes, des citoyens, mais encore des Français ! »

7. L'évolution de la situation des plébéiens à Rome est à cet égard significative : au début, lorsque la cité est encore un agrégat de *gentes* qui ne comprennent que des patriciens (et des clients), les plébéiens ne font pas partie de la cité ; ils peuvent habiter sur son sol, mais ils restent juridiquement et politiquement des étrangers (la plèbe est formée pour l'essentiel des populations conquises, annexées sur place ou transplantées de force, ainsi que des étrangers venus s'installer à Rome). Sous la dynastie étrusque, on assiste en revanche à l'incorporation toujours plus large de l'élément plébéien, ce qui conduira à la création de cadres artificiels de recensement, sous une forme topographique et territoriale, selon le principe du domicile. Voir L. Homo, *Les institutions politiques romaines*, Albin Michel, « L'évolution de l'humanité », 1927, rééd. Poche, 1970, p. 23-24.

8. Sur ce point on se reportera à M. Boulet-Sautel, L'aubain dans la France coutumière du Moyen Âge, in *L'étranger*, *op. cit.*

9. M. Boulet-Sautel note ainsi que le paysan qui se déplace d'une extrémité à l'autre d'une grande seigneurie dont le chef détient une autorité solide ne sera pas aubain car il ne quitte pas la terre de ce seigneur ; tandis que celui qui vient du village voisin s'installer dans une châtellenie exigüe mais dont le châtelain est jaloux de son autorité sera déclaré aubain par celui-ci.

10. Dans les civilisations antiques, remarque Benveniste — et sa remarque vaut aussi pour des civilisations plus proches de nous — la notion d'étranger ne se définit pas par des critères constants. Il n'y a pas d'« étranger en soi » mais seulement des étrangers particuliers, que l'on désigne par des vocables distincts, et qui relèvent, aussi, de statuts distincts (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, 1969, t. I, p. 360). La Bible, par exemple, n'utilise pas les mêmes termes pour désigner l'étranger en général : *nokri*, ou *zar* (qui a la même racine que *muzar* = étrange), et l'étranger qui séjourne parmi les fils d'Israël : *ger*, celui qui réside, l'hôte ; et il n'y a guère de lien entre les deux catégories, comme en témoigne le fait que l'hôte représente une catégorie spécialement protégée alors que les étrangers en général font l'objet de méfiance et d'hostilité. En Grèce, encore, le mot *xenos*, que nous traduisons par « étranger », désigne en pratique le seul étranger de passage, tandis que le terme  *métoikos* — étymologiquement : « celui qui habite avec » — désigne l'étranger domicilié de façon stable dans la cité.

11. Ann Dummett, Les migrations dans le cadre du Commonwealth, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Actes du Colloque de la Société française pour le droit international, Clermont-Ferrand, mai 1978, Pedone, 1979, p. 116-128.

12. Voir B. Axford, A. Brier, « The Idea of a Politics of Immigration in Britain », Document ronéoté, *Workshop on the Politics of Immigration, European Consortium for Political Research*, 1982.

13. Voir M. Vanel, *Histoire de la nationalité française d'origine*, thèse de doctorat en droit, Paris, 1945, cité par Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1980, p. 655.

14. Est Français, aujourd'hui, non seulement l'enfant né d'un parent français, mais aussi l'enfant né en France de parents étrangers dont l'un au moins est lui-même né en France. De plus, l'enfant né en France de parents étrangers nés à l'étranger devient automatiquement Français à sa majorité s'il a sa résidence habituelle en France ; il peut également devenir Français au moment quelconque de sa minorité par simple déclaration.

15. La « naturalisation » (*naturalization, Naturalisierung*) transforme l'étranger en « naturel » du pays, lui confère la qualité d'indigène. Dans un sens vieilli, en effet, l'adjectif « naturel » signifie « qui appartient à la nature d'un lieu », tandis que le substantif, qui désigne la « personne originaire d'un lieu », renvoie à « indigène » ou « autochtone ».

16. G. Cardascia, Le statut de l'étranger dans la Mésopotamie ancienne, in *L'étranger, op. cit.*

17. C. Préaux, Les étrangers à l'époque hellénistique, in *L'étranger, op. cit.*

18. *Histoire de la France urbaine*, t. II, Seuil, 1980, p. 109.

19. Il conviendrait à cet égard de faire quelques distinctions, notamment entre les pays comme la France où les villes ne représentent pas un cadre politiquement significatif, et où l'accès à la bourgeoisie, de ce fait, ne peut être sans excès assimilé à une naturalisation au sens actuel (au demeurant, l'accès à la bourgeoisie est généralement subordonné, pour les forains non régnicoles, à une naturalisation préalable) — et des pays comme la Belgique, les Pays-Bas ou l'Espagne, où la ville constitue le groupe socio-politique de base, de sorte que la conversion du forain en bourgeois y apparaît plus nettement comme une naturalisation comportant une dimension politique.

20. Dans son ouvrage classique, *Les étrangers en France sous l'Ancien Régime*, paru en 1919.

21. Mathorez, *op. cit.*, p. 143.

22. Voir R. Paxton, *La France de Vichy*, trad. fr. Seuil, 1973, p. 168-169.

23. Ces incapacités, que l'on retrouve dans beaucoup d'autres législations (on sait qu'aux Etats-Unis nul ne peut accéder à la Présidence s'il n'est Américain de naissance), ont été progressivement supprimées en ce qui concerne la France — le dernier texte en date étant la loi du 20 décembre 1983 qui a levé les dernières discriminations qui subsistaient encore.

## DEUXIÈME PARTIE

### NOTES DU CHAPITRE I

1. Voir par exemple J.-M. Crouzatier, L'entrée et l'expulsion des étrangers en Grande-Bretagne, *L'actualité juridique - Droit administratif*, 1978, p. 248.

2. Voir H. H. Heldmann, *Ausländerrecht. Disziplinarordnung für die Minderheit*, Luchterhand, 1974, p. 14 s.

3. Seuls des textes ponctuels avaient jusque-là été votés, tel l'*Alien Act* de 1848 pris à la suite des mouvements révolutionnaires sur le continent en vue de pouvoir

expulser les agitateurs républicains (mais jamais entré en vigueur), ou le *Coercition Bill* de 1881 à l'encontre des agitateurs irlandais.

4. Voir sur ce point Cugnin, *L'expulsion des étrangers*, thèse de doctorat en droit, Nancy, 1912. L'auteur fournit une longue énumération d'expulsions prononcées pour des motifs politiques depuis les débuts de la III<sup>e</sup> République : insurgés carlistes, nihilistes russes, communards étrangers, réfugiés allemands et russes, anarchistes ou déserteurs italiens, agitateurs socialistes allemands... — dont beaucoup semblent d'ailleurs avoir soulevé à l'époque des controverses.

5. Une des innovations (contestées) de la loi du 10 janvier 1980, dite loi Bonnet, était précisément de réintégrer parmi les motifs d'expulsion la situation irrégulière ; elle a été supprimée par la loi du 29 octobre 1981.

6. Sur ce point, il est vrai, la situation varie beaucoup d'un pays à l'autre. Aux Etats-Unis, par exemple, l'étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion peut se prévaloir du Cinquième amendement et réclamer un *due process of law* impliquant au moins une enquête contradictoire et l'assistance d'un avocat. En France, l'absence totale de procédure contradictoire a prévalu pendant longtemps ; une première et timide ébauche de droits de la défense a résulté du décret-loi de 1938, qui donnait à l'intéressé le droit de se faire entendre et de voir ses explications consignées dans un procès-verbal transmis au ministre ; ces maigres garanties disparaissaient au demeurant si l'étranger avait fait l'objet d'une condamnation pénale, ou lorsque le motif de l'expulsion touchait à l'ordre public. L'ordonnance de 1945 a organisé la comparution de l'étranger devant une commission de trois membres, mais dans des conditions et avec des restrictions telles que la procédure n'offrait pas de garantie véritable contre l'arbitraire. La loi de 1981, en revanche, a refondu le dispositif dans un sens nettement plus protecteur, en modifiant la composition de la commission, désormais composée de magistrats, et en subordonnant la faculté d'expulser à un avis conforme de cette commission. Encore convient-il de remarquer qu'à côté de cette procédure « normale » la loi laisse subsister une procédure exceptionnelle et expéditive pour les cas où sont en jeu la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique. En Grande-Bretagne, toutefois, on constate plutôt l'évolution inverse, puisque, après qu'une loi de 1969 eut institué des juridictions spéciales pour examiner les recours contre les décisions refusant l'entrée sur le territoire et contre les mesures d'expulsion avant qu'elles ne soient exécutées, une seconde loi, en 1971, est venue en restreindre la portée en excluant de son champ d'application les mesures motivées par le *public good* ou la sécurité nationale.

7. Voir sur ce point *infra*, III<sup>e</sup> Partie, chap. 2.

8. Ces deux dernières prérogatives : l'exécution forcée et la détention administrative, ont été légalisées récemment en France par la loi du 10 janvier 1980 (et conservées, moyennant quelques aménagements, par la loi du 27 octobre 1981) ; cette légalisation a soulevé de vives contestations à l'époque, mais il faut bien voir qu'il s'agit là de pratiques fort anciennes, admises par la doctrine comme légitimes. La pratique en était notamment bien établie en Angleterre, comme l'atteste *a contrario* la possibilité pour l'étranger emprisonné en vue de son expulsion de demander l'*habeas corpus*.

9. Voir par exemple J.-A. Darut, *De l'expulsion des étrangers*, thèse de doctorat en droit, Aix, 1902, p. 141 s. L'argumentation développée par l'auteur est très représentative de la doctrine dominante, qui relie l'expulsion à la souveraineté de l'Etat : « L'Etat frappant l'étranger de la mesure d'expulsion, c'est au fond l'Etat poursuivant l'accomplissement de sa mission, exerçant sa fonction primordiale, la protection des droits individuels contre les agressions de l'étranger. »

10. Dans *De Indis* (1542), Vitoria insiste sur « le droit naturel de société et de communication » qui, existant au commencement du monde, n'a pu être enlevé aux hommes du seul fait de l'apparition des Etats. Dans *De jure belli ac pacis* (1625), Grotius estime nécessaire de reconnaître aux étrangers le droit de passage et de séjour, ainsi que le droit d'établissement lorsqu'ils ont été chassés de leur patrie.

11. Voir, sur l'évolution de la doctrine, A. Verdross, *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1931-III, t. 37.

12. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme ne fait allusion à cet égard qu'aux demandeurs d'asile : « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays » (art. 14). Et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu sous l'égide de l'ONU dispose simplement que « quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence » (sous réserve, au demeurant, des restrictions nécessaires à la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques).

13. Même dans le cadre de la CEE la Cour de Justice des Communautés a reconnu que les Etats membres restaient libres pour l'essentiel de déterminer conformément à leurs besoins les exigences de l'ordre public. Néanmoins, une directive du 25 février 1964 s'est efforcée de cerner négativement les contours de la notion, en précisant les hypothèses dans lesquelles les raisons d'ordre public ne pouvaient être invoquées.

14. On trouve des dispositions en ce sens dans la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés et dans le Pacte universel relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans la Convention européenne d'établissement (Conseil de l'Europe) et, bien sûr, dans le cadre de la Communauté européenne.

15. On peut même tirer argument des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pour en affirmer la licéité au regard du droit international, puisque l'article 5 de cette Convention admet explicitement parmi les cas licites de détention le cas de la personne que l'on veut empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou « contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

16. Seule la Convention de l'OIT de 1975 sur les travailleurs migrants interdit de retirer l'autorisation de séjour à l'étranger privé d'emploi, dès lors qu'il a auparavant séjourné et travaillé régulièrement dans le pays ; mais elle n'a pour l'instant été ratifiée par aucun des principaux pays d'immigration.

17. Le traité passé en 1536 entre François I<sup>er</sup> et Suleiman I<sup>er</sup> et qui va servir de modèle aux traités ultérieurs permet l'établissement des marchands français en Turquie, leur accorde la liberté individuelle et religieuse, donne compétence aux consuls français pour juger les affaires civiles et criminelles des sujets français selon la loi française.

18. Voir R. Villers, *Les étrangers sous la monarchie*, in *L'étranger*, « Recueils de la Société Jean-Bodin », t. X, Bruxelles, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1958.

19. Ainsi Domat justifie-t-il l'exclusion des étrangers des charges publiques par le fait qu'« ils ne sont pas du corps de la société qui compose l'Etat d'une nation et que ces charges demandent une fidélité au prince et aux lois de l'Etat qu'on ne présume pas chez un étranger » (*Lois civiles*, I, 312, cité par D. Ruzié, *Les droits publics et politiques du travailleur étranger*, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Actes du Colloque de la Société française pour le droit international, Clermont-Ferrand, mai 1978, Pedone, 1979, p. 328).

20. Il fallait éviter, avançait-on, que les Français à l'étranger fussent seuls victimes du droit de détraction, mouture atténuée du droit d'aubaine, qui subsistait dans la plupart des Etats d'Europe, et inciter ceux-ci à abandonner à leur tour les dispositions discriminatoires de leurs législations. Voir Sapey, *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit*, thèse de doctorat en droit, Paris, 1843.

21. Comparer avec le Code civil suisse de 1921 : « Tout homme en tant qu'être humain a la jouissance de tous les droits civils sans qu'il y ait lieu de considérer sa qualité d'étranger. »

22. — Dans la Déclaration de 1789, on trouve d'abord des dispositions applicables à tous les hommes ; « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »

(art. 1<sup>er</sup>) ; les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (art. 2) ; « Tout homme étant présumé innocent... » (art. 9) ; « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions... » (art. 10). D'autres, au contraire, semblent concerner plus spécialement le citoyen : droit de concourir à la formation de la loi et égale admissibilité aux emplois publics (art. 6), droit de consentir à l'impôt (art. 14). Mais certains paragraphes passent sans raison apparente d'un système de référence à un autre : ainsi, à l'article 6, « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi... », mais « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant » ; ou encore, à l'article 11, « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement ».

— Dans la Constitution de 1791, on relève de même que si la liberté d'aller et venir et celle de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées sont reconnues à « tout homme », l'égalité admissibilité aux emplois publics est garantie aux seuls citoyens, mais aussi — ce qui est plus surprenant — la liberté de s'assembler paisiblement et sans armes. Rédaction délibérée ? Plus probablement, équivalence des deux termes dans l'esprit des rédacteurs, comme en témoigne aussi la suite : « il sera créé et organisé une Instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes ».

— On retrouve des incohérences analogues tant dans la Constitution girondine (qui définit la sûreté, considérée comme un des droits naturels de l'homme, comme « la protection accordée par la société à chaque citoyen pour la conservation de sa personne, de ses biens et de ses droits ») que dans la Constitution montagnarde, qui semble réserver le droit de propriété, la liberté du travail, et le droit à l'instruction (pour autant reconnue comme « le besoin de tous ») aux seuls citoyens, tandis que dans l'acte constitutionnel proprement dit il est indiqué que « la Constitution garantit à tous les Français l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété... » (art. 122).

23. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*, 1844.

24. On peut citer toutefois la thèse de M. Lachaze, d'inspiration libérale (*Du statut de l'étranger au regard du droit public français*, thèse droit, Paris, 1928), un des rares ouvrages à traiter de ce problème en le posant en termes d'assimilation ou de discrimination. Les libertés, écrit l'auteur, sont des prérogatives attachées à la qualité d'homme, et si l'on s'en tenait à cet aspect individuel il faudrait reconnaître aux étrangers les mêmes libertés que celles dont jouissent les nationaux ; mais, ajoute-t-il aussitôt, les libertés ont aussi un aspect social, qui légitime une certaine discrimination à l'égard des étrangers, qui n'ont pas les mêmes devoirs et qui peuvent faire de ces libertés un usage dangereux.

25. « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi » : « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale » ; « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ; ... elle garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs... Cette formulation vague et même trompeuse (qui oserait prétendre que les étrangers ont « le droit d'obtenir un emploi » ?) contraste avec celle de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande, qui dit bien, d'un côté, que « chacun » a droit au libre développement de sa personnalité ainsi que le droit d'exprimer et diffuser ses opinions librement, et de l'autre que « tous les Allemands » ont le droit de se réunir sans autorisation, de former des associations et des sociétés.

26. Conseil d'Etat, 8 décembre 1978, *GISTI*, *CFDT* et *CGT*.

27. Les textes des propositions déposées par les principaux groupes parlementaires de l'Assemblée nationale ainsi que le texte élaboré par la commission spéciale de l'Assemblée (« proposition de loi constitutionnelle sur les libertés et les droits de l'homme ») sont reproduits au *Journal officiel*, Doc. AN, n° 3455.

28. Pour une analyse de l'attitude de la Cour suprême, voir C. B. Swisher, S. Thomas, *The status of aliens in the US*, in *L'étranger*, op. cit., ainsi que G. M. Ros-

berg, The protection of Aliens from discriminatory treatment by the national government, in *The Supreme Court Review*, 1977, The Univ. of Chicago Press, p. 275 s. On peut également se référer, sur l'ensemble de la question, à Immigration Policy and The Rights of Aliens, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 1370.

29. Les Etats ne peuvent, par exemple, interdire aux étrangers les moyens ordinaires de gagner leur vie : dans *Yick Wo v. Hopkins*, 1886, la Cour déclare inconstitutionnelle une ordonnance de l'Etat de Californie permettant d'interdire la gestion de blanchisseries par les étrangers, parce que, dit-elle, il s'agit là d'une mesure « d'esprit si oppressif et inégalitaire » qu'elle équivaut à dénier l'égalité de protection des lois. Dans *Truax v. Raich*, 1915, elle invalide de même l'obligation faite à toutes les entreprises d'employer au moins 80 % de nationaux.

30. Une des raisons invoquées pour justifier les discriminations envers les étrangers est qu'une communauté a le droit de réserver sa générosité à ses propres membres, et qu'un Etat peut légitimement privilégier le bien-être de ses propres citoyens plutôt que celui des étrangers.

31. On note par exemple que si les Etats n'ont pas le droit de faire des discriminations en matière de prestations sociales cette interdiction ne s'étend pas aux prestations versées par la Fédération.

32. « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion..., d'origine nationale..., de naissance ou de toute autre situation ». L'expression « origine nationale » semble plutôt viser les minorités que les étrangers, sinon il eût fallu employer le terme « nationalité ».

33. « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire... les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune » (suit la même énumération que dans la DUDH qui contient aussi l'expression « origine nationale » sans référence à la nationalité).

34. On note donc à cet égard une régression, puisque dans le projet rédigé par l'Institut de Droit international en 1892 sur l'admission des étrangers il était au contraire stipulé que la protection du travail national n'est pas à elle seule un motif de non-admission.

35. Signée également par les Etats du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne comporte deux articles spécialement consacrés aux étrangers : l'un leur garantit le droit à l'exercice d'une activité lucrative sur un pied d'égalité avec les nationaux, l'autre le droit à la protection et à l'assistance dans les mêmes conditions. Sa portée demeure toutefois doublement limitée : d'abord les engagements des Etats parties sont formulés en termes suffisamment vagues pour permettre de nombreux accommodements, et le principe de l'égalité de traitement lui-même n'est pas absolu puisque les Etats peuvent édicter des restrictions « fondées sur des raisons sérieuses de caractère économique et social » ; ensuite, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, les garanties ne sont accordées qu'aux ressortissants des Etats contractants.

Les mêmes remarques s'appliquent à la récente Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, également adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe (1977). Le principe de réciprocité y est clairement affirmé (ce qui signifie que les ressortissants des Etats tiers ne peuvent se réclamer de ses dispositions), et les engagements pris par les Etats signataires sont finalement très réduits (voir H. Golsong, La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, op. cit., p. 226).

36. Dans l'ouvrage très détaillé de M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, qui comporte 232 pages, la question du traitement des étrangers n'est abordée qu'incidemment et très brièvement, à propos essentiellement des droits politiques : ceci nous semble significatif de ce que le régime spécial réservé aux étrangers n'est pas *a priori* perçu comme une discrimination.

## NOTES DU CHAPITRE 2

1. Voir M. Flory, Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Actes du Colloque de la Société française pour le droit international, Clermont-Ferrand, mai 1978, Pedone, 1979, p. 175-209.
2. Voir B. Pacteau, Les limitations de police au droit de séjour des étrangers devant le droit international et communautaire, in *Les travailleurs étrangers...*, *op. cit.*, p. 397.
3. Voir par exemple l'analyse que fait M. Flory (*loc. cit.*) des traités passés à l'époque actuelle entre les pays industrialisés importateurs de main-d'œuvre et les pays fournisseurs de main-d'œuvre.
4. Les règles régissant les conditions de cette « réception » forment la matière complexe des « conflits de lois », partie essentielle du « droit international privé » — lequel, malgré son nom, fait partie du droit interne de chaque Etat. Autrement dit, chaque Etat a son propre système de solution des conflits de lois, reflétant sa plus ou moins grande tolérance, sa plus ou moins grande ouverture à d'autres ordres juridiques que le sien propre. Voir par exemple Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1980.
5. La Constitution française affirme cette primauté dans son article 55, qui dispose que « les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ».
6. Dans le cadre de la CEE, les règlements communautaires, adoptés par les organes propres de la Communauté et non plus par les Etats-membres, s'imposent à ceux-ci et reçoivent directement application sur leurs territoires sans qu'il y ait besoin d'une réception formelle de leurs dispositions par les ordres juridiques internes.
7. Voir, sur les minorités, Mandelstam, La protection des minorités, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1923.
8. En 1921, la SDN accepte de prendre en charge le problème des réfugiés russes privés de leur citoyenneté à la fin de la guerre civile. Sur l'initiative du Norvégien Nansen est créé le Haut-Commissariat pour les réfugiés dont relèveront par la suite aussi les Arméniens, les Assyriens, les Turcs qui se verront remettre un document-pièce d'identité (le fameux « passeport Nansen ») reconnu par 31 Etats. En 1938 sera créé un Haut-Commissariat pour l'ensemble des réfugiés avec une compétence étendue aux réfugiés allemands, autrichiens et tchèques.
9. Notamment : égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'enseignement primaire, la législation du travail, les prestations sociales... ; traitement le plus favorable accordé aux ressortissants d'un pays étranger en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle salariée ; traitement « aussi favorable que possible » pour l'accès aux professions non salariées, etc.
10. L'Office français de protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA) en France, établissement public créé par la loi du 25 juillet 1952, avec droit de recours devant la Commission des recours des réfugiés présidée par un conseiller d'Etat et comportant, outre un représentant du conseil de l'OFPRA, un représentant du HCNUR (en pratique de nationalité française, pour éviter que ceci n'apparaisse comme une atteinte à la souveraineté du pays d'asile).
11. La Convention définit comme réfugié « toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, (...) ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de (son) pays. » Chacun de ces termes, ou presque, pose un problème d'interprétation, susceptible d'être résolu différemment selon les pays (qu'est-ce qu'être persécuté, les persécutions doivent-elles être le fait de l'Etat, les discriminations à l'encontre de certaines minorités raciales — tels les Noirs américains — sont-elles assimilables à des persécutions, etc.) — sans même parler des problèmes d'appréciation, notamment en ce qui concerne le caractère fondé ou non de la crainte des persécutions. Voir F. Tiber-

ghien, *La protection des réfugiés en France*, Presses Univ. d'Aix-Marseille, Economica, 1984.

12. En Grèce, toutefois, la pratique des mariages mixtes existe et est plus ou moins bien tolérée selon les époques et les classes sociales concernées. A Rome, l'incapacité disparaîtra à mesure que l'expansion impériale aboutira à l'assimilation progressive des pérégrins aux citoyens.

13. *Terrace v. Thompson*, 1923 : refuser aux étrangers le droit de posséder des terres n'est pas une privation arbitraire de la liberté ou de la propriété contraire au XIV<sup>e</sup> amendement.

14. Sur cette évolution, voir *supra*, p. 98 s.

15. Voir A. Verdross, Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1931-III, t. 37, mais aussi, plus récemment, L. Cavaré, *Le droit international positif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Pedone, 1967, p. 302.

16. Ainsi est justifiée, en France, l'exclusion des étrangers des conseils de prud'hommes : on invoque le fait qu'il s'agit de véritables juridictions dont les membres, bien que non professionnels et non fonctionnaires, exercent une autorité de droit public sur des citoyens français.

17. La loi de 1927 a pour la première fois, en France, institué pour les naturalisés l'inéligibilité à toutes les fonctions électives pendant 10 ans ; une loi de 1934 a étendu cette incapacité à l'ensemble des droits civiques et à l'accès à la fonction publique. En 1945, sa durée a été réduite de 10 à 5 ans ; mais avant qu'elle ne soit supprimée il a fallu attendre 1973 en ce qui concerne le droit de vote, 1978 en ce qui concerne l'accès à la fonction publique, et 1983 en ce qui concerne l'éligibilité.

18. Voir par exemple K. P. Dolde, *Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

19. Un inventaire de ces exceptions est dressé par D. Ruzié (voir Les droits publics et politiques du travailleur étranger, in *Les travailleurs étrangers...*, *op. cit.*, p. 325-366). Il confirme le caractère ponctuel et la portée limitée de ces exceptions.

20. En effet, les élus locaux participent à l'élection des sénateurs, de sorte qu'on peut soutenir qu'en désignant ces élus on concourt indirectement à l'expression de la souveraineté nationale. Et comme la Constitution réserve aux « nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques », le droit d'élire les représentants par lesquels le peuple exerce la souveraineté nationale, l'octroi du droit de vote et d'éligibilité aux étrangers, même au niveau local, supposerait, estiment certains, la modification préalable de la Constitution. L'obstacle juridique n'est donc pas mince, et il faudrait qu'existe sur le problème de fond un consensus solide pour qu'il puisse être levé.

21. Voir par exemple le Colloque de la revue *Etudes* des 5-6 décembre 1981 sur *Les droits politiques des immigrés*, ou l'article de E. Balibar et Y. Benot, Suffrage universel I, *Le Monde* du 4 mai 1983. Voir aussi, sur un plan plus théorique, J. Leca, Questions sur la citoyenneté, *Projet*, n° 171-172, janvier-février 1983, p. 113-125.

### TROISIÈME PARTIE

#### NOTES DU CHAPITRE I

1. Cf. le *Naturalization Act* de 1798, qui fait passer la durée du stage en vue de la naturalisation à 14 ans au lieu de 5 (elle sera ultérieurement ramenée à 5 ans), et l'*Alien Act* qui donne au président le droit d'exiger le départ du pays de tout étranger considéré comme dangereux pour la paix et la sécurité des Etats-Unis.

2. 70 % du quota global sont réservés à ces trois nationalités, tandis que les émigrants originaires d'Europe méridionale — Italiens notamment — voient leur quota diminuer sensiblement. En chiffres absolus, en 1965 — dernière année d'appli-

cation du système —, l'immigration autorisée était de 158 000 personnes : 65 000 Britanniques, 25 000 Allemands, 17 000 Irlandais, 40 000 pour le reste de l'Europe et 9 000 pour les trois autres continents. De plus, pour éviter tout risque, la clause dite du « triangle Asie-Pacifique » (qui s'étend du Pakistan et de l'Inde au Japon et aux îles du Pacifique) disposait que les Asiatiques ne peuvent entrer que sur le quota du pays de leurs ancêtres, alors même qu'ils seraient nés en dehors de ce triangle (en Grande-Bretagne le plus souvent).

3. Voir Immigration Policy and the Rights of Aliens, in *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1370-1399.

4. Inédit compte tenu de l'ampleur du phénomène. Car en 1942 déjà les Etats-Unis, confrontés à l'immigration non contrôlée des Mexicains, avaient passé avec le Mexique et d'autres pays des Caraïbes des accords organisant l'entrée d'un contingent annuel de travailleurs saisonniers employés dans l'agriculture. Le système, dit *Bracero Program*, a pris fin en 1964, en raison des effets négatifs allégués sur l'emploi de la main-d'œuvre nationale.

5. Des calculs ont en effet montré que même si l'immigration illégale était réduite à 100 000 personnes par an les immigrants arrivés après 1980 et leurs descendants constitueraient dans cinquante ans plus de 12 % de la population des Etats-Unis (20 % si l'immigration illégale se maintenait à son niveau actuel). Or cette immigration est à nette dominante hispanique. Les Hispaniques, qui représentent déjà une forte proportion de l'immigration légale, et 85 % de l'immigration totale, constituent 6,5 % de la population actuelle des Etats-Unis (contre 12 % pour les Noirs), et pourraient constituer plus de 14 % de la population en 2035 ; dans la mesure où ils sont réputés s'assimiler plus lentement que les autres immigrants, notamment du point de vue linguistique, la crainte a été émise de voir se constituer dans le sud-ouest du pays une sorte de Québec hispanophone.

6. Le président Reagan a formulé en juillet 1981 une série de propositions reprenant en partie celles de la commission tout en les inflechissant dans un sens restrictif, notamment en ce qui concerne le statut des travailleurs clandestins amnistiés. Et aujourd'hui le problème est à nouveau soumis au Congrès : le Sénat a adopté en août 1982 une proposition du sénateur Simpson, à la fois plus sévère pour les employeurs et plus libérale pour les travailleurs clandestins, mais la Chambre des Représentants en a modifié les termes, de sorte qu'on en reste pour l'instant au point mort.

Dans le projet Simpson, les employeurs ne subiraient plus de simples pénalités civiles mais des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à 6 mois de prison ; en revanche, les travailleurs clandestins amnistiés obtiendraient immédiatement le statut de résident permanent s'ils sont entrés aux Etats-Unis avant 1977, et au bout de trois ans s'ils sont entrés avant 1980. La Chambre des Représentants a approuvé le principe de l'amnistie ainsi que l'obligation pour les employeurs, sous peine de lourdes amendes, de s'assurer que les personnes qu'ils embauchent ont le droit de travailler aux Etats-Unis ; mais, contrairement aux propositions de la SCIRP, elle a opté pour un abaissement du nombre des visas d'immigration délivrés chaque année.

7. En 1973, 40 % des immigrants venaient d'Europe, 14 % des Etats-Unis, 8 % de Hong-Kong, 5 % de la Jamaïque, 5 % de l'Inde. Depuis, la proportion des immigrants originaires d'Europe et des Etats-Unis a diminué (moins de 50 % en 1977), tandis que les Asiatiques représentaient à cette même date environ 25 % des entrants ; mais il s'agit d'un phénomène vraisemblablement temporaire, lié à l'afflux de réfugiés en provenance du Sud-Est asiatique.

8. Les travailleurs temporaires ne peuvent obtenir un permis de travail et être admis dans le pays que pour occuper un emploi précis, pour une durée déterminée inférieure à un an.

9. Cette loi se révélera immédiatement efficace au regard des objectifs poursuivis, puisque entre 1926 et 1930 315 000 étrangers acquièrent la nationalité française, dont 205 000 par naturalisation (au lieu de 95 000 et 50 000 pendant les

cinq années antérieures) et le nombre des Français par naturalisation augmente sensiblement, sans compter tous ceux, plus difficiles à dénombrer, qui sous l'empire de la loi nouvelle sont Français dès la naissance. Les naturalisés représentaient 249 000 personnes au recensement de 1921, soit 0,66 % de la population ; ils représentent 361 000 personnes en 1931, soit 0,88 % et 517 000 personnes en 1936, soit 1,25 % de la population française totale. Le recensement de 1936 fait apparaître un accroissement de population de 350 000 Français dû aux différents modes d'absorption des étrangers dans la nationalité française.

10. La nationalité française s'acquiert : — soit par la filiation (la mère transmet la nationalité française au même titre que le père) ; — soit par le mariage (l'étrangère qui épouse un Français devient Française, mais non l'inverse ; depuis 1973, toutefois, le mariage ne produit plus d'effets automatiques mais permet au conjoint, homme ou femme désormais, d'acquérir la nationalité française par simple déclaration) ; — soit par la naissance en France (automatiquement si un des parents est lui-même né en France, à 18 ans dans le cas contraire, ou même plus tôt par option). La naturalisation, en revanche, est soumise à des conditions légales plus strictes que sous l'empire de la loi de 1927, d'assimilation, de santé, de moralité, de résidence (la durée du stage, en particulier, est portée de 3 à 5 ans) ; néanmoins, le souci démographique se reflète encore dans le fait que sont dispensés de stage les parents de trois enfants mineurs (lesquels deviennent Français par les effets collectifs attachés à la naturalisation), et dans l'application pratique des textes : parmi les éléments que les autorités prennent en considération, l'âge du postulant et l'existence d'enfants sont tout aussi déterminants que les conditions explicitement posées par la loi.

11. Cette incompatibilité est apparue en pleine lumière avec les péripéties qu'a connues l'immigration familiale entre 1974 et 1981 : en juillet 1974, en même temps qu'il bloque toute immigration, le gouvernement suspend l'immigration familiale pendant un an ; puis, par un décret de 1977, il la subordonne à la condition que la famille ne demande pas à accéder au marché de l'emploi ; à la suite de l'annulation de cette disposition par le Conseil d'Etat, la pratique n'en demeure pas moins extrêmement restrictive. Et la même attitude est à nouveau perceptible depuis 1983, après une brève période où des raisons humanitaires et politiques ont fait provisoirement taire les autres préoccupations. En décembre 1984, le gouvernement a modifié les textes sur l'immigration familiale dans un sens restrictif en interdisant la régularisation des familles déjà présentes sur le territoire.

12. Voir sur ces controverses G. Tapinos, *L'immigration étrangère en France*, « Cahiers de l'Institut national d'Etudes démographiques », PUF, 1975.

13. Les Cours du Droit, 1946-1947.

14. On apprend des choses surprenantes, par exemple que le métissage est sociologiquement critiquable, que les Wallons appartiennent à l'ethnie française tandis que les Italiens sont d'une autre ethnie mais de la même race : la race alpine, etc.

15. Sur cette période, on peut se reporter à G. Mauco, *Les étrangers en France*, Armand Colin, 1932 — qui est l'ouvrage de référence pour tous ceux qui ont écrit après lui.

16. A. Cordeiro, *Pourquoi l'immigration en France ?*, Office municipal des migrants de Créteil, 1981.

17. J.-P. de Gaudemar, *La mobilisation générale*, Ed. Champ Urbain, 1979, p. 66.

18. Entre 1926 et 1931, période où la population immigrée est la plus nombreuse, elle est employée à raison de 23 % dans l'agriculture, de 17 % dans les mines et les carrières (où elle représente 38 % de l'effectif total), de 20 % dans le bâtiment et les travaux publics. En tout, 1,7 million de travailleurs étrangers représentent 7,4 % de la population active.

19. Par ces conventions, les pays d'émigration autorisent le recrutement individuel ou collectif de main-d'œuvre, tandis que la France s'engage à accorder aux travailleurs toutes facilités pour s'établir chez elle et à les faire bénéficier de l'égalité

de traitement en matière de salaires et d'avantages sociaux — ceci grâce au mécanisme des contrats types déjà expérimenté pendant la guerre.

20. Voir, sur la période de l'entre-deux-guerres, J.-C. Bonnet, *Les pouvoirs publics français et l'immigration dans l'entre-deux-guerres*, Centre d'histoire économique et sociale de la région lyonnaise, Université de Lyon II, 1976.

21. Parallèlement, et toujours dans la perspective de parvenir à contrôler les flux migratoires, les autorités françaises passent des accords bilatéraux avec les principaux pays d'émigration, fixant un contingent annuel de travailleurs admis en France. De même, le gouvernement met un terme, mais cette fois unilatéralement, en novembre 1974, au régime libéral dont bénéficiaient les ressortissants d'Afrique noire, à seule fin de pouvoir contrôler l'application effective de sa décision d'arrêter l'immigration.

22. L'efficacité du dispositif s'est avérée limitée. 58 000 travailleurs seulement, soit 90 000 personnes avec les familles, ont quitté volontairement la France entre 1977 et 1981, et parmi eux une très forte majorité d'Espagnols et de Portugais — ceux, précisément, que la France aurait le plus volontiers gardés...

23. Un texte de 1975 permettait déjà de refuser l'octroi ou le renouvellement d'une carte de travail en raison de la situation de l'emploi ; au cours de l'année 1979, en même temps que le projet de loi Bonnet, le gouvernement dépose devant le Parlement un projet dit projet Stoléru, qui forme avec le précédent un ensemble cohérent au service d'une politique qui, pour contestable qu'on puisse la juger, ne l'est pas moins. Le texte prévoit notamment la possibilité de retirer l'autorisation de travail lorsque l'étranger est au chômage depuis plus de six mois, ce retrait entraînant automatiquement celui de la carte de séjour. Ce projet n'est finalement pas venu en discussion ; mais on peut considérer que la circulaire du 10 juin 1980 a rempli, avec plus de discrétion, le même office, en enjoignant aux services de la main-d'œuvre de ne pas hésiter à invoquer la situation de l'emploi pour refuser le renouvellement des cartes de travail, y compris aux travailleurs ayant un emploi. Egalement significatif de cette volonté de contrôle de la population immigrée est le projet de création d'un système de traitement informatisé des cartes de séjour imaginé à la même époque, et dont seul l'avis négatif de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés a empêché la réalisation sous cette forme. Sa mise en place devait en effet s'accompagner de l'enregistrement d'une somme considérable de renseignements sur chaque individu figurant au fichier ; et ce fichier aurait permis, en centralisant et en recoupant des millions de données, une gestion rationnelle de l'immigration, en substituant à des décisions au coup par coup, variant d'un département à l'autre, des mesures cohérentes avec les objectifs économiques ou démographiques poursuivis.

24. Voir J. Costa-Lascoux, *L'espace migratoire institutionnel : un espace clos ou contrôlé ?*, *Espace, population, sociétés*, 1983-III, p. 69-88.

25. La loi du 29 octobre 1981 énumère les catégories d'étrangers qu'on ne peut ni expulser ni reconduire à la frontière : les mineurs de 18 ans, ceux qui résident en France depuis l'âge de 10 ans ou depuis plus de 15 ans, les conjoints ou parents de Français, les accidentés du travail.

26. 20 000 F en sus du remboursement des frais de voyage et de déménagement. A quoi s'ajoute le versement des allocations chômage — à raison seulement des deux tiers de ce à quoi l'intéressé aurait eu droit s'il était resté en France —, ainsi qu'une aide éventuelle de l'ancien employeur : en fait, cette dernière disposition a surtout permis à Citroën et Peugeot-Talbot (en attendant les suivants) de licencier « en douceur » leur main-d'œuvre excédentaire ; et si la somme de 70 000 F peut être alléchante pour le travailleur licencié, bien qu'elle soit faible au regard de ce qui serait vraiment nécessaire pour se réinsérer dans son pays, ce n'est finalement pas cher payer l'allègement de la charge que représentent le versement des indemnités de chômage et la diminution du nombre des demandeurs d'emploi dans les statistiques...

27. Voir sur ce point I<sup>re</sup> partie, chapitre 2, p. 53 s.

28. Pour un exposé des politiques d'immigration et des législations nationales des principaux pays européens, on peut notamment se reporter à E.-J. Thomas (éd.), *Les travailleurs immigrés en Europe : quel statut ?*, Presses de l'UNESCO, 1981.

29. Douze mois pendant les cinq premières années, au bout desquelles le travailleur peut se voir remettre des titres à validité permanente aux Pays-Bas, sous l'empire de la loi de 1965 ; un an également en Belgique, où la carte de travail à durée indéterminée ne peut être obtenue avant trois ans au moins ; un an pour le premier permis de séjour, renouvelable ensuite pour des périodes de deux ans, en RFA, où l'obtention du permis à durée illimitée est subordonnée à des conditions strictes, dont cinq ans au moins de résidence continue. Il n'y a guère qu'en Suède que l'étranger se voit remettre au bout d'un an et automatiquement un permis permanent de séjour.

30. Ainsi en Belgique, depuis la loi du 15 décembre 1980, seul le ministre de la Justice peut autoriser, par une décision individuelle, l'étranger à séjourner sur le territoire, cette autorisation ne devenant effective que s'il obtient un permis de travail délivré par le ministère de l'Emploi : double contrôle et donc double verrouillage. Aux Pays-Bas, c'est l'employeur qui, depuis une loi de 1979, doit demander un permis pour embaucher un étranger, et un quota peut être imposé aux entreprises pour la main-d'œuvre étrangère qu'elles emploient.

31. Depuis 1974, des restrictions ont été apportées au droit, pour les membres de la famille, d'accéder au marché du travail, et l'âge jusque auquel les enfants peuvent entrer au titre du regroupement a été abaissé de 18 à 16 ans (la proposition de l'abaisser à 6 ans a été finalement repoussée après avoir été sérieusement envisagée).

32. Le nombre de demandes d'asile a chuté de 107 000 en 1980 à moins de 20 000 en 1983. Alors que dans l'ensemble des pays la moyenne des refus opposés à ces demandes était en 1982 de 42 %, elle est de 81 % en RFA. Voir, sur ces problèmes, le dossier composé par *Le Monde diplomatique* d'août 1984.

33. La France, qui pratiquait une politique relativement libérale, a attiré un temps ces « réfugiés en orbite », refoulés d'un pays après l'autre : Sri-Lankais, Pakistanaï, Zaïrois, Haïtiens... Mais à son tour elle est entrée dans un processus de restrictions et est tentée de ne plus accorder qu'au compte-gouttes la qualité de réfugié aux individus isolés originaires d'Afrique ou d'Asie (conservant un régime particulier, fondé sur des quotas mensuels, en ce qui concerne les réfugiés d'Asie du Sud-Est).

34. Parallèlement une grande firme privée offrait à 200 de ses 700 travailleurs turcs un pécule de 70 000 F et un billet de retour (*Libération*, 25 juillet 1984) pour les inciter au départ.

35. La loi sur l'aide au retour, votée en novembre 1983, a répondu au vœu de ses promoteurs, puisque, malgré les conditions restrictives dans lesquelles était enfermée sa mise en œuvre, ce sont 300 000 personnes, avec les familles, qui quitteront le pays en 1984. L'aide ne concerne que les travailleurs licenciés pour motif économique ou au chômage depuis plus de 6 mois : ils peuvent bénéficier d'une prime de départ de 10 500 DM à condition qu'ils la réclament avant juin 1984 et qu'ils quittent le pays avant le 30 septembre. Les autres peuvent se faire rembourser le montant des cotisations de Sécurité sociale versées pendant toutes les années de travail.

36. Sur la période de l'entre-deux-guerres, on peut se reporter à J.-C. Bonnet, *op. cit.* Voir aussi R. Schor, *L'opinion française et les étrangers en France, 1919-1939*, thèse Aix-Marseille I, Nice, 1980, polycopiée, et, pour une brève synthèse, J. Rovin, *Des Français contre les immigrés, L'Histoire*, n° 57, juin 1983, p. 6-17.

37. Les historiens citent le cas des ouvriers selliers parisiens qui, en 1830 déjà, demandent l'expulsion des ouvriers étrangers, ou encore les violences commises un peu partout à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle contre des Anglais, Allemands ou Italiens qu'on accuse de faire baisser l'embauche ou les salaires, et qui tourneront

à Aigues-Mortes en un véritable massacre. (Cité par G. Dupeux, L'immigration en France de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours, in *Les migrations internationales de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, CNRS, 1980, p. 271.)

38. G. Mauco, *op. cit.*

39. Il y a en effet confusion des rôles économiques et politiques au sommet, puisque le président du conseil d'administration de la Société générale d'immigration, dont on a rappelé plus haut le rôle, est député de la Meurthe-et-Moselle de 1919 à 1932, et secrétaire général de l'Union républicaine et démocratique, une des principales forces de droite.

40. Cité par J.-C. Bonnet, *op. cit.*

41. Autorisation d'introduction subordonnée à une enquête préalable des services de placement, renforcement des contrôles sanitaires, refus de régularisation des clandestins, prise en charge des frais de voyage pour ceux qui se rapatrient...

42. Voir J. Rovan, article précité.

43. L'étranger doit pouvoir présenter à tout moment les pièces justifiant qu'il est en règle avec la législation (disposition reprise en 1946) ; toute personne logeant un étranger est tenue de le signaler au commissariat ; tout changement de résidence doit être signalé aux autorités ; et tout étranger entré clandestinement ou sans carte de séjour est passible d'une amende et d'un emprisonnement d'un mois à un an (comme aujourd'hui...).

44. Sans doute le texte prévoit-il que les réfugiés politiques qui revendiquent cette qualité à leur entrée en France doivent faire l'objet d'une enquête avant toute décision du ministre de l'Intérieur ; mais la plupart ignorent ce texte et sont fréquemment refoulés aux frontières ou condamnés par la suite pour infraction à la législation sur le séjour. Voir, dans le numéro spécial d'*Esprit* de 1939, « Sous la protection de la loi », p. 496 s.

45. M.-F. Toinet, *La chasse aux sorcières*, Ed. Complexe, 1984, p. 13.

46. Voir M.-F. Toinet, *op. cit.*, p. 44 s. L'auteur montre que la crainte du complot communiste ravive les sentiments xénophobes et donne l'occasion de renforcer les mesures de contrôle contre les étrangers et les Américains naturalisés, considérés volontiers comme révolutionnaires et subversifs. Les textes votés en 1950 et 1952 (malgré le veto présidentiel) renforcent les possibilités d'exclusion et de déportation pour subversion, obligent les étrangers résidents à déclarer chaque année leur adresse, ouvrent la faculté de dénaturaliser et de renvoyer dans leur pays d'origine des individus pour des raisons politiques. Ces mesures s'expliquent plus par l'atmosphère de surenchère permanente qui caractérise l'époque que par le besoin de se donner de nouvelles armes juridiques pour lutter contre la subversion : il s'agit surtout d'impressionner l'opinion et de faire peur si l'on en juge par les chiffres : 10 000 personnes auraient fait l'objet d'une enquête, mais 13 seulement auraient été dénaturalisées et 163 exilées.

47. Sur ce débat, voir Ph. Martin, *Immigration 1981 : The US Debate*, document polycopié, octobre 1981, International Institute for Applied Systems Analysis, Autriche.

48. Voir D. E. Anker, M. H. Posner, *The Forty Year Crisis : A Legislative History of the Refugee Act of 1980*, *San Diego Law Review*, vol. 19, n° 1, décembre 1981, p. 9 s.

49. En 1939, le Congrès refuse de voter une loi qui aurait permis de sauver 20 000 enfants juifs que des familles américaines étaient prêtes à accueillir, au motif que leur admission aurait excédé le quota réservé aux immigrants originaires d'Allemagne — et ce n'est là qu'un exemple parmi beaucoup d'autres.

50. Il votera ainsi en 1948 le *Displaced Persons Act* (après dix-huit mois de pressions de la part de l'Exécutif), qui permet à 400 000 personnes victimes du nazisme et du fascisme ou fuyant le communisme d'entrer aux Etats-Unis, puis en 1953 un texte autorisant l'admission en dehors des quotas de plus de 200 000 réfugiés originaires des pays communistes ou du Moyen-Orient.

51. En 1956, le président Eisenhower offre l'asile à 21 500 Hongrois, en demandant à l'attorney général d'exercer son droit d'admission sur parole pour ceux qui excèdent le quota de 200 000 personnes ouvert par le *Refugee Relief Act* de 1953.

52. La loi fixe un quota de 50 000 personnes par an jusqu'en 1982. Mais elle prévoit la possibilité de dépasser le chiffre fixé (de fait, 232 000 et 217 000 personnes ont été admises respectivement en 1980 et 1981), et elle indique qu'après 1982 le nombre et la nature des admissions seront déterminés par le président « *in consultation with the Congress* » — consultation de pure forme de l'avis de certains observateurs, dans la mesure où, justement, l'admission sur parole subsiste.

53. Lorsque, entre les deux guerres, l'accession d'Hitler au pouvoir a créé un nouveau flux de réfugiés, le plus simple et le plus logique eût été de les assimiler aux réfugiés russes et arméniens et de les soumettre au statut fixé par la Convention internationale de 1933 ; mais les gouvernements n'ont pas voulu étendre les avantages déjà consentis à un nouveau groupe de réfugiés qui risquait de croître indéfiniment : il a donc fallu reprendre depuis le début un processus qui a finalement abouti à une nouvelle convention, en 1938. Voir A. de Lilienfeld, Le problème international des réfugiés et apatrides, *Esprit*, 1939.

54. « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République », rappelle, dans cet esprit, le Préambule de la Constitution de 1946.

55. Plusieurs conventions sont toutefois venues restreindre progressivement la notion d'infraction politique : les attentats contre les chefs d'Etat, les actes de piraterie aérienne ont été ainsi exclus de l'immunité accordée aux infractions politiques. La Convention sur la répression du terrorisme, signée en 1977 par les membres du Conseil de l'Europe, mais non ratifiée par la France, est celle qui a suscité le plus de controverses, en prévoyant l'extradition automatique des auteurs d'actes de terrorisme énumérés dans le texte, auxquels est dénié par principe le caractère politique.

56. L'attentat de la rue Marbeuf a lieu en avril 1982, un autre attentat meurtrier, place Saint-Michel, revendiqué par les Arméniens, a lieu en juillet 1982.

57. Le refoulement à la frontière, en juin 1982, de Franco Piperno, déjà extradé une première fois en 1979 mais libéré pour insuffisance de preuves par la justice italienne, puis à nouveau réclamé par elle, avait déjà semblé marquer un inflexissement de la politique gouvernementale. A la fin du mois d'août 1982, la police arrête Oreste Scalzone, auquel le gouvernement socialiste avait accordé une carte de séjour. Finalement, malgré l'avis favorable de la chambre d'accusation, il ne sera pas extradé. L'incident est néanmoins le signe d'un changement d'attitude du gouvernement.

58. Ces quatre éléments d'appréciation sont : la nature du système politique et juridique de l'Etat demandeur ; le caractère politique de l'infraction poursuivie ; le mobile politique de la demande d'extradition ; le risque que la situation de la personne extradée ne soit aggravée, alors même qu'elle est réclamée pour une infraction de droit commun, du fait de ses opinions ou de son action politique, de sa race ou de sa religion. La portée du second motif de refus est sensiblement atténuée toutefois, puisqu'il est dit aussi que le mobile invoqué ne suffit pas à imprimer le caractère politique à une infraction lorsque ont été commis « des actes criminels d'une nature telle que la fin politique alléguée ne saurait justifier les moyens utilisés ».

59. Voir la controverse entre Marcel Livian (*Le Parti socialiste et l'immigration*, Anthropos, 1982), et J.-C. Bonnet (*op. cit.*).

60. Par exemple en abrogeant l'article du décret du 6 février 1935 imposant une autorisation préalable pour tout changement de domicile, et en exemptant certaines catégories de naturalisés des incapacités édictées par la loi de 1935.

61. Il est symptomatique que Marcel Livian, dans son livre qui est une défense et illustration de la politique du Front populaire, consacre l'essentiel de l'inventaire qu'il dresse des mesures prises en faveur des étrangers à celles qui touchent les réfugiés.

62. Cette politique, paradoxalement, a été plus près d'être menée à bien sous le gouvernement Chautemps, au début de 1938, avec la création d'un sous-secrétariat

d'Etat chargé de l'immigration et des étrangers. Philippe Serre, à qui il est confié, trouve alors le temps, en trois mois, d'élaborer plusieurs projets majeurs, dont un sur le statut des étrangers (qui, il est vrai, avorteront faute de temps et en raison de l'opposition qu'ils rencontrent). Voir P. Racine, Une expérience administrative à reprendre : le sous-secrétariat d'Etat à l'immigration et les projets de Philippe Serre, *Esprit*, 1939.

63. On peut toutefois citer la loi du 11 juillet 1975 élargissant les droits syndicaux des travailleurs étrangers et les rendant électeurs pour la désignation des conseils de prud'hommes.

64. Le chiffre officiel des expulsions pour 1980 s'élève à plus de 13 000 (au lieu de 3 à 4 000 les années antérieures) dont plus de 10 000 pour séjour irrégulier.

65. La décision d'expulser prise par le ministre de l'Intérieur est désormais subordonnée à un avis favorable donné par la commission d'expulsion dans laquelle ne siègent plus que des magistrats : deux magistrats de l'ordre judiciaire et un membre des tribunaux administratifs.

66. François Mitterrand à l'émission *L'enjeu*, TF 1, reproduit dans *Le Monde* du 17 septembre 1983.

67. Légalisation des contrôles d'identité, rétablissement d'une procédure d'urgence dite de comparution immédiate en matière correctionnelle, faculté pour le juge de prononcer la peine de reconduite à la frontière à titre principal, et non comme complément d'une peine de prison, de façon qu'elle devienne immédiatement exécutoire même s'il y a appel...

68. Le texte, dans sa rédaction initiale, ne permettait pas d'expulser les délinquants condamnés à moins d'un an de prison ferme ; on profite donc du vote de la loi du 7 juillet 1984 sur la carte de résident pour modifier la disposition en cause de façon à rendre possible l'expulsion de ceux qui ont fait l'objet de plusieurs condamnations dont le total atteint un an de prison ferme — ce qui permettra, explique le gouvernement, d'expulser les « délinquants d'habitude ».

69. On modifiera la réglementation en vigueur de façon à imposer aux intéressés d'accomplir les démarches nécessaires avant de faire venir leur famille, ce qui permet de refuser la régularisation des familles se trouvant déjà sur le territoire français. C'était en fait la position qui prévalait avant 1981 et dont la gauche avait pris explicitement le contre-pied dès son arrivée au pouvoir...

## NOTES DU CHAPITRE 2

1. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Sirey, 1920. rééd. CNRS, 1962, p. 488.

2. Sans doute a-t-on souvent montré que la formule même de « l'Etat de droit » peut se révéler mystificatrice, dans la mesure où elle occulte que le droit, qui est censé lier l'Etat, émane toujours de lui en dernière analyse. Mais s'il est vrai que la reconnaissance des droits subjectifs reste à la discrétion de l'Etat (disons plutôt de ceux qui sont habilités à agir pour son compte) — sauf à opter pour les postulats indéfendables du jusnaturalisme —, il n'en demeure pas moins possible — et nécessaire — de distinguer entre les Etats qui reconnaissent et respectent ces droits subjectifs — les Etats de droit — et ceux qui ne les reconnaissent ni ne les respectent.

3. Carré de Malberg, *ibid.*

4. On a même vu récemment apparaître une nouvelle catégorie de droits subjectifs, des droits subjectifs négatifs, avec la loi du 29 octobre 1981 : celle-ci, sans leur reconnaître le droit au séjour, reconnaît néanmoins à certaines catégories d'étrangers (mineurs, conjoints ou parents de Français, etc.) le droit (sauf exception) de n'être ni expulsés, ni reconduits à la frontière.

5. Depuis 1968, les travailleurs immigrés, en France au moins, ont mené un certain nombre de luttes pour appuyer des revendications ; mais soit elles n'étaient

pas spécifiques (grève dans l'automobile, par exemple), soit elles ont échoué (grèves des loyers dans les foyers). Lorsque le pouvoir a cédé, c'était toujours à propos de mesures ponctuelles (régularisations notamment), et le plus souvent à la suite de grèves de la faim — moyen de lutte par excellence de ceux qui n'ont d'autre moyen de se faire entendre.

6. Voir sur ce point M. Flory, *Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers*, in *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Actes du Colloque de la Société française pour le droit international, Clermont-Ferrand, mai 1978, Pedone, 1979, p. 175 s. Voir aussi M. Miaille, intervention au Colloque de l'Association des Juristes pour le respect des droits fondamentaux des immigrés, Marseille, janvier 1982, in *Le droit et les immigrés*, Edisud, 1983, p. 147 s.

7. Voir J. Costa-Lascoux, La condition des jeunes d'origine étrangère : approche de sociologie juridique, in J. Marangé, A. Lebon, *L'insertion des jeunes d'origine étrangère dans la société française*, La Docum. Française, mai 1982.

8. Il est admis, effectivement, que cette notion d'« intérêts de la RFA » est à entendre de la façon la plus large, qu'elle dépasse celle d'ordre public et inclut tout ce qui touche à la politique économique et à la politique d'immigration, mais aussi à la politique étrangère, à la politique de l'emploi, ou encore des considérations de nature financière ou culturelle, ou tirées de l'état du marché du logement. Voir B. Huber, *Ausländer- und Asylrecht*, Munich, C. H. Beck, 1983.

9. H. H. Heldmann (*Ausländerrecht. Disziplinarordnung für die Minderheit*, Luchterhand, 1974) cite ainsi le cas de refus de séjour ou d'expulsion motivés par la longue maladie, la distribution de tracts, l'omission de déclarer son changement de domicile, une gifle donnée à son propriétaire, le vol d'un objet d'une valeur de 9 DM...

10. La nouvelle réglementation des titres de séjour instituée par la loi du 7 juillet 1984 est loin de lever toutes ces incertitudes. Rien n'est changé, d'abord, pour les titulaires d'une carte de séjour temporaire, dont le renouvellement demeure discrétionnaire. Mais l'obtention de la carte de résident, sauf pour ceux qui appartiennent à l'une des neuf catégories d'étrangers visées par la loi et à qui elle est délivrée de plein droit, n'est nullement automatique : « La décision d'accorder ou de refuser la carte de résident est prise en tenant compte des moyens d'existence dont l'étranger fait état, parmi lesquelles les conditions de son activité professionnelle, et le cas échéant des faits qu'il peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir durablement en France » (art. 14, al. 2). La seule chose qui ressorte avec évidence de cette disposition obscure à souhait, c'est qu'elle ne liera guère le pouvoir d'appréciation de l'administration.

11. Sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire en matière d'expulsion, voir *supra*, p. 79 s.

12. J. Costa-Lascoux, *loc. cit.*

13. Voir, sur cette question complexe, J.-M. Cruzatier, L'entrée et l'expulsion des étrangers en Grande-Bretagne, *L'Actualité juridique - Droit administratif*, 1978, p. 248 s.

14. En matière d'expulsion, toutefois, le juge administratif français accepte, si les moyens invoqués paraissent sérieux, de prononcer le sursis à exécution de la mesure, ce qui en suspend les effets et autorise l'étranger à se maintenir sur le territoire jusqu'au jugement définitif. Il a même accepté, récemment, de prononcer le sursis à exécution d'un refus de renouvellement du permis de séjour. La même possibilité a été introduite dans la législation belge par la loi du 5 décembre 1980, concernant les mesures de renvoi et d'expulsion.

15. On a souligné plus haut l'attitude de la Cour suprême des Etats-Unis, qui soumet à un contrôle strict la législation des Etats, mais a toujours observé au contraire une grande prudence à l'égard de la législation fédérale — prudence volontaire qu'elle justifie par la nécessité de laisser un large pouvoir discrétionnaire au Congrès et au président des Etats-Unis pour tout ce qui touche à la politique

d'immigration. Les décisions prises en la matière peuvent en effet mettre en jeu les relations des Etats-Unis avec des pays étrangers, et elles doivent souvent être prises « à la lumière de circonstances politiques et économiques changeantes » — flexibilité qui s'accommode mal d'un contrôle juridictionnel (*Mathews v. Diaz*, 1976).

16. J. Mourgeon, Barbares et métèques, *L'Actualité juridique - Droit administratif*, 1978, p. 243.

17. On peut également mentionner le manque d'empressement des autorités en France, pour réprimer les manquements à la législation dans le domaine du logement : l'administration est d'autant plus encline, ici, à fermer les yeux sur les comportements abusifs des logeurs qu'aucune solution de rechange n'existe. Dans les hôtels meublés, ni les normes d'habitabilité et de confort, ni les tarifs ne sont respectés ; dans les foyers financés sur fonds publics de nombreuses clauses des règlements intérieurs sont léonines ou illégales ; quant aux organismes de HLM, ils observent en toute impunité, souvent encouragés par les autorités locales, des pratiques discriminatoires contraires non seulement à la loi mais aux principes constitutionnels qui aboutissent à restreindre considérablement l'accès des étrangers — ou de certaines nationalités — au logement social.

18. L'arrivée de la gauche au pouvoir n'a rien changé à cet égard, si l'on en juge par la circulaire du 31 août 1982 émanant du ministre de l'Intérieur, par laquelle celui-ci prétend donner de la loi du 19 octobre 1981 une interprétation qui en réalité en contredit presque mot pour mot la lettre. Là où la loi dispose qu'« en aucun cas le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc », la circulaire dit : « Les étrangers non admis étant normalement réticents à l'idée de retourner dans l'Etat dont ils proviennent, il apparaît difficile de leur accorder le bénéfice de ce délai de manière automatique... Par conséquent, le bénéfice de ce droit ne devra être accordé à l'étranger que s'il présente une demande écrite et motivée. » A l'évidence, cette dernière condition revient à priver d'effet la disposition protectrice introduite à dessein dans le texte par le législateur.

19. En France en tout cas, le décret du 30 juin 1946 dit bien que « les étrangers doivent être en mesure de présenter à toute réquisition des agents de l'autorité les documents sous le couvert desquels ils sont autorisés à séjourner en France ». Mais, comme les nationaux, eux, ne peuvent faire l'objet d'un contrôle d'identité que dans le cadre d'une enquête judiciaire ou, aux termes de la loi du 10 juin 1983, « dans des lieux où la sécurité des personnes et des biens se trouve immédiatement menacée », les autorités de police ne peuvent contrôler les premiers que s'ils ont la certitude légale (et non pas d'après de simples indices extérieurs) qu'il s'agit d'étrangers. Il faut donc considérer comme illégales tant les opérations « coup de poing » et les rafles pratiquées sous le septennat précédent (que la législation alors en vigueur sur les contrôles d'identité, quoique plus souple, ne permettait pas non plus), que les instructions données depuis 1983 à la police d'effectuer des contrôles systématiques dans les zones à forte concentration d'immigrés. Mais le public et les intéressés eux-mêmes sont tellement habitués à ces contrôles que rares sont ceux qui imaginent d'en contester la légalité. Notons toutefois que certains tribunaux correctionnels, à qui la Cour de cassation vient de donner raison, ont annulé la procédure engagée pour séjour irrégulier lorsqu'elle reposait sur un contrôle d'identité illégal.

20. Cette procédure expéditive et les étapes de sa mise en place ont été décrites plus haut : voir *supra*, p. 254, n. 67.

## CONCLUSION

1. *L'impérialisme*, trad. fr., Fayard, 1982, p. 181-183.



Figure universelle, figure de l'Autre par excellence, l'étranger apparaît dans toutes les sociétés comme l'éternel exclu. Et l'émergence de l'Etat-Nation, en cristallisant la frontière entre l'étranger et le national, l'a enfermé irrévocablement dans sa condition. Perpétuellement en sursis, soumis à un statut discriminatoire, régi par un ordre juridique d'exception qui reflète avant tout les intérêts politiques et économiques immédiats de l'Etat d'accueil, l'étranger, s'il obtient parfois des faveurs, n'a que rarement de véritables droits. Car non national et non citoyen, il n'a aucun titre à bénéficier de la protection des lois faites par et pour les nationaux.

Prenant du recul par rapport à l'actualité immédiate sans pour autant l'ignorer, l'auteur propose ici une réflexion critique, nourrie par l'approche historique et comparative, sur les fondements de la condition d'étranger, telle que le droit la reflète et la perpétue.

Née en 1946, Danièle Lochak est professeur à l'Université d'Amiens où elle enseigne le droit public et la science politique.