

Membre de l'université Paris Lumières

Camille de Reydet de Vulpillières

Les portes de la loi.

*Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour
les étrangers ?*

Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2019
en vue de l'obtention du doctorat de Philosophie de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. Christian Lazzeri (Université Paris Nanterre)
et de Mme Ségolène Barbou des Places (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Jury :

Rapporteur :	M. Loïc Azoulai	Professeur de Droit à l'École de droit de Sciences Po
Rapporteure :	Mme Julie Saada	Professeure de Philosophie à l'École de droit de Sciences Po
Membre du jury :	Mme Ségolène Barbou des Places	Professeure de Droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	M. Stéphane Haber	Professeur de Philosophie à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Christian Lazzeri	Professeur de Philosophie à l'Université Paris Nanterre

Université Paris Nanterre

ED 139

Laboratoire Sophiapol

LES PORTES DE LA LOI

SOUVERAINETÉ, DROITS DE L'HOMME, HOSPITALITÉ : QUEL(S) DROIT(S) POUR LES ÉTRANGERS ?

CAMILLE DE VULPILLIÈRES

**Thèse de doctorat dirigée par M. Christian Lazzeri, Professeur à l'Université Paris
Nanterre et Mme Ségolène Barbou des Places, Professeure à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne**

Soutenue à l'Université Paris Nanterre le 6 décembre 2019

Jury :

M. Loïc Azoulai, Professeur à l'École de droit de Sciences Po

Mme Ségolène Barbou des Places, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

M. Stéphane Haber, Professeur à l'Université Paris Nanterre

M. Christian Lazzeri, Professeur à l'Université Paris Nanterre

Mme Julie Saada, Professeure à l'École de droit de Sciences Po

Résumé de la thèse

Résumé en français :

Ce travail cherche à rendre compte de la difficulté manifestée par le droit des étrangers français et européen contemporain à garantir véritablement des droits subjectifs aux étrangers. Cette difficulté se traduit à la fois au niveau des normes elles-mêmes, par un régime juridique restrictif, qui reconnaît donc moins de droits aux étrangers qu'aux nationaux, et au niveau des pratiques administratives, par une mise en cause récurrente des droits pourtant officiellement reconnus. Nous proposons d'expliquer ce phénomène, par lequel le droit des étrangers contredit les normes des démocraties libérales contemporaines et de l'État de droit, grâce à l'hypothèse du balancier : souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers sont envisagées comme deux exigences antinomiques, placées chacune à l'extrémité d'une ligne sur laquelle le curseur se déplace ; préserver l'une, c'est donc nécessairement affaiblir l'autre. Dans la première partie, nous menons une étude empirique des textes et pratiques du droit des étrangers pour montrer que ce modèle du balancier est structurellement déséquilibré en faveur de la souveraineté de l'État et peine donc à ouvrir l'espace des droits subjectifs aux étrangers. La seconde partie entend proposer une voie destinée à sortir de ce modèle pour coordonner véritablement souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers, en les faisant dériver d'un principe d'hospitalité. Nous tentons de montrer que ce principe découle des implications de la notion moderne de droit et de sa fonction revendiquée, la pacification des interactions. Notre thèse se propose donc de faire dialoguer un diagnostic des dysfonctionnements d'un domaine empirique du droit avec une approche critique et normative fondée sur la logique immanente aux pratiques sociales.

Résumé en anglais:

This work aims at analysing how contemporary French and European migration law struggles to truly guarantee subjective rights to foreigners. This difficulty is reflected both in the legal dispositions themselves, through a restrictive legal regime, and in administrative practices, through their recurrent challenge to rights that are officially recognized. We assert that this phenomenon, by which migration law contradicts the norms of contemporary liberal democracies and the rule of law, is due the balancing between State sovereignty and individual rights of foreigners: preserving one therefore necessarily means weakening the other. In the

first part, we conduct an empirical study of the texts and practices of migration law to show that it is structurally unbalanced in favour of State sovereignty. The second part intends to propose a way out of this antinomy to truly coordinate state sovereignty and the individual rights of foreigners, in the form of a principle of hospitality. We try to show that this principle derives from the implications of the modern notion of law and its claimed function of pacifying interactions. Our PhD thesis therefore engages in a dialogue between a diagnosis of the dysfunctions of an empirical field of law and a critical and normative approach based on the immanent logic of social practices.

Remerciements

J'ai eu la chance, pour mener à bien ce travail, de bénéficier de la double direction d'un philosophe et d'une juriste qui ont su m'aider à tenir le cap sans entraver ma liberté de chercheuse. Christian Lazzeri a suivi ce projet depuis l'origine et m'a guidée pendant ces cinq années avec une grande droiture. Son discernement et son implication ont constitué pour moi des ressources précieuses. Par sa bienveillance et son ouverture d'esprit, Ségolène Barbou des Places m'a aussi aidée à clarifier mes intuitions, et elle en a accompagné le lent développement avec beaucoup de patience. Leurs conseils et leurs encouragements à tous deux ont été essentiels pour moi, et je les en remercie vivement.

Le laboratoire Sophiapol m'a offert un environnement de recherche foisonnant et stimulant, par l'ouverture aux sciences sociales qui y est revendiquée. Les travaux, séminaires et projets qui s'y développent ainsi que le dynamisme et la liberté qui y règnent constituent un milieu très favorable pour une doctorante soucieuse de travailler sur des enjeux contemporains.

Je remercie Loïc Azoulai, Stéphane Haber et Julie Saada d'avoir accepté d'être présent à mon jury de thèse et d'avoir témoigné un intérêt envers ma thèse. Leurs travaux respectifs ont été pour moi une belle source d'inspiration.

Raphaëlle Nollez-Goldbach, Michel-Yves Perrin, Jean Salem et Francis Wolff m'ont accompagnée, chacun à sa façon, et je les remercie pour leurs conseils et leur fidélité. L'Institut des Migrations m'a offert un lieu précieux de partage et de découvertes ; j'ai également eu la chance d'être acceptée en résidence d'écriture au Monastère de Saorge, lieu splendide, enthousiasmant et peuplé d'êtres singuliers avec lesquels se sont nouées de belles amitiés.

Ce texte a été minutieusement relu et grandement amélioré par une équipe amicale, chaleureuse et dévouée, à laquelle je suis très redevable : Gautier Anselin, Rouguiata Ba, Jordi Brahamcha-Marin, Yohann Douet, Vincent Heimendinger, Ulysse Lojkine et Louise de Vulpillières.

Merci à Yohann et Gautier, pour leurs 50 propositions de titre et tous les bons moments passés ensemble, à Rougui, pour notre colocation amicale, à Laurie pour ses encouragements et son énergie, à Noémi, l'amie au long cours, à Flora et Jérôme pour leur belle hospitalité, à Maud pour les quinze dernières années. Merci à ma famille pour l'ancrage chaleureux qu'elle m'offre, à Etienne et Isabelle, à Quitterie, Cédric, Domitille et Louise, pour les voyages et les partages. Merci enfin, et surtout, à mes parents, qui m'ont soutenue à travers vents et marées.

Introduction

« Des spectres hantent l'Europe »¹. Réfugiés, migrants, sans-papiers, travailleurs immigrés : la figure de l'étranger est aujourd'hui omniprésente dans notre imaginaire collectif, dans les discours médiatiques, ainsi que dans les préoccupations politiques. Immigration choisie plutôt que subie, politique d'intégration, crise des réfugiés de 2015, volonté de sécuriser les frontières, de renvoyer les déboutés de l'asile, mais aussi d'attirer les touristes et les étrangers qualifiés... La liste des enjeux, réels ou fantasmés, est longue. Elle cristallise la mauvaise conscience de l'Europe et la tentation du repli sur soi. En France, les innombrables polémiques sur le statut qu'il convient d'accorder aux étrangers débouchent sur une réforme législative tous les deux ans, en moyenne. Pourtant, malgré cette omniprésence de ce qu'on pourrait appeler la question de l'étranger, un aspect essentiel est laissé dans l'ombre. On s'interroge, on débat, on discute et on se dispute sur les droits et les devoirs qu'il faudrait reconnaître aux étrangers, sur les méthodes d'intégration, sur l'opportunité de fixer des quotas, sur la distinction entre demandeur d'asile et migrant économique, sur la valeur de la diversité des langues et des cultures dans notre pays, sur les pratiques de Frontex et de l'Union européenne, sur la nécessité d'une solidarité entre les États, parfois même sur le lien entre immigration et délinquance : un très large éventail de sujets est ainsi balayé, sans que le fait même que les étrangers soient des étrangers et reçoivent donc un traitement différent du nôtre, de celui des nationaux, soit jamais vraiment interrogé. La question de la justification de l'extranéité de l'étranger, de l'exclusion politique dont il fait l'objet, n'est pas abordée comme telle ; elle constitue au contraire le point de départ toujours postulé de la réflexion.

Un tel désintérêt pour la question du fondement de cette distinction catégorielle a notamment pour conséquence que la réflexion sur les étrangers et le statut qu'il convient de leur accorder tend à basculer du registre politique au registre moral, précisément parce qu'il nous semble aller de soi que les étrangers ne font pas partie de la communauté politique. Si nous avons des devoirs envers eux, ils seraient donc d'une autre nature que ceux que nous avons envers nos compatriotes. La tendance à tenir pour acquise la partition entre national² et étranger

¹ Titre du documentaire de Kourkouta (M.) et Giannari (N.) sur le camp de réfugiés de fortune situé à Idomeni, en Grèce (Survivance Productions, 2016).

² Terme que l'on pourrait presque indifféremment remplacer par « citoyen », puisque, dans le système actuel, si tous les nationaux ne sont pas nécessairement des citoyens actifs (les mineurs, par exemple, ne prennent pas part aux délibérations politiques), il semble aller de soi, en revanche, que les étrangers ne sont pas des citoyens. Même si la construction européenne est venue nuancer cette exclusion dans les faits, elle ne semble pas avoir véritablement transformé les représentations sur ce point.

débouche également sur l'application fréquente du paradigme de la sphère privée à la question de l'accueil des étrangers. Jean-Louis Debré en fournit une illustration particulièrement nette en déclarant lors d'une réunion électorale en 1997 : « Est-ce que vous acceptez que des étrangers viennent chez vous, s'installent chez vous et ouvrent votre Frigidaire, se servent ? »¹. La frontière entre « eux » et « nous » est ainsi d'emblée tenue pour acquise. C'est pourquoi nous avons intitulé ce travail « les portes de la loi » : l'expression rappelle qu'il semble aller de soi qu'il « nous » revient, à nous, communauté politique souveraine, de décider librement d'ouvrir ou de fermer notre porte à ceux qui n'en font pas partie. Cette valeur d'évidence, qui soustrait la partition entre national et étranger à l'examen rationnel et à l'analyse critique, est en soi une motivation suffisante pour justifier qu'on lui consacre un travail de philosophie. C'est la raison d'être de la philosophie que de prendre du recul par rapport au cadre ordinairement incontesté dans lequel se déploie notre existence et de s'autoriser à poser des questions qui, pour toute autre perspective, seraient inaudibles et privées de sens parce qu'elles interrogent des réalités tellement structurantes qu'elles semblent échapper à toute possibilité de transformation. De ce point de vue, le droit et l'opération de catégorisation sur laquelle il se fonde présente un intérêt particulier pour la philosophie, car derrière toute classification se cache un enjeu de pouvoir, une répartition de ressources matérielles ou symboliques qui se trouve ainsi entérinée. En énonçant des catégories et en les définissant, un texte de loi manifeste leur artificialité, leur caractère conventionnel ; mais il les nie également parfois en prétendant, à travers cette opération, refléter purement et simplement la réalité, un ordre de fait qui échappe au domaine de notre action libre et donc à toute contestation possible. La distinction entre national et étranger constitue un exemple particulièrement frappant de cette naturalisation des distinctions ; alors qu'elle ne dispose pas du moindre substrat naturel et relève donc de la pure convention, elle se trouve entourée d'un halo de nécessité qui rend son examen critique apparemment absurde.

Or l'enjeu d'un tel examen n'est pas purement théorique, loin de là, et la suspension des évidences apparentes est ici motivée par le constat de dysfonctionnements concrets suscités au sein du droit par la rigidité de cette distinction entre nationaux et étrangers. En effet, l'expression « les portes de la loi » suggère aussi que les étrangers se trouvent tendanciellement confinés hors du domaine de la loi et du droit, malgré le nombre pléthorique de textes juridiques qui leur sont aujourd'hui consacrés : ces textes peinent à définir et garantir de véritables obligations juridiques des États vis-à-vis des étrangers. La partition entre national et étranger

¹ Cité dans *Le Monde* du 30 avril 1997.

fonde en droit un régime *restrictif* pour les étrangers, qui se caractérise à la fois par un nombre faible de droits subjectifs et par une tendance récurrente de la puissance publique à bafouer ces droits dans la pratique. L'un des objectifs de notre travail est de montrer que le droit des étrangers manifeste aujourd'hui en France un fréquent décrochage par rapport aux principes élémentaires de notre ordre juridique : non-respect de la hiérarchie des normes, du principe de légalité, des droits fondamentaux. Ces dysfonctionnements lui ont valu jadis le qualificatif révélateur d'« infra-droit »¹ et ils ont pour nous valeur de symptômes. Nous soutiendrons que l'analyse du droit des étrangers permet d'identifier un lieu problématique du modèle de l'État de droit contemporain ; c'est ce qui justifie que, en tant que philosophe, nous lui consacrons cette étude qui prendra appui sur des analyses juridiques et empiriques.

L'hypothèse qui nous guidera est la suivante : les restrictions apportées aux droits individuels des étrangers, que nous allons analyser dans la première partie, tiennent à ce que la relation entre l'État et les droits des étrangers est envisagée sur le modèle du balancier. Nous entendons par là le fait que l'État souverain est placé à une extrémité d'une ligne qui irait du maintien parfait de l'ordre public d'un côté à la liberté de circulation et d'installation complète pour tous de l'autre. Entre ces deux extrémités, et au gré des majorités et des circonstances politiques, le curseur se déplace. Un équilibre est parfois trouvé, une conciliation peut sembler s'opérer entre ces deux principes, mais ils demeurent conçus comme deux principes opposés. Renforcer l'un, c'est nécessairement affaiblir l'autre ; accorder des droits aux étrangers, c'est faire reculer le périmètre de la souveraineté ; faciliter la circulation, c'est menacer l'ordre public, et inversement. Droit d'entrer, de séjourner, de faire venir sa famille : ces droits reconnus aux étrangers s'opposent par principe au contrôle des frontières et de la population, pilier de la conception classique de l'État. Cette appréhension du rapport entre l'État et les étrangers prend donc la forme d'une antinomie, d'une alternative entre deux thèses qui semblent également justifiées et qui se révèlent pourtant incompatibles entre elles.

Il semble vrai que, puisque les étrangers sont extérieurs à la communauté politique, ils peuvent recevoir un traitement différent des ressortissants et doivent respecter les décisions prises par cette communauté ; les contrôles aux frontières, l'obligation d'obtenir une autorisation pour séjourner sur le territoire national, la privation de certains droits et au premier chef des droits politiques apparaissent alors comme justifiés. D'un autre côté, cette distinction entre nationaux et étrangers n'est pas absolue : nul ne prétend qu'elle doive déboucher sur la

¹ Forgé par Lochak (D.), dans *Étrangers : de quel droit ?*, PUF, Politique d'aujourd'hui, Paris, 1985.

privation de tout droit, à la fois parce que, étant un être humain, l'étranger mérite le respect, et parce que l'unité politique de la France contemporaine repose en partie sur le principe du respect des droits individuels. Pour cette raison, la question se pose de savoir comment faire cohabiter ces deux exigences antithétiques. Cette tension est particulièrement présente au sein des démocraties libérales contemporaines¹ en raison de la place centrale qu'y joue la notion de droits fondamentaux et de leur plus grande propension à contrôler l'exercice de la puissance publique, mais elle ne leur est pas propre. Elle est au cœur de la catégorie juridique d'étranger, qui a pour fonction tout à la fois d'inclure et d'exclure ceux qu'elle désigne. Ils sont intégrés à l'ordre juridique et à la communauté des sujets de droit, puisqu'ils sont définis en droit et se voient attribuer un régime de droits et de devoirs ; mais ce régime est dérogatoire par essence, puisque les étrangers, définis comme ceux qui ne sont pas les nationaux, sont exclus de la communauté politique et ne prennent pas part à l'élaboration des lois. L'antinomie n'est pas le simple reflet d'un conflit de valeurs historiquement situé, elle repose au contraire sur la définition même de l'étranger, qui est inclus et exclu dans un même geste ; cet alliage forcément instable d'éléments contradictoires constitue la tension inhérente au droit des étrangers.

Nous proposons de schématiser cette antinomie dans le tableau suivant, étant entendu que la suite de ce travail permettra de nuancer cette présentation, puisque nous analyserons tour à tour chacune de ces logiques et la façon dont elle interagit avec l'autre :

	Logique de souveraineté	Logique des droits de l'homme
Hiérarchie entre les pôles du balancier	Priorité donnée à la notion d'ordre public	Priorité donnée aux droits subjectifs
Critère de cohérence de la communauté	Contrôle des frontières, distinction entre eux et nous	Respect des individus, principe d'universalité
Échelle de réflexion	Communauté politique particulière	Humanité
Conception de l'étranger	L'étranger est d'abord extérieur à la communauté : il relève d'un autre ordre de préoccupation que les citoyens	L'étranger est d'abord un être humain : citoyens et étrangers sont donc réinscrits dans un ensemble commun plus large

¹ Voir les analyses de Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières. Éthique et politique de l'immigration*, Editions EHESS, Paris, 2018 et Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie. Contrôle des frontières et politique de l'hospitalité*, Classiques Garnier, Paris, 2016.

D'un point de vue juridique, cette antinomie¹, et le modèle du balancier sur lequel elle débouche, se traduisent par la mise en œuvre de ce que l'on appelle le contrôle de proportionnalité ; il s'agit d'une méthode de raisonnement juridictionnel destinée à résoudre des conflits entre normes de même rang. Il est donc logique qu'elle soit appliquée au conflit structurel entre maintien de l'ordre public et droits individuels des étrangers. Il n'entre pas dans le cadre de notre propos de retracer l'histoire de ce principe et son usage dans les différentes branches du droit². Ce qui nous intéresse ici, c'est que le principe de proportionnalité sert à mesurer et encadrer le plus précisément possible les atteintes portées par les pouvoirs publics aux droits et libertés des individus. Dans le cas où il apparaît inévitable d'empiéter sur un principe au nom d'une exigence de même ordre, le juge contrôlera que les restrictions apportées à ce principe sont à la fois adéquates à l'objectif poursuivi, nécessaires pour l'atteindre, et proportionnées, c'est-à-dire qu'elles ne vont pas au-delà du strict nécessaire³ : « la justice ne doit pas tirer sur les moineaux à coups de canon », selon la formule attribuée tantôt à Jellinek, tantôt à Fleiner. Le critère retenu est la corrélation entre le degré de protection obtenue pour le principe recherché et le degré d'atteinte au principe de même rang avec lequel il est mis en balance :

selon le principe de proportionnalité, une légère amélioration dans le maintien de l'ordre public ne peut justifier une atteinte grave ou modérée aux libertés individuelles. (...) Ce qui est comparé et mis en balance, ce sont les degrés d'écart ou de rapprochement par rapport à chacun des deux objectifs. Il suffit que ces degrés soient estimables chacun pour son compte, au moins approximativement. Ils n'ont pas à être exprimables dans la même unité de mesure.⁴

Ceci explique que l'idée centrale du principe de proportionnalité soit celui de la mesure, entendue dans son sens normatif et non quantitatif : les atteintes portées à un principe doivent être « mesurées », c'est-à-dire « raisonnables », « modérées », et non quantifiées précisément. L'application du principe de proportionnalité repose nécessairement sur une compréhension partagée de ce qu'est une atteinte acceptable, car mesurée, et de ce qui ne l'est pas : il suppose

¹ Pour une étude générale sur la fonction de cette notion en droit, voir les études rassemblées par Perelman (C.), *Les Antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965.

² Pour une justification philosophique du principe de proportionnalité ou de mise en balance, voir Alexy (R.), « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris* n° 16-4, décembre 2003, p. 433-449.

³ Triptyque explicité notamment dans C. E., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827 : « l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités ».

⁴ Manin (B.), « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques* n° 42, 2011, p. 83-113, p. 104.

de faire appel à un sens commun, et laisse donc à l'acteur qui l'applique une certaine marge d'indétermination.

En droit français, le modèle de ce contrôle le plus pertinent pour notre sujet est celui qu'opère le juge administratif sur les mesures de police et dont le coup d'envoi est donné par l'arrêt *Benjamin*. Il fournit une formulation explicite de l'enjeu de *conciliation* entre exercice du pouvoir et préservation des libertés : « s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion »¹. Comme le formulait le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Baldy*², « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception »³. Les mesures de police administratives sont donc envisagées comme autant d'ingérences dans l'exercice des droits et libertés, ce qui explique qu'elles ne seront jugées légitimes qu'à condition d'être strictement nécessaires à la préservation d'un cadre permettant ce même exercice, cadre que le droit désigne comme l'« ordre public ». Le mécanisme de la conciliation et le contrôle de proportionnalité qui le traduit reposent donc en réalité sur une priorité donnée à l'un des deux principes, à savoir la liberté.

Toutefois, dans le domaine du droit des étrangers, cet adage selon lequel la liberté est la règle et les mesures restrictives doivent rester exceptionnelles semble inversé. En réalité, la sévérité du contrôle de proportionnalité exercé par le juge dépend de la marge de manœuvre reconnue soit à l'administration (pour le juge administratif) soit au législateur (pour le Conseil constitutionnel). Or, nous verrons que, dans le domaine du droit des étrangers, il est acquis que les autorités publiques disposent de pouvoirs larges : en matière d'entrée comme de séjour des étrangers, la liberté n'est pas la règle, car le régime juridique des étrangers est caractérisé par l'autorisation et le contrôle. Cette absence de droit au séjour entraîne la conditionnalité et la précarité de tous les autres droits dont les étrangers pourraient par ailleurs se réclamer. Les étrangers présents sur le territoire national sont bien évidemment reconnus comme des sujets de droit, mais ils disposent de peu de droits subjectifs au sens plein du terme, c'est-à-dire de

¹ C. E., 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 17520.

² C. E., 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

³ « Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut toujours se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception », cité par Stirn (B.), « Ordre public et libertés publiques », intervention lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, 17 septembre 2015. URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques>.

droits opposables à l'État et à son administration : même lorsque les textes les proclament, ils seront mis en balance avec les nécessités de la préservation de l'ordre public. Pour cette raison, et contrairement aux droits fondamentaux des citoyens, les droits des étrangers sont difficilement traduits en obligations pour l'État. Inversement, pour remédier à cette situation, les partisans des droits individuels des étrangers tentent de faire valoir les droits fondamentaux des étrangers *contre* la souveraineté étatique et son pouvoir discrétionnaire : il s'agit dans cette perspective de faire reculer la logique de souveraineté, de limiter la liberté de manœuvre de l'administration. Ce faisant, toutefois, leur défense des droits des étrangers maintient l'élément qui les met en danger, à savoir leur opposition de principe avec la souveraineté : ils peinent donc à leur assurer une véritable effectivité. L'objectif de la première partie de notre travail est de déployer ce constat pour montrer que le modèle du balancier empêche de garantir véritablement les droits des étrangers.

Pour autant, il semble difficile, sinon impossible de sortir de ce mouvement de balancier entre logique de souveraineté et logique des droits individuels. Une phrase de Ricœur pourrait résumer notre problème, cette tension structurelle entre deux principes antinomiques :

Où est le problème fondamental ? C'est que nous ne savons pas, et personne ne sait, comment combiner d'une façon intelligente et humaine le droit des gens, et son fondement de droit réciproque à l'hospitalité, avec la structure binaire du politique : national-étranger. Nous ne le savons pas.¹

Il s'agira de prendre au sérieux cette tension entre la structure d'un État moderne et le statut des étrangers, et de déterminer s'il est possible d'y remédier, de déterminer un ancrage plus solide pour les droits individuels des étrangers : ce sera l'objet de la seconde partie. Ce double objectif implique de faire cohabiter deux discours qui sont le plus souvent séparés : l'analyse du droit positif et des pratiques effectives d'une part, et un discours normatif de refondation et de restructuration du droit des étrangers d'autre part, à partir des dysfonctionnements empiriques que nous aurons repérés.

Pour mener à bien ce travail, nous nous en tiendrons au contexte français contemporain, élargi à l'Union européenne au moins pour le volet juridique. Ce choix n'a rien d'arbitraire : il nous semble justifié par le statut éminent réservé aux droits individuels en France et en Europe, et par la prédominance d'une conception libérale du pouvoir politique. La difficulté à garantir véritablement les droits des étrangers y prend donc un relief particulier, s'il est vrai que, dans les autres domaines, « la liberté est la règle ». Nous tenterons de faire droit à la diversité des

¹ Ricœur (P.), « Étranger, moi-même », in *L'Immigration : défis et richesses* Semaines Sociales de France, Bayard Éditions, Centurion, Paris, 1998, p. 93-106.

catégories et situations que recouvre l'expression « droit des étrangers », mais nous ne prétendons pas en proposer une analyse exhaustive : l'analyse juridique n'est pas ici un but en soi¹. Le droit endosse pour notre recherche une fonction architectonique, il en est le principe problématisant. Notre objectif est de développer une réflexion philosophique sur le statut qu'il convient d'accorder aux étrangers à partir de l'analyse du droit positif et des dysfonctionnements qu'on peut y repérer. Nous nous autoriserons donc deux libertés méthodologiques par rapport à une étude prioritairement juridique du droit des étrangers : nous sélectionnerons les césures et les cas représentatifs et nous ne nous en tiendrons pas aux seules dispositions juridiques. Nous envisagerons à la fois leur application effective et le discours politique qui vient les légitimer. De même, notre travail ne se cantonnera pas au seul domaine de la philosophie du droit ou de la philosophie politique ; nous emprunterons bien des analyses à la sociologie, à l'histoire et à la science politique, dans une approche de philosophie sociale. Cette approche interdisciplinaire est dictée par notre objet d'étude lui-même, qui est tout à la fois une catégorie juridique, un ensemble de pratiques administratives et sociales, un enjeu politique et une construction socio-historique. La méthode que nous suivrons consistera à passer en revue les manifestations juridiques (textes de lois français et européens et leurs mises en pratique par les pouvoirs publics), politiques (discussion au Parlement, français et européen, discours des autorités publiques) et sociales (mobilisations associatives et citoyennes, analyses historiques et sociologiques des effets des politiques mises en œuvre) du statut réservé aux étrangers en France, en croisant les sources. Notre étude fera varier les échelles adoptées : l'échelle de l'espace Schengen, celle de l'État, de la préfecture, de la commune, et croisera le discours des hommes politiques, des militants, des membres de l'administration, et des étrangers.

Notre objectif sera de tester la validité de l'hypothèse du balancier et de cerner les dysfonctionnements qu'il suscite, les décrochages qu'il autorise par rapport aux normes d'un État de droit démocratique et libéral. Il s'agira ensuite de s'appuyer sur le diagnostic que nous aurons posé afin de tenter de dépasser l'opposition entre souveraineté de l'État et droit des étrangers. Nous soutiendrons que les décrochages manifestés par le droit des étrangers à l'égard des normes de l'État de droit et des principes qu'il proclame expriment une contradiction de ce corpus juridique avec les réquisits mêmes de l'idée de droit, et que leur analyse permet de progresser dans la compréhension de ce qu'est le droit ; ce détour définitionnel nous fournira

¹ Nous nous permettons de préciser à nos lecteurs juristes que notre formation est d'abord celle d'un philosophe.

les éléments à partir desquels nous bâtirons une proposition destinée à éviter l'antinomie qui constitue notre point de départ.

Notre développement sera donc structuré en deux parties : l'enjeu de la première sera de déployer cette grille d'analyse que nous nommons le modèle du balancier, et la seconde tentera de s'en déprendre.

Dans la première partie, nous étudierons successivement chacun des pôles du balancier pour rendre compte de ses effets concrets sur la situation des étrangers. Le premier chapitre s'attachera à démontrer, sur le plan historique et juridique, l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique et le régime restrictif qui en découle, fondé sur l'autorisation et le contrôle. Le deuxième chapitre illustrera les conséquences de cette extériorité structurelle des étrangers, à savoir la difficulté qu'il y a, même dans un État de droit démocratique et libéral comme la France, à garantir véritablement les droits des étrangers ; elle se manifeste à travers l'importance du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration dans ce domaine et l'insécurité juridique qui en découle pour les étrangers, mais aussi à travers la récurrence de pratiques relevant de la raison d'État. Ces deux chapitres montreront donc que le balancier est structurellement déséquilibré en faveur du pôle correspondant à la souveraineté.

Le troisième chapitre analysera une solution possible à ces tensions, à ce déséquilibre structurel qui mine de l'intérieur les garanties juridiques théoriquement accordées aux étrangers. Elle consiste à renforcer le pôle correspondant aux droits des étrangers pour leur donner plus de poids face à l'État. Ce geste a été esquissé par le droit international des droits de l'homme ; il s'agira de montrer à la fois les avancées ponctuelles que cette notion a permis d'obtenir (à travers, notamment, le rapprochement de la situation des étrangers avec celle des nationaux dans le domaine des garanties procédurales) et les limites de ce mouvement. De même, nous examinerons les tentatives destinées à faire de l'individu un véritable sujet du droit international, au même titre que les États. L'objectif commun à ces deux démarches est de permettre aux individus de faire contrepoids à la souveraineté sur le plan international ; aussi, puisqu'elles sont conçues *contre* la souveraineté de l'État, elles se heurtent inévitablement à la résistance de cet acteur qui est pourtant essentiel pour garantir l'effectivité des droits individuels.

La seconde partie en déduira la nécessité de sortir du modèle du balancier, de l'opposition structurelle entre souveraineté et droits individuels des étrangers. Nous commencerons, dans le chapitre 4, par examiner différentes théories de la justice pour tenter d'y trouver une solution, mais nous montrerons qu'elles tendent à reconduire cette logique du

balancier. Cela se traduit en particulier par le fait que le statut des étrangers constitue un point aveugle, dans la mesure où les auteurs que nous étudierons se donnent d'emblée la communauté politique pertinente, qu'elle soit celle de l'État (Walzer, Miller, Rawls) ou celle de l'humanité (chez les partisans du cosmopolitisme). Plus généralement, la mobilité internationale, lorsqu'elle est mentionnée, est d'abord interprétée comme une anomalie : ce biais sédentariste constitue un obstacle pour la détermination d'un statut juridique satisfaisant pour les étrangers.

Le chapitre 5 prendra acte de la nécessité d'aborder le problème selon un autre angle et fera donc un pas de côté : nous réfléchirons à ce qu'implique la notion de droit pour cerner l'origine des dysfonctionnements repérés au sein du droit des étrangers. Nous partirons donc de ce que le droit prétend faire, de sa fonction revendiquée, qui légitime son existence. Le droit se présente comme l'institution qui régit les interactions entre les hommes en vue de leur pacification, pour sortir de la collision entre intérêts individuels qui débouche sur la violence. Nous prendrons au mot cette revendication et examinerons à sa lumière le droit positif ; cela nous amènera, contre l'unilatéralité assumée du droit des étrangers, à défendre une conception relationnelle du droit. Nous proposerons comme traduction de cette logique relationnelle pour le droit des étrangers un principe d'hospitalité.

Le dernier chapitre envisagera la mise en œuvre de ce principe. Nous nous interrogerons sur son acceptabilité pour les États, en montrant qu'il permet de sortir de la logique de guerre larvée avec les étrangers qui se manifeste aujourd'hui. Nous ferons valoir que le principe d'hospitalité, comme formulation relationnelle du droit des étrangers, débouche pour les étrangers sur un droit à déployer librement leurs interactions du moment qu'elles sont pacifiques. Il s'agirait de passer d'un régime d'autorisation préalable à un régime répressif. Seule cette intégration positive minimale à l'édifice juridique permet à nos yeux de justifier le fait que les étrangers soient exclus de l'élaboration des lois et dans le même temps soumis à elles : elle a donc pour effet de justifier véritablement la partition entre national et étranger.

Présentation de la première partie

L'objectif de cette première partie est de démontrer l'existence et les effets du modèle du balancier, qui oppose souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers. Nous y mobiliserons donc une large variété de sources à la fois historiques, sociologiques et juridiques pour cerner les pratiques concrètes associées à ce modèle.

Le premier chapitre proposera une explication de l'influence du balancier, qui découle, selon nous, de l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique. N'étant défini que négativement, par l'absence de lien juridique avec l'État sur le territoire duquel il est présent, l'étranger tend à être assimilé à une menace latente ; cette appréhension débouche sur un régime dérogatoire et restrictif, caractérisé par une volonté de contrôle de la part de l'État.

Le deuxième chapitre montrera que cette conception de l'étranger met à mal la garantie de ses droits subjectifs. Nous analyserons la précarité qui caractérise son séjour et contamine, en quelque sorte, tous les droits qui pourraient par ailleurs lui être reconnus. Nous soulignerons la tendance récurrente de l'État et de ses services à recourir, dans leurs rapports avec les étrangers, à des pratiques situées à la frontière, voire franchement en dehors, de la légalité : la logique de puissance et de raison d'État semble primer sur la volonté d'encadrement juridique.

Le troisième chapitre envisagera un remède possible à ces caractéristiques du droit des étrangers qui mettent en péril les droits subjectifs des étrangers. Nous analyserons les avancées et les limites du corpus international des droits de l'homme, ainsi que les propositions destinées à permettre à l'individu de faire contrepoids à la souveraineté de l'État, pour déterminer dans quelle mesure elles font effectivement progresser l'effectivité des droits subjectifs reconnus aux étrangers. Il s'agira, dans ce chapitre, de s'interroger sur la possibilité de rééquilibrer le balancier, de corriger son déséquilibre structurel en faveur de la souveraineté, au profit des droits des individus.

Chapitre 1. L'étranger face à la souveraineté

Dans ce chapitre, nous tenterons d'expliquer l'existence du modèle du balancier entre souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers. Nous montrerons qu'il découle de la définition même de l'étranger, caractérisé par son extériorité par rapport à l'État (I.) et ses moyens de contrôler son territoire et sa population (II.). Le fait que l'étranger échappe dans une large mesure aux modalités habituelles par lesquelles l'État assure son emprise sur le périmètre de sa souveraineté explique qu'il tende à être assimilé à une menace (III.). Le régime juridique dérogatoire auquel il est soumis est donc caractérisé par une volonté de contrôler son séjour et, en amont, sa possibilité d'accéder ou non au territoire de l'État (IV.).

I. Une définition négative

L'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique se manifeste d'abord par le fait qu'il ne soit appréhendé que négativement, sous l'angle de son absence de liens avec la population de l'État d'accueil. Nous verrons que cette appréhension négative se manifeste à la fois dans l'étymologie du terme et dans la structuration du corpus juridique consacré aux étrangers.

Étymologiquement dérivé du latin « *extraneus* », signifiant « du dehors, extérieur », « qui n'est pas de la famille, du pays »¹, et du français « étrange », le terme « étranger » est formé à partir du préfixe *extra* ou *ex* qui signifie « hors de ». Sa première occurrence attestée date de 1369 et il s'applique d'abord

à ce qui est d'un autre pays (par rapport au locuteur), par extension à ce qui n'appartient pas à un groupe familial, social, ou à un ensemble (en parlant de choses) puis (fin XVII^e), à ce qui n'est pas connu ou n'est pas familier, et aussi à une personne qui se tient à l'écart de quelque chose, enfin (1690) à une chose qui n'a aucun rapport avec quelque chose.²

Ce qui frappe dans ce compte-rendu historique, c'est la diversité et le vague des ensembles auxquels l'étranger est dit ne pas appartenir. Le seul point commun à toutes ces acceptions est celui de l'extériorité, ce qui implique un emploi relatif : est étranger celui qui n'appartient pas au groupe évoqué par le locuteur, quel qu'il soit. Sont donc étrangers *en France*

¹ Rey (A.), Tomi (M.), Hordé (T.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1992, entrée « étrange ».

² *Ibid.*

aujourd'hui les non Français : le terme désigne un groupe qui n'a pas d'autre unité que cette commune caractéristique négative. Employer cette catégorie suppose de se référer à un ensemble premier relativement auquel on exclut ou sépare ensuite ceux qui n'en font pas partie ; selon le point de vue adopté, un même individu sera ou non qualifié d'étranger.

La définition juridique de l'étranger en droit français reprend ces dimensions : « sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité ».¹ Les dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) s'appliqueront à un ensemble potentiellement très disparate de personnes, non seulement du point de vue du sexe, de l'âge, de l'origine géographique ou de l'activité professionnelle, mais aussi du point de vue de l'intensité et de l'ancienneté de leurs rapports avec la population et le territoire français. La diversité des titres de séjour (et le caractère fluctuant de leurs appellations) reflète dans une certaine mesure cette disparité. À ce jour, on n'en distingue pas moins de onze², sans compter les visas et autorisations provisoires au séjour.³ Toutefois il ne s'agit là que de subdivisions qui déterminent les différentes espèces d'un genre dont la définition et le trait distinctif sont entièrement négatifs. L'étranger n'est tel qu'en fonction de son rapport à la nationalité française, indépendamment du détail de sa situation que le Ceseda ne prend en considération que dans un second temps, comme son rapport au territoire français (selon qu'il est hors du territoire et demande ou non à y entrer, à la frontière, présent régulièrement ou non sur le territoire, quittant le territoire de façon volontaire ou forcée), son statut juridique (ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne ou non, conjoint de français, mineur), les motifs de sa présence (liés au travail, à sa santé, à sa famille, à sa recherche d'une protection internationale).

La définition négative de la catégorie d'étranger explique la difficulté qu'il y a à situer le droit des étrangers, comme ensemble des dispositions régissant leur entrée et leur séjour en France, au sein des disciplines juridiques. Le droit des étrangers a d'abord été pris en charge par les spécialistes du droit international privé, puis plus récemment par les spécialistes du droit

¹ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, ci-après noté Ceseda, article L111-1.

² Certains pouvant par ailleurs être attribués à plusieurs catégories d'étrangers, ainsi de la carte « vie privée et familiale » délivrée aux « étrangers ayant déposé plainte pour certaines infractions, témoigné dans une procédure pénale ou bénéficiant de mesures de protection » (L316-1) ou à ceux bénéficiant d'une admission exceptionnelle au séjour (L313-14).

³ Ce sont, pour les titres temporaires, la carte de séjour temporaire portant la mention « visiteur », « étudiant », ou « vie privée et familiale » ; la carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle et pour les titres pluriannuels, la carte de séjour pluriannuelle générale délivrée après un premier document de séjour, la carte de séjour pluriannuelle portant la mention « passeport talent », « travailleur saisonnier » ou « salarié détaché ICT », et enfin les cartes de résident (L314-1 *sqq.*) simple ou UE, et la carte portant la mention « retraité » (L317-1).

administratif et des libertés publiques, et constamment aussi par les juristes du droit international public : il se situe au croisement de plusieurs disciplines, la prédominance de l'une ou de l'autre tenant à l'angle adopté, selon qu'il s'agit plutôt de la jouissance des droits ou du régime administratif.¹

Cette indétermination disciplinaire n'est pas anecdotique ; elle souligne la dimension de pure extériorité et de pure négativité qui caractérise l'objet juridique « étranger ». Parce qu'il est avant tout extérieur à la communauté juridique des nationaux, l'étranger peut se voir appliquer des lois différentes et relever d'une juridiction autre. C'est ce qui est analysé par le droit international privé. Mais il tombera aussi sous un régime souvent plus restrictif que les nationaux en termes de droits et libertés ; c'est l'enjeu du droit administratif. Enfin, en tant qu'il franchit des frontières ou change de nationalité, par exemple, l'étranger relèvera du droit international public ; de même s'il se réclame de conventions internationales garantissant ses droits. On pourrait ajouter le droit de l'Union européenne pour le statut des ressortissants des pays membres.

Structurellement, le corpus français du droit des étrangers, codifié en 2004, s'organise essentiellement de façon chronologique, envisageant successivement l'entrée (livre II), le séjour (livre III), et l'éloignement (livre V) ; au sein de ces différents livres sont ensuite déclinées les modalités spécifiques aux différentes catégories d'étrangers. On voit d'emblée que le point de vue adopté est à la fois général et objectif, au sens où la structure est fournie par les différents rapports que les étrangers peuvent entretenir au territoire français (entrer, séjourner, sortir), alors même que, envisagés du point de vue subjectif, ces rapports successifs au territoire peuvent correspondre à l'exercice d'un seul et même droit (comme le droit à la vie privée et familiale, par exemple, même s'il s'agit déjà d'une catégorisation juridique éloignée du vécu effectif) ; la discontinuité des statuts juridiques ou des titres de séjour peut venir fragmenter ce qui est vécu sur le mode de la continuité. Les catégories et motifs de séjour sont définis exclusivement par le législateur, et entendent modeler de l'extérieur, depuis son seul point de vue, les parcours des individus auxquels ils s'appliquent.²

L'extériorité des étrangers au processus de catégorisation se ressent dans le contenu des catégories. Celles-ci expriment les valeurs dominantes de la nation qui reçoit l'étranger. C'est ainsi que la catégorie « conjoint de Français » est sourde à la deuxième ou troisième épouse d'un étranger polygame, ou au partenaire de même sexe d'un étranger. Dans d'autres cas, les catégories expriment les besoins de la

¹ Voir l'historique résumé in Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.) et Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF Thémis droit, Paris, 2015, p. 3.

² La formulation la plus aboutie de cette optique étant la thématique de l'« immigration choisie » : le caractère unilatéral des politiques d'immigration est ici manifeste.

nation qui reçoit, comme en témoigne l'exemple de l'étranger « susceptible de participer, du fait de ses compétences et talents, de façon significative, au développement économique ou au rayonnement de la France » (article L315-1). Le point de départ de ces deux catégories n'est donc pas l'intérêt ou la volonté de l'étranger, mais les valeurs et les besoins de l'autorité normative. Les catégories d'étrangers sont donc des catégories « hétéro-définies ».¹

Cette dimension objectivante est plus marquée encore concernant l'asile (livre VII) dans la mesure où l'expression « droit d'asile » renvoie aux dispositions régissant ce statut spécifique, plutôt qu'au droit subjectif qu'elles ont pourtant pour objet de garantir et qui serait désigné par l'expression « droit à l'asile ». Enfin, le fait que les mesures d'éloignement et les contrôles et sanctions fassent chacun l'objet d'un livre entier (respectivement les livres V et VII) souligne une dimension centrale et toujours plus importante du droit des étrangers, sur laquelle nous reviendrons, qui est celle du contrôle.

Ainsi, parce que le terme « étranger » renvoie à une catégorie qui n'a d'unité que négative, le régime juridique qui lui est réservé est essentiellement conçu du point de vue de l'État — qui constitue le pôle relativement auquel les étrangers sont étrangers — et plus particulièrement des attributs traditionnels de sa souveraineté : le territoire et la population. Est prioritairement désigné comme étranger l'individu *présent sur le territoire* d'un État dont il n'a pas la nationalité. L'étranger se définit donc par la conjonction de deux éléments. La première caractéristique consiste en un rapport avec le territoire de l'État² qui le qualifie comme étranger (que ce rapport soit celui de la présence ou de la demande d'autorisation à y entrer), ou du moins un rapport juridique quelconque avec un de ses ressortissants, comme un rapport contractuel ou matrimonial ; en l'absence d'un tel rapport, il n'y aurait pas de *droit* des étrangers, car le droit serait inutile, faute de matériau auquel s'appliquer. La seconde caractéristique est la non-appartenance à la population ; c'est ce qui explique que le corpus juridique considéré soit le droit *des étrangers*, et non le droit public commun régissant les rapports entre l'État et ses ressortissants.

Or dans le droit des étrangers contemporain, il apparaît clairement que le second critère,

¹ Barbou Des Places (S.), « Les étrangers “saisis” par le droit. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société* n° 128, 2010, p. 1-15, p. 4.

² Ceseda, article L111-2 : « Le présent code régit *l'entrée et le séjour* des étrangers en France métropolitaine, en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin. » (nous soulignons). Ce code ne rend pas compte de l'ensemble des dispositions juridiques qui concernent les étrangers, puisqu'il faudrait y ajouter les normes relatives à la nationalité, mais aussi l'ensemble des conventions internationales (droit international public et privé, droit européen, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Nous nous en tiendrons toutefois essentiellement aux dispositions du Ceseda (ainsi qu'aux textes européens correspondants) dans la mesure où la question qui nous occupe est avant tout celle de l'accès au territoire.

défini négativement comme non-appartenance à la population de l'État, a largement pris le pas sur le premier critère, défini positivement comme présence sur le territoire du même État : c'est parce que l'étranger n'est pas un ressortissant qu'accepter sa présence sur le territoire n'est en rien une obligation pour l'État. On peut d'ores et déjà souligner ce que cette situation a d'artificiel et de paradoxal en évoquant le cas inverse des ressortissants français émigrés de longue date : seule compte ici la naissance, car un séjour de longue voire très longue durée sur le territoire ne suffira pas à « effacer » l'extériorité de l'étranger et à lui assurer un véritable droit de rester, alors qu'un national parti s'installer à l'étranger même depuis plusieurs décennies conservera toujours le droit de revenir en France. Cet état de fait nous paraît aujourd'hui aller de soi, en raison de l'inscription de la dichotomie entre national et étranger dans nos représentations, mais un des objectifs de notre recherche est précisément d'en interroger la pertinence.

II. Une extériorité structurante

La prégnance de cette dichotomie s'explique : au-delà de sa dimension négative d'extériorité, la catégorie d'étranger apparaît comme une notion structurante pour l'émergence de l'État au sens contemporain, entendu comme pouvoir suprême, unifié et exclusif s'exerçant sur un territoire et une population donnés. C'est en effet par opposition avec l'étranger que s'appréhendent aussi bien le lien qui unit le national au pouvoir que l'emprise qu'exerce l'État sur son territoire. Nous verrons d'abord que la définition juridique du groupe des étrangers a permis d'unifier par contraste le groupe des ressortissants ; puis que ce processus s'est accompli au prix de la mise en place d'un régime juridique *ad hoc* qui consacre la précarité de la situation des étrangers.

1. L'étranger comme clé de voûte de la souveraineté étatique

Historiquement, la mise en place de la souveraineté de l'État et l'unification du territoire et de la population qui en est le corollaire sont liées au passage de la *condition* au *statut* d'étranger.

Si l'on remonte à l'origine du concept de souveraineté étatique, sa caractérisation par Bodin l'apparente à

un pouvoir suprême de domination de l'État sur les personnes qui entrent dans le cercle de sa juridiction. En ce sens, elle n'est que le résultat d'un processus systématique de quadrillage du territoire par le droit. La loi par laquelle se manifeste cette souveraineté est conçue comme un commandement auquel personne ne peut déroger, à l'exception précisément du Souverain, ni résister par la force. Ce régime juridique spécifique lui confère le statut de norme suprême valant pour tous les sujets étatiques.¹

Par cette détermination de la norme suprême, l'ensemble des sujets (c'est-à-dire, en termes modernes, des ressortissants) se trouve mis sur le même plan, dans une égale soumission au souverain, par opposition à la fragmentation et à l'enchâssement des allégeances féodales ; ce nivellement interne va de pair avec une séparation nette entre les sujets du souverain et les étrangers, qui sont présents sur le territoire sans être juridiquement liés au souverain. La notion de souveraineté nous intéresse donc en ce qu'elle fait surgir la catégorie des étrangers au sens contemporain du terme, c'est-à-dire des non-ressortissants : « désormais, la *summa divisio* politique passe entre le national et l'étranger (...), et non plus au sein de la communauté politique entre le privilégié et le non-privilégié »². L'homogénéisation opérée entre les sujets met en relief la catégorie de l'étranger et lui donne sa consistance toute négative d'individus présents sur le territoire d'un souverain auquel ils ne sont pas soumis, par opposition la situation antérieure où

le terme « étranger » pouvait ne pas être attribué à un individu originaire d'un pays lointain, alors que d'étranger pouvait être traité l'habitant d'un village avoisinant, ou en étrangères pouvaient se transformer des personnes apparemment proches, à la limite les membres d'une même famille (...). « Étranger » était l'individu qui n'était pas inscrit de plein droit dans une chaîne de succession en raison de son sexe, de la marginalité dans laquelle la mort du père ou de l'époux l'avait plongé, ou à la suite de l'abandon prolongé de sa propre résidence ; celui qui n'avait pas soumis sa mobilité géographique, caractéristique de son métier, au contrôle des institutions locales ; ou encore, celui auquel manquait moins l'argent que la compétence pour tisser ces réseaux locaux qui, seuls, donnaient accès à la propriété.³

La question de l'appartenance se cristallise progressivement sur l'appartenance politique et ne se disperse plus, comme auparavant, sur l'ensemble des appartenances possibles (familiales, villageoises, économiques, religieuses, professionnelles). Schématiquement, l'avènement de l'État moderne que rend possible la notion de souveraineté fait passer de l'extrême diversité de la « *condition d'extranéité* »⁴ à l'unification juridique de la *catégorie*

¹ Beaud (O.), *La Puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994, p. 53.

² Beaud (O.), *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 111.

³ Cerutti (S.), *Étrangers. Étude d'une condition d'incertitude dans une société d'Ancien Régime*, Bayard, Paris, 2012, p. 10.

⁴ Cerutti (S.), *Étrangers...*, op. cit., p. 11.

d'étranger.

Sans être sujet du souverain du territoire sur lequel il se trouve, l'étranger au sens juridique n'est pas complètement extérieur au système de normes en vigueur sur ce territoire : il se doit d'en respecter les lois. Bien qu'il n'appartienne pas à la population de l'État, il est physiquement et juridiquement présent sur son territoire ; et c'est cette situation hybride, entre exclusion et inclusion, entre extériorité et intériorité, qui fait toute la singularité de son statut. Il ne fait pas partie de ceux auxquels s'applique « naturellement » la loi du souverain, ce qui signifie aussi qu'il ne bénéficie pas en retour de la protection de ce souverain ; toutefois, parce qu'il est présent et que la souveraineté est un pouvoir suprême *sur un territoire* autant qu'une population, il se trouve intégré à la juridiction. L'homogénéisation juridique et politique du territoire étatique portée par la notion de souveraineté entraîne, comme sa conséquence logique, l'homogénéisation de la catégorie d'étranger ; à partir du moment où le territoire et la population sont prioritairement envisagés à l'échelle de l'État, la définition de l'« extranéité » sera elle aussi relative à l'État. Cela se manifeste en particulier à travers le phénomène de monopolisation progressive du droit d'aubaine¹ par le pouvoir royal au détriment des seigneurs locaux, définitive à partir de 1697.

Qui plus est, cette monopolisation du droit d'aubaine entraîne un changement profond dans le type d'appréhension dont l'extranéité fait l'objet, passant du domaine privé au domaine public² :

avec cette *institutionnalisation* du pouvoir monarchique, l'autorité n'est plus attachée à la propriété privée, à la possession d'un fief, mais rapportée à une « institution » qui est la source de tout pouvoir. Or, précisément, l'aubaine étant jusque-là attachée au territoire local, il faut, pour que le pouvoir royal puisse l'accaparer, qu'il change de nature : d'une incapacité successorale relevant de la sphère privée et liée à la résidence sur le territoire seigneurial elle doit devenir une incapacité de type « politique »³,

ce qui renforce en retour l'homogénéisation du territoire et de la population caractéristique de la mise en place de la souveraineté moderne.

¹ Qui désigne l'incapacité successorale dont étaient frappés les étrangers au Moyen-Âge et jusqu'au XIX^e siècle. Aubain (étymologiquement, l'*alibi natus*, ou celui qui est né ailleurs) est donc alors le terme le plus courant pour désigner les étrangers.

² Notons toutefois que cette évolution se fait de façon progressive et ne s'achèvera qu'avec la Révolution française et le passage à l'État-nation : tout au long de la période monarchique, le lien d'obéissance qui caractérise la souveraineté reste pensé sur un mode personnel, il peut être renforcé ou atténué par des privilèges, et n'est pas homogène sur l'ensemble du territoire « national ». Pour un bilan, voir Noiriel (G.), « Les pratiques policières d'identification des migrants et leurs enjeux pour l'histoire des relations de pouvoir. Contribution à une réflexion en "longue durée" », in Blanc-Chaléard (M.-C.), Douki (C.), Dyonet (N.), Milliot (V.) (dir.). *Police et Migrants. France, 1667-1939*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001, p. 120 sqq.

³ Slama (S.), *Le Privilège du national...*, op. cit., p. 35-36.

La « nationalisation » du statut de l'étranger et la mise en place des structures de la souveraineté moderne sont donc deux processus contemporains et qui se nourrissent réciproquement. C'est par la notion de souveraineté que se « dessine (...) une sorte de régime juridique spécifique pour les étrangers, un statut dérogatoire au droit commun », statut qui concerne à la fois le droit privé et le droit public et qui ne varie plus d'une seigneurie à l'autre, constituant donc le corrélat négatif de l'édification d'un droit *commun* à l'échelle de l'État.

En ce qui concerne le droit privé (...), l'étranger est traité comme étant un incapable partiel (...), mais le régime dérogatoire que connaît l'étranger déborde le champ du patrimoine et touche aussi à ce qu'on appellerait aujourd'hui les libertés publiques. En circonstances normales, c'est-à-dire en temps de paix, l'étranger peut faire l'objet d'une expulsion par le Souverain lorsqu'on considère qu'il menace soit l'intégrité morale de ses sujets, soit la sécurité de son pays. En circonstances exceptionnelles, en temps de guerre, le régime se durcit encore : l'étranger perd toute liberté puisqu'il est traité comme un ennemi potentiel, et à ce titre, suivant la loi de guerre, susceptible d'être emprisonné de façon préventive.¹

Ici ressurgit la conception négative de l'étranger, assortie de la méfiance qui caractérise le rapport que l'État entretient à cette catégorie paradoxale de la population, mais on mesure désormais combien cette négativité structure la conception même de l'État et des nationaux, comme si la catégorie négative était logiquement première : seraient nationaux ceux qui ne tombent pas sous le coup des mesures qui peuvent frapper les étrangers. Tout se passe comme si la population des nationaux se définissait comme l'ensemble des individus immunisés contre les privations que peuvent subir les étrangers. Ainsi, chez Bodin, la catégorie des citoyens-nationaux est appréhendée comme l'envers de celle des étrangers, au sens où seule l'opposition entre les citoyens soumis au pouvoir souverain et les étrangers qui n'y sont pas soumis est considérée comme essentielle et permet de transcender l'immense diversité accidentelle qui peut exister au sein des deux catégories. Ce n'est que par contraste avec les étrangers que s'unifie la population des citoyens par ailleurs éclatée en classes, corps, ordres, etc. Aussi, « plutôt que de décrire les droits civils et politiques du citoyen, comme le feront les définitions statutaires et constitutionnelles après 1789, J. Bodin raisonne *a contrario*, définissant ce que l'on pourrait appeler les “anti-privilèges” de l'étranger. »², au premier rang desquels figure la privation du droit d'aubaine.

¹ Beaud (O.), *La Puissance de l'État*, op. cit. p. 115.

² Sahlins (P.), « Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne. Réponse à Simona Cerutti », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 63, 2008/2, p. 385.

2. *L'étranger comme point aveugle du système juridique*

Pour cette raison, la distinction entre national et étranger a pu être qualifiée de « *prima divisio* »¹, comme « droit des personnes, par lequel la communauté nationale se définit et décide du degré de privilège qu'elle entend se réserver »². Or malgré (ou en raison de) son caractère fondateur, la distinction reçoit peu de justifications juridiques ; bien au contraire, elle est présentée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme une évidence qui ne requiert guère de motivations alors même que rien, dans le bloc de constitutionnalité, ne justifie cette distinction.

En effet, si la jurisprudence du Conseil constitutionnel a entériné le principe d'égalité³ qui interdit toute discrimination entre nationaux et étrangers, elle maintient toutefois que

le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République.⁴

Toute différence de traitement ne sera donc pas nécessairement interprétée comme discriminatoire, bien au contraire, car la distinction catégorielle entre nationaux et étrangers est très souvent reçue comme justifiant une telle différence de traitement. Le principe d'égalité doit plutôt s'analyser comme une atténuation de la marge de manœuvre, par ailleurs assez large, du législateur en la matière : le Conseil constitutionnel estime, concernant les étrangers, que

les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; (...) que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux.⁵

Dans cette décision fondatrice pour la définition du statut constitutionnel des étrangers, la distinction entre étrangers et nationaux est tenue pour acquise et n'est en aucun cas argumentée. Loin de faire l'objet de la moindre interrogation juridique, elle est au contraire le soubassement implicite du raisonnement du Conseil, qui s'interrogera uniquement sur la conciliation à opérer entre les dispositions spécifiques visant les étrangers et le respect des « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident

¹ Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., p. 1.

² Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., p. 1.

³ C. C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n° 89-269 DC, considérant 35.

⁴ C. C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé...*, considérant 33.

⁵ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, considérant 2.

sur le territoire de la République »¹. Le principe même de la différenciation entre nationaux et étrangers constitue un point aveugle sur le plan juridique, qui est posé sans être justifié. L'extériorité de l'étranger à l'égard du cadre juridique étatique fonctionne comme un donné à la fois fondateur, structurant, et implicitement admis, sans que le principe d'égalité vienne remettre en cause cet implicite, que ce soit son contenu (la différence de situation) ou son caractère implicite (pas de nécessité de motiver les mesures spécifiques autrement qu'en faisant appel à la différence de situation).

Ainsi, dans la décision de 1993, la différence de situation entre nationaux et étrangers est citée à trois reprises pour entériner des différences de traitement, ce qui signifie qu'elle est appréhendée par le Conseil constitutionnel comme un argument à part entière. Par exemple, parce que « les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente »², une disposition établissant qu'

en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France, à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1^o) du code de procédure pénale

ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant la loi. Le raisonnement s'appuie sur le fait que le droit des étrangers repose sur un régime d'autorisation préalable (concernant l'entrée et le séjour), contrairement à celui des nationaux, ce qui implique des modalités larges de contrôle administratif ; mais *l'existence* du régime d'autorisation préalable lui-même, et donc de la différence de traitement entre étrangers et nationaux, ne fait l'objet d'aucune justification particulière.

Les deux autres occurrences de la distinction entre nationaux et étrangers sont plus éloquentes encore, dans la mesure où elles révèlent que, aux yeux du Conseil constitutionnel, des dispositions ne pouvant pas, par nature, concerner des nationaux ne peuvent pas violer le principe d'égalité. Ainsi, parce que « l'obtention d'une carte de résident ne peut concerner qu'une personne étrangère (...) il ne saurait y avoir, au regard de la réglementation régissant cette obtention, de discrimination entre les nationaux et les étrangers »³ ; de même, puisque « le regroupement familial prévu par les dispositions contestées ne concerne que les étrangers (...) dès lors le grief tiré d'une rupture du principe d'égalité entre étrangers et nationaux au regard

¹ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 3.

² C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 15.

³ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 31.

des ressources prises en compte ne saurait qu’être écarté »¹. On a affaire ici à un raisonnement circulaire : les mesures spécifiques relatives à l’entrée et au séjour des étrangers en France ne contreviennent pas au principe d’égalité puisque les étrangers ne sont pas des nationaux. La différence de situation légitime... la différence de situation, comme si le seul fait de nommer² deux catégories de personnes différemment (« étrangers » et « nationaux ») suffisait à fonder en raison des traitements différents, et donc à écarter le principe d’égalité.

Pourtant, le corpus constitutionnel sur lequel le Conseil constitutionnel est censé fonder son raisonnement ne comporte guère de dispositions justifiant une telle approche.

Comme le souligne Millard dans un article au titre éloquent³, on trouve peu de mentions de l’étranger dans la Constitution française, en dehors de la consécration de l’asile⁴. En l’absence de normes constitutionnelles les visant explicitement, le statut des étrangers sera donc défini par un « raisonnement *a contrario* à partir des dispositions portant sur les seuls nationaux, en mobilisant une double opposition : national/étranger, et citoyen/homme »⁵, sans que le bien-fondé de cette partition ne fasse jamais l’objet d’une motivation juridique. Cette « absence de dispositions constitutionnelles précises consacrant des droits et libertés au profit des étrangers auxquelles on pourrait confronter la loi contestée »⁶ entérine la marge de manœuvre du Parlement et du pouvoir réglementaire en la matière, libres de définir les mesures spécifiques relatives aux étrangers. Les principales caractéristiques du « statut constitutionnel des étrangers »⁷ sont donc elles aussi essentiellement négatives : « aucun principe non plus qu’aucune règle de valeur constitutionnelle n’assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d’accès et de séjour sur le territoire national »⁸, encore une fois pour la seule raison, éminemment tautologique, que « les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ». Autrement dit, la catégorie « étranger » désigne un groupe spécifique pour lequel la détermination des règles applicables est laissée à l’appréciation du

¹ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration...*, considérant 72.

² Cette circularité du raisonnement est renforcée par le fait que la qualification d’étranger est une réalité purement juridique et conventionnelle, sans substrat empirique, alors que dans la plupart des autres cas, comme la vie familiale ou la relation de travail, par exemple, des éléments factuels peuvent amener à une requalification juridique.

³ Millard (E.), « La Constitution ignore les étrangers », *Plein droit*, 2012/3 n° 94, p. 14-17.

⁴ « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d’asile sur les territoires de la République », affirme le Préambule de la Constitution de 1946, et « les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. » (Constitution de 1958, article 53-1).

⁵ Millard (E.), « La Constitution ignore les étrangers », *art. cit.*, p. 15.

⁶ Millard (E.), « La Constitution ignore les étrangers », *art. cit.*, p. 15.

⁷ Genevois (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *Revue française de droit administratif*, 1993/5, p. 871.

⁸ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers en France*, considérant 2.

législateur, sans qu'il soit besoin de justifier la distinction autrement qu'en la nommant ; de ce fait, les étrangers ne sont pas seulement extérieurs à la catégorie des ressortissants français, ils sont aussi dans une large mesure extérieurs au corpus juridique qui régit ces derniers et relèvent de normes *ad hoc*, essentiellement orientées, nous allons le voir, vers la préservation de l'ordre public.

Il serait toutefois excessif d'affirmer qu'au regard des normes constitutionnelles les étrangers ne jouiraient d'aucun droit en France. En réalité, « si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », parmi lesquels figurent « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale »¹, ainsi que le droit à la protection sociale si la condition de régularité du séjour est remplie. Il convient tout d'abord de noter que cette liste est explicitement présentée comme non exhaustive, puisque les droits cités le sont « parmi » d'autres possibles. Par ailleurs, même si la formulation adoptée n'est pas exempte d'ambiguïté, elle semble opérer une distinction entre le droit à la protection sociale d'une part, réservé aux étrangers résidant régulièrement en France, et tous les autres droits cités, qui seraient donc garantis « à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », régulièrement ou non. Toutefois, la suite de la décision vient nuancer une telle lecture, dans la mesure où le droit à la vie familiale, que le considérant 3 ne subordonnait pas au critère de régularité du séjour, est ensuite réservé aux seuls « étrangers dont la résidence en France est stable et régulière »². Il semble donc que l'expression « tous ceux qui résident sur le territoire de la République » doive s'entendre comme visant ceux qui y résident régulièrement, ce qui limite les droits listés par le Conseil constitutionnel aux étrangers en situation régulière, les autres demeurant dans un flou juridique à peu près complet.

Plus fondamentalement, cette liste de droits reconnus aux étrangers doit se lire à la lumière d'un principe toujours rappelé et qui en change la nature même, à savoir « la conciliation avec l'ordre public »³, dont la mention accompagne systématiquement l'énoncé d'une liberté ou d'un droit reconnu aux étrangers. On est ici au cœur du modèle du balancier exposé en introduction, qui repose sur l'extériorité de l'étranger : la reconnaissance de droits individuels aux étrangers est appréhendée par le Conseil constitutionnel comme un élément à « concilier » avec l'ordre public. Or le modèle de la conciliation implique la mise en balance de

¹ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 3.

² C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 70.

³ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, considérant 3.

deux objectifs de même importance hiérarchique, mais incompatibles entre eux ; il s'agit dans cette optique de doser de la façon la plus proportionnée possible les éléments à retenir de chaque principe. Dans le cas qui nous occupe, il est clair que la part accordée à la préservation de l'ordre public (et plus généralement à la marge de manœuvre du législateur) est particulièrement importante. Par ailleurs, même si les textes internationaux qui proclament les droits fondamentaux les reconnaissent explicitement à tous les hommes¹, dans la mesure où ces droits sont garantis par l'État, ils ne reçoivent d'effectivité que dans la mesure où ce dernier les reconnaît, les respecte et les fait respecter. Ici, la réalité juridique atténue fortement l'universalité théorique et

une représentation universelle de l'individu ne s'oppose donc pas à un traitement local des droits fondamentaux, même si cela doit aboutir à des libertés publiques variables. La traduction des droits individuels relevant des affaires intérieures des États, leurs obligations se limiteront par conséquent à la définition d'une sphère d'autodétermination pour les seuls nationaux.²

Dans les faits, les droits fondamentaux concernent prioritairement les nationaux (et, pour une extension dont nous analyserons les mécanismes et les difficultés³, certains étrangers) ; le *rapprochement* de la situation des étrangers avec celle des nationaux concernant les droits fondamentaux et les droits sociaux peut se lire comme le pôle positif d'

un mouvement de deux forces contraires [à l'œuvre depuis les années 1880], l'une alourdissant sans cesse les conditions d'arrivée et d'installation dans un nouveau pays — le sort des sans-papiers et des réfugiés en attente de régularisation en témoigne aujourd'hui —, l'autre restreignant les différences entre étrangers et nationaux.⁴

Autrement dit, la reconnaissance, par ailleurs indéniable, de droits aux étrangers serait l'envers du contrôle croissant exercé sur leur mobilité, qui restreint toujours plus les entrées⁵.

Il apparaît donc que la catégorie d'étranger joue un rôle structurant dans la conception de l'État tel que nous le connaissons. Le monde d'aujourd'hui est caractérisé par une répartition complète et exclusive des territoires et des populations entre les États⁶ et de ce point de vue

¹ Nous développerons cette analyse au chapitre 3, I.

² Tchen (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *Petites Affiches* n° 61, 22/05/1995, p. 4.

³ Chapitre 3, I.

⁴ Rosental (P.-A.), « Migrations, souveraineté, droits sociaux. Protéger et expulser les étrangers en Europe du XIX^e siècle à nos jours », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2011/2, p. 338.

⁵ Le contraste entre la situation actuelle et la fin du XIX^e siècle est à cet égard frappant ; il est d'ailleurs officialisé en 1993 avec l'objectif « immigration zéro » porté par C. Pasqua, alors ministre de l'Intérieur (tempéré en immigration « choisie » par N. Sarkozy en 2006).

⁶ Du moins en théorie, même si les cas d'apatridie et de double nationalité d'une part et les conflits frontaliers d'autre part obligent à nuancer ce constat.

l'étranger, entendu comme individu présent sur le territoire d'un État dont il n'est pas ressortissant, constitue une anomalie. Ce n'est en réalité qu'à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle que se met en place ce système composé

de corps de citoyens s'excluant mutuellement (...) en partie parce que les gouvernements disposent de moyens pour fournir des documents aux individus qui définissent leur appartenance à un pays ou à un autre. De plus, les États sont de moins en moins disposés à accorder leur protection à des ressortissants étrangers, ce qui donne naissance à un système dans lequel les passeports ne sont émis que par les fonctionnaires des États en question, et ceci uniquement à leurs propres ressortissants.¹

Ce système est tributaire de la lente monopolisation par les États des moyens légitimes de circulation, comme le montre Torpey. Il s'est progressivement imposé à la fois dans les textes juridiques, telle la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et dans nos conceptions du monde : la partition entre national et étranger est ainsi devenue la distinction la plus structurante qui soit, jusqu'à faire oublier l'historicité de cette norme et son caractère artificiel. Il est devenu évident qu'un État peut (au double sens de : « est capable de » et « est autorisé à ») décider qui entre sur son territoire :

il ne s'agit pas ici d'affirmer que les migrations internationales non autorisées n'existent pas, mais plutôt qu'un tel phénomène est précisément « illégal » ; c'est-à-dire que lorsque l'on parle de migration « illégale » (souvent « sans documents ») on se réfère au monopole exercé par l'État sur les moyens légitimes de circulation.²

De plus, le développement de cette conception de la souveraineté va de pair avec la construction progressive de la nationalité et la mise en place de l'État-nation³, où les frontières du pouvoir sont censées coïncider avec celles de la culture, la population des ressortissants nationaux faisant littéralement corps : en vertu de cette évolution, l'extériorité de l'étranger n'est plus seulement juridique, mais aussi et surtout politique, culturelle et économique — en un mot, identitaire. Ces deux facteurs se conjuguent pour expliquer une caractéristique essentielle de la condition juridique des étrangers, qui les assimile non pas uniquement à des éléments extérieurs ou à des anomalies, mais plus profondément à des menaces potentielles pour la souveraineté de l'État. C'est du moins ce que nous allons nous employer à montrer.

¹ Torpey (J.), *L'Invention du passeport. État, citoyenneté et surveillance*, Belin, Paris, 2005, p. 140-141.

² Torpey (J.), « Aller et venir : le monopole étatique des "moyens légitimes de circulation" », *Cultures & Conflits* n° 31-32, printemps-été 1998. URL : <http://conflits.revues.org/547>.

³ Nous ne mentionnerons que quelques ouvrages fondateurs de l'analyse de ce phénomène considérable : Anderson (B.), *L'Imaginaire national : réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte, Paris, 1996 ; Beaune (C.), *Naissance de la nation France*, Gallimard, Paris, 1985 ; Gellner (E.), *Nations et nationalisme*, Payot, Paris, 1983 ; Hobsbawm (E. J.), *Nations et nationalismes depuis 1870. Programme, mythe, réalité*, Gallimard, Paris, 1992 ; Thiesse (A. M.), *La Création des identités nationales. Europe XVIII e-XX e siècle*, Seuil, Paris, 1999.

III. L'étranger comme menace pour la souveraineté

À première vue, et bien qu'habituelle dans le discours politique et médiatique sur la question, l'assimilation latente de l'étranger à une menace n'a rien d'une évidence : on ne voit guère pourquoi cette catégorie de la population mettrait plus en péril l'ordre public et la souveraineté de l'État que les nationaux. La raison en est, pour Lyon-Caen, que « l'État faisant retomber sur l'étranger la méfiance que lui inspirent les États étrangers, l'étranger constitue une menace latente pour la sécurité : c'est l'identification inconsciente de l'étranger à son État, son assimilation à un ennemi putatif, qui explique l'abandon du sujet étranger à la police »¹. La prééminence des relations interétatiques sur la considération des individus expliquerait le traitement soupçonneux dont font l'objet les étrangers. Nous souhaiterions cependant montrer que cette méfiance s'ancre en réalité dans la structure même de la souveraineté étatique, conçue avant tout comme un *contrôle* exercé sur un territoire et une population. Nous verrons ensuite la traduction institutionnelle de ce principe à travers la revendication d'un contrôle aux frontières.

1. L'équivalence entre souveraineté étatique et contrôle

Le premier aspect qui tend à assimiler l'étranger à une menace pour la souveraineté de l'État tient au fait que cette dernière est avant tout définie comme l'exercice d'un contrôle exclusif sur un territoire et une population donnés. De ce point de vue, la seule présence de l'étranger constitue un véritable défi administratif, mais c'est le caractère mobile de l'étranger qui entre le plus en tension avec le fonctionnement ordinaire de l'État et son objectif de maillage du territoire et de la population.

En effet, il a été démontré que l'État dans sa forme contemporaine s'est historiquement constitué en acquérant progressivement une capacité à « étreindre »² le territoire et la population sur lesquels il exerce son pouvoir, c'est-à-dire à exercer sur eux une emprise effective. Concrètement,

parce que les États sont à la fois des organisations territoriales et des organisations regroupant des membres, celles-ci doivent alors instaurer et maintenir des limites permettant de distinguer leurs propres ressortissants des étrangers, au niveau de leurs frontières géographiques et entre les individus évoluant à l'intérieur de ces frontières.³

¹ Lyon-Caen (G.), « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, p. 694.

² D'après le modèle défendu par Torpey (J.), in *L'Invention du passeport*, op. cit., p. 18-19.

³ Torpey (J.), *L'Invention du passeport*, op. cit., p. 5-6.

Or, cet objectif implique un maillage administratif très fin du territoire et des individus, qui suppose à la fois une prouesse organisationnelle¹ et l'élimination de la concurrence traditionnellement opposée par des instances privées (acteurs économiques et Églises, en particulier). Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle², la mobilité des individus est autorisée ou du moins facilitée par des documents d'ordres divers, mais la plupart du temps d'origine non étatique - institutions professionnelles délivrant le livret ouvrier, autorités municipales ou encore instances religieuses locales rédigeant l'« aveu », du moins pour la circulation intérieure ; la sortie du territoire, lorsqu'elle est autorisée, est généralement conditionnée à la possession d'un passeport. Cela s'explique par le fait qu'à cette époque, la fonction de recommandation du passeport prime sur sa fonction d'identification : « les passeports sont des actes qui ont valeur de recommandation, et par lesquels l'autorité qui les délivre demande à ce que leur porteur ne soit pas inquiété sur sa route. De fait, toute "autorité", qu'il s'agisse du curé, d'un officier municipal ou de police, ou d'un ministre du roi, est habilitée à en expédier »³. L'accaparement par l'État (au sens d'institution nationale du pouvoir, par différence avec les différentes institutions privées, mais aussi avec les autorités publiques locales) de la délivrance des moyens de circulation a opéré une double révolution : l'État a acquis par ce biais la capacité à la fois de contrôler les populations pauvres et d'augmenter l'efficacité de la conscription. Or ces deux phénomènes correspondent aux deux caractéristiques majeures de l'État-nation contemporain : l'allocation des ressources d'une part, et le service militaire d'autre part. Ce sont d'ailleurs ces impératifs stratégiques qui ont présidé à la mise en place d'un système national de passeports et d'un état civil en France au cours de la Révolution française.

L'état civil fut instauré par décret le 20 septembre 1792 et permit aux autorités étatiques de développer une connaissance générale et systématique de leur population : « depuis lors, un individu ne pouvait exister qu'en tant que citoyen une fois que son identité à lui ou elle avait été enregistrée par les autorités municipales, selon des dispositions qui étaient les mêmes dans

¹ « Bien sûr, avant la période moderne, le despotisme a souvent imposé le contrôle des déplacements, mais ces États ne disposaient pas globalement de l'infrastructure administrative suffisante et nécessaire pour appliquer une telle régulation de façon systématique et généralisée. La monopolisation aboutie des moyens légitimes de circulation de la part des États et du système étatique a dû attendre la création de bureaucraties et de technologies élaborées. Ces bureaucraties et ces technologies n'ont vu le jour que graduellement, et cette tendance s'est sensiblement intensifiée vers la fin du XIX^e siècle. » (Torpey (J.), « Aller et venir : le monopole étatique des "moyens légitimes de circulation" », *art. cit.*, p. 4.

² Pour le cas de la France, la rupture se produisit lors de la Révolution ; dans les autres pays européens, la monopolisation semble s'être plutôt faite au cours du XIX^e siècle.

³ Denis (V.), « Administrer l'identité », *Labyrinthe* n° 5, 2000, p. 31.

tout le territoire national »¹, même si cet objectif ne sera atteint dans les faits que sous l'Empire². Bien qu'une tentative assez comparable ait déjà eu lieu sous l'Ancien Régime³, cette mise en place constitue une rupture incontestable dans la mesure où elle entérine définitivement le passage à un système d'identification généralisée et systématique des individus, alors que, dans la période antérieure, pour éviter des résistances populaires, l'effort s'était concentré sur

l'identification précise des cibles de la répression, et (...) la définition de leur traitement, variable selon leur statut, la gravité des actes, leur sexe, leur condition physique et leur âge. La déclaration du 18 juillet 1724 montre ainsi l'élaboration de procédures d'identification et de classement pour identifier et arrêter les mendiants, reposant sur les papiers, les signalements et les marques. [Cela confirme que] les appareils de contrôle et de répression contribuent fortement au développement des papiers d'identité.⁴

Sous l'Ancien Régime la généralisation de ces pratiques et leur standardisation se heurtaient à la structure même d'une société hiérarchisée en ordres et en classes : le classement alphabétique suscitait des résistances parce qu'il nivelle les hiérarchies sociales, et le signalement physique permettant de s'assurer que le porteur du document est bien son destinataire était considéré comme infamant, car il s'agit d'une « technique utilisée au départ pour rechercher les déserteurs et les criminels », inapplicable pour cette raison aux « gens de qualité »⁵. On mesure combien le simple fait d'identifier tous les ressortissants selon les mêmes modalités revient pour un État à se constituer véritablement en État-nation, c'est-à-dire à envisager sa population comme un corps d'individus égaux entre eux et également soumis à

¹ Noiriel (G.), *Population, immigration et identité nationale en France, XIX^e-XX^e siècle*, Hachette, Paris, 1992, p. XVIII.

² Noiriel (G.), « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses* n° 13, 1993, p. 3-28. Il évoque aussi la loi du 11 Germinal an XI imposant la fixité des patronymes afin d'améliorer l'identification des individus (p. 26-27). Torpey analyse par ailleurs le phénomène de double contrainte auquel se sont trouvés confrontés les États modernes en matière d'identification : ils avaient besoin de méthodes plus fiables que la simple « description de la position sociale d'un individu – résidence, emploi, condition familiale, etc. » qui avait cours sous l'Ancien Régime, tout en faisant face à l'émergence d'une sensibilité libérale qui rendait inenvisageables les techniques consistant à « écrire sur le corps » (en témoigne l'abandon du marquage au fer rouge des criminels en 1832). Elles furent donc remplacées par des techniques permettant de « lire le corps », moins invasives mais dont la sophistication croissante permit à terme aux États d'identifier les individus de façon fiable, comme le repérage des empreintes digitales. (*L'Invention du passeport*, *op. cit.*, p. 25-26).

³ L'ordonnance de 1667 impose (théoriquement) la tenue systématique des registres de baptême, mariage et sépulture ; quand bien même elle aurait été appliquée, on voit que la connaissance de la population qui en aurait résulté aurait été moins complète que celle rendue possible par l'état civil.

⁴ Denis (V.), « Administrer l'identité », *art. cit.*, p. 27.

⁵ Denis (V.), « Administrer l'identité », *art. cit.*, p. 32. Sous la Révolution, la systématisation du signalement physique écrit fait d'ailleurs l'objet d'un débat lié à sa faible fiabilité, qui a pour conséquences d'exposer des citoyens honnêtes au risque de tracasseries policières indues. L'existence même de ce débat « montre combien les députés sont sensibles au côté arbitraire d'une démarche qui vise à saisir par l'écriture (donc à "figer", à "éterniser") les éléments fluctuants, subjectifs, à partir desquels on perçoit l'apparence extérieure d'une personne », pratique qui nous semble aujourd'hui aller de soi. (Noiriel, [G.], « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^e à la III^e République », *Genèses*, n° 30, 1998, p. 88).

son autorité. La systématisation des papiers d'identité a ainsi une portée symbolique considérable, qui a pour effet d'accroître la distinction entre national et étranger puisque, de fait, les documents d'identité sont le plus souvent (sans qu'il y ait la moindre nécessité en la matière) délivrés par un État à ses seuls ressortissants. Inversement, puisqu'ils sont nés ailleurs qu'en France, les étrangers échappent à l'état civil et plus généralement à toute saisie par l'administration, ce qui explique en partie la méfiance dont ils font l'objet.

Quant au contrôle des déplacements, qui suscite la seconde caractéristique « menaçante » de l'étranger (la mobilité), il est frappant de constater combien le modèle qui nous semble aujourd'hui aller de soi est d'institution récente et a pu faire l'objet de contestations. En effet, depuis un édit de 1669, les sujets français n'étaient pas autorisés à sortir du royaume, alors que la focalisation contemporaine porte plutôt sur les entrées. Plus généralement, le système des passeports représentait un « mécanisme de domination absolument essentiel »¹ sous l'Ancien Régime (quoique relativement inefficace en raison de sa décentralisation), ce qui explique qu'il ait fait l'objet de nombreuses mentions dans les cahiers de doléances en 1789 - alors qu'il n'est plus aujourd'hui et depuis longtemps une question politique sensible. Aussi les questions liées aux passeports et à la liberté de circulation suscitent-elles un débat approfondi à l'Assemblée constituante dès l'automne 1789, la persistance de mesures de contrôle donnant lieu à une dénonciation de « l'esclavage des passeports » par un commentateur du *Moniteur*, qui y voyait une atteinte au droit de tout homme de « respirer l'air qui lui plaît sans demander la permission d'un maître qui peut la lui refuser »². Toutefois, les impératifs sécuritaires triomphent après la tentative de fuite du roi en juin 1791. Dès lors, les sorties du royaume qui avaient été autorisées un court moment sont stoppées ; bien que la Constitution de septembre 1791 reconnaisse la liberté « d'aller, de rester, de partir », dans les faits, la liberté de circulation ne devint guère réalité et le passeport s'imposa progressivement comme un document indispensable à l'emprise de l'État sur sa population, au point que la loi du 28 mars 1792 l'impose pour tout Français désirant quitter le territoire et tout étranger désirant se rendre en France. Plus généralement, la période révolutionnaire posa les bases administratives nécessaires à la mise en place du système d'identification et de suivi des déplacements individuels que nous connaissons aujourd'hui, passant du principe de la recommandation et de la réputation (l'aveu, dont l'absence vaut preuve de vagabondage, et qui reposait de préférence sur un témoignage oral direct) à celui de l'identification impersonnelle, objective, écrite et à distance.

¹ Torpey (J.), *L'Invention du passeport*, op. cit., p. 31.

² Cité par Torpey (J.), *L'Invention du passeport*, op. cit., p. 35.

Si l'État-nation moderne se caractérise par sa capacité à « étreindre » sa population et son territoire, ou à « agir à distance »¹ sur eux, alors la mobilité en général et la mobilité des étrangers en particulier accroissent nettement la difficulté technique de ces opérations. La cristallisation du sens contemporain du terme « étranger », comme désignant principalement le non-national, est étroitement corrélée au développement des passeports et titres d'identité. Il apparaît notamment que

toute la législation en vigueur dans la première moitié du XIX^e siècle sur cette question est organisée autour de l'opposition entre passeports à « l'intérieur » et passeports à « l'extérieur ». C'est évidemment sur ce point que la Révolution a provoqué la rupture la plus radicale par rapport à la situation qui prévalait sous l'Ancien Régime. L'abolition des privilèges, l'adoption d'une constitution fondée sur le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, la mise en place d'une administration centralisée et strictement hiérarchisée, ont eu pour effet d'homogénéiser l'espace sur lequel l'État français exerce sa souveraineté²,

achevant ainsi le processus commencé aux XVI^e et XVII^e siècles. Du point de vue de l'État et de l'« étreinte » administrative par lequel il encadre sa population – étreinte aujourd'hui assimilée à la souveraineté –, l'étranger pose les mêmes difficultés, peut-être de manière plus aiguë encore, que celles suscitées par le vagabond : la mobilité en soi, qu'elle soit strictement interne au territoire national ou transfrontalière, ne peut que représenter un défi pour les instances chargées de surveiller les populations, ce qui s'est traduit historiquement par l'adoption de mesures répressives. Les passeports jouent à cet égard un rôle important, dans la mesure où, au cours du XIX^e siècle encore, ils ont pu assigner au voyageur (national ou non) un itinéraire à suivre strictement, avec obligation de faire viser son document dans chaque ville de transit³. La raison en est que

la législation adoptée au cours de la Révolution pour secourir les indigents a conforté un principe fondamental de l'Ancien Régime, à savoir que c'est la communauté locale (la commune ayant remplacé la paroisse) à laquelle appartient l'individu (l'endroit où se trouve son domicile) qui constitue le lieu où il doit trouver sa protection. Si les passeports à l'intérieur et les passeports pour indigents demeurent en vigueur jusqu'au Second Empire, c'est parce cette logique d'assistance locale reste un élément déterminant de la politique « sociale » de l'État jusqu'au début de la III^e République.⁴

Si le processus d'homogénéisation juridique et politique du territoire et de la population constitutif de l'État, tel que nous l'entendons, est déjà achevé en France au XIX^e siècle, sur le

¹ Pour reprendre l'expression de G. Noiriel dans « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *art. cit.*, p. 17.

² Noiriel (G.), « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes... », *art. cit.*, p. 80.

³ Voir l'exemplaire du passeport délivré au réfugié espagnol Manuel Garcia par le préfet d'Indre-et-Loire, en 1841, reproduit in Noiriel (G.), « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? », *art. cit.*, p. 91.

⁴ Noiriel (G.), « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? », *art. cit.*, p. 82-83.

plan économique de l'organisation de la solidarité, en revanche, il n'est alors qu'en cours de développement. Ce primat de l'échelon local débouche, depuis le XVI^e siècle, sur une « pénalisation croissante de la mendicité et du vagabondage, même si la société porte un regard plus indulgent à l'égard du mendiant »¹, pénalisation qui peut toucher à la fois les étrangers, dans la mesure où ils traversent la frontière, et une partie de la population française. Afin d'illustrer le lien opéré entre mobilité et menace par les autorités publiques, nous envisagerons brièvement deux figures voisines de celles de l'étranger², à savoir celle du vagabond et celle des gens du voyage.

Concernant le vagabond, pour nous en tenir à la période la plus récente, nous rappellerons simplement que, d'après le Code pénal en vigueur jusqu'en 1994, le vagabondage³ est considéré comme un délit, contre lequel

des mesures administratives telle la surveillance par la Haute Police pendant cinq à dix ans (devenue en 1885 l'interdiction de séjour) étaient appliquées. Ces mesures prévoyaient la relégation⁴ pour les vagabonds « incorrigibles » ayant encouru au moins cinq condamnations. Elles ont été supprimées en 1955 suite à la recomposition du paysage de l'assistance et à l'accueil des vagabonds dans les centres d'hébergement. Depuis 1959, le juge d'application des peines oriente les vagabonds aptes à un reclassement dans les centres d'hébergement et de réadaptation.⁵

Ce qui est frappant dans ces dispositions, outre leur relative pérennité sur plusieurs siècles, c'est le lien établi entre absence d'attaches et caractère potentiellement dangereux. Inversement, au titre de l'article 273,

le vagabond peut être (...) réclamer et cela même après jugement par sa commune d'origine ou par un citoyen solvable le cautionnant. La figure de la garantie réapparaît ici et le délit de vagabondage disparaît si un tiers accepte de

¹ Kitts (A.), « Mendicité, vagabondage et contrôle social du Moyen-Âge au XIX^e siècle : état des recherches », *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008, p. 38.

² La population étrangère étant bien évidemment elle aussi sujette aux mesures prises contre le vagabondage, car l'extranéité vient accentuer cette condition migrante qui préoccupe les services de police : au cours du XIX^e siècle, « la dichotomie essentielle est celle qui oppose migrants domiciliés et migrants non domiciliés. Les premiers, installés de longue date dans une commune, ne sont pas expulsables. Leur stabilité est considérée comme un signe d'insertion économique et elle assure que, jouissant des droits de citoyenneté locale, ils bénéficieront en cas de difficulté d'une prise en charge par la commune ou la paroisse. À rebours, le vagabondage est dans une logique policière un indicateur commode pour repérer les migrants qui sont mal insérés et risquent de tomber à la charge d'une communauté — locale ou nationale — à la prospérité de laquelle ils n'ont pas contribué, la hantise des autorités étant de leur offrir une assistance que leur pays d'origine devrait prendre en charge. », Rosental (P.-A.), « Migrations, souveraineté, droits sociaux... », *art. cit.*, p. 340.

³ « Les vagabonds ou gens sans-aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession. » (Code pénal [ancien], article 270).

⁴ C'est-à-dire l'exil hors du territoire métropolitain.

⁵ Bertrand (V.), « La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique », *Connexions*, n° 80-2, 2003, p. 141.

reconnaître au sens plein du terme l'individu en «l'avouant», et donc en le réinscrivant dans la communauté des hommes.¹

Le lien entre mobilité et dangerosité est ici explicite : la garantie d'un ancrage communautaire ou local permet au voyageur de ne plus être considéré comme un vagabond. Ce souci d'assurer un ancrage à l'ensemble des individus ressortissants se retrouve également de manière très nette dans le second cas proche de celui des étrangers : le statut réservé aux gens du voyage.

Le régime français les concernant trouve son origine dans la loi du 16 juillet 1912, qui définit comme nomades « les personnes qui circulent sur le territoire français sans domicile ni résidence fixe, n'exerçant pas de profession ou de commerce ambulant, ni la profession de commerçant ou d'industriel forain »². Un carnet anthropométrique leur est imposé, qui doit être visé à chacune de leurs entrées et sorties dans une commune, exactement comme les passeports internes du XIX^e siècle. On a donc pu souligner le caractère discriminatoire de cette loi qui « crée une catégorie de citoyens, plus surveillée et contrôlée, en instaurant un régime particulier de contrôle d'identité et de déplacement sur le territoire pour un groupe de personnes défini par un trait particulier du mode de vie : la mobilité. »³ Cette loi est d'ailleurs modifiée le 3 janvier 1966, et le carnet anthropométrique est remplacé par un carnet de circulation à faire viser une fois par an, mais la résistance des institutions publiques à l'égard du nomadisme perdure : la nouvelle loi rend obligatoire le rattachement administratif auprès d'une commune⁴ (et le système d'identification de cette frange de la population reste différent du système de droit commun). L'atténuation du régime de contrôle (c'est-à-dire la suppression du carnet anthropométrique) est rendue possible par la compensation que représente le rattachement administratif à une commune : ce rattachement, tout théorique s'agissant de populations nomades⁵, permet de « gommer » ce que le nomadisme a de structurellement incompatible avec le suivi administratif des populations et de faciliter (pour l'administration, du moins) la gestion des dossiers. Ces dispositions ont aujourd'hui disparu⁶ au profit d'un système plus souple de

¹ Bertrand (V.), « La mendicité et l'état dangereux », *art. cit.*, p. 141.

² Blum Le Coat (J.-Y.), Catarino (C.) et Quiminal (C.), « Les gens du voyage : errance et prégnance des catégories », in Gotman (A.), dir., *Villes et Hospitalité, les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004, p. 161.

³ Blum Le Coat (J.-Y.) *et al.*, « Les gens du voyage... », *art. cit.*, p. 161.

⁴ Leur commune de résidence principale, à condition que la population rattachée ne dépasse pas 3 % de la population totale de la commune ; au-delà, c'est une commune proche qui les prend en charge. Ce rattachement conditionne l'accès à un certain nombre de droits et de services essentiels, comme l'inscription sur les listes électorales, le mariage, le paiement des impôts ou encore la participation à la Journée d'Appel de Préparation à la Défense.

⁵ Même si l'itinérance est statistiquement en déclin et de plus en plus saisonnière.

⁶ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté (entrée en vigueur le 29 janvier 2017), abrogeant la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969, article 195.

domiciliation auprès d'une association, mais ce fait témoigne encore du défi que la mobilité des individus peut représenter pour une administration centralisée.

La population étrangère présente sur le sol national ou demandant à y entrer comporte des traits communs avec la population des anciens « vagabonds » ou des gens du voyage, en ce qu'elle est par définition mobile. Nous avons vu que le suivi des personnes à travers leurs déplacements constitue par nature un véritable défi pour l'administration. Or ce défi devient structurel avec l'avènement de l'État-nation, c'est-à-dire d'un lien politique rassemblant dans une catégorie homogène plusieurs millions d'individus qui par définition ne se connaissent pas tous : les pratiques de reconnaissance et d'identification ne peuvent désormais être qu'indirectes et non plus fondées sur des témoignages internes à un groupe local. Dans le cas de l'étranger, sa « saisie » administrative, l'enregistrement de ses déplacements, la compilation des informations le concernant, etc., sont rendus plus difficiles encore par le fait que, s'agissant de personnes non nées en France, elles ne sont pas inscrites à l'état civil ; l'administration ne dispose pas d'informations préalables sur ces individus. L'ancrage local et la garantie communautaire qui atténuaient les dispositifs de contrôle des vagabonds et des gens du voyage ne sont donc pas envisageables pour les étrangers, ou difficilement. On en trouve toutefois une variante sous la forme de l'« attestation d'accueil » :

tout étranger qui déclare vouloir séjourner en France pour une durée n'excédant pas trois mois dans le cadre d'une visite familiale ou privée doit présenter un justificatif d'hébergement. Ce justificatif prend la forme d'une attestation d'accueil signée par la personne qui se propose d'assurer le logement de l'étranger, ou son représentant légal, et validée par l'autorité administrative.¹

Ce qui est frappant dans cette disposition et les débats auxquels elle a pu donner lieu, outre la volonté manifeste de contrôler qui séjourne où, c'est que la méfiance qui entoure l'étranger rejaillit sur la personne qui entend l'accueillir. En effet, une visite à domicile des agents de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) peut être demandée par le maire afin de s'assurer que le logement de l'hébergeant satisfait aux conditions requises² ; si l'hébergeant refuse cette inspection, les conditions seront réputées non remplies et l'attestation ne sera donc pas délivrée. Par ailleurs, un fichier a été créé pour centraliser les demandes d'attestation, dans le but explicite de « lutter contre les détournements de procédure »³, c'est-à-dire de repérer les individus qui multiplieraient les demandes. Enfin, la demande d'attestation doit être

¹ Ceseda, article L211-3.

² Ceseda, article L211-6.

³ Ceseda, article L211-7.

accompagnée de l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge, pendant toute la durée de validité du visa ou pendant trois mois à compter de l'entrée de l'étranger sur le territoire des États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, et au cas où l'étranger accueilli n'y pourvoirait pas, les frais de séjour en France de celui-ci, limités au montant des ressources exigées de la part de l'étranger pour son entrée sur le territoire en l'absence d'une attestation d'accueil.¹

Le caractère manifestement dissuasif de ces dispositions qui, rappelons-le, viennent s'ajouter à l'obligation éventuelle de demander un visa et aux contrôles opérés à la frontière souligne la réticence des autorités à admettre sur le territoire national un étranger dont il semble, à lire le Cesda, que le seul souhait soit ensuite de disparaître sans laisser de traces.

Qui plus est, comme on l'a signalé à la suite de Lyon-Caen, l'étranger présente un trait supplémentaire susceptible de faire basculer sa gestion administrative dans un système de contrôle : l'absence de loyauté présumable à l'égard des institutions et de l'État. L'étranger cumulerait donc les traits du vagabond et de l'ennemi. Ici se manifeste de la façon la plus virulente l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique, en ce qu'il constitue (potentiellement) un point aveugle administratif, au sens d'un élément présent sur le territoire étatique sans que l'administration dispose sur lui d'informations fiables et à jour ; aussi son assimilation latente à une menace s'explique-t-elle par la peur de l'inconnu qu'il représente.

On peut notamment saisir l'ampleur de cette assimilation de l'étranger à une menace à travers la multiplicité des fichiers destinés à recenser les étrangers. Dresser une liste exhaustive, qui ne pourrait être que très longue, dépasserait largement le cadre de notre analyse. Outre leur nombre, nous signalerons donc simplement la caractéristique qui nous paraît la plus significative : la confusion entre contrôle de l'immigration et lutte contre la délinquance², au point qu'on a pu analyser la politique européenne en la matière comme une tentative pour créer un « continuum de sécurité »³ entre criminalité et migration.

Tout d'abord, nombre de ces fichiers ne sont pas spécialisés dans le recensement des étrangers. Bien au contraire, ils ont souvent un objectif plus large de maintien de l'ordre et de répression de diverses menaces, au premier rang desquelles figurent la délinquance et le terrorisme. Au niveau européen⁴, le cas le plus emblématique est le Système d'information

¹ Cesda, article L211-4.

² Voir l'analyse par Piquet du rôle emblématique joué par Europol dans la lutte contre l'immigration irrégulière : Piquet (A.) « Europol et la "sécuritisation" des migrations irrégulières », *Migrations Société* n° 165-3, 2016, p. 131-150.

³ Bigo (D.), *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1996.

⁴ Pour une analyse plus complète des fichiers européens, voir notamment Preuss-Laussinotte (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, LGDJ, Paris, 2000 et « L'Union européenne et les technologies de sécurité », *Cultures & Conflits* n° 64, 2006, p. 97-109.

Schengen (SIS II), fichier disparate¹ qui recense pêle-mêle les documents d'identité déclarés perdus ou volés, les véhicules volés, les mineurs en fugue ou disparus, les criminels présumés recherchés et les étrangers en situation irrégulière. Cette logique mêlant police et contrôle des frontières préside également au fichier SETRADER, dont le but explicite est à la fois d'« améliorer le contrôle aux frontières et de lutter contre l'immigration clandestine »² et de « prévenir et de réprimer des actes de terrorisme ainsi que des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation. »³. Enfin, on retrouve cette même intrication dans le nouveau système d'entrée/sortie aux frontières extérieures de l'UE (EES, prévu par un règlement du 30 novembre 2017, pour enregistrer automatiquement les données personnelles de tous les voyageurs non ressortissants de l'UE, qu'ils soient ou non soumis à visa, en remplacement du contrôle manuel du passeport) dont l'objectif, dans la perspective des *smart borders* que nous aborderons au chapitre suivant, sera à la fois de fluidifier les flux aux frontières, de lutter contre le terrorisme et d'empêcher l'immigration irrégulière en repérant notamment les individus restés sur le territoire de l'Union au-delà de la date d'expiration de leur visa ou titre de séjour.

Cette volonté de surveiller également les sorties semble constituer une inflexion dans la politique de contrôle des frontières : en effet, jusqu'à présent, la question des sorties représentait un véritable point aveugle dans le système d'enregistrement et de surveillance des migrations, qui ne concernait que l'entrée (visa, en particulier) et le séjour (avec les démarches de renouvellement des titres et le repérage des étrangers en situation irrégulière⁴). Cette indifférence à la question des sorties du territoire, qui complique l'estimation du nombre d'étrangers présents sur le sol national ou de l'Union, s'explique par l'appréhension de l'étranger comme une menace potentielle : ainsi considéré, tout étranger qui quitte le territoire fait par là même disparaître toute raison de le surveiller. Même dans le nouveau fichier EES, on constate que l'objectif d'enregistrer les sorties est suscité par la volonté de mieux repérer les ressortissants étrangers qui outrepasseraient la durée de séjour autorisée ; autrement dit, l'enregistrement des sorties est en réalité un instrument au service de la lutte contre le séjour

¹ Il est notamment alimenté par le *fichier des personnes recherchées (FPR)*, qui recense toutes les personnes soumises à une mesure de recherche, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Parmi les catégories de classement, plusieurs concernent spécifiquement les étrangers : « police générale des étrangers », « opposition à résidence en France », « opposition à entrée en France », « interdiction du territoire », « étranger recherché en vue de son extradition ».

² Code de la sécurité intérieure, article L232-1.

³ Code de la sécurité intérieure, article L232-2.

⁴ Désormais assuré par le fichier GESI, créé par un Arrêté du 21 septembre 2011 et « dont l'objet est, d'une part, d'assurer la gestion des dossiers en temps réel, de l'interpellation jusqu'à la reconduite à la frontière, des étrangers en situation irrégulière interpellés par les services de la préfecture de police et, d'autre part, l'exploitation des données contenues à des fins de recherches statistiques », en remplacement de l'ancien fichier ELOI.

irrégulier. On constate donc que la rupture n'est qu'apparente avec le système classique centré sur les questions d'entrée et de séjour, où la surveillance des sorties ne figure que dans l'optique de la lutte contre l'immigration irrégulière ou la fraude à l'aide au retour¹.

2. La traduction institutionnelle de la volonté de contrôle

Institutionnellement, cette assimilation de l'étranger à une menace potentielle se traduit à deux niveaux : dans le choix des ministères en charge de l'immigration d'abord, et dans les politiques menées par l'Union européenne ensuite.

Concernant le choix des ministères en charge de contrôler le séjour des étrangers, un fléchissement s'opère au début des années 2000. Auparavant, depuis le XIX^e siècle, les matières relatives à l'immigration et à l'asile étaient réparties entre les ministères des Affaires étrangères (pour l'asile et la délivrance des visas, en particulier), du Travail et de la Santé (pour le recrutement des travailleurs, exclusivement confié à l'Office national de l'immigration [ONI] au sortir de la Seconde Guerre mondiale) et de l'Intérieur (pour les titres de séjour, la police aux frontières et la lutte contre l'immigration clandestine), sans compter l'influence exercée par les entreprises sur l'ONI². Cet éclatement des responsabilités n'était d'ailleurs pas sans poser problèmes et tensions internes :

dans un pays d'immigration comme la France, le souci du contrôle politique ou ethnique par le ministère de l'Intérieur s'oppose à l'usage diplomatique que fait de la politique migratoire le ministère des Affaires étrangères, tandis que le ministère du Travail et le ministère de l'Agriculture se disputent directement les flux de mobilité.³

Ce n'est qu'après la disparition de l'éphémère ministère de l'Identité nationale et de l'Immigration en 2010 que le ministère de l'Intérieur s'est progressivement vu confier toutes les questions concernant l'immigration, et même l'asile. Une telle inflexion institutionnelle traduit un durcissement de l'approche de ces sujets, toujours plus centrée sur l'aspect sécuritaire et la lutte contre les « passeurs ». Le choix de placer l'Office français de protection des réfugiés

¹ C'est le cas du fichier spécialisé Outil de statistique et de contrôle de l'aide au retour (OSCAR), qui « a pour finalités :

a) De liquider l'aide au retour en permettant de déceler une nouvelle demande présentée par une personne ayant déjà bénéficié de cette aide, le cas échéant sous une autre identité ;
b) De permettre le suivi administratif, budgétaire et comptable des procédures d'aide au retour gérées par l'Office français de l'immigration et de l'intégration ;
c) D'établir des statistiques relatives à ces procédures et à leur exécution. » (R 611-35).

² Pour une analyse de cette influence, voir Rosental (P.-A.), « Migrations, souveraineté, droits sociaux... », *art. cit.*, p. 360 *sqq.*

³ Rosental (P.-A.), « Migrations, souveraineté, droits sociaux... », *art. cit.*, p. 360.

et apatrides (OFPRA), en particulier, sous la tutelle de ce même ministère¹, a soulevé bien des critiques. Le ministère de l'Intérieur a en effet pour fonction, outre de représenter l'État sur tout le territoire (à travers le réseau des préfetures, notamment), de garantir la sécurité intérieure ; sa compétence en matière d'asile paraît donc contestable. De même, l'examen des demandes de régularisation déposées par les étrangers malades au titre de l'article 313-11² est, depuis la réforme de 2016, confié aux médecins de l'Office français de l'Immigration et de l'Intégration (OFII)³, rattachés au ministère de l'Intérieur, et non plus aux médecins des agences régionales de santé (ARS), rattachés au ministère des Affaires sociales et de la Santé, comme c'était le cas auparavant. Enfin, notons le pouvoir important laissé au préfet (et aux autorités administratives en général) en matière de droit des étrangers : le préfet n'est tenu ni par l'avis du médecin de l'ARS ou de l'OFII pour la procédure que nous venons d'évoquer ni par celui de la Commission d'expulsion pour la procédure que nous allons commenter plus bas, pour ne donner que ces deux exemples⁴. De même, le prononcé d'une OQTF⁵ pour un étranger s'étant maintenu irrégulièrement sur le territoire ou la décision de régulariser un étranger qui ne remplirait pas toutes les conditions prévues par les textes relèvent de la libre décision du préfet⁶. Ainsi, en droit des étrangers, la figure institutionnelle centrale est celle qui incarne la sécurité et la préservation de l'ordre public, valeurs face auxquelles tout autre objectif semble relégué au second plan, au point parfois de susciter des résistances internes⁷.

¹ Placé à sa création, en 1952, sous la tutelle du ministère des Affaires étrangères, l'OFPRA fut ensuite confié en 2008 au ministère de l'Intégration, puis, à la disparition de ce dernier au ministère de l'Intérieur.

² La carte de séjour « vie privée et familiale » peut être délivrée « 11° A l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié ».

³ Ancien ONI, et placé lui-même sous la tutelle du ministère du travail jusqu'en 2012, date à laquelle il est, à son tour, confié à l'Intérieur. L'organisme décrit ainsi ses missions : « L'OFII est désormais le seul opérateur de l'État en charge de l'intégration des migrants durant les 5 premières années de leur séjour en France. L'OFII a en outre pour missions la gestion des procédures de l'immigration professionnelle et familiale, la gestion du dispositif national d'accueil des demandeurs d'asile, celle des aides au retour et à la réinsertion participant au développement solidaire, ainsi que la lutte contre le travail illégal. ». On mesure ici l'écart avec l'approche qui pouvait être celle des Agences régionales de santé.

⁴ Ni la commission du titre de séjour (Ceseda, article L312-1) la Commission de recours contre les refus de visa, créée par un décret daté du 10 novembre 2000 (JORF n° 262) ne rendent d'avis contraignants, comme on le verra au chapitre suivant.

⁵ Obligation de quitter le territoire français. Ceseda, articles L511-1 et suivants : la formulation adoptée indique que les autorités « peuvent » obliger un étranger à quitter le territoire français.

⁶ Ceseda, article L313-14.

⁷ « L'historiographie a montré comment le contrôle des migrations a servi de support à une véritable pulsion étatique en la matière, qui elle-même s'est traduite par des actes de xénophobie institutionnelle. Mais dans le même temps, sans même parler des employeurs, ces réglementations n'ont pas cessé de gêner le fonctionnement des services ministériels de main-d'œuvre, en ralentissant leurs réactions aux demandes exprimées par les industriels et les exploitants agricoles. Ces administrations, du reste, ne les ont parfois que mollement appliquées, quand elles ne les ont pas violées en favorisant l'immigration clandestine. » (Rosental [P.-A.], « Migrations, souveraineté, droits sociaux... », *art. cit.*, p. 365).

Cette tendance à n'envisager l'immigration que sous l'angle des prérogatives régaliennes trouve deux traductions dans le cadre de la construction européenne : la reconduction aux frontières de l'Union du modèle de contrôle des frontières nationales et la tentation des États membres de garder la main sur ces sujets plutôt que d'en confier la gestion aux instances européennes.

En effet, la construction européenne se caractérise par la mise en place progressive d'une approche communautaire des problématiques intégrées au périmètre de la construction, et non par une simple approche intergouvernementale. Par approche communautaire, il faut entendre une véritable délégation de compétence des États auprès d'instances supranationales, où l'initiative des lois est laissée à la Commission, et les prises de décision partagées entre le Conseil (à la majorité qualifiée) et le Parlement. L'approche intergouvernementale, quant à elle, qui demeure aujourd'hui la norme en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC), se caractérise par un rôle plus important reconnu au Conseil européen, c'est-à-dire aux différents gouvernements, et une prise de décision à l'unanimité uniquement ; dans cette seconde méthode, ce sont les ministres qui sont à la manœuvre, et non les fonctionnaires ou les élus de l'Union européenne. Or, pour ce qui est des questions relatives à l'asile et à l'immigration, cette seconde approche joue un rôle important. Il semble que la culture d'exclusivité des États en la matière empêche la substitution d'une logique véritablement communautaire à la logique intergouvernementale qui a présidé tant à la mise en place de l'espace Schengen¹ qu'à l'intégration du troisième pilier (Justice et affaires intérieures, JAI) lors du traité de Maastricht (1992). Un tournant semble toutefois s'opérer lorsque l'acquis de Schengen est intégré au droit de la Communauté européenne par le biais d'un protocole annexe au traité d'Amsterdam en 1997 : les matières concernant les « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »² sont alors véritablement communautarisées, et un certain nombre de textes sont progressivement adoptés afin d'unifier la politique des États membres dans ces domaines. Toutefois, ce processus de communautarisation doit être nuancé à bien des points de vue.

En ce qui concerne la procédure, tout d'abord, « de l'initiative partagée au vote à l'unanimité, en passant par le rôle du Parlement européen ou de la Cour de justice, les procédures communautaires classiques ont été adaptées aboutissant à des règles souvent complexes avec un rôle de décision important confié au Conseil Justice et affaires intérieures

¹ L'accord fut conclu le 14 juin 1985 entre la France, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, et il entra en vigueur le 25 mars 1995.

² Intitulé du nouveau titre IV ajouté au premier pilier (désormais titre V du TFUE).

(JAI). »¹. Les ministres conservent un pouvoir de décision particulièrement important, au détriment des instances proprement communautaires. La règle de l'unanimité témoigne elle aussi d'une nette réticence des États à transférer leurs compétences en la matière. Même si, officiellement, ces questions ont été communautarisées, dans les faits, c'est plutôt la logique communautaire qui a été tirée du côté de l'intergouvernementalité.

Sur le fond également, le bilan est maigre : à l'exception du règlement Dublin², la plupart des textes adoptés sont des directives et non des règlements, ce qui laisse aux États membres une marge de manœuvre relativement importante lors du processus de transposition en droit national, au point qu'on peut se demander si les textes en question sont véritablement contraignants³ – d'autant que subsistent aussi la possibilité de jouer sur les délais de transposition et le fait que les directives ne font la plupart du temps qu'énoncer des normes minimales. Aujourd'hui, cette difficulté à communautariser réellement les questions liées à l'asile et à l'immigration se traduit par l'omniprésence dans les textes de la réserve nationale de compétence, qui permet aux États de rester maîtres des volumes d'entrées sur leur territoire malgré l'édiction de règles communes : l'article 72 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) précise que le titre en question (titre V, sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice) « ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » et l'article 79 réaffirme le droit des États « de fixer les volumes d'entrée des ressortissants de pays tiers, en provenance de pays tiers, sur leur territoire dans le but d'y rechercher un emploi salarié ou non salarié ». Par ailleurs, même si l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009 a entériné l'abandon des aménagements institutionnels pratiqués auparavant et le passage au

¹ *Dictionnaire permanent : droit des étrangers* [en ligne], Éditions législatives, entrée « Politique européenne d'asile et d'immigration ».

² Il a pour fonction de déterminer quel État est compétent pour examiner une demande d'asile. C'est la troisième mouture qui est aujourd'hui en vigueur : Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59. Dans les faits, son application laisse à désirer en raison du mécontentement des pays du Sud qui se voient confier la responsabilité de la majorité des demandes d'asile.

³ « Dans la première génération de textes, le Conseil européen avait laissé aux États membres une très large marge de manœuvre quant à la mise en œuvre des principes et règles établis auxquels ils avaient la possibilité de déroger par voie législative. Autrement dit, la primauté du droit national était réaffirmée de manière presque systématique ce qui, par voie de conséquence, faisait perdre tout caractère contraignant aux textes européens. », Pouly (C.), « L'europanisation du droit d'asile : 2003-2016 », *Migrations Société*, n° 165, 2016/3, p. 108. Un symptôme en est la possibilité laissée aux États de déroger à certaines dispositions : on empruntera à F. Julien-Laferrière « deux exemples : la directive sur le regroupement familial, qui comprend environ 20 articles posant des règles de fond, permet quelque 25 dérogations majeures ; la directive sur les procédures d'asile, qui comprend une quarantaine d'articles de fond, prévoit plus de 50 dérogations possibles » (Julien-Laferrière [F.], « La communautarisation de la politique migratoire », *Migrations Société*, n° 116, 2008/2, p. 67).

principe de la majorité qualifiée, et même si la Commission européenne¹ a fait preuve d'un grand activisme en faveur d'une harmonisation des règles, tout spécialement en matière d'asile², les États membres les appliquent avec un zèle très variable. Les disparités nationales n'ont d'ailleurs fait que s'aggraver avec la « crise des migrants », c'est-à-dire l'augmentation du nombre de demandes d'asile depuis 2015. Rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, refus de la part des pays dits du groupe de Visegrad de respecter leurs obligations dans le domaine de l'asile, échec des accords de relocalisation obligatoire de réfugiés proposés par la Commission³, etc., témoignent que la solidarité invoquée dans les traités est restée lettre morte.

Par ailleurs, ces éléments pourtant tenus de mise en commun reposent sur une approche essentiellement sécuritaire des migrations⁴ : dans les programmes communs qui ont été successivement adoptés par le Conseil européen, la lutte contre l'immigration irrégulière occupe une place de choix. Le programme de Tampere⁵, destiné à mettre en place l'ESLJ, affirme que

l'Union se doit donc d'élaborer des politiques communes dans les domaines de l'asile et de l'immigration, tout en tenant compte de la nécessité d'exercer aux

¹ La montée en puissance de la Commission au détriment du Conseil européen (à qui l'article 68 du TFUE confie pourtant officiellement un rôle d'orientation dans les affaires concernant l'ELSJ) se constate en particulier par sa monopolisation de la capacité d'initiative depuis 2015. Auparavant en effet, les grandes lignes de la politique migratoire européenne étaient définies par le Conseil sous la forme de programmes pluriannuels : programmes de Tampere (1999), de La Haye (2004), et de Stockholm (2009). À l'expiration de ce dernier en 2014, c'est la Commission qui prend le relais en publiant en 2015 deux plans d'action (« Un Agenda européen en matière de migration » [COM [2015] 240 final], 3 mai 2015 et « Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'agenda européen en matière de migration », COM [2015] 490 final, 23 septembre 2015, n° 52015DC0490), des mesures d'urgence en faveur de l'Italie et de la Grèce débordées (COM [2015] 286 final, 27 mai 2015) et un programme en matière de sécurité pour la période 2015-2020, qui comprend en particulier des mesures de lutte contre l'immigration irrégulière (« Le programme européen en matière de sécurité » [COM [2015] 185 final], 28 avril 2015, n° 52015DC0185). Pour une analyse critique de ce rôle joué par la Commission et le Conseil au détriment du Parlement, voir Gatti (M.), « La marginalisation du pouvoir législatif dans la politique migratoire de l'Union européenne : défis pour l'Etat de droit », *RDLF* 2019 chron. n° 40, 2019. URL : http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-marginalisation-du-pouvoir-legislatif-dans-la-politique-migratoire-de-lunion-europeenne-defis-pour-letat-de-droit/?fbclid=IwAR2Twat23Kos_P6esSvLUAwPWnKRmgJCDxXyeDcWutehzbuoBNIXaKGiJU

² Avec la publication en 2007 d'un Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun (COM [2007] 301 Final, 6 juin 2007), n° 52007DC0301.

³ Programme remplacé par un système facultatif de réinstallation des réfugiés depuis des pays tiers, annoncé dans un communiqué de presse de la Commission européenne du 27 septembre 2017, intitulé « État de l'Union 2017 – La Commission présente les futures étapes d'une politique migratoire et d'asile de l'Union plus solide, plus efficace et plus juste ». URL : https://ec.europa.eu/luxembourg/news/%C3%A9tat-de-lunion-2017-%E2%80%93-la-commission-pr%C3%A9sente-les-futures-%C3%A9tapes-dune_fr.

⁴ Portée à un degré extrême par la nouvelle Commission qui intègre la gestion de l'immigration et de l'asile au portefeuille de M. Schinas, chargé de « protéger notre mode de vie européen » pour immigration et asile. Sa lettre de mission affirme que « nous devons prendre en compte et apaiser les peurs et préoccupations légitimes quant à l'impact de la migration irrégulière sur notre économie et notre société ». URL : https://ec.europa.eu/commission/files/margaritis-schinas-mission-letter_fr.

⁵ Conclusions de la présidence — Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999. URL : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm.

frontières extérieures un contrôle cohérent afin de stopper l'immigration clandestine et de s'opposer à ceux qui l'organisent et commettent ainsi des infractions relevant de la criminalité internationale.

Il se donne pour objectifs de mettre en place un régime d'asile commun, de lutter contre les discriminations et de « gérer les flux migratoires », c'est-à-dire de faire baisser l'immigration irrégulière. Le programme de La Haye, qui lui succède, reprend les mêmes objectifs généraux, mais avec un accent très net mis sur le développement des partenariats avec les pays tiers en matière d'asile et de collecte d'informations¹, et le programme de Stockholm² confirme l'orientation sécuritaire (et utilitaire)³ en matière de politique migratoire (ne serait-ce que par son titre : « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »). Enfin, les « orientations stratégiques » de 2014⁴ mettent au premier plan les « défis » représentés par « l'instabilité qui règne dans de nombreuses parties du monde et les tendances démographiques qui se dessinent au niveau mondial et européen », en appelant à « une approche globale, qui utilise au mieux les avantages de la migration légale et offre une protection à ceux qui en ont besoin, tout en luttant résolument contre la migration irrégulière et en gérant les frontières extérieures de l'UE avec efficacité ». Face à l'augmentation des naufrages de demandeurs d'asile en Méditerranée, l'Union réclame des mesures destinées à tarir les flux migratoires, à indexer l'aide au développement sur la bonne volonté des pays tiers en matière de réadmission

¹ Conseil européen, Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'union européenne (2005/C 53/01). JO C 53 du 3.3.2005, p. 1–14. Voir en particulier les sections 1. 6 « La dimension extérieure de l'asile et de l'immigration » et 1. 7. 2 « Biométrie et systèmes d'information ».

² Conseil européen, Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens (2010/C 115/01). JO C 115 du 4.5.2010, p. 1–38.

³ Sensible dès l'énoncé des objectifs généraux concernant notre problématique : « l'accès à l'Europe pour les hommes d'affaires, les touristes, les étudiants, les chercheurs, les travailleurs, les personnes ayant besoin d'une protection internationale et celles ayant un intérêt légitime à accéder au territoire de l'Union doit être rendu plus efficace et efficient. Parallèlement, l'Union et ses États membres doivent garantir la sécurité de leurs citoyens. La gestion intégrée des frontières et les politiques en matière de visas devraient être conçues de manière à servir ces objectifs.

Une Europe faisant preuve de responsabilité et de solidarité et travaillant en partenariat en matière d'immigration et d'asile : la mise en place d'une politique globale de l'Union en matière de migrations qui s'inscrit dans une perspective d'avenir et soit fondée sur la solidarité et la responsabilité reste un objectif primordial pour l'Union. Il convient d'entreprendre la mise en œuvre effective de tous les instruments juridiques concernés et de recourir pleinement aux agences et offices intervenant dans ce domaine. Des migrations bien maîtrisées peuvent être profitables à tous. Le pacte européen sur l'immigration et l'asile constitue une base claire pour poursuivre les travaux dans ce domaine. L'Europe aura besoin d'une politique souple, qui réponde aux priorités et aux besoins des États membres et permette aux migrants de tirer pleinement parti de leur potentiel. L'objectif demeure la mise en place d'un régime d'asile commun en 2012, et il faut garantir aux personnes qui ont besoin d'une protection internationale la possibilité de recourir à des procédures d'asile juridiquement sûres et efficaces. En outre, afin de maintenir dans l'Union des régimes d'immigration et d'asile qui soient crédibles et qui s'inscrivent dans la durée, il est nécessaire de prévenir, maîtriser et combattre l'immigration illégale, alors que les flux migratoires clandestins exercent une pression croissante sur l'Union, et en particulier sur les États membres situés à ses frontières extérieures, y compris les frontières méridionales, conformément aux conclusions du Conseil européen d'octobre 2009. »

⁴ Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014. URL : [www.consilium.europa.eu › uedocs › cms_data › docs › pressdata](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata).

et à externaliser l'asile, plutôt qu'à organiser des voies légales d'entrée¹. En 2019, le ton demeure globalement le même, la dimension d'harmonisation étant simplement reléguée au second plan par rapport à la politique extérieure et surtout au contrôle des frontières² : l'échec de l'Union face à la « crise des migrants » semble acté. L'harmonisation des normes en matière migratoires semble donc étroitement conditionnée à la capacité de l'Union à maîtriser les frontières extérieures.

On constate ainsi que les États membres manifestent une certaine réticence à franchir le pas de la communautarisation en matière migratoire ; lorsqu'ils acceptent de le faire, c'est à condition que les frontières extérieures de l'Union soient efficacement verrouillées et que leur pouvoir souverain de décider qui ils admettent sur leur territoire soit préservé.

IV. Un régime juridique préventif et fondé sur le contrôle

Le corollaire de la conception de l'étranger ici analysée est, de la part des États, une volonté de contrôler étroitement le séjour des étrangers. La résistance des États membres à la communautarisation effective des prises de décision et procédures liées à l'asile et à

¹ « La mise en place de mesures destinées à s'attaquer aux causes profondes de la migration irrégulière constitue un volet essentiel de la politique migratoire de l'UE ; associée à la prévention de cette migration et à la lutte contre ce phénomène, elle devrait permettre d'éviter que des migrants ne périssent lors des dangereux voyages qu'ils entreprennent. Il ne sera possible de parvenir à une solution durable qu'en intensifiant la coopération avec les pays d'origine et de transit, y compris en les aidant à renforcer leurs capacités en matière de migration et de gestion des frontières. Il faudra que les politiques migratoires deviennent une composante bien plus importante des politiques extérieures et de développement de l'Union, par l'application du principe consistant à "donner plus pour recevoir plus" et la prise en compte de l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité. Dans ce cadre, il convient de mettre l'accent sur les éléments suivants :

renforcer et étendre les programmes de protection régionaux, en particulier à proximité des régions d'origine, en collaboration étroite avec le HCR ; accroître les contributions aux efforts de réinstallation déployés au niveau mondial, notamment compte tenu de la crise en Syrie, qui se prolonge ; lutter de manière plus énergique contre le trafic de migrants et la traite des êtres humains, en se concentrant sur les pays et les itinéraires prioritaires ; mettre en place une politique commune efficace en matière de retour et faire en sorte que les obligations en matière de réadmission figurant dans les accords avec les pays tiers soient respectées ; mettre pleinement en œuvre les actions recensées par la Task force pour la Méditerranée. » (*Ibid.*).

² « Nous devons assurer l'intégrité de notre territoire. Nous devons savoir et pouvoir décider qui entre dans l'UE. Le contrôle effectif des frontières extérieures constitue une condition sine qua non pour garantir la sécurité et assurer le maintien de l'ordre public et le bon fonctionnement des politiques de l'UE, conformément à nos principes et valeurs.

Nous sommes déterminés à poursuivre l'élaboration d'une politique migratoire globale pleinement opérationnelle. Nous poursuivrons et approfondirons notre coopération avec les pays d'origine et de transit afin de lutter contre les migrations illégales et la traite des êtres humains, et d'assurer des retours effectifs. En ce qui concerne la dimension intérieure, nous devons parvenir à un accord sur une politique efficace en matière de migration et d'asile. Un consensus doit être trouvé sur le règlement de Dublin pour qu'il soit réformé sur la base d'un équilibre entre responsabilité et solidarité, en tenant compte des personnes débarquées à la suite d'opérations de recherche et de sauvetage. » (Communiqué de presse du Conseil européen, 20 juin 2019, « Un nouveau programme stratégique 2019-2024 ». URL : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/>).

l'immigration en témoigne : le transfert de la mainmise de l'État sur ses frontières ne se fait qu'en échange de garanties accrues de sécurisation. La conséquence de cette appréhension de l'étranger est que le principe général régissant son statut juridique est l'absence de tout droit inconditionnel au séjour et la mise en place d'un système d'autorisation et de surveillance. Nous envisagerons dans un premier temps une disposition juridique qui semble contredire cette thèse, à savoir la reconnaissance du droit d'asile, avant d'envisager l'expression la plus emblématique du bon-vouloir étatique en matière de séjour : la procédure d'expulsion.

1. Le miracle avorté de la convention de Genève

À première vue, l'asile moderne, conféré à un individu par un État, et non plus, comme dans l'asile antique et médiéval, par une instance non étatique en raison de la présence de l'individu en un lieu donné (comme un sanctuaire ou une église), est le pur produit de la souveraineté étatique¹. En effet, l'existence même de cette protection accordée par un État à un étranger menacé dans son pays d'origine présuppose la souveraineté en tant que compétence *exclusive* et la disparition des enclaves et des contre-pouvoirs qui, auparavant, fondaient l'asile territorial.

Notons toutefois que la substitution de l'asile personnel à l'asile territorial ne se fait que progressivement, de même que la mise en pratique de la notion moderne de souveraineté : l'asile territorial demeure en vigueur jusque tard dans le XVII^e siècle² dans certaines régions d'Europe, et trouve aujourd'hui encore des résurgences plus ou moins médiatisées³. Mais le point qui nous intéresse ici concerne la période contemporaine, celle qui s'ouvre avec la Première Guerre mondiale et la massification des migrations forcées : alors que l'asile était jusqu'à présent octroyé sur une base individuelle, cette approche devint intenable du fait des déplacements massifs de populations, en particulier dans l'entre-deux-guerres. Considérer

¹ Voir en particulier Chetail (V.), « Théorie et Pratique de l'asile en droit international classique : Étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *Revue Générale de Droit International Public* n° 115, 2011, p. 625-652.

² En témoigne en particulier, pour les Pays-Bas, la *Dissertatio de intercessione sive interventione episcoporum pro reis apud principes et magistratus civiles et de confugientibus ad ecclesias, sive de immunitate locali seu asylo templorum* du théologien Z. Van Espen, publiée en 1721 à Louvain ; en France toutefois, l'édit de Villers-Cotterêts (1539) avait officiellement mis fin à l'asile ecclésiastique.

³ Le cas le plus emblématique en France est l'occupation de l'église Saint-Bernard à Paris par des sans-papiers en 1996. En Allemagne, la pratique est plus courante et plus vivante, au point que l'instance en charge de l'instruction des dossiers (BAMF) a tenté de faire passer des mesures restrictives, visant à déclarer en fuite les demandeurs d'asile sous le coup d'une procédure Dublin lorsque le refuge procuré par l'église n'est pas notifié le jour même, qu'il intervient après une décision négative du BAMF, ou encore qu'une justification n'est pas fournie dans un délai d'un mois, à l'encontre de la pratique jusqu'alors dominante. Pour des informations récentes et détaillées, voir en particulier le blog « Asyl in der Kirche », <https://www.kirchenasyl.de/>.

l'asile, comme le faisait Bodin, comme une exception au principe de l'extradition¹, ce qui suppose une fine distinction entre les coupables qui doivent être livrés à leur État d'origine et les innocents auxquels on accordera la protection, n'est plus tenable dès lorsqu'il s'agit d'accorder un statut à plusieurs centaines de milliers de personnes manifestement victimes de conflits : c'est ce constat qui présida à la mise en place le 5 juillet 1922 du « passeport Nansen », titre de voyage permettant aux apatrides, émigrés russes déchus de leur nationalité en 1921, puis aux Arméniens et enfin aux minorités de l'ex-Empire ottoman, de circuler librement dans les États parties à l'accord. Notons que, là encore, cette innovation est la conséquence directe de la souveraineté étatique conçue comme contrôle exclusif sur un territoire et une population : c'est la généralisation des contrôles aux frontières et du recours aux titres de voyage qui rendit vitale pour les apatrides l'élaboration d'un tel document. Plus généralement, dans l'invention des statuts relatifs à l'asile et à l'apatridie, on notera que la logique à l'œuvre consiste à attribuer un État de substitution à des individus privés de la protection de leur État d'origine : on est au cœur de la logique qui gouverne le système international, dans lequel l'ensemble de la Terre et des individus se voient attribuer un État responsable.

Avec la ratification de la Convention de Genève², au sortir de la Seconde Guerre mondiale, et dans le contexte de la guerre froide commençante, qui conduisait à valoriser la figure du dissident politique, on revient certes à une approche individuelle (dans les textes du moins), mais deux dispositions de la Convention ont pour effet apparent de jeter le trouble dans le système international fondé sur la souveraineté étatique et son contrôle des frontières : l'interdiction de pénaliser les réfugiés pour leur entrée irrégulière dans le pays d'accueil et l'obligation de non-refoulement.

La première disposition est énoncée comme suit :

Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.³

Autrement dit, l'article prévoit une exception aux règles d'entrée sur le territoire des

¹ « En effet, l'impunité accordée aux réfugiés n'est qu'une situation de fait si elle n'est pas accompagnée d'une reconnaissance juridique et admise comme une exception à l'obligation de livrer les coupables à l'État qui les réclame. Pour arriver à cette reconnaissance juridique, il fallait une coutume ou des conventions établissant le droit d'un État de demander à un autre la livraison des coupables réfugiés sur son territoire. », Reale (E.), *Le droit d'asile*, RCADI n° 63, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1938, p. 497-498.

² Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 1951.

³ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 31.1, réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil.

États parties pour les réfugiés, autorisés, compte tenu de l'urgence qui préside souvent à leur fuite, à franchir les frontières sans passer par la procédure ordinaire.

La seconde disposition prévoit qu'« aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »¹ : cette obligation de non-refoulement, elle aussi, tient en échec le contrôle de l'État sur sa population, dans la mesure où il est au moins tenu d'examiner la demande d'asile de toute personne qui se présenterait à sa frontière. De ce fait,

le principe de non-refoulement amène (...) un profond bouleversement dans la problématique même de l'asile. Alors que la protection du réfugié contre le renvoi dans son pays d'origine était traditionnellement considérée comme la conséquence immédiate de l'asile, le respect du non-refoulement devient le préalable indispensable à la reconnaissance de l'asile. Désormais, l'État n'est plus totalement libre de refuser sa protection dans n'importe quelle condition.²

Si l'on ajoute à cela le fait que le statut de réfugié est reconnu, et non octroyé, à 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, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner³,

c'est-à-dire que la situation de l'individu impose à l'État qui en reconnaît la gravité d'accorder un statut juridique correspondant à un état de fait qui lui est préalable⁴, on mesure combien cette conception contemporaine de l'asile vient nuancer ce que nous avons affirmé plus haut sur la souveraineté étatique. On trouve dans le droit international contemporain, pourtant centré sur les États conçus comme également souverains, des dispositions qui contraignent ces mêmes États, dans certains cas certes exceptionnels, à autoriser un individu à entrer sur leur territoire pour y solliciter l'asile, que cela leur plaise ou non. De ce point de vue, la convention de Genève fait figure de miracle, que seule la conjonction de la mémoire encore vivace du second conflit mondial et des enjeux liés à la guerre froide naissante a rendu possible.

Néanmoins, il convient de relativiser ce constat. Ce que nous venons d'affirmer ne

¹ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, article 33.1, défense d'expulsion et de refoulement.

² Chetail (V.), « Théorie et Pratique de l'asile... », *art. cit.*, p. 651.

³ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, Article 1-a.

⁴ Nous verrons cependant au chapitre 3. I qu'il faut nuancer cette affirmation.

concerne en effet que les textes généraux régissant le droit d'asile, et non pas les pratiques effectives, d'une part, ni les projets de modification de ces textes, d'autre part¹.

Or, dans les faits, l'interdiction de pénaliser l'entrée irrégulière des demandeurs d'asile sur le territoire d'un État est désormais lettre morte, depuis qu'

est punie d'une amende d'un montant maximum de 10 000 € l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarque sur le territoire français, en provenance d'un État avec lequel ne s'applique pas l'acquis de Schengen, un étranger non ressortissant d'un État de l'Union européenne et démunie du document de voyage et, le cas échéant, du visa requis par la loi ou l'accord international qui lui est applicable en raison de sa nationalité.²

Une amende équivalente existe aujourd'hui dans la plupart des pays européens, et elle conduit à une remise en cause grave du droit d'asile dans la mesure où les transporteurs sont incités, pour éviter les amendes, à opérer un filtrage de leurs passagers avant même l'embarquement dans l'avion, alors qu'un demandeur d'asile serait fondé, en vertu de l'article 31.1 de la Convention de Genève, à se rendre sans documents dans le pays sûr le plus proche. Théoriquement, l'amende ne s'applique pas si la demande d'asile du voyageur ne se révèle pas « manifestement infondée » ou si les documents présentés au transporteur « ne comportaient pas d'élément d'irrégularité manifeste »³. La première exception, en particulier, n'est pas sans conséquence : elle amène la compagnie de transport à exercer un contrôle sur le bien-fondé de la demande d'asile invoquée par un passager sans document de voyage... Saisi sur cette question, le Conseil constitutionnel a jugé que, parce que l'énoncé de cet article « implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche », on ne peut l'interpréter « comme conférant au transporteur un pouvoir de police au lieu et place de la puissance publique »⁴, et qu'il est donc conforme à la constitution. Dans les faits toutefois, il est inévitable qu'un tel filtrage des demandes par des opérateurs privés, non formés à la problématique de l'asile et menacés qui plus est d'une sanction financière dans les cas où l'État aurait une appréciation différente de la leur, mette en péril la portée effective de l'article 31.1 de la Convention. Cela se prouve d'ailleurs par l'explosion du nombre d'arrivées de demandeurs d'asile par leurs propres moyens, c'est-à-dire

¹ Il faudrait y ajouter l'absence de référence au droit d'asile dans les instruments régionaux de protection des droits de l'homme : sur ce point, voir Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?*, CNRS Éditions, Paris, 2015, p. 248.

² Ceseda, article L625-1, transposant l'article 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990 imposant le retour aux frais de la compagnie de transport qui aurait amené à la frontière d'un État partie un étranger démunie d'un document valide.

³ Ceseda, article L625-5.

⁴ C. C., 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC.

à pied ou dans des embarcations de fortune, alors qu'ils auraient eu les moyens de s'offrir des conditions de voyage plus confortables et surtout moins périlleuses. Du reste, « en 2003, 678 amendes ont été prononcées à l'encontre de compagnies aériennes ; en 2004, ce chiffre est passé à 1 033 »¹. Le phénomène n'est donc pas marginal, et il est loin d'être sans conséquence sur le droit d'asile.

Un autre dispositif met à mal les éléments qui, dans la Convention de Genève, portent atteinte au contrôle de l'État à ses frontières : il s'agit des notions de pays tiers sûr et de premier pays d'asile qui viennent vider de son contenu l'obligation de non-refoulement. En effet, selon la directive procédure :

Les États membres peuvent considérer une demande de protection internationale comme irrecevable uniquement lorsque :

- a) une protection internationale a été accordée par un autre État membre ;
- b) un pays qui n'est pas un État membre est considéré comme le premier pays d'asile du demandeur en vertu de l'article 35 ;
- c) un pays qui n'est pas un État membre est considéré comme un pays tiers sûr pour le demandeur en vertu de l'article 38. (...) ²

Or, derrière ces notions se cache une vaste entreprise d'externalisation de l'asile, c'est-à-dire une opération juridique consistant à rendre les États non membres responsables de la majorité des demandes d'asile. Concrètement, cela permet aux États européens de refouler les demandeurs d'asile, ou plutôt de les reconduire dans un État tiers, après avoir simplement examiné la recevabilité de la demande et décrété qu'un autre État en est responsable, parce que le demandeur aurait séjourné quelque temps dans un autre pays avant de déposer sa demande par exemple, ou parce que son pays d'origine est considéré comme sûr. Une illustration de ce procédé est fournie par l'accord du 18 mars 2016 entre l'Union européenne³ et la Turquie, en vertu duquel les migrants arrivés après le 20 mars sur les îles grecques sont reconduits en Turquie, en échange de quoi, pour chaque syrien ainsi renvoyé, un autre est accueilli en Europe depuis la Turquie. Concrètement, c'est le fait que la Turquie soit considérée comme un pays tiers sûr⁴ qui permet de juger irrecevable la demande d'asile déposée en Grèce par tout individu

¹ Iserte (M.), « Enquête en “zone d'attente réservée” de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle : vers une gestion sécuritaire des “flux migratoires” », *Cultures & Conflits* n° 71, automne 2008, p. 45.

² Directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte, 2013. JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95), article 33-2.

³ Conseil européen, Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016. URL : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>. Toutefois, l'accord n'ayant pas été pris selon les règles prévues par les institutions européennes, la CJUE s'est déclarée incompétente et considère cet accord comme conclu entre les États membres et la Turquie.

⁴ Bien qu'un tel qualificatif soit éminemment discutable : « Cela ne fait pas de la Turquie “un pays sûr” : la Convention de Genève ne s'y applique qu'aux ressortissants européens et, même “privilegiés” par rapport aux autres réfugiés, les Syriens ne sont que des “invités” sous protection “temporaire”, autrement dit fragile ; les

passé par la Turquie, au motif que c'est cette dernière qui en est responsable. Une telle utilisation de cette notion revient à retourner l'obligation de non-refoulement contre sa visée première, à savoir l'effectivité de l'asile. En effet, cette mesure était à l'origine destinée à permettre aux demandeurs d'asile de se rendre sans formalité dans un pays d'accueil ; elle signifie désormais pour eux l'obligation de s'arrêter dans le premier pays « sûr » (ou du moins jugé tel). C'est là un instrument permettant aux États européens de se défaire de toute responsabilité en matière d'asile, puisqu'il est rare qu'un demandeur d'asile arrive directement de son pays sur le sol européen¹.

On mesure ici la résistance que les États européens opposent à ce qui, dans la convention de Genève, témoignait d'un écart par rapport à la conception classique de la souveraineté comme contrôle² : dans les pratiques que nous venons d'évoquer, il s'agit pour la puissance publique de conserver la mainmise sur ses frontières et de continuer à soumettre l'ensemble des étrangers, demandeurs d'asile ou non, à l'obligation de demander une autorisation pour entrer sur son territoire. Dans ce cadre, aucune place n'est ménagée pour un véritable droit au séjour des étrangers.

2. Une mesure emblématique : l'expulsion

Nous illustrerons cette absence de droit au séjour et la précarité qui en découle à l'aide d'une disposition d'éloignement pourtant largement tombée en désuétude³ aujourd'hui, celle de l'expulsion⁴. Il s'agit d'une mesure administrative et donc préventive, par opposition à une mesure judiciaire à visée répressive : l'expulsion ne vise pas à sanctionner une violation passée des règles relatives au séjour des étrangers, mais à préserver l'ordre public en éloignant un étranger qui constituerait une menace grave. L'autorité compétente est le préfet du lieu de résidence de l'étranger, ou le ministre de l'Intérieur lorsque la mesure est prise en urgence absolue. Compte tenu de l'existence de solutions alternatives destinées à éloigner les étrangers

autres "réfugiés" sont soumis à une procédure commune très éloignée des normes européennes et sans perspective d'intégration. », Teule (C.), « "Accord" UE-Turquie : Le troc indigne », *Plein droit* n° 114, 2017, p. 25.

¹ D'autant plus que le risque d'amende pesant sur les transporteurs privés oblige les demandeurs à effectuer le trajet par leur propres moyens, en traversant donc une multitude de pays.

² Pour une analyse approfondie de la manière dont l'UE a contourné ses propres instruments juridiques en matière d'asile lors de la « crise des migrants » de 2015, voir Moreno-Lax (V.), *Accessing Asylum in Europe : Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

³ D'après les rapports annuels au Parlement sur les étrangers en France, il y eut 385 mesures d'expulsions exécutées pour 441 prononcées en 2002, 206 pour 258 en 2007, 155 pour 186 en 2012 (après quoi les chiffres ne sont plus disponibles).

⁴ Ceseda, articles L521 à L524.

en situation irrégulière¹, cette mesure n'est plus guère utilisée aujourd'hui qu'à l'encontre d'étrangers en situation régulière, et c'est précisément la raison pour laquelle elle nous intéresse ici : elle témoigne du décalage qui existe entre le traitement réservé aux nationaux et aux étrangers dans des situations par ailleurs comparables à tous égards.

Par « ordre public », il faut entendre, d'après l'article L. 131-2 du Code des communes et son interprétation jurisprudentielle, « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publics », ainsi que la moralité et la dignité humaine : dans les faits, peuvent être considérés comme constituant des menaces graves à cet égard aussi bien des nationaux que des étrangers ; pourtant, l'expulsion ne concerne que les seconds. Au sein même des étrangers, des distinctions catégorielles sont prévues : comme nous le verrons, dans certains cas, l'expulsion ne peut être décidée qu'en cas de « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique » (art. L. 521-2, al. 1) ou en cas d'« atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État », d'« activités à caractère terroriste » ou d'« actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes » (art. L. 521-3). À lire ces motifs, il apparaît que la raison d'être de cette mesure est que le comportement d'un individu, soit en raison d'infractions commises par le passé, soit en raison d'actes non répréhensibles en soi, mais considérés comme révélateurs d'une probable trajectoire future, peut représenter un risque d'atteinte à l'ordre public et justifier son éloignement par la puissance publique chargée de protéger ce même ordre. Preuve en est la distinction entre deux types d'expulsions, l'expulsion « ordinaire » et l'expulsion « en urgence absolue » : si la menace est imminente, la procédure adoptée sera plus expéditive. En effet, dans les cas considérés comme « d'urgence absolue », les règles de procédure relatives à l'expulsion peuvent être suspendues afin de permettre une mise en œuvre dans les plus brefs délais : les obligations de prévenir l'étranger (au moins 15 jours à l'avance) et de le convoquer devant la commission d'expulsion, où il pourra présenter sa défense (commission qui rendra son avis dans le mois suivant l'audition) mentionnées à l'article L522-1 impliquent, dans la procédure ordinaire, qu'au moins six semaines s'écoulent avant que l'arrêté ne puisse être exécuté. Pour cette raison, dans les cas où l'urgence est constatée², le passage en commission peut être évité, l'impératif de préserver

¹ Exception faite des mesures propres à l'espace Schengen, il s'agit principalement l'obligation de quitter le territoire français, avec ou sans interdiction de retour (livre V, titre premier).

² Alors que, jusque dans les années 1970, le juge se bornait à un contrôle de la régularité externe de l'acte en matière d'expulsion en urgence absolue (limité donc aux questions de compétence et aux vices de forme ou de procédure), il exerce aujourd'hui un contrôle normal pour s'assurer de l'existence effective de cette urgence, en examinant s'il « résulte des pièces versées au dossier » que l'expulsion présente le caractère d'urgence absolue requis (C. E., 13 novembre 1985, 65 827) ; ce principe avait été affirmé dans un arrêt d'Assemblée, sans être applicable en l'espèce, dès 1955 (C. E. Ass. 18 mars 1955, Hamou Ben Brahim). Notons que sont recevables à titre de preuves de l'urgence absolue les « notes blanches » des services de renseignement, même anonymes, à

l'ordre public venant faire contrepoids, selon la logique du balancier décrite en introduction, aux garanties procédurales dont l'étranger devrait jouir : la sécurité de tous prime, en quelque sorte, sur les droits d'un seul individu.

On voit ici à l'œuvre la logique de souveraineté : le séjour d'un étranger sur le sol national étant par définition précaire et soumis à conditions, il peut être expulsé de force dans un délai extrêmement court et selon une procédure particulièrement expéditive si la puissance publique considère qu'il représente une menace imminente, et la prise en considération des droits de l'étranger en question est alors minimale : l'encadrement procédural et les garanties propres à tout État de droit (droit à un recours effectif, en particulier) sont ici, plus que pour toute autre disposition du droit des étrangers, essentiellement formels, à tel point que, si l'urgence le justifie, l'arrêt peut ne pas être motivé¹.

Ce qui nous intéresse plus spécifiquement dans cette disposition juridique, c'est que des comportements identiques déboucheront, selon le statut de l'individu, sur un traitement différent : malgré les apparences, ce qui motive l'expulsion, ce ne sont pas tant les faits constituant la menace que le statut juridique de celui qui les commet. Il importe à cet égard de distinguer quatre catégories : les étrangers « non protégés », les étrangers protégés, les ressortissants de l'Union et enfin les nationaux. Le Code lui-même est structuré selon cette logique de gradation de la protection contre l'expulsion : l'article L521-1 énonce l'existence de cette procédure, l'article L521-2 dresse la liste des étrangers bénéficiant d'une protection relative, l'article L521-3 mentionne les étrangers bénéficiant d'une protection quasi absolue, et enfin l'article L521-5 évoque le cas particulier des ressortissants de l'Union européenne. Nous avons ajouté à cette liste, à titre de comparaison, la catégorie des nationaux, qui ne peuvent, quant à eux, faire l'objet d'une expulsion, quand bien même ils auraient commis des faits de même gravité que les individus appartenant aux catégories précédentes : on mesure ici que la

condition qu'elles soient étayées par un minimum de documents annexes au mémoire. Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence et de ses évolutions, voir Pujalte (C.), « Conclusions du commissaire du gouvernement Christian Pujalte », *L'Avocat et les juridictions administratives*, Presses Universitaires de France, « Questions judiciaires », Paris, 2014, p. 381-402. Les étrangers concernés par cette procédure dérogatoire sont le plus souvent des détenus condamnés à de lourdes peines et dont la libération approche ou vient d'avoir lieu, ou des étrangers participant à une organisation à caractère terroriste.

¹ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, Article L211-6 : « Lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision. Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, dans les délais du recours contentieux, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs. » Il faut que l'urgence justifie clairement l'absence de motivation : pour une illustration relativement récente de ce contrôle sévère, voir par exemple C. A. A. de Bordeaux, 31 juillet 2007, n° 06BX00167. Depuis 1975, seule une petite minorité d'arrêts a admis que l'urgence justifiait l'absence de motivation : C. E., 2 décembre 1988, n° 72686, C. E., 12 octobre 1992, n° 127572, C. E., 5 mai 1993, n° 127645, C. E. 7 juin 1993, n° 127669, C. E., 22 juin 1994, n° 128160.

dimension instrumentale de l'expulsion (comme moyen de préserver l'ordre public) est secondaire par rapport aux catégories juridiques.

L'article L521-1 pose le cadre de l'expulsion de droit commun, qui vise donc tout étranger dont la présence constitue « une menace grave pour l'ordre public » ; plus précisément, le motif justifiant l'expulsion consiste en la menace effective d'un trouble futur d'une gravité suffisante pour justifier le renvoi, mais cette notion de « menace grave » n'est définie par aucun texte et fera donc l'objet d'une interprétation, d'abord par le préfet auquel revient la compétence de prendre un arrêté d'expulsion, et ensuite, en cas de recours, par la juridiction administrative. Dans les faits, les autorités appliquent souvent ce que l'on appelle couramment la « double peine », à savoir un renvoi (OQTF ou expulsion) « motivé » par une ou plusieurs condamnations pénales dont l'étranger a auparavant fait l'objet, ce qui souligne toute la difficulté qu'il y a à établir l'existence d'une menace (d'un risque à *venir*, donc) autrement qu'en s'appuyant sur des faits *passés*. Cette pratique est théoriquement interdite par le Conseil d'État :

les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier légalement une mesure d'expulsion et (...) elles ne dispensent en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire français est de nature à constituer une menace pour l'ordre public.¹

Le préfet est donc tenu d'envisager la situation et le comportement de l'étranger concerné, pris en un sens large. Toutefois, la portée de cet arrêt doit être relativisée, car la condition de l'examen général du comportement de l'individu menacé d'expulsion est réputée

remplie dès lors qu'elle résulte des visas de l'arrêté (la formule consacrée étant : « qu'en raison de son comportement, la présence de cet étranger sur le territoire français constitue une menace grave pour l'ordre public ») ou de l'affirmation de l'auteur de l'arrêté selon laquelle il a effectivement examiné l'ensemble du comportement de l'intéressé. (...) De même, le préfet est censé avoir tenu compte de l'ensemble du comportement de l'intéressé dès lors que, même s'il n'évoque pas, dans son arrêté, le comportement général de l'étranger durant sa détention, postérieurement aux faits, il vise toutefois l'avis de la commission d'expulsion « contenant des renseignements précis sur le comportement de l'intéressé depuis les faits et sur différents aspects de sa situation »^{2,3}

Ainsi, en raison de l'importance accordée à l'enjeu, le préfet jouit d'une sorte de prime de crédibilité, comme si la mention de l'ordre public et le fait que la procédure vise un étranger suffisaient à tenir en échec le contrôle effectif du juge administratif.

¹ C. E. Ass., 21 janv. 1977, n° 01333.

² CAA Lyon, 25 janvier 2011, n° 10LY01078.

³ *Dictionnaire permanent du droit des étrangers* (Elnet), article « expulsion ».

Concernant les autres catégories, sans entrer dans les détails, nous soulignerons la logique d'ensemble : plus l'étranger a d'attaches en France, plus il est difficile de l'expulser (car cette décision sera mise en balance avec le droit à la vie privée et familiale), donc plus la menace qu'il représente doit être grave. On passe ainsi de la « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »¹ (réputée remplie pour tout étranger protégé qui « a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans », et qui correspondra essentiellement à des faits de prosélytisme religieux, de terrorisme, de crimes de sang ou de trafic de stupéfiants), aux « comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence »². Dans tous ces cas, le raisonnement adopté consiste à mettre en balance la vie privée et familiale de l'étranger d'un côté et l'intérêt de l'État de l'autre : il faut que l'atteinte à la première soit la seule manière de préserver le second³. Cette approche est également celle retenue par la CEDH,

¹ Ceseda, article L521-2. Sont concernés

« 1° L'étranger, ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ;

2° L'étranger marié depuis au moins trois ans avec un conjoint de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage et que le conjoint ait conservé la nationalité française ;

3° (Abrogé) ;

4° L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention "étudiant" ;

5° L'étranger titulaire d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 % ;

6° Le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse qui séjourne régulièrement en France depuis dix ans ».

² Ceseda, article L521-3, concernant

« 1° L'étranger qui justifie par tous moyens résider habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ;

2° L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de vingt ans ;

3° L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est marié depuis au moins quatre ans soit avec un ressortissant français ayant conservé la nationalité française, soit avec un ressortissant étranger relevant du 1°, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage ;

4° L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an ;

5° L'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié.

Les dispositions du présent article ne sont toutefois pas applicables à l'étranger mentionné au 3° ou au 4° ci-dessus lorsque les faits à l'origine de la mesure d'expulsion ont été commis à l'encontre de son conjoint ou de ses enfants ou de tout enfant sur lequel il exerce l'autorité parentale ».

³ En vertu de la jurisprudence Bousarra (CEDH, 23 septembre 2010, n° 25672/07, Bousarra c./France) ; néanmoins les illustrations favorables au demandeur sont minoritaires. Quelques exemples récents : C. E., 15 janvier 2014, n° 36555 : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. B... est marié avec une ressortissante française avec laquelle il a eu quatre enfants, de nationalité française, qui sont mineurs et vivent en

qui a détaillé comme suit les éléments à mettre en balance avec la préservation de l'ordre public :

Pour apprécier les critères pertinents en pareil cas, la Cour prendra en compte la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge. En outre, la Cour examinera tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion.¹

Cela ne signifie pas pour autant que la jurisprudence soit protectrice : la multiplicité des critères ne joue pas nécessairement en faveur de l'étranger. Ainsi, dans le cas d'un ressortissant turc arrivé, à l'âge de 12 ans, aux Pays-Bas, où il a séjourné régulièrement pendant plus de 15 ans, n'ayant plus d'attaches familiales dans son pays d'origine, ne parlant pas ou plus le turc, et ayant une compagne et deux enfants néerlandais, une condamnation à une peine de sept ans de prison pour homicide justifie, aux yeux de la Cour, le retrait du titre de séjour assorti d'une interdiction de retour pendant dix ans, sans que l'atteinte ainsi portée à la vie familiale soit jugée disproportionnée. En effet,

si un certain nombre d'États contractants ont adopté des lois ou des règlements prévoyant que les immigrés de longue durée nés sur leur territoire ou arrivés sur leur territoire à un jeune âge ne peuvent être expulsés sur la base de leurs antécédents judiciaires (paragraphe 39 ci-dessus), un droit aussi absolu à la non-expulsion ne peut être dérivé de l'article 8 de la Convention, dont le paragraphe 2 est libellé en des termes qui autorisent clairement des exceptions aux droits généraux garantis dans le paragraphe 1. (...) La Cour considère (...) que même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et qu'il a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des États contractants d'expulser des étrangers.²

On voit ici très nettement à l'œuvre l'extériorité de l'étranger par rapport à la

France ; que s'il a fait l'objet, en 1990, d'une condamnation à neuf ans d'emprisonnement pour infraction à la législation sur les stupéfiants, il ne ressort pas des éléments versés au dossier que ce comportement délictueux aurait persisté ; que les autres infractions qui lui sont reprochées ne sont pas établies par les pièces du dossier, à l'exception de la conduite d'un véhicule sans permis ; qu'en égard à l'absence de gravité de ces derniers faits et au caractère ancien des autres faits, malgré leur gravité, le refus opposé par le préfet de police le 29 novembre 2010 d'abroger l'arrêté d'expulsion pris à l'encontre de M. B... le 7 février 1995 porte, dans les circonstances de l'espèce, une atteinte au droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a été pris ». Voir aussi C. E., 24 août 2011, n° 327036 et C. E., 8 février 2012, n° 337992.

¹ CEDH, 2 août 2001, *Boutif c/Suisse*, n° 54273/00, §48.

² CEDH, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99, §55 et 56.

souveraineté et de l'État : l'accumulation d'indices prouvant que la vie personnelle d'un étranger est toute entière située dans un État dont il n'a pas la nationalité et que son lien avec son pays d'origine n'est plus qu'un lien de papier ne fait pas en soi obstacle à la procédure d'expulsion. La nationalité prime sur tout autre critère ; ce raisonnement repose avant tout, comme le formule la Cour, sur le postulat selon lequel la situation d'un étranger ne peut en aucun cas « être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des États contractants d'expulser des étrangers »¹. Mais ce postulat relève d'une tautologie : ce qui interdit de mettre sur le même plan étranger et ressortissant en matière d'expulsion, c'est précisément que celle-ci ne peut concerner que les étrangers.

Enfin, mention particulière doit être faite des ressortissants de l'Union européenne : en effet, en vertu du principe de libre circulation², seuls des motifs puissants peuvent conduire à une expulsion. Il faut que l'étranger présente une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » ; surtout, contrairement aux catégories précédentes, le principe de la balance exposé ci-dessus est explicitement intégré aux termes mêmes de l'article, au lieu de résulter d'une construction jurisprudentielle plus ou moins stable : l'autorité doit tenir compte « de l'ensemble des circonstances relatives à leur situation, notamment la durée de leur séjour sur le territoire national, leur âge, leur état de santé, leur situation familiale et économique, leur intégration sociale et culturelle dans la société française ainsi que l'intensité des liens avec leur pays d'origine »³. Pour les résidents de longue durée, enfin, seuls des motifs impérieux de sécurité publique peuvent justifier cette procédure, la CJUE affirmant que

si, pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux pouvant varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, notamment en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des personnes, ces exigences doivent, toutefois, être entendues

¹ CEDH, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99, §55 et 56.

² TFUE, article 21 : « Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application. ». Par ailleurs, on retrouve dans la directive précisant les conditions d'exercice de cette liberté la mise en balance soulignée plus haut entre droit à la vie privée et familiale et intérêt de l'État : « En conséquence, plus l'intégration des citoyens de l'Union et des membres de leur famille est forte dans l'État membre d'accueil et plus forte devrait être la protection contre l'éloignement. C'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles, pour des motifs impérieux de sécurité publique, qu'une mesure d'éloignement peut être prise contre des citoyens de l'Union ayant séjourné pendant de longues années sur le territoire de l'État membre d'accueil, notamment lorsqu'ils y sont nés et y ont séjourné toute leur vie. » (Directive 2004/38/CE du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123. considérant 24).

³ Ceseda, article L521-5, reprenant les termes de l'article 28.1 de la directive 2004/38/CE.

strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union européenne.¹

La sévérité de la formulation n'empêche pas la Cour de faire preuve d'une certaine compréhension à l'égard des appréciations des États membres : en l'espèce, un ressortissant italien établi en Allemagne depuis plus de dix ans (ayant donc le statut de résident UE de longue durée) a pu faire l'objet d'une mesure d'expulsion, au motif que les infractions pénales qu'il avait commises figuraient à l'article 83 du TFUE qui établit une liste « des domaines de criminalité particulièrement grave », dont l'exploitation sexuelle des enfants², appelant une coopération des États membres. Néanmoins, au-delà de la volonté évidente de la Cour d'aller dans le sens de la décision prise par les autorités allemandes, cet arrêt témoigne, par la référence au texte du TFUE, de sa volonté d'encadrer la marge de manœuvre des États membres en matière d'expulsion de ressortissants européens. Plus généralement, le fait que, dans le cas des ressortissants européens, la mise en balance entre vie privée et intérêt de l'État soit intégrée aux textes alors qu'elle relève d'un apport jurisprudentiel pour toutes les autres catégories vise à insister sur le fait que les premiers jouissent d'une protection spéciale.

Or, la seule existence d'une gradation dans la protection en fonction de la catégorie à laquelle appartient chaque étranger signale que l'expulsion ne découle pas du seul fait qu'un étranger soit considéré comme une menace à l'ordre public, mais plutôt de la conjonction de deux facteurs, à savoir l'existence de cette menace et le degré de précarité dont est atteint le séjour de l'étranger. Plus le séjour est précaire, moins la menace doit être caractérisée : c'est bien le « degré » d'extranéité qui joue le rôle principal ici, plus que la protection de l'ordre public puisque, pour un même degré de menace, deux étrangers ne subiront pas le même sort s'ils appartiennent à des catégories différentes (sans même mentionner à nouveau la protection de principe dont bénéficient les nationaux). Si la protection de l'ordre public face à une menace était véritablement l'enjeu, l'éventail des situations décrites plus haut serait beaucoup moins large : on aurait retenu un seul critère de menace, qui aurait été valable pour tous les étrangers, voire également pour les ressortissants. Plus que le degré de menace, ce que la procédure d'expulsion vient manifester, c'est donc le degré d'extranéité de l'étranger, son degré

¹ CJUE, 22 mai 2012, n° C — 348/09. Pour une analyse de cet arrêt, voir Benlolo-Carabot (M.), « Liberté de circulation des citoyens européens : "Raisons impérieuses de sécurité publique", protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice », *Actualités Droits-Libertés*, 1er juin 2012. URL : <https://revdh.wordpress.com/2012/06/01/liberte-de-circulation-des-citoyens-europeens-art-28-de-la-directive-200438ce-raisons-imperieuses-de-securite-publique-protection-contre-leloignement-et-espace-de-libert/>

² TFUE, article 83.1 : « Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ».

d'extériorité par rapport à la souveraineté nationale et donc la précarité structurelle de son séjour. Force est de constater que la mesure est essentiellement justifiée par le fait que le séjour d'un étranger en France n'est jamais considéré comme un droit absolu, même si les conditions à remplir pour y mettre fin se durcissent avec le temps et en fonction des liens tissés dans le pays.

Telle est la raison pour laquelle on a pu soutenir, à propos de la procédure d'expulsion¹, que « son existence relève avant tout de l'ordre des principes intrinsèquement liés à l'idée de souveraineté de la nation. Elle constitue en quelque sorte un droit naturel de l'État-nation »², ce droit naturel correspondant au droit de tout État à décider qui séjourne sur son territoire. Malgré un encadrement juridique croissant, l'expulsion demeure considérée comme une prérogative régaliennne, un acte de la puissance publique qui échappe au contrôle du juge et qui relève du domaine de « haute police ».

Sur ce plan, on est donc passé d'une absence totale d'encadrement jurisprudentiel³ à un contrôle, minimal, néanmoins, dont le coup d'envoi est donné avec l'arrêt Morphy⁴. Avec cet arrêt, si les recours pour excès de pouvoir et pour vice de forme (à condition qu'il soit substantiel) sont désormais recevables, le Conseil d'État se refuse toutefois à contrôler l'exactitude matérielle des faits qui ont présidé à l'arrêté d'expulsion, à l'exception, hautement significative, de la vérification de la qualité d'étranger de l'individu concerné — vérification à laquelle, en cas de doute, le Conseil procède lui-même sans passer par la procédure de question préjudicielle. Autrement dit, à condition que la procédure vise bel et bien un étranger, le préfet ou le ministre de l'Intérieur ont une grande latitude pour prendre leur décision puisque le Conseil d'État ne contrôlera pas la véracité des faits allégués. La jurisprudence qui s'ensuit est relativement répétitive, le juge se contentant de noter que la mesure a été prise « dans les limites des attributions du ministre »⁵. Surtout, pour l'ensemble de la III^e République,

aucun arrêt n'a prononcé (...) l'annulation d'une mesure d'expulsion (contraste saisissant avec la situation contemporaine). Il faut y voir la conséquence de la prééminence des considérations tirées de l'ordre public — sur l'atteinte auquel nous

¹ En l'occurrence celle en vigueur sous la III^e République.

² Duroy (S.), « Le contrôle juridictionnel des mesures de police relatives aux étrangers sous la Troisième République », in Blanc-Chaléard (M.-C.) et al., *Police et migrants...*, op. cit., p. 94.

³ Au motif que les mesures d'expulsion « appartiennent à la haute police du royaume et ne peuvent dès lors être déféré[e]s en notre Conseil d'État par la voie contentieuse », C. E., 2 août 1836, *Naundorf*, Rec. p. 379 (cité par Duroy [S.], « Le contrôle juridictionnel des mesures de police relatives aux étrangers sous la Troisième République », art. cit.)

⁴ C. E., 14 mars 1884, *Michel Morphy*, Rec. p. 213.

⁵ C. E., 8 décembre 1853, *Dame de Solms*, Rec. p. 1037 ; pour d'autres occurrences, se reporter à Duroy (S.), « le contrôle juridictionnel des mesures de police relatives aux étrangers sous la Troisième République », art. cit.

l'avons vu, le CE s'est refusé jusqu'à la fin à exercer un contrôle complet — sur toutes autres considérations.¹

L'évolution ultérieure, en revanche, va dans le sens d'un approfondissement progressif du contrôle : passage au contrôle restreint, c'est-à-dire limité à l'erreur manifeste d'appréciation² pour la procédure de droit commun, et au contrôle normal pour les procédures en urgence tout d'abord³, puis pour celles visant les ressortissants de l'Union européenne⁴. Le Conseil d'État adopte depuis peu un contrôle normal dans l'évaluation de la menace que constitue l'étranger⁵. Plus généralement, un motif de contrôle toujours présent est celui de la motivation de la décision, qui doit reposer sur l'examen individualisé de chaque cas en vertu de l'interdiction des expulsions collectives par la convention européenne des droits de l'homme (protocole n° 4⁶) ; une motivation insuffisante⁷ entraînera donc l'annulation de l'arrêté pour erreur de droit. Il est curieux de constater que le passage au contrôle normal est contemporain de la quasi-disparition de la procédure d'expulsion, reflux qui a certainement facilité l'intensification du contrôle.

¹ Duroy (S.), « Le contrôle juridictionnel des mesures de police relatives aux étrangers sous la Troisième République », *art. cit.*, p. 104.

² Voir par exemple C. E., 3 février 1975, Ministre de l'intérieur c/X, no 94108, où le Conseil sanctionne l'écart flagrant entre les faits et les conclusions tirées par l'administration : arguer « d'une part, des conditions irrégulières d'entrée et de séjour de l'intéressé en France, d'autre part, de ce qu'il ne se livre à aucune activité et se trouve dépourvu de ressources normales » ne permet pas d'affirmer que l'individu en question constitue une menace pour l'ordre public, d'autant plus que le contrôle de la matérialité des faits les dément en partie (« ces faits qui sont, d'ailleurs, en partie démentis par les pièces du dossier... »).

³ C. E., 16 janvier 1970, n° 68919 (la condition d'urgence absolue n'est pas remplie dans le cas où l'étranger visé par l'arrêté est en prison) et C. E., 13 nov. 1985, no 65827 (« Cons. qu'il ne ressort des pièces du dossier, ni que cet arrêté repose sur des faits matériellement inexacts ou soit entaché d'une erreur de droit, ni qu'en estimant que l'expulsion de M. Barrutiabengoa Y... constituait une nécessité impérieuse pour la sécurité publique, le ministre de l'intérieur et de la décentralisation ait fait, des circonstances de l'espèce, une appréciation erronée... »).

⁴ C. E., 19 novembre 1990, n° 94235 (« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le ministre de l'intérieur, qui s'est fondé sur l'ensemble du comportement de l'intéressé, n'a commis ni erreur de droit ni erreur d'appréciation... »).

⁵ C. E., 12 février 2014 n° 365644 (« Considérant qu'en déduisant de ces différents éléments, en l'absence de précision sur les faits ayant mené à la condamnation de M. A... pour agression sexuelle, qu'à la date de l'arrêté litigieux, la présence de l'intéressé en France n'était pas de nature à constituer une menace grave pour l'ordre public et, par voie de conséquence, que la décision du préfet était entachée d'erreur d'appréciation, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt et n'a pas dénaturé les faits de l'espèce, n'a pas inexactement qualifié les faits dont elle était saisie... »).

⁶ CEDH, Protocole n° 4, article 4 : « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

⁷ Sauf dans certains cas très particuliers et contrôlés d'expulsion en urgence absolue. Toutefois, dans tous les cas, le préfet n'est pas tenu par l'avis de la Commission d'expulsion prévue pour la procédure de droit commun aux articles L522-1 et L522-2 du Ceseda : la motivation de l'arrêté dépend donc uniquement du préfet.

Conclusion

Ainsi, l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté légitime que lui soit réservé un régime juridique dérogatoire. Ce fait se révèle lourd de conséquences, puisque le caractère fondamental reconnu à la partition entre national et étranger tend à assimiler le second à une menace potentielle pour l'ordre public : alors que le national est aujourd'hui bien intégré aux outils de suivi administratif de l'État-nation, le second leur échappe partiellement. Ce défi administratif débouche sur un régime caractérisé par une forte volonté de contrôle. Cette volonté est encore accentuée par la conception moderne de la nation : l'étranger est de ce point de vue un autre et potentiellement un ennemi. « Condition sociale » et « condition juridique » s'alimentent donc réciproquement :

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.¹

C'est cet aspect de discrimination et d'infériorité qu'il nous faut mettre en lumière dans le chapitre suivant, en nous concentrant sur ses traductions juridiques.

¹ Lochak (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, op. cit., p. 9.

Chapitre 2. « Étrangers : de quel droit ? »¹

L'objectif de ce chapitre est d'illustrer les conséquences de l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique, analysée au premier chapitre. Nous montrerons que les étrangers se trouvent régis par des règles *ad hoc*, caractérisées par deux éléments principaux : l'omniprésence du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique et un décrochage fréquent de son action à l'égard des normes de l'État de droit. La conjonction de ces deux éléments tend à mettre en péril les droits subjectifs des étrangers. Il ne s'agit pas ici de faire une étude systématique du droit des étrangers, mais de lire ses principales dispositions et évolutions au prisme de l'opposition structurelle entre souveraineté et droits individuels des étrangers. C'est pourquoi l'accent portera le plus souvent sur les catégories bénéficiant du régime le moins favorable. Ce régime restrictif nous paraît en effet le plus représentatif, parce que les protections et droits supplémentaires dont peuvent se réclamer certains étrangers découlent d'accords interétatiques contingents et non pas d'une obligation que les autorités françaises se reconnaîtraient par principe : elles sont autant de dérogations au régime commun.

Nous verrons que ce régime juridique réservé aux étrangers est restrictif par rapport à celui des nationaux : les étrangers bénéficient de moins de droits subjectifs, car la mise en balance de ces derniers avec l'ordre public leur est défavorable (I.). De plus, la garantie de leurs droits est mise en péril par la marge de manœuvre discrétionnaire dont l'administration dispose à leur égard et la tentation sans cesse renouvelée de la raison d'État (II.) ; le droit des étrangers tend donc à sortir de l'orbite de l'État de droit, et à cantonner les étrangers, géographiquement et juridiquement, dans un régime de frontière (III.)

I. Un régime dérogatoire et restrictif

Le Préambule de la Constitution de 1958 énonce que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 », et le livret du ministère de l'Intérieur destiné aux étrangers affirme en ouverture que

¹ Nous reprenons le titre de l'ouvrage déjà cité de Lochak.

la France attache une grande importance à la qualité de l'accueil réservé aux étrangers qui souhaitent s'installer durablement sur son territoire. (...) La République garantit l'égalité et des droits à toute personne résidant en France. (...) La France est un État de droit fondé sur des lois que tous, y compris la puissance publique, ont le devoir de respecter.¹

Les principes d'égalité et de respect des droits de l'homme et des normes de l'État de droit sont ainsi proclamés et occupent une place prééminente dans notre ordre juridique. Toutefois, comme nous avons commencé à le voir au chapitre précédent, le corpus de règles qui encadre la situation des étrangers se caractérise d'abord par le contrôle, et l'expression « droit des étrangers » désigne plus les contraintes qui pèsent sur les étrangers que les droits dont ils peuvent se réclamer. Il s'agit d'un « droit de la maîtrise des individus » plutôt que d'un droit « relatif à la personne », ce qui fait du droit des étrangers un « droit de la puissance de l'État »². Cette dimension tend à prendre le pas sur les droits subjectifs, selon deux modalités que nous allons envisager successivement : soit en rendant inconcevable la reconnaissance de certains droits aux étrangers, parce qu'ils seraient par principe réservés aux nationaux, soit par l'affaiblissement de droits pourtant reconnus par les textes, à travers leur mise en balance avec l'ordre public.

1. La prérogative souveraine, ou le règne de la faveur

La première manifestation du régime restrictif réservé aux étrangers correspond à la manière dont est envisagé leur séjour : celui-ci ne correspond jamais à un droit³, mais à une faveur que l'État d'accueil accorde ou non, en vertu d'une appréciation relativement libre. Cette réalité structure notre rapport au monde depuis plusieurs décennies, et l'on en trouve une expression très nette dans la bouche du ministre de la Police générale au début du XIX^e siècle : « la résidence en France d'un étranger n'est pas pour lui, comme pour le régnicole, la jouissance d'un droit acquis, c'est l'effet d'une simple tolérance », ce qui signifie qu'« un étranger ne peut être admis sur le territoire français qu'en vertu d'une autorisation de l'autorité supérieure accordée par un visa officiel »⁴.

¹ Ministère de l'Intérieur, « Venir vivre en France », p. 3-5. URL : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Accueil-et-accompagnement/Le-livret-d-information-Venir-vivre-en-France>.

² Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, Thémis droit, Paris, 2015, p. 10.

³ Nous verrons que, même dans le cas des ressortissants européens, le séjour n'est jamais inconditionnel.

⁴ Archives nationales, F7 12 186, cité par Noiriel (G.), « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la 1^{ère} à la III^e République », *Genèses*, n° 30, 1998, p. 81.

La distinction entre le national (ou le régnicole, ici) et l'étranger se traduit d'abord par le rapport au territoire : alors que le premier peut toujours y entrer, en sortir et y retourner sans formalité autre que la preuve de son identité, le second n'y est que « tolér[é] », à condition d'avoir obtenu une autorisation préalable¹ qui sert en réalité à filtrer et sélectionner les étrangers considérés comme désirables². La liberté de circulation, proclamée aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³, ne fait pas obstacle à ce contrôle, car « elle s'exerce, en ce qui concerne le franchissement des frontières, dans les limites découlant de la souveraineté de l'État et des accords internationaux et n'ouvre pas aux étrangers un droit général et absolu d'accès sur le territoire français »⁴. Il s'agit donc d'un élément à mettre en balance avec les prérogatives de l'État.

Cette prérogative souveraine de l'État se traduit notamment par le régime d'octroi des visas, documents consulaires permettant aux étrangers de franchir la frontière. Tous les étrangers ne sont pas soumis à l'obligation de demander un visa pour entrer en France : les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen en sont dispensés (y compris pour les visas de long séjour, c'est-à-dire destinés à un séjour de plus de 90 jours), ainsi qu'un certain nombre de ressortissants de pays tiers⁵ en raison d'accords passés entre l'Union

¹ L'article L211-1 mentionne les documents exigés pour entrer en France, qui peuvent comprendre, outre le visa, une assurance et une attestation d'hébergement.

² En témoignait tout particulièrement l'insistance mise par N. Sarkozy sur l'opposition entre immigration « choisie » et « subie ».

³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 2. « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

Article 4. « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

⁴ C. E., réf., 11 avr. 2018, n° 418027. De même, un refus d'entrée motivé par le défaut d'assurance du requérant ne constitue pas une « atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et de venir des intéressées alors qu'aucun principe ni aucune règle n'accorde aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ». Au contraire, « il appartient à l'étranger, pour être admis à la frontière sur le territoire français, de présenter non seulement le visa exigé par les conventions en vigueur, mais, dans le cas d'une visite touristique ou familiale, un certificat d'hébergement, sous la forme d'une attestation d'accueil, et, dans l'hypothèse d'une visite effectuée pour des motifs médicaux, un document attestant la prise en charge des dépenses médicales par un opérateur d'assurance » (C. E., réf., 21 septembre 2007, n° 309497).

⁵ La dernière liste en date figure à l'annexe 2 du Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JO L 303 du 28.11.2018, p. 39–58) et comprend les pays suivants : ancienne République yougoslave de Macédoine [sic], Andorre, Émirats arabes unis, Antigua-et-Barbuda, Albanie, Argentine, Australie, Bosnie-Herzégovine, Barbade, Brunei, Brésil, Bahamas, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Micronésie, Grenade, Géorgie, Guatemala, Honduras, Israël, Japon, Kiribati, Saint-Christophe-et-Niévès, Corée du Sud, Sainte-Lucie, Monaco, Moldavie, Monténégro, Îles Marshall, Maurice, Mexique, Malaisie, Nicaragua, Nauru, Nouvelle-Zélande, Panama, Pérou, Palaos, Paraguay, Serbie, Îles Salomon, Seychelles, Singapour, Saint-Marin, El Salvador, Timor-Orientale, Tonga, Trinité-et-Tobago, Tuvalu, Ukraine, États-Unis, Uruguay, Saint-Siège, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Venezuela, Vanuatu, Samoa, ainsi que certaines catégories spécifiques : régions administratives spéciales de la République populaire de Chine (Hong

européenne et leur pays d'origine. Ces accords sont fondés sur le principe de réciprocité, ce qui souligne que le facteur déterminant est la qualité des relations interétatiques plutôt que la prise en compte des intérêts des individus au sens strict. Pour les étrangers qui doivent en faire la demande, la décision d'octroyer ou de refuser le visa est discrétionnaire, ce qui signifie que, même lorsque le demandeur remplit toutes les conditions légales, il appartient à l'administration de décider si elle accorde ou non le document ; en cas de recours, elle est soumise au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire à un contrôle restreint. Depuis la réforme de 2016, ce refus doit être motivé, en application du Code communautaire des visas¹, mais il suffit à l'administration de cocher l'une des cases du formulaire type prévu à cet effet², où les motifs sont, par définition, vagues et stéréotypés. La raison en est précisément que la décision d'accorder ou non le visa est laissée à l'appréciation de l'État. Cela se reflète également dans le fait que, contrairement aux dispositions du Code des relations entre le public et l'administration en vertu duquel « le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation »³, l'absence de réponse en matière de visa vaut, elle, décision implicite de rejet. De même, l'avis de la Commission de recours contre les refus de visa n'est pas contraignant : elle ne peut que « recommander »⁴ l'autorisation ou confirmer le

Kong, Macao) ; citoyens britanniques qui ne sont pas ressortissants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord aux fins du droit de l'Union (Ressortissants britanniques [outre-mer] [British Nationals [Overseas]] ; citoyens des territoires britanniques d'outre-mer [British Overseas Territories Citizens] ; citoyens britanniques d'outre-mer [British Overseas Citizens] ; personnes britanniques protégées [British Protected Persons] ; sujets britanniques [British Subjects]), et Taiwan.

¹ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas). JO L 243 du 15.9.2009, p. 1-58.

² Fourni à l'annexe 6 du code cité ci-dessus. Voici la liste des motifs de refus :

1. Le document de voyage présenté est faux/falsifié
2. L'objet et les conditions du séjour envisagé n'ont pas été justifiés
3. Vous n'avez pas fourni la preuve que vous disposez de moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour envisagé ou de moyens pour le retour dans le pays d'origine ou de résidence, ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel votre admission est garantie, ou vous n'êtes pas en mesure d'acquérir légalement ces moyens
4. Vous avez déjà séjourné sur le territoire des États membres pendant 90 jours au cours de la période de 180 jours en cours sur la base d'un visa uniforme ou d'un visa à validité territoriale limitée
5. Vous avez fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen (SIS) par _____
6. Un ou plusieurs États membres estiment que vous représentez une menace pour l'ordre public, la sécurité nationale ou la santé publique, au sens de l'article 2, point 21 du règlement (CE) n° 399/2016 (code frontières Schengen), ou pour les relations internationales d'un ou plusieurs des États membres
7. Vous n'avez pas présenté d'éléments attestant que vous êtes titulaire d'une assurance maladie en voyage adéquate et valable
8. Les informations communiquées pour justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé ne sont pas fiables
9. Votre volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa n'a pas pu être établie
10. Vous n'avez pas présenté d'éléments suffisants pour attester que vous n'avez pas été en mesure de demander un visa à l'avance, justifiant une demande de visa à la frontière
11. L'abrogation du visa a été demandée par le titulaire du visa.

³ Article L231-1 du Code des relations entre le public et l'administration. Cependant, les exceptions à cette règle sont très nombreuses et ne concernent pas que le droit des étrangers, loin de là.

⁴ Ceseda, D211-9.

refus.

L'objectif de la formalité du visa est explicitement d'éviter l'immigration incontrôlée¹, et donc de garantir le contrôle que l'État exerce sur son territoire et sa population, ce qui explique que la liste des documents exigés soit parfois longue². Il s'agit de s'assurer de l'identité du demandeur, du fait qu'il ne pose pas de risque pour l'ordre public, qu'il ne constituera pas une charge pour le système médico-social de l'État et qu'il ne se maintiendra pas sur le territoire au-delà de 90 jours pour les visas de court séjour³. Cet objectif éclaire également la liste des ressortissants non soumis à l'obligation de visas : il s'agit majoritairement de pays riches depuis lesquels les flux migratoires sont soit faibles, soit envisagés avec faveur par les autorités. Inversement, pour certaines nationalités considérées comme à haut risque migratoire⁴, une disposition supplémentaire s'applique : le visa de transit aéroportuaire (VTA). Il doit être demandé lorsque l'individu, au cours de son voyage, est amené à effectuer une correspondance dans un aéroport français ou européen, même s'il ne s'agit pas de sa destination finale et qu'il ne passe que par la zone internationale. Le requérant doit donc fournir « des documents relatifs à la poursuite du voyage vers la destination finale après le transit aéroportuaire envisagé » et « des informations permettant d'apprécier sa volonté de ne pas entrer sur le territoire des États membres »⁵. Ces dispositions ont été contestées au nom du droit d'asile, puisqu'elles

ont pour effet de neutraliser la demande d'asile en cela que les nationalités qui y sont soumises ont très peu de chances d'obtenir un VTA pour un transit par le

¹ Article 21 du Code communautaire des visas : « une attention particulière est accordée à l'évaluation du risque d'immigration illégale ou du risque pour la sécurité des États membres que présenterait le demandeur ainsi qu'à sa volonté de quitter le territoire des États membres avant la date d'expiration du visa demandé ».

² La liste comprend notamment :

a) des documents indiquant l'objet du voyage ;
b) des documents relatifs à l'hébergement, ou apportant la preuve de moyens suffisants pour couvrir les frais d'hébergement ;
c) des documents indiquant que le demandeur dispose de moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans son pays d'origine ou de résidence ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou encore qu'il est en mesure d'acquérir légalement ces moyens, conformément à l'article 5, paragraphe 1, point c), et à l'article 5, paragraphe 3, du code frontières Schengen » (article 14 du Code communautaire des visas).

³ C'est pourquoi, en plus des motifs de refus cités *supra*, le visa sera refusé « s'il existe des doutes raisonnables sur l'authenticité des documents justificatifs présentés par le demandeur ou sur la véracité de leur contenu, sur la fiabilité des déclarations effectuées par le demandeur ou sur sa volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé. » (article 32 du Code des Visas).

⁴ L'annexe 4 du code des visas mentionne l'Afghanistan, le Bangladesh, la République démocratique du Congo, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Ghana, l'Iran, l'Irak, le Nigeria, le Pakistan, la Somalie, le Sri Lanka. S'y ajoutent, pour la France, en vertu de l'annexe D de l'Arrêté du 10 mai 2010 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire européen de la France, le Cameroun, la Centrafrique, la République du Congo, la Côte d'Ivoire, Cuba, la République dominicaine, la Guinée (Conakry), Haïti, l'Inde, le Mali, la Mauritanie, les Philippines, la Russie.

⁵ Code des visas, article 14.

territoire français. En effet, les conditions exigées sont strictes et les États membres sont réticents à accorder des visas aux personnes susceptibles de demander l'asile.¹

Elles ont toutefois été validées par le Conseil d'État au motif que

sans porter par elle-même aucune atteinte au droit fondamental qu'est le droit d'asile, l'obligation de disposer d'un visa de transit aéroportuaire répond à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, des afflux incontrôlés de personnes qui demanderaient l'admission sur le territoire au titre de l'asile,²

car elles « ont pour objet de lutter contre des filières organisées de transit par la France en vue de solliciter l'asile ». La corrélation entre hausse des demandes d'asile en provenance d'un État et décision d'en soumettre les ressortissants à l'obligation de détenir un VTA a été établie par l'association Anafé³ et tend à prouver combien les États sont soucieux de conserver leur marge de manœuvre discrétionnaire en matière de visa, y compris à travers des mesures qui compliquent l'accès au territoire pour les demandeurs d'asile potentiels⁴. De même, le droit

¹ Bisiaux (S.-A.), Doisy (M.), « Les visas de transit aéroportuaire imposés par la France : état des lieux et enjeux (Anafé) », juillet 2017, p. 5. URL : http://www.anafe.org/IMG/pdf/note_sur_les_vta_imposes_par_la_france_-_etat_des_lieux_et_enjeux.pdf.

² C. E., 1^{er} avril 2008, n° 313711. Cette décision a été confirmée par un autre arrêt du 18 juin 2014, suscité par un recours contre l'obligation faite aux ressortissants syriens de disposer d'un VTA : « l'obligation de disposer d'un visa de transit aéroportuaire, qui ne peut être imposée par les États membres, en vertu du règlement du 13 juillet 2009, qu'en cas d'urgence due à un afflux massif de migrants clandestins et qui répond ainsi à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, le détournement du transit aux seules fins d'entrée en France, ne porte par elle-même aucune atteinte au droit d'asile, ni au droit à la vie ou à la protection contre les traitements inhumains ou dégradants » (C. E., 18 juin 2014, n° 366307).

³ « Le 1^{er} février 2008, au moment où étaient ajoutés à la liste française les “Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Egypte”, la France connaissait une arrivée importante de Tchétchènes via ses aéroports, qui demandaient l'asile au cours de leur escale. Pour “faire face” à ces arrivées, les autorités ont soumis ces personnes à l'obligation de VTA, arrêtant leur parcours d'exil aux portes des avions à destination de la France. Avait donc été identifiée une corrélation entre l'augmentation des demandes d'asile pour une nationalité et la soumission de cette même nationalité à l'obligation de VTA ».

	Variation du nombre de demandes d'asiles à la frontière (juste avant l'instauration du VTA pour les pays concernés)	Taux d'admission juste avant l'instauration du VTA
Ivoiriens (VTA, 07 avril 2003)	+47,8 %	Inconnu
Cubains (VTA, 12 janvier 2006)	+212,8 %	79,0 %
Colombiens (VTA, 11 décembre 2006)	+263,1 %	57,7 %
Russes (Tchétchènes) (VTA, 1 février 2008)	+300 %	96,0 %
Toutes nationalités 2002	-24,8 %	15,2 %
Toutes nationalités 2003	-24,1 %	2,8 %
Toutes nationalités 2004	-56,9 %	7,8 %
Toutes nationalités 2005	-8,4 %	22,3 %

(Bisiaux [S.-A.] et Doisy [M.], « Les visas de transit aéroportuaire... », *art. cit.*, p. 3).

⁴ Ou même déclarés : « si le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France » (C. E. réf, 9 juillet 2015, n° 391392). Nous verrons au chapitre 5 une jurisprudence similaire de la CJUE.

à la vie privée et familiale n'emporte pas nécessairement la délivrance d'un visa¹, car

en l'absence de toute disposition conventionnelle, législative ou réglementaire déterminant les cas où le visa peut être refusé à un étranger désirant se rendre en France, et eu égard à la nature d'une telle décision, les autorités françaises disposent d'un large pouvoir d'appréciation et peuvent fonder leur décision non seulement sur des motifs tenant à l'ordre public, mais sur toute considération d'intérêt général.²

De plus, comme le fait remarquer Tchen, « comment une personne désireuse d'entrer sur le territoire pourrait-elle invoquer une violation de sa vie familiale, alors qu'elle ne vit pas en France et peut toujours poursuivre sa vie dans un autre pays, puisqu'elle réside, en toute logique, dans un pays tiers ? »³. Certes, s'agissant des conjoints de Français, le Ceseda énonce une liste limitative de cas où le visa (de long séjour, en l'occurrence, puisque la vie commune est amenée à durer) peut être refusé : les seuls motifs admissibles sont « en cas de fraude, d'annulation du mariage ou de menace à l'ordre public ». Inversement, et c'est là une exception notable, il est délivré « de plein droit au conjoint de Français qui remplit les conditions prévues au présent article », les autorités étant même, quoique de façon assez incantatoire en l'absence de délais précis, « tenues de statuer sur les demandes de visa de long séjour formées par les conjoints de Français et les étudiants dans les meilleurs délais »⁴. Néanmoins, derrière ces formulations en apparence favorables, se cache une marge d'appréciation non négligeable de l'administration, à qui il revient de définir ce qui constitue une menace pour l'ordre public ou un mariage frauduleux. Nous y reviendrons à la section suivante, mais il est d'ores et déjà possible de noter que ce régime relativement protecteur est lié à la qualité de conjoint (ou parent) de *Français*, c'est-à-dire qu'il est avant tout destiné à protéger les droits du ressortissant concerné par la demande de visa : preuve en est que le regroupement familial, procédure équivalente entre étrangers, est régi par des dispositions plus strictes.

On comprend donc qu'il n'existe guère de droits subjectifs des étrangers qui puissent valoir contre la prérogative souveraine de l'État en matière d'autorisation d'entrée sur le territoire⁵. Pour illustrer ce point, nous nous intéresserons plus particulièrement au régime le

¹ Voir section II et chapitre 3 pour la question du respect de la vie familiale des étrangers résidant sur le territoire français ou de l'Union européenne.

² C. E., 10 avril 1992, *Aykan*, n° 75006.

³ Tchen (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *Petites affiches* n° 61, 22/05/1995.

⁴ Ceseda, article L211-1.

⁵ À l'exception notable du droit au procès équitable lorsque le requérant n'a pas la possibilité de se faire représenter : « si l'administration consulaire dispose en principe d'un large pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur les demandes de visa de court séjour dont elle est saisie, elle est toutefois tenue de réserver à ces demandes une suite favorable lorsque l'étranger doit se voir reconnaître le bénéfice des garanties résultant des articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatives au procès équitable et au recours effectif ; tel est le cas, en particulier, lorsque l'étranger doit comparaître personnellement, à la demande de la juridiction, à l'audience au cours de laquelle un tribunal français doit se

plus protecteur de tous, celui réservé aux ressortissants des États membres de l'Union européenne. Depuis l'entrée en vigueur, en 1995, de l'accord de Schengen, à l'origine conclu entre la France, la RFA, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, et son intégration au périmètre de la construction européenne par le traité d'Amsterdam en 1997, les contrôles intérieurs sont supprimés et les ressortissants des États parties bénéficient de la libre circulation. Cette liberté est également l'une des manifestations de la citoyenneté européenne :

- (1). La citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et des restrictions fixées par le traité et des mesures adoptées en vue de leur application.
- (2) La libre circulation des personnes constitue une des libertés fondamentales du marché intérieur, qui comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel cette liberté est assurée selon les dispositions du traité.¹

Mais, comme le suggère la mention des « limitations et restrictions » qui vient juste après l'énoncé de cette liberté, celle-ci s'exerce sous réserve de conditions qui tendent à en limiter la portée, du moins pour certaines catégories de ressortissants, qui constitueraient soit une menace pour la santé² ou l'ordre public³ soit une « charge déraisonnable »⁴ pour le système social de l'État membre d'accueil, alors même que la directive met l'accent sur la généralité et la systématique du droit : « Le droit fondamental et personnel de séjour dans un autre État membre est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité et ne dépend pas de l'accomplissement de procédures administratives »⁵. La permanence de mesures restrictives, même si elles sont bien plus encadrées que pour les ressortissants extracommunautaires, témoigne de la difficulté à garantir un véritable droit subjectif au séjour même pour les catégories les plus protégées⁶. Cette difficulté découle notamment de la marge d'interprétation que la notion d'ordre public réserve à l'administration.

prononcer sur le fond d'un litige auquel l'intéressé est partie. » (C. E., 6 juin 2007, n° 292076). D'autres situations particulières ont aussi amené le Conseil d'État jugeant en référé à enjoindre à l'administration de délivrer un visa, comme le refus tardif d'un visa demandé dans le cadre d'un projet de mariage entre un Français et un ressortissant marocain, alors que le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé au Maroc (C. E., 9 juillet 2014, 382 145).

¹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. JO L 158 du 30.4.2004, p. 77-123.

² Directive 2004/38, article 29.

³ Directive 2004/38, considérant 22.

⁴ Directive 2004/38, considérant 10.

⁵ Directive 2004/38, considérant 1.

⁶ Nous analyserons plus en détail le cas particulier des ressortissants européens dans la conclusion de la première partie.

2. Les droits subjectifs à l'épreuve de l'ordre public

L'affirmation réitérée du principe d'égalité interdisant les discriminations¹ emporte pour le législateur l'obligation de motiver les différences de traitement fondées sur la nationalité. Aussi, une fois franchie l'étape de l'admission au séjour, un certain nombre de droits sont reconnus aux étrangers ; ce nombre va croissant au fil des avancées jurisprudentielles. Il concerne en premier lieu les droits civils², pour lesquels les exceptions textuelles sont rares³. En matière de droits sociaux, l'égalité est la règle sous condition d'un séjour stable et régulier⁴. Les droits professionnels sont soumis à plus de restrictions, au-delà de la nécessité pour l'étranger de disposer d'un titre de séjour l'autorisant à travailler : l'accès à certaines professions privées leur est interdit⁵, et l'interdiction est systématique pour les

¹ Voir le chapitre 1 pour une analyse de la portée de ce principe en droit des étrangers, fondé notamment sur l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. ». Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir en particulier l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90], qui condamne le refus d'accorder des allocations chômage à un ressortissant turc en séjour régulier et qui avait cotisé, fondé sur le seul critère de la nationalité : « Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité ».

² Code civil, article 11 : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Aujourd'hui la règle est que les étrangers jouissent de tous les droits privés qui ne lui sont pas expressément déniés par la loi (Cass. civil., 27 juillet 1948, *Lefait*, n° 48-37523).

³ Ce qui ne suffit pas à garantir que la jouissance effective de ces droits ne soit pas remise en cause par certaines pratiques administratives. Ainsi, concernant le droit au mariage, l'officier d'état civil n'a pas de compétence pour vérifier la régularité du séjour d'un étranger, et le Conseil constitutionnel a affirmé que « le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé » (C. C., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC). En revanche, il a reconnu dans la même décision que « le caractère irrégulier du séjour d'un étranger peut constituer dans certaines circonstances, rapproché d'autres éléments, un indice sérieux laissant présumer que le mariage est envisagé dans un autre but que l'union matrimoniale » et a donc validé le fait que le législateur « prohibe et réprime, d'une part, le fait de contracter un mariage « aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française » et, d'autre part, l'organisation d'un mariage aux mêmes fins ». Les dispositions relatives à la lutte contre les mariages de complaisances (dits mariages blancs ou gris) sont régies par la Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, qui laisse notamment la possibilité à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République en cas de doute et tend à faire planer sur les mariages entre un français et un étranger une suspicion généralisée.

⁴ La priorité accordée au principe de résidence stable et régulière sur le critère de la nationalité est d'abord affirmée par le Conseil d'État (C. E., 30 juin 1989, *Ville de Paris c/Lévy*, n° 78113) puis confirmée par le Conseil constitutionnel (C. C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n° 89-269 DC).

⁵ La liste des professions ouvertes, région par région, est fixée par l'arrêté du 18 janvier 2008 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non-ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.

emplois publics¹. Cependant, à lire les textes, le seul domaine où l'exclusion soit la règle est celui des droits politiques : le droit de vote et d'éligibilité est réservé aux ressortissants², bien que la construction européenne ait atténué ce principe pour les élections municipales³ et que le débat sur le droit de vote des étrangers soit récurrent.

À lire ce passage en revue succinct, la liste des droits dont les étrangers peuvent se prévaloir ne semble pas négligeable, loin de là. Toutefois, ce qui nous intéresse, c'est la manière dont la notion même de droit subjectif est mise à mal par l'omniprésence de la réserve d'ordre public. Nous l'avons vu avec le cas de l'expulsion au chapitre précédent : le périmètre de cette notion est défini par la jurisprudence, et elle témoigne de la prévalence de la distinction entre national et étranger puisque ce n'est que pour le second que le trouble à l'ordre public entraînera des mesures administratives, c'est-à-dire *préventives*, négatives. Sa mention presque systématique à chaque énoncé d'un droit subjectif entraîne la conditionnalité et la précarité de l'exercice de leurs droits par les étrangers, qui sont sans commune mesure avec les restrictions apportées au nom de ce même ordre public aux droits et libertés des ressortissants. Elle vient s'ajouter à la technicité de ce droit sans cesse modifié et aux difficultés persistantes de l'accès au juge. Il est d'ailleurs révélateur qu'une grande partie de la littérature consacrée au régime juridique des étrangers, en-dehors des manuels, adopte l'angle d'une critique du traitement restrictif et précarisant qui leur est réservé⁴. Il s'agit donc ici de montrer que le balancier posé

¹ Slama a analysé en détail les implications de cette interdiction, comme révélatrice du lien opéré, à partir du XIX^e siècle, entre nationalité et citoyenneté et donc de l'origine de notre conception contemporaine de ce qu'est un Français : « c'est la jouissance de ces prérogatives civiques qui permet, avec la disparition des incapacités de l'étranger dans la sphère des droits civils, de *fixer la ligne de démarcation entre Français et étrangers*, ou plus précisément entre "citoyen français" et étrangers » (Slama [S.], *Le Privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, [éditeur : s. n.], 2003, p. 9).

² Ce n'est que depuis les réformes de 1973 et 1983 que les naturalisés français bénéficient des mêmes droits (loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française et loi n° 83-1046 du 8 décembre 1983 modifiant le code de la nationalité française et le code électoral et supprimant les incapacités temporaires frappant les personnes ayant acquis la nationalité française).

³ TFUE, article 20.2 « Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

- a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ;
- b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- c) le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- d) le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue ».

⁴ L'ouvrage emblématique à cet égard est celui déjà cité de Lochak (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, op. cit. Pour une analyse équivalente sur la situation actuelle, voir Parrot (K.), *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, La Fabrique, Paris, 2019. Les manuels mettent généralement l'accent sur cet aspect dans leur introduction : Aubin fait ainsi référence à un droit « fondamentalement empirique et intrinsèquement politique », qui s'adresse à « un homme « en marge » derrière un « rideau de normes » ». (Aubin (E.), *Droit des étrangers*,

entre souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers est tendanciellement déséquilibré en défaveur des seconds, et que la réserve d'ordre public concentre ce déséquilibre.

Juridiquement, la disparité entre droits des ressortissants et droits des étrangers dans leur relation à l'ordre public se traduit par le fait que la police des étrangers est une police administrative spéciale, relevant de la compétence du ministre de l'Intérieur ; les modalités de préservation de l'ordre public concernant les étrangers sont donc structurellement appréhendées comme distinctes des règles communes. De plus, la préservation de l'ordre public a été érigée au rang d'objectif à valeur constitutionnelle, ce qui consacre la marge de manœuvre du législateur aux yeux du Conseil constitutionnel :

si la sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle, le législateur peut, s'agissant des mesures applicables au séjour des étrangers en France, décider que les modalités de mise en œuvre de cet objectif reposeront, soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de ces deux régimes.¹

Par conséquent, la notion d'ordre public intervient à tous les stades de l'entrée et du séjour : demande de visa, entrée et refus d'entrée, regroupement familial, octroi ou renouvellement du titre de séjour, exclusion de la protection temporaire, OQTF, expulsion... Elle s'apprécie différemment selon la catégorie à laquelle l'étranger appartient (notamment selon qu'il est ou non ressortissant de l'Union européenne) et l'intensité de ses liens avec la France (en particulier en matière de vie privée et familiale) ; mais ce que nous souhaitons souligner ici, c'est que l'usage souple et gradué² qui est fait de la notion révèle qu'elle constitue avant tout un outil laissé aux mains de l'administration, destiné à préserver sa marge de manœuvre plutôt qu'à l'encadrer. Les réformes successives,

en élargissant le champ d'application et la portée de l'ordre public, ont renforcé les pouvoirs de l'État, devenu à la fois défenseur de l'ordre public, juge de l'urgence et de la menace. Dans cette matière sensible, les libertés sont directement concernées (...). Le législateur a les moyens de renforcer la protection de l'ordre public, avec pour effet d'élargir ses compétences et de conforter les pouvoirs de l'administration. L'ordre public semble être placé au service d'une logique étatique restrictive à l'égard des étrangers.³

Elle témoigne par ailleurs de l'attitude générale de suspicion qui pèse sur les étrangers, en raison, précisément, de leur non-appartenance à la communauté des citoyens :

Gualino, Paris, 2009, p. 26-27). Nous passerons également en revue nombre d'études juridiques plus techniques et de rapports institutionnels ou associatifs qui brossent un tableau similaire, quoiqu'en termes plus feutrés.

¹ C. C., 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, n° 89-261 DC.

² Voir le chapitre 1, IV.

³ Néraudau d'Unienville (E.), *L'Ordre public et le droit des étrangers en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 304.

peut-être est-ce pourquoi l'autonomie individuelle vient si souvent buter sur la crainte de ce que l'on nomme, dans une gradation sémantique, contournements, détournements, ou plus directement abus ou fraude. La nécessité de faire échec aux tactiques mises en place — légalement ou non — par les étrangers pour éluder les rigueurs de la loi, est un véritable fil rouge du discours politique des gouvernants français. Elle se traduit par l'incorporation croissante de règles, dans des domaines aussi variés que le mariage, la reconnaissance de paternité, l'obtention d'un titre de séjour ou la qualité de réfugié, dont l'objet est d'empêcher, contrer, ou tout simplement sanctionner ces stratégies de « contournement ». La sanction de la fraude peut même aller jusqu'à paralyser les droits fondamentaux.¹

La priorité structurelle accordée à l'ordre public fragilise les droits subjectifs des étrangers, et l'on pourrait dire que c'est précisément sa raison d'être : elle préserve la mainmise souveraine de l'État sur son territoire et sa population. Elle fragilise donc la protection que les normes juridiques sont censées offrir à tous : « l'étranger est confronté à la puissance et à l'autonomie de l'ordre public, même par rapport à la loi. Loi qui devrait, en principe, lui assurer un minimum de garanties mais qui, par son imprécision et sa complexité, encourage plutôt l'administration à utiliser intensivement les pouvoirs qui lui sont laissés »². Ainsi, la mention de la menace pour l'ordre public peut justifier le refus d'octroyer une carte de résident³, qui est pourtant censée être délivrée de plein droit à certaines catégories d'étrangers⁴. Ce faisant, elle vide de sa substance la notion même de droit subjectif, qui désigne par définition un droit opposable à la puissance publique, ne dépendant pas de son appréciation : en droit des étrangers, la menace pour l'ordre public témoigne de la persistance du pouvoir discrétionnaire⁵ de l'administration même dans les cas où les textes prétendent reconnaître des droits aux étrangers. Elle est souvent utilisée de façon conjointe avec d'autres expressions qui désignent un intérêt de l'État que l'étranger pourrait mettre en péril, comme la sûreté publique, la santé publique ou les valeurs fondamentales de la société.

Un exemple particulièrement révélateur de cet usage de la notion d'ordre public entendu au sens large et de la précarisation qu'elle entraîne pour l'exercice des droits subjectifs des étrangers est fourni par le cas du regroupement familial. La Convention européenne des droits de l'homme garantit ce droit⁶, qui a donné lieu à de nombreuses avancées jurisprudentielles en

¹ Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, op. cit., p. 11.

² Néraudau d'Unienville (E.), *L'ordre public et le droit des étrangers...*, op. cit., p. 314

³ Ceseda, Article L 314-3 : « La carte de résident peut être refusée à tout étranger dont la présence constitue une menace pour l'ordre public ».

⁴ Mentionnés aux articles L 314-8, 9, 11 et 12 du Ceseda.

⁵ Nous analyserons cette notion et son usage dans la partie suivante.

⁶ CEDH, article 8 :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire

droit des étrangers. Aujourd'hui, la reconnaissance de ce droit se traduit dans le Cesda¹ par une liste explicitement limitative de motifs pour lesquels l'administration peut légalement en refuser l'exercice par un étranger en situation régulière² :

Le regroupement familial ne peut être refusé que pour l'un des motifs suivants :

1° Le demandeur ne justifie pas de ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de sa famille. Sont prises en compte toutes les ressources du demandeur et de son conjoint indépendamment des prestations familiales, de l'allocation équivalent retraite et des allocations prévues à l'article L. 262-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'article L. 815-1 du code de la sécurité sociale et aux articles L. 5423-1 et L. 5423-2 du Code du travail. Les ressources doivent atteindre un montant qui tient compte de la taille de la famille du demandeur. Le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 441-1 fixe ce montant qui doit être au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la personne qui demande le regroupement familial est titulaire de l'allocation aux adultes handicapés mentionnée aux articles L. 821-1 ou L. 821-2 du code de la sécurité sociale ou de l'allocation supplémentaire mentionnée à l'article L. 815-24 du même code ou lorsqu'une personne âgée de plus de soixante-cinq ans et résidant régulièrement en France depuis au moins vingt-cinq ans demande le regroupement familial pour son conjoint et justifie d'une durée de mariage d'au moins dix ans ;

2° Le demandeur ne dispose pas ou ne disposera pas à la date d'arrivée de sa famille en France d'un logement considéré comme normal pour une famille comparable vivant dans la même région géographique ;

3° Le demandeur ne se conforme pas aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil.³

L'article suivant ajoute que

à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹ Transposant les dispositions de l'article 6 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 3.10.2003, p. 12-18) : « 1. Les États membres peuvent rejeter une demande d'entrée et de séjour d'un des membres de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

2. Les États membres peuvent retirer le titre de séjour d'un membre de la famille ou refuser de le renouveler pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Lorsqu'ils prennent une telle décision, les États membres tiennent compte, outre de l'article 17, de la gravité ou de la nature de l'infraction à l'ordre public ou à la sécurité publique commise par le membre de la famille, ou des dangers que cette personne est susceptible de causer.

3. La seule survenance de maladies ou d'infirmités après la délivrance du titre de séjour ne peut justifier le refus de renouvellement du titre de séjour ou l'éloignement du territoire par l'autorité compétente de l'État membre concerné ».

² À l'heure actuelle, la condition de séjour régulier est ainsi énoncée : « Le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins dix-huit mois, sous couvert d'un des titres d'une durée de validité d'au moins un an prévus par le présent code ou par des conventions internationales, peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre du regroupement familial, par son conjoint, si ce dernier est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants du couple mineurs de dix-huit ans » (Cesda, article L 411-1). Cette définition constitue l'un des points sur lesquels le législateur peut jouer : avant la réforme de 2006, la durée requise était d'un an et non de 18 mois (Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, art. 44).

³ Cesda, article L 411-5.

peut être exclu du regroupement familial :

1° Un membre de la famille dont la présence en France constituerait une menace pour l'ordre public ;

2° Un membre de la famille atteint d'une maladie inscrite au règlement sanitaire international ;

3° Un membre de la famille résidant en France.

Derrière ces formulations en apparence protectrices et strictes se cache en réalité une certaine latitude laissée à l'administration, qui fragilise le droit à la vie familiale en le conditionnant au respect de critères qui permettent aux États de faciliter ou au contraire d'empêcher la mise en œuvre de la procédure. En effet, les conditions de ressources et de logement ne s'appliquent pas aux membres de la famille de Français et elles sont allégées pour les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne¹ : la fragmentation des régimes souligne la volonté de restreindre la possibilité pour certains étrangers de faire venir leur famille². De plus, parmi toutes ces conditions, certaines dépendent, pour être appliquées, d'une appréciation de la part de l'administration, d'où découlent souvent des retards³ et des obstacles qui viennent compliquer la procédure, comme la réticence à admettre les documents d'état civil fournis par le demandeur ; de même, la condition de respect des « principes qui régissent la vie familiale » est appréhendée par le préfet, sur avis éventuel du maire de la commune où vit le demandeur⁴. Inversement, même lorsque les critères sont fixés par la loi, comme pour la taille du logement, le préfet conserve son pouvoir d'accorder le droit au regroupement au regard de la situation du regroupant ; ce principe d'examen individuel des situations est en théorie protecteur, mais il accroît l'insécurité juridique que subissent les étrangers dans l'exercice de leurs droits, puisque, les conditions définies par la loi étant strictes, ils dépendent souvent du bon vouloir du préfet. La réserve d'ordre public est la manifestation la plus explicite de ce pouvoir d'appréciation, qui fait dire au Défenseur des droits que

c'est dans la règle de droit elle-même qu'une tension forte existe entre la proclamation et la réalisation d'un « *principe universaliste d'égalité* », qui conduit à supprimer les différences de traitements illégitimes, et d'un « *principe réaliste de*

¹ Voir chapitre 6, III.

² Ainsi, la Halde a souligné que « dans la mesure où le montant du SMIC est considéré comme suffisant pour que les Français puissent vivre dans des conditions acceptables, il est cohérent de considérer qu'il en est de même pour les étrangers. En conséquence, il n'y a pas lieu d'établir une distinction fondée sur la nationalité, critère de distinction sans lien avec l'objet de la mesure : disposer de revenus suffisants pour vivre dans des conditions acceptables. » (Délibération HALDE n° 2007-370 du 17 décembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration).

³ D'autant que le silence gardé par l'administration au-delà de 6 mois vaut décision implicite de rejet.

⁴ Qui comprennent : « monogamie, égalité de l'homme et de la femme, respect de l'intégrité physique des enfants et adolescents, respect de la liberté du mariage, assiduité scolaire, respect des différences ethniques et religieuses, acceptation de la règle selon laquelle la France est une République laïque » (Circulaire DPM/DMI2 n° 2007-75 du 22 février 2007 relative au groupement familial)

souveraineté étatique » qui conduit à créer et développer des régimes juridiques et un accès aux droits différents fondé sur la nationalité.¹

Cette tension découle de l'extériorité de l'étranger par rapport à la souveraineté étatique analysée au premier chapitre ; la volonté de préserver la souveraineté, y compris au prix d'atteinte aux droits des étrangers, se traduit par le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration dans ses rapports avec les étrangers.

II. L'État de droit et ses étrangers

Ce pouvoir discrétionnaire est reconnu par les textes : il repose donc sur un fondement légal. Toutefois, nous souhaiterions montrer que son utilisation effective confine parfois à l'arbitraire au sens où elle dissout la sécurité et l'égalité que la loi est censée assurer à ceux qui y sont soumis, d'autant que l'accès au juge n'est pas toujours bien garanti. Ce constat soulève une interrogation sur la protection effective garantie par l'État de droit.

La notion d'État de droit peut en effet s'entendre en un sens strictement formel et en un sens substantiel. Dans le premier cas, elle désigne d'abord le respect de la hiérarchie des normes (en particulier la supériorité de la loi sur les textes réglementaires) et l'encadrement par le droit de l'exercice de la puissance publique. Cependant, cette approche étroite

tend non seulement à exclure toute interrogation sur le contenu du droit, mais encore à occulter le soubassement sur lequel s'appuie la théorie de l'État de droit et qui lui donne sa véritable portée : l'aménagement d'un ordre juridique hiérarchisé n'a en effet de sens que dans la mesure où il repose sur un ensemble de valeurs sans lesquelles il ne serait que formalisme vain.²

Historiquement, ces valeurs, qui impliquent une dimension plus substantielle de la notion, sont l'individualisme et le libéralisme : la fonction de l'État de droit est d'encadrer l'exercice de la puissance publique afin de garantir les droits individuels. Dans le système français, cette place éminente accordée aux droits des individus se traduit par l'inscription, au sommet de la hiérarchie des normes, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Nous allons analyser dans les deux prochaines sections deux tendances du droit des étrangers qui témoignent d'un décrochage par rapport aux normes de l'État de droit : l'importance du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration et la tentation de la raison d'État. Elles reflètent une certaine réticence à encadrer véritablement les pratiques de la puissance publique

¹ Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016, p. 6.

² Chevallier (J.), *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2010, p. 14.

dans ce domaine.

1. Le droit au guichet

Dans son étude sur l'État de droit, Chevallier souligne qu'il existe au cœur de cette conception le risque d'un « fétichisme de la règle »¹. Il faut entendre par là l'idée qu'une règle énoncée serait par nature efficace et réalisée, que « la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce, et [que] le passage par la forme juridique en vient à constituer la norme suprême »². Cette tendance à idéaliser le droit est solidaire d'une tendance à considérer le droit comme un instrument neutre et coupé en particulier du domaine politique : le droit « n'apparaît plus alors comme le produit contingent d'un rapport de forces circonstanciel, mais comme paré des attributs de la nécessité et de l'incontestabilité »³. L'étude du droit des étrangers et en particulier de ses modes d'application constitue un puissant antidote face à cette tendance idéalisante, puisque la force normative de la règle juridique, théoriquement destinée à homogénéiser les pratiques de la puissance publique conformément à la volonté générale et au principe d'égalité devant la loi, se trouve structurellement amoindrie par la marge de manœuvre discrétionnaire reconnue à l'administration.

L'expression « pouvoir discrétionnaire » s'entend par opposition à une situation de « compétence liée », où l'administration ne dispose pas de marge d'appréciation, mais où sa décision découle nécessairement d'une règle de droit donnée s'appliquant sans imprécision à un cas donné. Pour illustrer cette distinction, nous citerons l'exemple suivant :

il y a compétence liée dans le cas d'un avancement à l'ancienneté, l'autorité compétente devant procéder à cet avancement lorsque les conditions légales sont remplies. En revanche, il y a pouvoir discrétionnaire, parce que l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation, dans le cas d'un avancement au choix.⁴

Il s'agit d'une « compétence dont l'exercice n'est pas déterminé dans tous ses éléments (de manière à laisser à son titulaire un certain pouvoir d'appréciation), mais qui demeure soumise au contrôle du juge administratif »⁵. Nous avons déjà aperçu certaines manifestations de ce pouvoir discrétionnaire : il est notamment revendiqué en matière de délivrance des visas et des titres de séjour, au nom de la mainmise souveraine de l'État sur son territoire et sa

¹ Chevallier (J.), *L'État de droit*, op. cit., p. 59.

² Chevallier (J.), *L'État de droit*, op. cit., p. 59.

³ Chevallier (J.), *L'État de droit*, op. cit., p. 62.

⁴ Maitrot (G.), *Encyclopaedia Universalis*, article « pouvoir discrétionnaire ».

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op.cit., article « discrétionnaire ».

population. Il lui revient (en la personne des employés des consulats ou des préfectures) de d'apprécier le droit au séjour d'un étranger. La réserve d'ordre public, en raison de la difficulté qu'il y a à la définir précisément et à l'appliquer à chaque situation particulière, en constitue également une illustration dans les textes, tout comme l'emploi d'un vocabulaire vague, de notions non définies dont il appartient à l'administration de fixer le sens, comme « délai raisonnable », « atteinte disproportionnée », « circonstances exceptionnelles ». Ce régime discrétionnaire se manifeste dans la comparaison des pratiques entre préfectures : d'un département à l'autre, le taux d'octroi d'une carte de séjour ou d'une régularisation peut varier très fortement. Ces variations sont le signe de la précarité juridique que subissent les étrangers, jamais certains, même lorsqu'ils remplissent toutes les conditions prévues par la loi, d'obtenir l'autorisation ou le titre qu'ils sollicitent précisément parce que l'administration n'est pas tenue de le délivrer. Enfin, le pouvoir discrétionnaire se manifeste dans la relative liberté de décision réservée au préfet, qui n'est pas tenu par l'avis de la plupart des instances spécialisées, que ce soit en matière d'octroi d'un titre fondé sur l'état de santé¹, d'expulsion² ou de refus de visa³. De même, la commission du titre de séjour⁴ ne rend qu'un avis « consultatif », destiné à « à éclairer le préfet »⁵, alors même qu'elle doit être saisie lorsque l'administration envisage de passer outre un cas de délivrance *de plein droit*, où elle est donc censée être en situation de compétence liée : la réserve d'ordre public a pour effet de réintroduire une dose de pouvoir discrétionnaire. De plus, les conditions de respect du principe d'impartialité sont interprétées de façon souple s'agissant de la composition de ces commissions ; ainsi,

aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que siègent, au sein de la commission du titre de séjour, au titre des personnalités qualifiées, des fonctionnaires, alors même que ces fonctionnaires seraient placés sous l'autorité du ministre de l'Intérieur ou du préfet ou relèveraient d'un établissement public placé sous la tutelle de ce ministre. Peuvent ainsi notamment siéger, au sein de cette commission consultative, des fonctionnaires de la police aux frontières ou de l'Office français de l'immigration et de l'intégration⁶.

¹ L'avis du médecin de l'OFII n'est pas contraignant pour l'obtention de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » par « l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié », quoique, « si le collège de médecins estime dans son avis que les conditions précitées sont réunies, l'autorité administrative ne peut refuser la délivrance du titre de séjour que par une décision spécialement motivée. » (Ceseda, article L313-11, 11°).

² Ceseda, article L522.

³ L'avis de la Commission de recours contre les refus de visa, créée par un décret daté du 10 novembre 2000 (JORF n° 262) ne lie pas le ministère.

⁴ Ceseda, article L312-1.

⁵ C. E., 8 avril 2013, n° 364558.

⁶ C. E., 8 avril 2013, n° 364558.

Le Conseil d'État fait preuve de la même souplesse lorsqu'il examine la composition de la formation d'examen et de réexamen d'une demande d'asile à l'OFPRA : la présence d'un même assesseur à deux niveaux de la procédure n'entache pas la décision d'impartialité, car

ni le principe d'impartialité qui s'impose à toute juridiction, ni aucune règle générale de procédure ne s'oppose à ce que les juges qui se sont prononcés sur une première demande d'admission au statut de réfugié ou au bénéfice de la protection subsidiaire délibèrent à nouveau sur une demande des mêmes personnes tendant au réexamen de leur demande initiale.¹

Toutefois, c'est au niveau de l'application des textes en préfecture ou dans les consulats que la marge d'appréciation laissée à l'administration est la plus visible. Nous l'illustrerons à partir des études² de Spire rendant compte de ses stages d'observations, effectués dans plusieurs administrations en charge de l'accueil des étrangers en France, que ce soit en préfecture ou en consulat et au cours desquels il a pu étudier le fonctionnement quotidien de ces services pour identifier les causes structurelles de l'insécurité juridique des étrangers. Le fait que ces enquêtes aient été menées au début des années 2000 ne signifie pas que leurs résultats soient caducs. Les rapports institutionnels³ sur l'accueil en préfecture rendus en 2012 et 2014 témoignent de la persistance des dysfonctionnements analysés par Spire : opacité et hétérogénéité des procédures, refus de guichet au mépris des textes, absence de prise en considération du public accueilli. Le premier rapport souligne en particulier la gestion catastrophique de l'accueil du public, évoquant des « conditions indignes de la République française »⁴ et rappelant que « les ressortissants étrangers sont des usagers comme les autres, qui doivent être traités comme tels, d'une part (...), et que la volonté de contrôler les flux migratoires ne saurait passer par une dégradation insidieuse des conditions d'accueil, d'autre part »⁵. Le second analyse en détail « les problèmes posés par la multiplication des documents provisoires délivrés par les préfectures et non prévus par les textes »⁶ : même si l'angle adopté est plutôt la « sécurisation » des titres et donc du contrôle de la régularité du séjour, il offre un panorama des effets de précarisation induits par le pouvoir discrétionnaire et des difficultés de son encadrement. Plus

¹ C. E., 23 octobre 2017, n° 374106.

² En particulier Spire (A.), « Histoire et ethnographie d'un sens pratique : le travail bureaucratique des agents du contrôle de l'immigration », in Arborio (A.-M.) (dir.), *Observer le travail*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2008, p. 61-76.

³ Nous nous en tenons volontairement à cette littérature officielle, lorsqu'elle existe, étant entendu que les rapports associatifs déploient des analyses similaires, mais dans des termes bien plus virulents.

⁴ Fekl (M.), *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France. Mise en œuvre du titre pluriannuel de séjour, amélioration de l'accueil en préfecture et contrôle juridictionnel de la rétention et de l'éloignement*, Rapport au Premier ministre, 14 mai 2013, p. 26.

⁵ Fekl (M.), *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers...*, *op. cit.*, p. 29.

⁶ Inspection générale de l'administration (Battesti [J.-P.], Ahrweiller [M.]), *Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfectures et sous-préfectures*, décembre 2014, n° 14-124/14-073/01, p. 67 sqq.

récemment, la mise en place du Guichet unique (GUDA) et l'encadrement des missions des Plateformes de premier accueil (PADA)¹ destinées aux demandeurs d'asile a suscité un engorgement massif dans certaines régions et certains départements (Île-de-France et Alpes-Maritimes, notamment) qui a mené à des refus de guichet et donc à une absence totale de prise en charge, pendant plusieurs semaines, d'un public dont la demande doit pourtant, d'après les textes, être enregistrée dans un délai de trois jours². Cette entrave au droit d'asile a abouti à de multiples condamnations de l'administration, sans que la situation change véritablement puisque la seule « amélioration » a consisté à ajouter un maillon également sous-doté à cette procédure³. Ces atteintes organisées au droit d'asile témoignent d'une certaine réticence des pouvoirs publics à donner leur pleine mesure aux droits reconnus aux étrangers. Au-delà de sa technicité et de son instabilité chronique (puisque une réforme intervient en moyenne tous les deux ans), l'impression dominante dans ce domaine du droit est que rien n'est jamais acquis, et elle découle précisément de la marge d'appréciation reconnue aux préfetures et, plus généralement, du « paradigme du contrôle »⁴ qui caractérise le droit des étrangers et le droit de la nationalité.

L'enjeu est ici l'interprétation de règles juridiques générales en vue de leur application à un cas particulier, puisque telle est la fonction de ces guichets. L'étude de Spire sur les pratiques de naturalisation entre 1945 et 1975 montre que l'enjeu principal était de sélectionner ceux des étrangers qui manifestaient une « bonne assimilation »⁵. Ce critère était régulièrement précisé et défini par voie de circulaires, mais la sécurité juridique des étrangers était mise à mal à la fois par le fait que les circulaires en question n'étaient pas accessibles au public et que, de

¹ Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, Circulaire N° INT/K/15/17035/J du 13 juillet 2015, Mise en œuvre de la réforme de l'asile et Instruction n° INTV1525995J du 2 novembre 2015 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'asile. Pour un témoignage associatif sur cet engorgement, voir <https://www.gisti.org/spip.php?article5573>. À la permanence asile de la Cimade à Aulnay-sous-Bois à laquelle nous avons participé, il était conseillé aux demandeurs de se prendre en photo devant la porte fermée de la PADA et l'affichette annonçant sa saturation afin, en cas de contrôle policier, de pouvoir attester de leur volonté de demander l'asile.

² Délai porté à dix jours « lorsqu'un nombre élevé d'étrangers demandent l'asile simultanément. » (Ceseda, article L741-1).

³ Le préfet d'Île de France a fait l'objet de 135 condamnations en avril 2016. Le nouveau dispositif propre à l'Île-de-France n'a pas fait disparaître ce problème, comme le démontre la Cimade : <https://www.lacimade.org/acces-procedure-asile-idf/> (11 septembre 2019) et en février 2019, le juge des référés a condamné l'OFII à prendre des mesures d'urgence après avoir constaté que « seulement 22 % des demandeurs d'asile arrivent à contacter un agent de la plateforme au premier appel, qu'il reste encore 30 % environ des demandeurs d'asile qui doivent effectuer au moins six appels avant d'obtenir une réponse et que 9,66 % des appels ayant reçu une réponse sont consécutifs à un délai d'attente supérieur ou égal à dix jours qui vient donc s'ajouter au délai d'instruction des demandes. » (TA de Paris, ordonnance du 13 février 2019 n° 1902037/9).

⁴ Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, Thémis droit, Paris, 2015, p. 10.

⁵ Spire (A.), « Histoire et ethnographie... », *art. cit.*, p. 63.

toute façon, leurs dispositions ne rendaient pas véritablement compte de l'application effective des règles. En effet, Spire montre que, malgré ces instructions ministérielles, le travail effectif des agents face à des cas individuels nécessite

un travail d'interprétation et d'adaptation, comme le montre l'appréciation portée sur le cas de ce Sénégalais ayant demandé à être naturalisé quelques mois après avoir épousé une ressortissante française : « *Outre le fait que le mariage du demandeur ne remonte qu'à environ six mois, il convient, semble-t-il, de rappeler qu'il ne suffit pas de remplir des conditions réglementaires pour accéder à la communauté de langue, de culture et d'avenir qu'est une communauté nationale, mais qu'il faut encore prouver son intention de s'y assimiler au mieux* »¹.

On constate ici que le critère officiel et en soi vague de la « bonne assimilation » était appliqué en vertu d'un « sens pratique d'un agent de l'État investi du pouvoir de définir les contours de la frontière qui sépare l'étranger du national »². Cette notion de « sens pratique », que Spire reprend à Bourdieu, ne désigne pas une intuition individuelle, mais un mode de raisonnement et un ensemble de représentations intégrés par les différents membres du service. Il ne s'agit pas en effet de voir dans ces décisions l'effet du caprice des agents, de leur sympathie ou antipathie spontanée pour tel ou tel étranger qui leur soumet son dossier, mais d'un ensemble de règles qui, tout en n'étant ni énoncées ni conscientes, sont pourtant dotées d'une efficacité implicite, parce qu'elles reposent précisément sur le flou entretenu par les textes. Spire en propose un exemple concret : le fait que, bien que le critère de la nationalité d'origine ait officiellement été supprimé en 1945 et ne joue donc, d'après les textes, plus de rôle favorisant ou compliquant la naturalisation, l'analyse statistique montre qu'il demeure à l'œuvre. Ainsi,

durant les années 1970 par exemple, les ressortissants européens et ceux des pays du Sud-est asiatique obtiennent la nationalité française même s'ils n'ont pas été rejoints par leur femme et leurs enfants. En revanche, les demandes de ressortissants de pays d'Afrique noire sont pour moitié rejetées au motif que leur famille ne réside pas en France.³

Spire y voit la trace d'un « inconscient de l'institution » dont le caractère implicite, par définition, vient redoubler l'opacité des règles et leur caractère restrictif pour les droits fondamentaux des étrangers : les règles énoncées par les textes officiels sont parfois contredites dans la pratique par le travail quotidien des agents. Aux yeux du sociologue, ce phénomène s'explique en grande partie par le manque ou l'absence de formation juridique des agents et par le fait que les règles qu'ils appliquent sont plus l'interprétation délivrée par le chef de service, sous la forme de notes internes ou de consignes orales, que les normes juridiques elles-mêmes.

¹ Spire (A.), « Histoire et ethnographie... », *art. cit.*, p. 63.

² Spire (A.), « Histoire et ethnographie... », *art. cit.*, p. 63.

³ Spire (A.), « Histoire et ethnographie... », *art. cit.*, p. 64.

Or cette interprétation, dont la nécessité découle du flou des textes officiels, peut s'éloigner de leur lettre, car les chefs de service témoignent d'un rapport libre à ces textes et d'une certaine méfiance à l'égard de décideurs qu'ils considèrent comme ignorants des réalités du terrain. De ce fait, « l'invocation du caractère général de la circulaire permet en l'occurrence au fonctionnaire d'encadrement de justifier sa légitimité à l'adapter à la situation locale et à chaque cas singulier »¹.

Cette marge d'interprétation et de décision qui permet une utilisation relativement libre des règles peut d'ailleurs aller jusqu'au pur et simple non-respect de la loi, au nom de l'efficacité bureaucratique qui est une obsession dans ces services surchargés et soumis à des contrôles de rendement. Un exemple de ces pratiques illégales, sur lequel nous reviendrons, est celui d'étrangers retenus pour être renvoyés alors que, ayant purgé leur peine, ils étaient théoriquement libérés à une époque où la rétention administrative n'étaient pas encore légale :

la capacité légale d'interpréter la règle de droit se transforme ici en un pouvoir de transgression pure et simple de la loi : pour assurer une plus grande effectivité des mesures d'expulsion et de refoulement, les agents de la préfecture retiennent, en toute illégalité, l'étranger en instance d'éloignement jusqu'à ce qu'il soit conduit sous escorte à la frontière.²

Ces pratiques ne sont d'ailleurs pas toujours reconnues comme illégales par les agents, qui sont dans l'ensemble peu formés. Spire témoigne d'un de ces cas de pratiques illégales mises en œuvre en toute bonne foi :

à la préfecture où j'ai été affecté, le passeport — ou à défaut une pièce d'identité — est systématiquement demandé à toute personne qui déclare être arrivée en avion, alors qu'il s'agit de demandeurs d'asile. Lorsque j'interroge mon formateur sur la raison d'une telle pratique, il me rétorque : « *Il est impossible pour un étranger de prendre l'avion sans passeport, donc s'il déclare être arrivé par avion, c'est qu'il avait un passeport ; en principe, on n'a pas le droit de l'exiger, mais on peut quand même insister, car, bien souvent, le passeport n'est pas loin* ».³

Ce discours apparemment de bon sens, ajouté au fait qu'une pièce d'identité est réclamée pour toutes les autres catégories d'étrangers, explique que cette pratique puisse avoir lieu et perdurer, surtout en l'absence de contrôle, dans des administrations débordées où la culture de l'écrit est faible et qui emploient beaucoup de vacataires dont la formation est fondée sur l'observation et l'imitation. De plus, la fragmentation du travail et la surcharge chronique de ces services peu valorisés que sont les guichets de l'immigration, ont cette conséquence dommageable aux étrangers que ses collègues ne reprocheront jamais à un agent d'avoir refusé

¹ Spire (A.), « L'application du droit des étrangers en préfecture », *Politix*, n° 69, 2005, p. 24.

² Spire (A.), « L'application du droit des étrangers en préfecture », *art. cit.*, p. 30-31.

³ Spire (A.), « L'asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 169, 2007, p. 10.

un dossier, car cela revient à alléger le travail du reste de l'équipe, alors qu'un taux trop élevé d'acceptation ne pourra que rendre la situation du service plus difficile encore. Cette plus grande facilité à refuser un dossier est encore accentuée par les contrôles statistiques effectués sur la cadence de travail des agents et la surcharge des bureaux : tout pousse à ce que le travail soit rapide, ce qui n'est guère propice au traitement individualisé des dossiers.

Ce jeu dans l'application de la norme juridique révèle la faiblesse d'une conception purement formelle de l'État de droit. En effet, la particularité du pouvoir discrétionnaire est à la fois de pouvoir mettre à mal les droits subjectifs de ceux qui y sont soumis¹ et d'être orchestré par les textes eux-mêmes puisque, rappelons-le, ce n'est pas l'administration qui s'arroge un pouvoir discrétionnaire, ce sont les textes de loi qui le lui confèrent². De ce point de vue, l'obligation de publier les circulaires, faute de quoi elles ne sont pas opposables au public³, n'a pas de prise réelle sur la situation : cette mise en conformité formelle avec les normes de l'État de droit ne va pas nécessairement de pair avec une progression effective de la protection des droits individuels, parce que le pouvoir discrétionnaire n'est pas supprimé pour autant. La conséquence de l'obligation de publier les circulaires est que l'opacité de la règle se déplace des textes, désormais euphémisés et policés, vers les pratiques effectives des agents de l'administration. C'est une constante du droit des étrangers que la mise en forme juridique ne semble guère avoir de prise sur le traitement effectif qui leur est réservé.

Nous allons voir un exemple concret de cette difficulté (qu'il faut plus probablement envisager comme une réticence) à encadrer le pouvoir de l'administration en matière de droit des étrangers à travers l'évolution de l'encadrement juridique de la rétention des étrangers.

¹ Le pouvoir discrétionnaire n'est pas en soi synonyme d'une application défavorable des textes pour tous les administrés : Spire a mené des études sur le droit au guichet au sein des services des impôts et il a constaté que le principe d'égalité devant l'impôt était bafoué pour deux types de raisons. D'abord parce que les informations concernant les contribuables les plus aisés sont plus difficiles à obtenir pour les agents, ce qui laisse aux contribuables des possibilités de fraude plus importantes ; et ensuite parce que des instructions venant de la hiérarchie appellent parfois les agents à faire preuve de mansuétude à l'égard des contribuables les plus aisés, dans un esprit de conciliation que les agents de base rechignent à mettre en œuvre. Voir Spire (A.), « "Échapper à l'impôt ?" La gestion différentielle des illégalismes fiscaux », *Politix*, n° 87, 2009, p. 143-165. Pour des analyses plus générales de ce que met en jeu la relation de guichet, voir Dubois (V.), *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, Economica, « Études politiques », Paris, 2003, et Weller (J.-M.), *L'État au guichet. Sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics*, Desclée de Brouwer, « Sociologie économique », Paris, 1999.

² Même si nous avons vu avec l'exemple du passeport réclamé illégalement aux demandeurs d'asile que l'application des normes posait elle aussi problème.

³ Principe établi par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. Aujourd'hui, ce sont les articles L 221-2 (« L'entrée en vigueur d'un acte réglementaire est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité, notamment par la voie, selon les cas, d'une publication ou d'un affichage, sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires ou instituant d'autres formalités préalables. ») et suivants du Code des relations entre le public et l'administration qui détaillent cette obligation de publication, valable à la fois au Journal Officiel et sur Internet.

2. *La raison d'État face à l'État de droit*

L'étude de cas que nous allons mener a pour objectif de souligner que les règles formelles de l'État de droit peinent à changer en profondeur les pratiques effectives du droit des étrangers, c'est-à-dire que celui-ci, au prix d'une mutation constante, parvient à demeurer essentiellement l'expression de la puissance publique. L'étude des textes et pratiques de rétention nous permettra de préciser cette thèse.

On désigne par rétention administrative, par différence avec l'emprisonnement, une mesure à caractère préventif (alors que les peines de prison ont une visée répressive) destinée à s'assurer qu'un étranger placé sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire ne tentera pas de s'y soustraire par la fuite. Elle consiste donc à l'enfermer dans un centre spécialisé, appelé centre de rétention administrative (CRA), jusqu'à l'exécution de la mesure. L'origine de cette pratique doit être rappelée, car elle permet de souligner combien le corpus juridique peut se montrer accueillant à l'égard de pratiques qui se sont pourtant développées au mépris du droit : il s'agissait, dans les années 1960, de résoudre le problème pratique que posaient les délais nécessaires à l'éloignement d'étrangers en situation irrégulière, qui laissaient le temps aux étrangers concernés de se soustraire au contrôle de l'administration. Celle-ci eut donc recours, en toute illégalité, à l'enfermement clandestin de ces étrangers dans divers locaux conçus comme des sas entre l'arrestation et la reconduite. Afin de résoudre un problème temporel, celui du délai imposé par l'accomplissement des formalités de reconduite (trouver un vol, obtenir le laissez-passe consulaire), l'administration mit en place ce qui deviendra la structure de rétention : les étrangers étaient retenus sans qu'aucun cadre légal ne vienne justifier cette pratique pourtant courante¹. De ce point de vue, la littérature critique aujourd'hui florissante sur la « forme-camp » et son statut d'exception trouve un ancrage empirique certain².

¹ « Cette informalité rend la trace de la rétention des étrangers difficile à suivre avant les années 70 : tout juste peut-on signaler une circulaire de 1910, par laquelle le ministre de l'Intérieur interdit la détention administrative des étrangers en instance d'expulsion dans les prisons — ce qui laisse présumer que cette pratique était répandue. Au cours des débats des années 1975-1980 (...), les services de l'Intérieur finiront de même par invoquer l'article 120 du Code pénal (remontant à 1933) pour justifier un enfermement de fait dont le fondement légal n'avait, à l'évidence, jamais été examiné. », Fischer (N.), *Le Territoire de l'expulsion. La rétention administrative des étrangers et l'État de droit*, ENS Éditions, Lyon, 2017.

² Ligne d'analyse initiée par Agamben (G.), notamment dans *Moyens sans fins. Notes sur la politique*, Payot et Rivages, Paris, 1995 et *Homo sacer I. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, Paris, 1997. Pour des études plus spécifiques sur le cadre français, voir notamment Bernardot (M.), « Le pays aux mille et un camps. Approche socio-historique des espaces d'internement en France au XX^e siècle », *Cahiers du CERIEM* n° 10, p. 57-76 et *Camps d'étrangers*, Éditions du Croquant, Bellemontagne, 2008. Le même auteur propose une typologie de la littérature consacrée au retour des camps : Bernardot (M.), « Permanence des camps et renouveau de la théorisation sur le confinement des étrangers », in Kobelinsky (C.) et Makaremi (C.) (dir.), *Enfermés dehors. Enquête sur le confinement des étrangers*, Éditions du Croquant, Bellemontagne, 2009, p. 105-121 : « Un premier usage relativement dominant en fait le centre d'un questionnement de l'État et de la souveraineté. Ce sont principalement les philosophes et les politistes qui s'y affrontent. D'autres séries de travaux relevant de la

Il est vrai que

la rétention s'exerce dans toutes les circonstances où l'exécution matérielle de la mesure d'éloignement (le départ de l'étranger) se voit freinée ou empêchée, pour des raisons juridiques (recours contre la mesure) ou matérielles (contretemps dans l'expulsion dû à l'absence de documents). Mais chaque destin juridique s'accomplit ailleurs que dans le centre lui-même : devant un tribunal où le recours est examiné ou dans le passage effectif de la frontière s'il est rejeté¹,

ce qui fait de ces lieux des « vide[s] juridique[s] »² caractérisés par la seule attente d'une décision qui est toujours prise ailleurs. Même une fois inscrites dans le champ du droit, ces zones demeurent paradoxales : elles ne sont que « le pur effet matériel d'une procédure »³. Fischer et Smadja y voient une forme particulière d'exception, non au sens d'un phénomène qui échapperait à l'emprise du droit, mais au sens où se manifeste ici une distorsion entre le sujet intégré au phénomène juridique, et le corps isolé et retenu dans un cadre qui, bien que (devenu) légal, se tient à l'écart des lieux et moments de la décision juridique⁴.

Mais nous nous intéresserons plus particulièrement aux modalités et effets de l'intégration de ces pratiques d'abord extrajuridiques au sein du corpus normatif. C'est en avril 1975 que l'existence d'un de ces locaux de rétention clandestins, le hangar d'Arenc, situé dans le port de Marseille, est révélée au grand public, suscitant une importante vague de mobilisations. L'enfermement est

d'emblée thématisé comme un abus policier, manifestant l'opacité, mais surtout l'autonomie des pratiques policières, indifférentes aux dispositions du droit autant qu'aux activités administratives qui les environnent.

Le scandale débute ainsi significativement en avril 1975 par deux disparitions inexplicables. La première est celle de Mohamed Chérif, un jeune Marocain dont l'absence est signalée d'autant plus largement qu'il bénéficie de relais militants, mais surtout judiciaires : sympathisant du Mouvement des travailleurs arabes (MTA), il vient par ailleurs de déposer une plainte (contre l'un des plantons du consulat du Maroc) avec l'aide de Me Sixte Ugolini, figure du barreau marseillais et responsable local du Syndicat des avocats de France (SAF). C'est de fait Sixte Ugolini qui signale la disparition de son client lors d'une conférence de presse,

criminologie s'interrogent sur l'espace du camp comme lieu de comportements déviants de la part de l'État, comme la torture et les traitements inhumains, le meurtre, l'enlèvement, etc. Les recherches anthropologiques se penchent plus particulièrement sur les camps de réfugiés ou camps humanitaires essentiellement dans les formes qu'ils prennent dans les pays du Sud, et que nous n'abordons pas ici. Enfin, le recours croissant à la mise à l'écart des étrangers, demandeurs d'asile, déboutés ou non, et clandestinisés dans des lieux de confinement dans les pays occidentaux et à leurs périphéries a été l'occasion d'un autre type de travaux socioanthropologiques et sociohistoriques. Ces derniers cherchent à rendre compte de la spécificité de ces pratiques administratives et à les replacer dans un continuum historique du rapport de l'État avec l'étranger depuis le XIX^e siècle. » (p. 108).

¹ Fischer (N.), Smadja (D.), « L'état d'exception et les silences de la loi », *Raisons politiques* n° 9, 2003/1, p. 99.

² Fischer (N.), Smadja (D.), « L'état d'exception et les silences de la loi... », *art. cit.*, p. 98.

³ Fischer (N.), Smadja (D.), « L'état d'exception et les silences de la loi... », *art. cit.*, p. 99.

⁴ Distorsion que l'on retrouve dans le cas de la détention, situation où le respect des droits individuels est aussi, bien souvent, problématique.

suscitant l'attention de deux journalistes locaux — Alex Panzani, de la *Marseillaise* et Jean-Claude Baillon du *Provençal* — dont l'enquête dévoile l'existence d'un hangar régulièrement utilisé pour l'enfermement d'étrangers expulsés (...). Mohamed Chérif réapparaît finalement après quelques semaines et explique avoir été maintenu six jours par des policiers marseillais dans un hangar du port qu'il ne peut situer exactement.¹

Face au scandale, la réaction des autorités n'est pas de renoncer à cette pratique, mais de l'encadrer juridiquement afin de se protéger contre d'éventuels recours ; une première tentative consistait à autoriser la rétention des étrangers en instance d'éloignement dans des établissements pénitentiaires², mais un vice de forme lui valut d'être retoquée par le Conseil d'État, qui admet toutefois que « le pouvoir d'assigner à résidence les étrangers se trouvant dans la situation prévue à l'article précité, n'exclut pas le droit, pour ledit Gouvernement lorsqu'il l'estime nécessaire, d'ordonner à titre provisoire leur détention en vertu de l'article 120 du Code pénal »³, validant donc la mesure sur le fond. Elle n'eut plus ensuite qu'à être traduite par les autorités investies du pouvoir réglementaire, à travers un décret du 9 décembre 1978.

Toutefois, le véritable cadre juridique de la rétention administrative est posé par le projet de loi Bonnet⁴. Cette ambition de légaliser *a posteriori* les pratiques d'enfermement suscite de fortes résistances⁵ : « Bernard Derosier, autre député socialiste, annonce quant à lui que “les socialistes refusent de donner un brevet de légalité à ces graves atteintes aux droits de l'homme” »⁶, mais le texte est finalement adopté. Il prévoit la rétention en cas de refus d'entrée et en cas de préparation d'une expulsion, mais seule la première mesure est validée par le Conseil constitutionnel,⁷ car le juge judiciaire intervient au bout de 48 h pour valider la

¹ Fischer (N.), *Le Territoire de l'expulsion...*, op. cit., p. 44. Il fournit également une revue de presse p. 48. Voir également l'enquête de Panzani (A.), *Une prison clandestine de la police française (Arenc)*, Maspéro, Paris, 1975.

² Circulaire du 21 novembre 1977.

³ C. E., Ass., *Syndicat des Avocats de France*, 7 juillet 1978, n° 10830 10 569.

⁴ Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite Bonnet relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance 452658 du 02-11-1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national de l'immigration.

⁵ Sur l'attitude de l'administration, voir Laurens (S.), *Une politisation feutrée. Les hauts-fonctionnaires et l'immigration en France, 1962-1981*, Belin, Paris, 2009.

⁶ Spire (A.), « Rétention : une indignation oubliée », *Plein droit* n° 50, 2001/3, p. 21.

⁷ C. C., 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, n° 79-109 DC :

« Sur le grief tiré de ce que la loi créerait des mesures d'internement arbitraire en méconnaissance de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 66 de la Constitution :

2. Considérant que la loi, dans son article 3, dispose que : “l'étranger qui n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français peut, s'il y a nécessité, être maintenu par décision écrite motivée dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ” ; qu'aux termes du sixième alinéa de l'article 23 de la même ordonnance, tel qu'il résulte de l'article 6 de la loi : “la personne expulsée en application des 1 à 4 ci-dessus peut, s'il y a nécessité, être détenue jusqu'à l'exécution effective de l'expulsion dans les conditions prévues à l'article 120 du Code pénal”.

procédure, contre sept jours en cas d'expulsion. Le principe de la rétention se trouve donc intégré au corpus juridique, et la loi Peyrefitte¹ n'a plus qu'à assortir toutes les pratiques de rétention des mêmes réserves (limitation de durée à sept jours, intervention du JLD au bout de 48 h, accès à un médecin et à un interprète) pour leur faire passer le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, le simple fait d'ajouter quelques garanties dont le respect, nous allons le voir, est sujet à caution, suffit à faire entrer dans le cadre de l'État de droit, presque inchangée, une pratique qui avait pendant plusieurs années bafoué ses principes les plus élémentaires, à commencer précisément par le respect du principe de légalité. L'effet de cette mise en forme juridique a été de faire tenir pour acquis le principe de la rétention, le débat et les amendements suivants ne portant ensuite que sur ses formes et modalités, qui se sont d'ailleurs durcies de réforme en réforme : la durée s'est progressivement allongée, les délais de recours ont été raccourcis², et les publics concernés sont de plus en plus nombreux³, parfois d'ailleurs pour

3. Considérant que ces mesures, qui ne peuvent être prises, comme il vient d'être dit, qu'en cas de nécessité, sont prononcées initialement par l'autorité administrative, mais ne peuvent être prolongées qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance ou du magistrat délégué par lui ; que l'intéressé peut, dès le début de l'application de ces mesures, demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin et d'un conseil ; qu'ainsi l'intervention du juge, statuant, dans l'un comme dans l'autre cas, sous le contrôle de la Cour de cassation et devant lequel l'intéressé est à même de présenter ses moyens de défense, est de nature à éviter que l'un ou l'autre de ces régimes ne présente le caractère d'un internement arbitraire ; qu'au surplus la loi ne fait pas obstacle à ce que, dans le cas où la situation dans laquelle est placé l'étranger se poursuivrait sans nécessité, l'intéressé fasse constater par la juridiction pénale le caractère arbitraire de la privation de liberté dont il est l'objet ;

4. Considérant, toutefois, que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, s'il en est ainsi dans le cas prévu à l'article 3 de la loi qui subordonne à la décision du juge le maintien, au-delà de quarante-huit heures, de l'intéressé dans les locaux où il est retenu, il n'en va pas de même dans le cas prévu à l'article 6 de la loi dès lors que, dans cette dernière éventualité, l'intervention du juge n'est déclarée nécessaire que pour prolonger, au-delà de sept jours, le régime de détention auquel l'étranger est soumis ; qu'ainsi, du fait qu'il prévoit que la personne expulsée, en application des dispositions du 1 au 4 dudit article 23, peut être maintenue en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé, le sixième alinéa de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il résulte de l'article 6 de la loi soumise au Conseil constitutionnel, n'est pas conforme à la constitution ;

5. Considérant enfin que, sauf le cas indiqué ci-dessus, les mesures d'exécution forcée prévues par la loi, qui ne peuvent être mises en œuvre qu'en cas de nécessité, ne sont pas contraires à la Constitution ».

¹ Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

² Alors même que rédiger dans le temps imparti un recours en bonne et due forme et en bon français constitue bien évidemment une tâche à peu près impossible pour un étranger qui ne bénéficierait pas d'une assistance spécialisée.

³ La durée maximale autorisée est aujourd'hui de 90 jours en droit commun ou sept mois « si l'étranger a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du Code pénal ou si une mesure d'expulsion a été prononcée à son encontre pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées » (Ceseda, article L 552-7), et la loi du 10 septembre 2018 a allégé les conditions de prolongation. L'article L551-1 encadre la rétention des mineurs et l'article L742-2 celle des demandeurs d'asile placés en procédure Dublin présentant un « risque non négligeable de fuite ». Enfin, lorsque le juge des libertés décide de mettre fin à la rétention, l'étranger demeure à la disposition de la justice pour un délai qui est passé de six à dix heures lors de la réforme de 2018 (articles L 552-6 et L 552-10), afin de permettre au procureur de la République de faire appel de la décision de remise en liberté. Il en va désormais de même pour une décision de fin du maintien en zone d'attente.

entériner à nouveau des pratiques d'abord illégales¹.

Ainsi, la « zone de souveraineté policière »² que constituait le hangar d'Arenc a perduré malgré l'intervention du législateur, et « l'État est comme un mauvais perdant qui parfois modifie les règles du jeu »³, puisque des pratiques relevant d'un État de police sont formellement intégrées à l'édifice juridique et donc jugées, en dernier ressort, acceptables. L'histoire des centres de rétention souligne la logique de raison d'État à l'œuvre au sein du droit des étrangers, comme « ensemble des décisions et des actes politiques dont la légitimité et la légalité sont problématiques et par lesquels un État souverain assure sa réalisation, qu'il existe ou non des recours internes ou externes permettant de se garantir de telles pratiques », mais qui sont intégrées « dans le domaine des fins légitimes » au nom de la « prédominance du bien public sur les lois morales et civiles »⁴. La raison d'État et les pratiques qui y sont associées ne relèvent pas d'une pure extériorité par rapport à l'ordre du droit et de l'acceptabilité politique, et la légalisation *a posteriori* de la rétention administrative témoigne de cet assentiment souterrain, mais durable du législateur. Dans le contexte actuel, où la norme revendiquée est celle de l'État de droit, la logique de raison d'État prend la forme d'un rapprochement plus ou moins assumé avec l'État de police ; dans ce type de configuration, le droit est un élément

purement instrumental, sur lequel l'administration dispose d'une totale maîtrise, sans être tenue au respect de normes supérieures qui s'imposeraient à elle ; servant à imposer des obligations aux administrés, sans être en retour source de contrainte pour l'administration, il est l'expression et le condensé de la toute-puissance administrative.⁵

Au lieu de rechercher un équilibre entre protection des droits individuels et protection de l'ordre public, le droit dans l'État de police est tout entier du côté du maintien de l'ordre et entérine le principe d'une autorégulation de l'autorité administrative qui n'est soumise à aucun contrôle externe (qu'il n'y ait aucun contrôle de prévu ou que le contrôle possible ne soit pas réellement exercé). De ce point de vue, il existe une différence essentielle entre État de police et pouvoir discrétionnaire, car ce dernier reste soumis au contrôle du juge, destiné à maintenir un équilibre entre ordre public et droits des individus. Toutefois, nous allons montrer que, dans le cas du droit des étrangers, cette distinction est tendanciellement brouillée, à deux niveaux : par les entorses au principe de la hiérarchie des normes et par la multiplication des dispositifs

1 Ainsi, lorsque la Cour de Cassation annule le placement en rétention d'un demandeur d'asile sous procédure Dublin en alléguant l'absence de définition du critère de risque de fuite (Cass. civ., 27 septembre 2017, n° 1130), la réforme 2018 vient entériner cette pratique.

2 Fischer (N.), *Le Territoire de l'expulsion...*, op. cit., p. 46.

3 Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *La Raison d'État : politique et rationalité*, PUF, Paris, 1992, p. 9.

4 Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *Le Pouvoir de la raison d'État*, PUF, Paris, 1992, p. 9-10.

5 Chevallier (J.), *L'État de droit*, op. cit., p. 18.

déroatoires qui mettent à mal les garanties des droits individuels.

La première dimension, celle du brouillage de la hiérarchie des normes, concerne en particulier l'usage des circulaires, cette « littérature grise de l'administration »¹ où le pouvoir réglementaire usurpe parfois les fonctions du pouvoir législatif. Lorsqu'une circulaire présentée comme interprétative a pour conséquence de modifier une situation juridique,

l'administration viole à la fois le principe de la hiérarchie des normes et les règles de compétences puisque les ministres, ne disposant pas du pouvoir réglementaire, ne peuvent ajouter aux textes existants des dispositions nouvelles, et le principe en vertu duquel un texte non publié n'est pas opposable aux intéressés.²

Tous ces dysfonctionnements sont récurrents en matière de droit des étrangers³, et ils étaient au cœur de l'encadrement juridique du statut des étrangers jusque dans les années 1980 : plusieurs circulaires seront annulées par le Conseil d'État entre 1975 et 1981⁴ au motif qu'

un ministre est incompétent pour édicter, par voie de dispositions réglementaires, des prescriptions générales visant à limiter le pouvoir de régularisation dont disposent les préfets. (...) Sauf si cela est expressément prévu par un texte légal, l'administration ne peut d'elle-même se priver ou limiter son pouvoir discrétionnaire de régularisation⁵.

Plus récemment, et même si les cas deviennent plus rares, une circulaire de 2008⁶ a été annulée parce que

le pouvoir réglementaire ne pouvait, sans méconnaître la loi, restreindre les conditions de délivrance de cette carte de séjour temporaire en subordonnant la

¹ Voir les contributions rassemblées par Koubi (G.) (dir.), *La littérature grise de l'administration : La grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2015.

² Lochak (D.), « Observations sur un infra-droit », *Droit social* n° 5, mai 76, p. 48.

³ Pour une étude de cas similaire en droit italien, voir Gjergji (I.), « L'infra-droit des étrangers : le gouvernement par circulaires et la gestion administrative des mouvements migratoires en Italie », *Migrations Société*, n° 147-148, 2013, p. 53-70.

⁴ Les circulaires Marcellin-Fontanet de 1972 (circulaires n° 72.40 du 24 janvier 1972 du ministre de l'Intérieur et n° 1.72 du ministre du Travail, de l'emploi et de la population du 23 février 1972 concernant les conditions d'établissement en France des travailleurs étrangers) sont annulées par l'arrêt C. E., 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, n° 90193, 90 194, 91 288, puisque « des autorités incompétentes » y « modifient la réglementation existante ». Les circulaires du Secrétariat d'État auprès du ministre de l'Intérieur, en date des 5 juillet 1974, 9 juillet 1974, 9 août 1974 et 27 décembre 1974 suspendant provisoirement l'introduction en France des familles des travailleurs étrangers sont annulées pour les mêmes motifs par l'arrêt C. E., 24 novembre 1978, *CGT, GISTI et al.*, n° 98 340, ainsi que la circulaire n° 74-628, en date du 30 novembre 1974, du ministre d'État, ministre de l'Intérieur, et la circulaire n° 21-74, en date du 30 novembre 1974, du Secrétaire d'État auprès du ministre du Travail relatives aux conditions de séjour et d'emploi des ressortissants des pays d'Afrique au Sud du Sahara autrefois sous administration française (CE, 24 novembre 1978, *CGT et autres, Association culturelle des travailleurs africains en France et autre*, n° 98339).

⁵ Slama (S.), « Le statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers », 2013, p. 5. URL : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjYgd7ns8vkAhUPA2MBHeA9BVwQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fhal.archives-ouvertes.fr%2Fhal-01949566%2Fdocument&usg=AOvVaw0wYcdZjNs07lkAxFKWUeh7>.

⁶ Circulaire du 7 janvier 2008 prise en application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 relatif à la délivrance de cartes de séjour portant la mention salarié au titre de l'admission exceptionnelle au séjour.

recevabilité des demandes de délivrance de cette carte à la présentation, par l'étranger, d'une promesse d'embauche dans l'un des métiers prévus par cette liste.¹

En 2013, de même, la tentation de légiférer par voie de circulaire a donné lieu à une annulation de la part du Conseil d'État². Nous citons ces différents cas pour corroborer et renouveler le diagnostic posé par Lochak, selon qui sont absents du droit des étrangers

la plupart des éléments constitutifs d'un ordre juridique digne de ce nom dans un État 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 limites conféré à l'administration, qui tend donc inévitablement vers l'arbitraire.³

Sur la foi de ce diagnostic, l'auteure voit dans le droit des étrangers un « infra-droit », baptisé ainsi en raison de la « dévaluation qu'il fait subir au concept même de droit »⁴, qui ne parvient plus à remplir sa fonction de protection contre l'arbitraire. Le recours aux circulaires et leur tendance à empiéter sur le domaine de la loi sont significatifs de cette dévaluation : les circulaires, même lorsqu'elles sont impératives et peuvent donc être soumises au contrôle du juge, sont avant tout des notes internes destinées à informer les services administratifs et à fixer l'interprétation des textes, alors que la loi s'adresse directement à ceux qui lui sont soumis. On peut donc lire dans le choix des notes internes une certaine réticence de l'État à prendre véritablement en considération les étrangers⁵, à les envisager comme des acteurs juridiques à part entière, plutôt que comme des objets passifs soumis à son pouvoir. On peut convenir avec Lochak qu'

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

¹ C. E. 23 oct. 2009, *Gisti*, n° 314397.

² Circulaire n° JUSF1314192C du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, annulée par C. E., 30 janv. 2015, Département des Hauts-de-Seine et autres, n° 371415, 371 730, 373 356, car « le garde des Sceaux ne saurait prescrire aux magistrats du parquet, lorsqu'ils prennent une ordonnance de placement provisoire, de statuer dans un sens déterminé ou en fonction d'un critère qui ne serait pas conforme à la loi ; qu'en particulier, il ne tient d'aucune disposition ni d'aucun principe, le pouvoir de prescrire aux magistrats du parquet, afin de limiter les disparités dans les flux d'arrivée de mineurs isolés étrangers selon les départements, d'orienter ces mineurs dans leurs services d'aide sociale à l'enfance en fixant un critère, non prévu par le législateur ».

³ Lochak (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, op. cit., p. 216.

⁴ Lochak (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, op. cit., p. 205.

⁵ Nous y reviendrons en particulier au chapitre 5.

manipulent les règles à leur guise pour les mettre au service des intérêts dont ils ont la charge.¹

La formulation est radicale, et même provocatrice ; mais elle souligne un élément structurant du droit des étrangers, qui est l'oscillation permanente entre logique de puissance ou de raison d'État et mise en forme juridique plus ou moins protectrice. Ce n'est pas en soi l'existence et l'omniprésence du pouvoir discrétionnaire qui est en question, ni la mise en balance permanente des droits subjectifs des étrangers avec l'ordre public : c'est que ces deux éléments que nous avons analysés sont les symptômes d'une véritable difficulté à organiser juridiquement (c'est-à-dire selon les normes revendiquées par la France comme État de droit, démocratique et libéral) le traitement juridique des étrangers². On peut repérer dans le droit des étrangers et les modalités de son application une tendance à l'instrumentalisation explicite du droit, mis au service d'une pure logique de contrôle. Cela se manifeste en particulier à la frontière, lieu de cristallisation de l'extranéité de l'étranger : nous allons examiner la multiplication et le renouveau permanent des dispositifs *ad hoc*, régimes dérogatoires ou illégalismes purs et simples qui témoignent de la difficulté du droit à normer véritablement le rapport entre l'administration et les étrangers.

III. L'ubiquité de la frontière

Séparation à la fois géographique et juridique entre le périmètre de la juridiction de l'État et son dehors, la frontière est par excellence le lieu du contrôle souverain. Nous avons vu dans la première section de ce chapitre le pouvoir discrétionnaire revendiqué par l'État d'admettre ou non les étrangers. Cette revendication implique que les étrangers présents sur son territoire, même lorsqu'ils sont en situation irrégulière, disposent de certains droits dont les étrangers non présents ne peuvent se réclamer. Cette fonction assignée à la frontière, par laquelle un individu se trouve soit inclus soit exclu de l'ordre juridique d'un État, explique que ce dernier soie parfois tenté d'étirer dans le temps et dans l'espace les effets de la frontière : nous allons étudier dans cette section certains de ces procédés de frontiérisation de la condition des étrangers.

¹ Lochak (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 214.

² La même analyse a été menée au niveau du droit européen : Slama (S.), « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit* n° 111-4, 2016, p. 49-56.

1. Frontiérisation et espaces d'exception

La frontière est le lieu par excellence où se manifeste l'oscillation entre pratiques de pure puissance, en dehors de tout encadrement juridique, et mise aux normes de l'État de droit. Ce processus prend la forme d'un renouvellement permanent des pratiques illégales qui, une fois encadrées par la loi, ressurgissent sous une forme à peine modifiée, afin de se libérer de la contrainte, même minime, posée par le législateur. Nous allons nous pencher sur certains de ces mécanismes pour cerner plus spécifiquement l'un de ses procédés, à savoir la définition de lieux *ad hoc*, particuliers, où ne s'applique pas le droit en vigueur par ailleurs ; il ne s'agit pas d'un procédé d'extraterritorialisation au sens strict, car ces lieux demeurent sous souveraineté française. On pourrait donc plutôt parler de frontiérisation. Le recours à ce procédé est l'une des constantes du droit des étrangers, et elle témoigne de façon éloquente de la difficulté qu'il y a à *intégrer* véritablement l'étranger à l'ordre juridique.

La manifestation la plus nette et la plus durable correspond à la zone d'attente, qui concerne les étrangers non admis sur le territoire français, c'est-à-dire retenus à la frontière en vue de leur renvoi dans leur pays d'origine ou d'embarquement. Notons en premier lieu que, à l'origine, la pratique des zones d'attente était réglée de manière purement informelle, exactement comme les centres de rétention, sans être régie par aucun texte à valeur législative, sans encadrement digne d'un État de droit, c'est-à-dire sans publicité ni voie de recours juridique pour les étrangers concernés :

une circulaire du ministère de l'Intérieur du 26 juin 1990 avait juste complété l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoyant que les étrangers non admis pouvaient être placés en rétention administrative. Cette circulaire expliquait ainsi que « *l'étranger qui a fait l'objet d'un refus d'entrée a le droit d'être libre dans la zone internationale, lorsqu'elle existe et qu'elle présente des installations convenablement adaptées aux types de surveillance et d'hébergement requis pour l'étranger en cause* ». Elle précisait aux préfets qu'« *en matière maritime, toutefois, vous vous efforcerez d'obtenir de la compagnie qui a transporté l'étranger concerné qu'elle le conserve à son bord* ». Ce n'est que « *dans les autres cas [qu']il sera, en application de l'article 35 bis [...] placé dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire en situation de rétention administrative* », étant précisé par ailleurs qu'« *aucune décision de mise en rétention administrative ne peut être prise à l'égard des demandeurs d'asile tant que l'éventuelle décision de refus d'entrée n'a pas été notifiée* ».¹

Cette circulaire outrepassait le périmètre du pouvoir réglementaire puisqu'elle allait bien au-delà des dispositions légales, et pour cause, celles-ci n'existant tout simplement pas ; elle contrevenait donc aux principes de la hiérarchie des normes et de l'encadrement par le

¹ Julinet (S.), « Zones d'attente : une gestion policière », *Plein droit* n° 50, juillet 2001. URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article4155>.

législateur de l'action de l'administration. Mais ses dispositions ont été légalisées en 1992¹, et les textes actuels correspondent, comme pour la rétention administrative, à une série de légalisations *a posteriori* qui ont progressivement élargi les possibilités de recours à cette pratique d'abord complètement illégale². Les zones d'attente ne sont désormais plus situées uniquement dans les ports, gares ou aéroports, mais également « à proximité » de ces points, et « la zone d'attente s'étend, sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale »³. Depuis la dernière réforme en date, la nécessité de prédéfinir ces zones a elle aussi été assouplie :

lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche.⁴

Ce dispositif permet aux autorités de considérer comme n'étant pas, juridiquement, sur le territoire français une personne ou un groupe de personnes qui s'y trouvent pourtant physiquement. Est ainsi déclaré

« hors du territoire » tout lieu que serait amené à traverser un étranger « en situation irrégulière » quand il pose le pied sur le sol français, ou s'il doit circuler pour des raisons sanitaires ou administratives, par exemple qu'il aille de la zone d'attente de l'aéroport de Roissy jusqu'à la ville de Paris. Tout ce qui l'entoure devient comme une aura, extraterritoriale, donc aussi hors du droit de ce territoire-là.⁵

On peut voir dans cet artifice juridique le prolongement formalisé de la clandestinité originaire de ces lieux, car l'objectif est le même : par le non-droit ou par un droit

¹ Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

² Même une fois le processus de « normalisation juridique » achevé, l'emprise de l'illégalité demeure : « par ailleurs, les zones d'attente portuaires semblent actuellement inutiles. En effet, il est de pratique courante, pour ne pas dire systématique, de maintenir à bord des navires les étrangers arrivant sans les documents exigés pour entrer en France — ceux qu'on appelle les “passagers clandestins” —, qu'ils demandent l'asile ou non. Ils sont en général renvoyés sur le navire à bord duquel ils sont arrivés et, en cas de demande d'asile, celle-ci est examinée sans que l'intéressé soit autorisé à débarquer. Cette pratique, qui ne repose sur aucun texte et constitue, au contraire, une méconnaissance de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a été qualifiée de voie de fait à plusieurs reprises par les tribunaux judiciaires, sans toutefois que ces condamnations réitérées conduisent les autorités de police aux frontières, agissant sur instructions du ministère de l'Intérieur, à mettre fin à ces agissements. » (Julien-Laferrière [F.], « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits* n° 23, 1996, p.4).

³ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, faisant suite à la réquisition impromptue d'une caserne par le préfet du Var confronté au débarquement de nombreux réfugiés kurdes.

⁴ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (suscitée par des circonstances similaires à la réforme de 2003).

⁵ Agier (M.), « L'encampement du monde », *Plein droit* n° 90, 2011, p. 23.

instrumentalisé, il s'agit de réduire autant que faire se peut les effets juridiques qu'entraîne la présence d'un étranger, même en situation irrégulière, sur le territoire. Makaremi en fournit une description frappante à partir du cas de Dharar,

demandeur d'asile somalien maintenu en zone d'attente, dont la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile a été rejetée, notamment au motif qu'il voyageait avec un faux passeport et un faux visa kenyan établis à son nom. Cette personne est dessaisie de ses documents de voyage falsifiés lors de son arrestation par la police le 4 mai 2005 : elle se trouve dépourvue de tout document d'identité. Non-admis en France, Dharar doit être expulsé vers le pays de provenance de son avion : la Suisse, ou son pays d'origine si l'on en croit son passeport contrefait : le Kenya. Ni l'un ni l'autre de ces pays ne laissent le voyageur renvoyé descendre de l'avion, et Dharar se retrouve à nouveau maintenu en zone d'attente après avoir fait deux fois le tour du monde en trois jours. N'étant pas sorti des zones internationales durant ce voyage de quelques milliers de kilomètres, ce demandeur d'asile se trouve donc en quelque sorte en orbite autour d'un système international où il n'a littéralement pas de place, son identité n'étant plus inscrite dans le lien à l'État-nation qu'institue le passeport. (...) Le maintien institutionnalise paradoxalement une errance : soudain, il n'y a plus un seul endroit sur terre où l'étranger non identifié peut aller.¹

Au-delà de l'absurdité de ces procédures dites « ping-pong », ce qui nous intéresse, c'est que le régime de protection des droits dans ces zones de « mise en orbite » est relativement lâche, car le maintien en zone d'attente n'est pas considéré comme une mesure privative de liberté : l'étranger est libre de rejoindre à tout moment une destination autre que la France. Ainsi, jusqu'à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en 1996², la France tentait de faire valoir que, puisque les étrangers maintenus n'étaient pas sur son territoire, les protections garanties par le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme ne s'appliquaient pas. Aujourd'hui, et malgré la mise en conformité des textes officiels avec les garanties reconnues par la Convention notamment en matière de droit au recours effectif (en réponse à une autre condamnation de la France³), l'accès aux droits en zone d'attente demeure difficile et le régime d'exception perdure largement en pratique. Pour nous en tenir aux dysfonctionnements les plus massifs, signalons l'indétermination du délai de notification des droits⁴, les difficultés d'accès à un avocat en l'absence de permanence

¹ Makaremi (C.), « Vies "en instance" : Le temps et l'espace du maintien en zone d'attente. Le cas de la "Zapi 3" de Roissy-Charles-De-Gaulle », *REVUE Asylon(s)* n° 2, octobre 2007. URL : <http://www.reseau-terra.eu/article664.html>.

² CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92, §52 : « La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français. En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extraterritorialité ».

³ CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.

⁴ Ceseda, article L221-4 : « L'étranger maintenu en zone d'attente est informé, dans les meilleurs délais, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France. Il est également

constante, qui mettent à mal le droit à un recours effectif¹, les irrégularités courantes dans la procédure notamment sur le renoncement au délai d'un jour franc², la mise à disposition de la justice, pendant dix heures, d'un étranger dont le maintien a pourtant été annulé³, ou encore l'autorisation contestée de la délocalisation des audiences judiciaires au sein des zones d'attente⁴. La permanence souterraine d'une conception extraterritoriale de la zone d'attente se

informé des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile. Ces informations lui sont communiquées dans une langue qu'il comprend. Mention en est faite sur le registre mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 221-3, qui est élargi par l'intéressé.

En cas de maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers, la notification des droits mentionnés au premier alinéa s'effectue *dans les meilleurs délais, compte tenu du nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles*. De même, *dans ces mêmes circonstances particulières, les droits notifiés s'exercent dans les meilleurs délais*. » (nous soulignons). Un délai excessif entraînera la nullité de la procédure, mais il existe une marge d'indétermination dans la définition de ce délai ; il a pourtant des conséquences essentielles compte tenu de la complexité des procédures de recours, des difficultés dans l'accès à une aide juridictionnelle et du fait que, pendant ce temps, l'administration effectue les démarches nécessaires à un renvoi de l'étranger maintenu. Le juge apprécie le délai en fonction des justifications apportées par l'administration : un délai égal pourra déboucher sur une annulation ou sur une confirmation de la décision de maintien en fonction des informations apportées. Nous ne citerons qu'un exemple de ces décisions inverses, qui témoigne à la fois de la précision du contrôle du juge et de la difficulté à le normer : « Attendu qu'en l'espèce : l'intéressé a été contrôlé le 11 juin 2016 à 14 h 40, a été présenté à l'officier de quart de permanence après les opérations de contrôle à 16 h 50 et a été placé en zone d'attente et reçu notification de ses droits à 17 h.

Attendu que le délai global de 2 h 20 qui s'est écoulé entre le contrôle et la notification du maintien en zone d'attente et plus particulièrement le délai d'1 h 25 min existant entre l'arrivée de l'interprète à 15 h 25 et sa présentation à l'officier de quart à 17 h, ne sont pas justifiés ni par les diligences accomplies par l'administration dans ces délais (s'agissant des diligences accomplies durant le délai d'1 h 25 min : audition de l'intéressé, consultation de la billetterie, de la réservation d'hôtel et de l'assurance de voyage), ni par des difficultés matérielles justifiant cette attente. Attendu que ces délais sont excessifs et portent atteinte aux droits de l'intéressé qui a été retenu sans que ne lui soient notifiés les motifs de cette privation de liberté et n'a pas pu faire valoir ses droits, Attendu qu'il convient de constater l'irrégularité du maintien en zone d'attente » (TGI de Bobigny, 15 juin 2017, n° 17/04674). Inversement, « Le délai de 2 h 47 qui s'est écoulé entre le contrôle et la notification du maintien en zone d'attente n'est pas excessif et justifié par les éléments de la procédure en ce que le contrôle a mis en évidence que l'intéressée ne possédait de justificatif d'un hébergement ni d'assurance ; que son viatique était insuffisant ; qu'elle a été conduite au terminal 2E ; qu'un interprète a été appelé ; qu'elle a fourni les coordonnées d'amis auxquels ont été contactés par téléphone » (TGI Bobigny, 2 juillet 2014, n° 14/003581). Pour une vision plus détaillée de la jurisprudence, nous renvoyons aux recueils annuels publiés par l'Anafé, dont nous tirons ces deux extraits (URL : <http://www.anafe.org/spip.php?article27>).

¹ Plus généralement, la durée des procédures complique le dépôt d'un recours. Le JLD n'intervient qu'au moment de la prolongation du maintien (et le recours contre sa décision n'est pas suspensif), soit au bout de 4 jours, pendant lesquels l'administration peut (et doit, pour justifier le maintien) effectuer toutes les démarches possibles pour renvoyer l'étranger ; seuls le référé-suspension et le recours réservé aux demandeurs d'asile peuvent avoir un effet suspensif au cours de ces quatre jours.

² La procédure est annulée lorsqu'il apparaît que la case « je veux repartir immédiatement a été précochée par l'administration, mais il est impossible de garantir que tous les étrangers concernés aient effectivement déposé un recours. Par ailleurs, l'étranger doit à la fois demander explicitement à bénéficier du délai d'un jour franc entre la notification de la décision de refus d'entrée et sa mise en œuvre et apporter la preuve, le cas échéant, qu'il n'a pas été suffisamment informé de ce droit (Ceseda, article L213-2).

³ Ceseda, article L222-5 : « Si l'ordonnance met fin au maintien en zone d'attente, elle est immédiatement notifiée au procureur de la République. À moins que le procureur de la République n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un délai de dix heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République. Durant cette période, l'étranger peut, s'il le souhaite, contacter son avocat et un tiers, rencontrer un médecin et s'alimenter » (dispositions similaires à celles qui existent pour l'annulation du placement en rétention).

⁴ Ceseda, article L 222-4 : « Le juge des libertés et de la détention statue au siège du tribunal de grande instance. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la Justice lui permettant de statuer

manifeste dans les nombreuses restrictions procédurales apportées après l'arrêt *Gebremedhin* aux moyens admissibles pour les recours et aux motifs d'annulation du maintien¹. On voit ici nettement à l'œuvre la logique de la raison d'État, par laquelle des pratiques illégales sont finalement légitimées grâce à

un double travail d'interprétation des normes et des classes d'actes qu'elles interdisent, prescrivent ou permettent, de telle sorte que le recours à ces actes de pouvoir, qui apparaissent comme injustifiables, finisse par se revendiquer, au mieux, d'une légitimation fondée sur ces mêmes normes ou apparaisse, au pire, comme une situation indéterminable qui offre indéfiniment matière à discussion.²

Mais ce qui nous intéresse plus spécifiquement dans ces mesures, c'est la mise en cause systématique des droits reconnus aux étrangers par la mise en forme juridique : on pourrait dire que le droit a toujours un train de retard sur les pratiques, et que toute disposition protectrice se voit vidée de sa substance soit par des interprétations restrictives, soit par la mise en œuvre de pratiques dérogatoires. Leur objectif est de maintenir l'extériorité de l'étranger, de repousser dans le temps son intégration juridique en le confinant dans une zone frontalière sur le plan de la géographie et des droits.

La situation actuelle à la frontière franco-italienne témoigne de l'inventivité dont l'administration sait faire preuve en la matière, et de la difficulté permanente des juridictions à garantir un vrai respect des droits reconnus aux étrangers. La tentation de frontiériser les zones réservées aux étrangers y a connu un renouveau récent qui vient alléger encore les garanties

publiquement a été spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire, il statue dans cette salle.

En cas de nécessité, le président du tribunal de grande instance peut décider de tenir une seconde audience au siège du tribunal de grande instance, le même jour que celle qui se tient dans la salle spécialement aménagée.

Par décision du juge prise sur une proposition de l'autorité administrative, l'audience peut également se dérouler avec l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. Il est alors dressé, dans chacune des deux salles d'audience ouvertes au public, un procès-verbal des opérations effectuées ». Ces dispositions ont fait l'objet d'une contestation au-delà des cercles associatifs et politiques, puisque le Défenseur des droits a estimé que « les garanties procédurales ne semblaient pas réunies pour permettre la tenue des audiences au sein de l'annexe » et « recommande à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, et au ministre de l'Intérieur, ministre d'État, de surseoir à l'ouverture de la salle d'audience délocalisée. Il leur demande de rendre compte des suites données à ses recommandations dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision. » (Décision 2017-211 du 6 octobre 2017 relative à l'ouverture de l'annexe du tribunal de grande instance de Bobigny pour la présentation au juge des libertés et de la détention des étrangers maintenus en zone d'attente), mais la Cour de cassation a validé le dispositif (Cass. civ., 11 juillet 2018, n° 834).

¹ Restrictions apportées par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 – et formulées respectivement aux articles L222-3 (« A peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation du maintien en zone d'attente ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation »), L222-8 (« En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. ») et L222-3 (« l'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente »).

² Lazzeri (C.), « Le gouvernement de la raison d'État », in Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *Le pouvoir de la raison d'État*, PUF, Paris, 1992, p. 94.

pourtant faibles dont les étrangers peuvent se prévaloir en zone d'attente. Cette situation est inséparable de la déclaration d'état d'urgence de novembre 2015 qui a justifié le rétablissement des frontières internes et la création de « points de passage autorisés » (PPA, au nombre de sept à la frontière franco-italienne), où les contrôles sont systématiques. Les articles 25 à 29 du Code Frontières Schengen¹ permettent en effet le rétablissement temporaire des contrôles aux frontières « en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre dans l'espace sans contrôle aux frontières intérieures »². L'intérêt de cette mesure est de permettre, grâce à la définition des PPA, de prononcer systématiquement des décisions de refus d'entrée³ et des mesures de remise Schengen⁴ : l'étranger est considéré comme n'étant jamais entré en France du moment qu'il est appréhendé dans une zone de 20 km autour de la frontière. Dans ce cadre, des violations systématiques des droits des étrangers ont été constatées à la frontière franco-italienne, malgré la légalisation de la rétention et de la zone d'attente commentée plus haut : les pratiques illégales semblent se renouveler sans cesse.

Les locaux de la Police aux frontières de Menton servent de « zone de rétention »⁵, c'est-à-dire de point de retenue situé hors de tout cadre légal, n'étant ni une zone d'attente ni un

¹ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen, CFS). JO L 77 du 23.3.2016, p. 1–52.

² CFS, article 25. En France, bien que l'état d'urgence ait été levé en novembre 2017, les contrôles ont quant à eux été maintenus jusqu'en avril 2019.

³ Sur le fondement de l'article L213-2 du Csesda.

⁴ Csesda, articles L 531-1 à 4. La procédure dépend, pour le cas qui nous occupe, de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière (ensemble une annexe), signé à Chambéry le 3 octobre 1997. Il n'y a pas de formalités particulières, mais il faut théoriquement attendre l'accord des autorités italiennes pour procéder à la remise.

⁵ « Selon les déclarations du commandant de la PAF, il s'agirait *“d'une zone de rétention provisoire pour les personnes non admises, un lieu privatif de liberté pour les personnes qui vont être réadmis en Italie”*. Les témoignages d'observateurs locaux et de personnes migrantes indiquent que le 1^{er} étage de la gare de Menton Garavan est également utilisé comme lieu d'enfermement.

L'existence de ce lieu de privation de liberté illégal s'ajoute donc, dans cette région de non-droit pour les étrangers, aux contrôles discriminatoires, aux poursuites judiciaires menées contre les citoyens solidaires, aux refoulements illégaux, à la violation du droit d'asile, à la non-prise en charge des mineurs étrangers isolés, etc. » (Communiqué de presse interassociatif du 6 juin 2017. URL : <https://www.lacimade.org/presse/menton-des-personnes-exilees-detenees-en-toute-illegalite-a-la-frontiere/>).

centre de rétention. Ni le tribunal administratif de Nice¹ ni le Conseil d'État² n'ont pourtant censuré ce dispositif extrajuridique, interprété non comme une zone d'attente, mais comme une procédure destinée à « s'assurer que les ressortissants de pays tiers se présentant à la frontière remplissent les conditions requises pour être admis à entrer sur le territoire »³. Aux yeux de la plus haute juridiction administrative,

s'il appartient aux autorités compétentes de prendre toutes les mesures utiles pour que ce délai soit le plus réduit possible, il convient également de tenir compte, à cet égard, des difficultés que peut engendrer l'afflux soudain d'un nombre

¹ TA Nice, 8 juin 2017, n° 1702161. Cependant, « dans l'hypothèse où le maintien des étrangers en situation irrégulière dans ces locaux excéderait une durée de quatre heures [c'est-à-dire le délai autorisé pour une vérification d'identité], il y a lieu d'enjoindre au préfet des Alpes-Maritimes de procéder au transfert des personnes retenues des locaux de la police aux frontières de Menton vers une des zones d'attente prévues par les dispositions des articles L221-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile leur donnant ainsi accès aux droits et garanties prévus par ces dispositions, comme le réclament les associations requérantes. En l'espèce, il ressort des attestations produites par les associations requérantes qu'une partie des personnes interpellées *“y resteraient quelques heures avant d'être renvoyées en Italie”* ou bien *“pensent qu'elles avaient passé la nuit dans les locaux de la gare de Menton”*. Ces affirmations sont contestées par le préfet des Alpes-Maritimes, qui n'est toutefois pas en mesure d'affirmer avec précision la durée de maintien de ces personnes dans les locaux litigieux. Ainsi, aucun élément suffisamment précis ne permet d'affirmer que la durée de maintien dans les locaux de la police aux frontières excéderait le délai raisonnable précité ou bien encore celui prévu par les dispositions de l'article 78-3 du code de procédure pénale ». On mesure la préférence de principe accordée, en l'absence de toute preuve, aux déclarations du préfet.

² En partie faute de disposer de procédures en référé : « 9. Considérant, en deuxième lieu, que les associations requérantes font valoir que l'administration méconnaîtrait la réglementation applicable, en retenant parfois des ressortissants étrangers jusqu'à plus de vingt-quatre heures dans ces locaux, en ne leur notifiant pas l'intégralité de leurs droits ou encore en préremplissant certaines mentions du formulaire qui leur est remis ; qu'elles soutiennent également que des étrangers seraient retenus dans ces locaux après avoir été appréhendés non pas à la frontière franco-italienne, mais à l'intérieur du territoire ; qu'enfin, elles relèvent que des étrangers mineurs non accompagnés feraient l'objet d'un réacheminement immédiat vers l'Italie ; qu'elles produisent, à l'appui de ces affirmations, un certain nombre d'attestations ; que, toutefois, elles n'ont pas saisi, dans le cadre de la présente instance, le juge des référés du tribunal administratif de Nice de conclusions tendant à ce que celui-ci prenne des mesures propres à mettre fin à des atteintes graves et manifestement illégales à une liberté fondamentale dans des cas déterminés ; qu'au demeurant, il n'a pas été produit d'éléments laissant supposer que le juge des référés pourrait encore utilement intervenir pour mettre un terme aux atteintes individuelles ainsi dénoncées ; qu'il résulte de l'instruction que, postérieurement à l'ordonnance attaquée, les autorités françaises se sont entendues avec les autorités italiennes pour que des réacheminements puissent être organisés plus fréquemment, y compris de nuit, afin de respecter le délai de quatre heures fixé par le premier juge, même si ce délai, selon toute vraisemblance, a pu, au moins ponctuellement, ne pas être respecté, notamment la nuit du 26 au 27 juin après l'interception d'un groupe de 165 étrangers, à proximité de Castellar ; que, s'agissant des autres manquements invoqués, s'ils venaient à se reproduire, il appartiendrait aux personnes concernées, le cas échéant avec l'appui des associations requérantes, de saisir, si elles s'y croyaient fondées, le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'en effet, l'augmentation du nombre d'étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ne saurait justifier le non-respect des garanties prévues, notamment, par l'article L. 213-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; 10. Considérant en troisième lieu, que les dispositions mentionnées au point 4 prévoient un régime juridique spécifique pour les étrangers se présentant à la frontière et demandant à bénéficier du droit d'asile, excluant que la décision de refus d'entrée sur le territoire puisse être exécutée avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification ou avant l'intervention de la décision du tribunal administratif en cas de recours ; que, là encore, aucune circonstance ne peut justifier le non-respect de ces dispositions à l'égard des étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ; qu'il appartient aux personnes qui soutiendraient qu'elles auraient été empêchées de déposer une demande d'asile le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. » (C. E., réf., 5 juillet 2017, n° 411575)

³ Procédure qui, pourtant, lorsqu'elle donne lieu à un refus d'entrée, entraîne le placement de l'étranger concerné en zone d'attente.

inhabituel de personnes en un même lieu et des contraintes qui s'attachent à l'éventuelle remise des intéressés aux autorités de l'État frontalier.¹

On voit ici nettement à l'œuvre la logique de raison d'État, puisque la procédure est tolérée au nom des circonstances particulières alors même que le statut juridique de ces locaux n'est pas défini. Cependant, même dans cette hypothèse favorable à l'administration, les garanties propres à la décision de refus d'entrée (à défaut du régime de la zone d'attente) doivent s'appliquer : droit à un interprète, droit de voir un médecin, droit de demander l'asile et de bénéficier d'un jour franc si l'étranger en fait la demande, protection des mineurs. Il apparaît cependant que ces droits ne sont pas respectés : rapports, y compris institutionnels², et annulations des décisions du préfet par le juge administratif³ s'accumulent, dressant un tableau préoccupant notamment quant à la situation de l'asile dans cette région. Ainsi, la contrôleuse générale des lieux de privation de liberté constate que, au poste de Menton,

des données importantes comme la durée des maintiens des personnes au poste sont souvent lacunaires et d'autres ne reflètent pas la réalité. La majorité des interpellations a lieu à la gare de Menton-Garavan où la plupart des contrôles des voyageurs à bord des trains sont effectués au faciès par les forces de sécurité. Des pratiques de refoulement ont été observées par les contrôleurs, consistant à inviter des mineurs isolés et des familles à reprendre un train vers l'Italie sans qu'aucune procédure ne soit mise en œuvre. Des formulaires de refus d'entrée sont mis à la disposition des forces de sécurité à chaque point de contrôle, afin que soit renseignée la première page du document (informations relatives à l'identité). Certains formulaires comportent indûment des rubriques pré cochées, notamment celles du motif de non-admission et du refus du bénéfice du jour franc.⁴

L'accumulation de ces contestations, de plus en plus documentées, a conduit plusieurs

¹ C. E., réf., 5 juillet 2017, n° 411575, considérant 6.

² Voici les principaux : Human Rights Watch, « France : des enfants migrants privés de protection » (5/09/2019) ; Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne : missions dans les Hautes-Alpes et les Alpes-Maritimes – mars-avril 2018 – adoption à l'unanimité » (1/07/2018) ; Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « Avis sur la situation des migrants à la frontière franco-italienne » (19/06/2018) ; OXFAM-France, « Nulle part où aller » (14/06/2018) ; Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Rapport de la deuxième visite de la PAF Menton » (05/06/2018) ; Défenseur des droits, « Décision du défenseur des droits 2018-100 » (25/04/2018) ; Intersos, 31 janvier 2018, « I minori stranieri non accompagnati lungo il confine Nord italiano » ; Forum Réfugiés, « Pour une pleine application du droit d'asile à la frontière italienne » (24/04/2017) ; Amnesty (février 2017), « Des contrôles aux confins du droit » ; Unicef France, « La protection de l'enfance doit s'exercer aussi à la frontière franco-italienne » (13/12/2016).

³ TA Nice, 31 mars 2017, n° 1 701 211 et 4 septembre 2017 (Atteintes au droit d'asile par refus d'enregistrement des demandes) ; TA Nice, 22 janvier 2018 n° 1800195 (refoulement irrégulier d'un jeune de 12 ans) ; TA Nice, 23 février 2018, n° 1800702 (refoulement de 19 mineurs) ; TA Nice, 2 mai 2018, n° 1801843 (« en procédant à son refoulement après avoir prononcé un refus d'entrée à son encontre, sans procéder à l'enregistrement de la demande d'asile et le cas échéant sans respecter la procédure et les droits garantis par le règlement n° 604/2013/UE du 26 juin 2013, les autorités administratives ont porté une atteinte manifeste au droit d'asile ; en ne procédant pas à son transfert dans la zone d'attente de l'aéroport de Nice, seule existante dans le département des Alpes-Maritimes, mais en le refoulant vers l'Italie, le préfet et le directeur départemental de la police aux frontières ont porté une atteinte manifeste à sa liberté personnelle »).

⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, « Rapport de la deuxième visite de la PAF Menton » (05/06/2018), p. 2-3.

associations à procéder, en novembre 2018¹ et juin 2019, à des signalements au procureur de Nice pour « privation illégale de liberté »². Une enquête a été ouverte, dont les conclusions ne sont pas encore connues. Par ailleurs, et cela illustre une fois de plus le caractère parfois illusoire de l'encadrement juridique des pratiques administratives, alors que l'un des droits les plus fréquemment remis en cause était le droit au jour franc³, la réforme de 2018 a modifié l'article L. 213-2 pour préciser que le délai d'un jour franc « n'est pas applicable aux refus d'entrée notifiés à Mayotte ou à la frontière terrestre de la France », et ajoute que la procédure de refus d'entrée est applicable lors du rétablissement des contrôles aux frontières⁴. Certes, les garanties en matière de droit au recours, de droit à un interprète et à un médecin et de droit à demander l'asile sont toujours censées s'appliquer, mais on voit que, confronté à une dénonciation de plus en plus massive des pratiques irrégulières, le législateur fait à chaque fois le choix de la légaliser plutôt que d'y mettre fin. Le principe cardinal d'un État de droit, en vertu duquel l'administration doit respecter les normes imposées par le législateur, est particulièrement affaibli à la frontière, puisque les pratiques illégales y sont entérinées rétrospectivement par les textes plutôt que condamnées ; les garanties juridiques y sont plus faibles que partout ailleurs, à la fois dans les textes et dans les pratiques effectives. La frontière correspond, au-delà de son tracé géographique, à une zone de suspension des normes en vigueur sur le reste du territoire et de multiplication des régimes dérogatoires destinés à étendre son régime même lorsque l'étranger est effectivement présent sur le territoire.

Ces éléments que nous avons rassemblés pourraient encore être interprétés comme de simples tendances ou dysfonctionnements ponctuels, même si leur permanence plaide en faveur d'une interprétation plus structurelle. Toutefois, les dispositifs de déterritorialisation et de mise en place de régimes dérogatoires et restrictifs prennent une ampleur inédite en certains points du territoire français : ce qui semble l'exception en zones d'attente ou à la frontière franco-italienne se révèle parfaitement ordinaire dans les territoires d'outre-mer, et tout particulièrement à Mayotte et en Guyane. Nous nous en tiendrons ici aux obstacles posés au droit au recours effectif et aux dispositions faisant de ces territoires des espaces d'exception,

¹ Communiqué de presse interassociatif, URL : <https://www.ldh-france.org/un-prefet-nest-pas-au-dessus-des-lois/>.

² Communiqué de presse interassociatif, URL : <https://www.msf.fr/communiqués-presse/les-atteintes-aux-droits-a-la-frontiere-franco-italienne-doivent-cesser>.

³ En annexe de son dernier rapport, l'Anafé fournit des photos de plusieurs de ces formulaires irréguliers (Anafé, janvier 2019, « Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne »).

⁴ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (1), article 18.

car l'étude de l'ensemble des règles dérogatoires dépasserait le cadre de notre propos¹. Puisqu'il s'agit de territoires français, le Ceseda s'y applique théoriquement², mais avec bien des dispositions particulières et systématiquement restrictives. Ainsi, ces départements et territoires d'outre-mer sont situés hors de l'espace Schengen et les visas délivrés à Mayotte ne permettent pas de se rendre en France métropolitaine³. Les garanties des libertés individuelles des étrangers y sont allégées : en cas de refus d'entrée, le bénéfice du jour franc ne s'applique pas, le juge des libertés et de la détention (JLD) ne contrôle le maintien en rétention qu'au bout de cinq jours, et les Obligations de quitter le territoire français (OQTF) peuvent être exécutées sans délai, alors que les étrangers bénéficient ailleurs de 48 h pour formuler leur recours. En Guyane, le traitement des demandes d'asile fait l'objet d'une « expérimentation » destinée à accélérer leur traitement⁴ : le délai d'introduction de la demande est abaissé de 21 à sept jours et la décision doit être rendue sous 15 jours. Le recours devant la CNDA doit être déposé en un mois, alors que les territoires d'outre-mer bénéficient en général d'un « délai de distance » qui ajoute un mois au délai commun. Par ailleurs, un certain nombre de dispositions viennent faire de ces territoires, et plus particulièrement de Mayotte, des zones dérogatoires : des contrôles d'identité peuvent avoir lieu sur tout le territoire de Mayotte (où la retenue pour vérification est portée à huit heures au lieu de quatre heures), ainsi transformé en immense point de passage autorisé, et sur un périmètre étendu dans les autres territoires ultramarins⁵. De même, par dérogation aux

¹ Pour une vue d'ensemble, voir Gisti, *Singularités du droit des personnes étrangères dans les outre-mer*, janvier 2018, et le réseau associatif MOM (<http://www.migrantsoutremer.org/>).

² Jusqu'en 2014, une ordonnance particulière régissait la situation à Mayotte (Ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte). Les ordonnances spécifiques aux autres territoires n'ont pas été abrogées et sont citées à l'article L111-2 du Ceseda : Ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis-et-Futuna ; Ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française ; Ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie ; Loi n° 71-569 du 15 juillet 1971 relative au territoire des Terres australes et antarctiques françaises.

³ Ceseda, article L832-2.

⁴ Décret n° 2018-385 du 23 mai 2018 portant expérimentation de certaines modalités de traitement des demandes d'asile en Guyane.

⁵ Article L78-2 du Code de procédure pénale sur les contrôles d'identité :

Dans une zone comprise entre les frontières terrestres ou le littoral du département de la Guyane et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, et sur une ligne tracée à cinq kilomètres de part et d'autre, ainsi que sur la route nationale 2 sur le territoire de la commune de Régina, l'identité de toute personne peut être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi.

L'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi :

1° En Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur le territoire des communes que traversent les routes nationales 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10 et 11 ;

2° A Mayotte sur l'ensemble du territoire ;

3° A Saint-Martin, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

4° A Saint-Barthélemy, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà ;

règles communes d'acquisition de la nationalité, tout enfant né à Mayotte de parents étrangers et y ayant sa résidence habituelle ne deviendra français à sa majorité « que si, à la date de sa naissance, l'un de ses parents au moins résidait en France de manière régulière, sous couvert d'un titre de séjour, et de manière ininterrompue depuis plus de trois mois »¹, alors que cette condition de régularité du séjour n'est pas prévue dans le régime commun².

Ainsi, on constate que le vocabulaire de la crise qui a été utilisé pour justifier les pratiques dérogatoires à la frontière franco-italienne (et dans les outremer) ne résiste pas à une analyse sur la longue durée : le recours à des pratiques illégales à la frontière est en réalité une constante du droit des étrangers, caractérisé par la tentation permanente de définir des espaces d'exception où les garanties ordinaires des droits individuels sont suspendues ou au moins fragilisées. L'encadrement textuel est sans cesse en retard, puisqu'il ne vient qu'entériner des pratiques d'abord extrajuridiques, et il semble dans une large mesure impuissant à normer véritablement l'action de l'administration dans ces lieux où l'expression de « zone de souveraineté policière »³ trouve une pertinence sans cesse renouvelée. Le statut des étrangers à leur arrivée sur le territoire français est marqué par une frontiérisation permanente et protéiforme qui les maintient aux confins du droit commun. La fragmentation des espaces (CRA, zones d'attente, PPA, « zones de rétention », dispositions particulières en outre-mer) et des statuts correspondants permet d'alléger sans cesse le régime de droit dont les étrangers pourraient se réclamer.

2. La fonction différentielle de la frontière

Les dispositifs que nous avons analysés dans la section précédente ne concernent pas, loin de là, l'ensemble des étrangers. Seule une petite proportion est concernée, potentiellement,

^{5°} En Martinique, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que dans une zone d'un kilomètre de part et d'autre de la route nationale 1 qui traverse les communes de Sainte-Marie, La Trinité, Le Robert et Le Lamentin, de la route nationale 2 qui traverse les communes de Saint-Pierre, Le Carbet, Le Morne-Rouge, l'Ajoupa-Bouillon et Basse-Pointe, de la route nationale 3 qui traverse les communes de Le Morne-Rouge, l'Ajoupa-Bouillon, Basse-Pointe, Fonds-Saint-Denis et Fort-de-France, de la route nationale 5 qui traverse les communes de Le Lamentin, Ducos, Rivière-Salée, Sainte-Luce, Rivière-Pilote et Le Marin, de la route nationale 6 qui traverse les communes de Ducos, Le Lamentin, Le Robert, Le François et Le Vauclin, Rivière-Salée, Sainte-Luce, Rivière-Pilote et Le Marin et de la route départementale 1 qui traverse les communes de Le Robert, Le François et Le Vauclin.

¹ Code civil, article 2493.

² Code civil, article 21-7 : « Tout enfant né en France de parents étrangers acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans ».

³ Fischer (N.), *Le Territoire de l'expulsion...*, op. cit., p. 46.

par un maintien en zone d'attente ou un placement en centre de rétention. Il s'agit donc ici de prendre en compte une des fonctions de la frontière, qui est de trier les individus, de les inclure ou exclure en fonction de leur désirabilité. Envisagée de ce point de vue, la frontière n'est pas tant une ligne géographique qu'une institution politique destinée à gérer de façon différentielle le mouvement des individus : à la fragmentation des espaces vient s'ajouter celle des statuts juridico-sociaux. Il suffit pour s'en convaincre de juxtaposer la description que nous avons faite des locaux de la police aux frontières de Menton et des pratiques qui y ont cours avec le dispositif PARAFE (pour « passage automatisé rapide des frontières extérieures ») qui permet aux ressortissants de l'Union européenne, de la Suisse, de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège possédant un passeport biométrique de circuler en passant par un sas où leur passeport est automatiquement lu, afin de diminuer leur attente. Dans les dispositifs que nous avons analysés dans les pages précédentes, la frontière se présentait comme un point d'arrêt, comme un mur ; pour d'autres, elle ne signifie qu'un léger ralentissement dans une circulation internationale par ailleurs fluide et dépourvue de formalités particulières. C'est ce que Balibar a appelé la « polysémie » des frontières :

c'est-à-dire le fait que, pratiquement, elles n'ont pas le même sens pour tout le monde (...). Rien ne ressemble moins à la matérialité d'une frontière, qui est officiellement « la même » (identique à elle-même et donc bien définie) selon qu'on la franchit dans un sens ou dans l'autre, en tant que businessman ou universitaire en route pour un colloque, ou en tant que jeune chômeur. À la limite ce sont deux frontières distinctes qui n'ont de commun que le nom, et pour une part les frontières aujourd'hui (mais en réalité depuis longtemps) sont justement faites pour cela. Pas seulement pour procurer aux individus provenant de différentes classes sociales des expériences différentes de la loi, de l'administration, de la police, des droits élémentaires comme la liberté de circulation et la liberté d'entreprendre, mais pour différencier activement les individus selon les classes sociales.¹

La frontière ne prend donc son sens qu'en tant que frontière juridique et sociale, même si son tracé est censé valoir pour tous et masque au premier abord sa fonction différentielle. Mezzadra et Neilson ont développé une analyse systématique de ce « continuum » que les frontières, qui « sélectionnent et filtrent les gens », créent entre l'inclusion et l'exclusion² : les images associées aux murs de séparation ou à la « forteresse Europe » sont trompeuses de ce point de vue, car la mise en scène de la dimension d'exclusion masque le fait que les individus y sont très inégalement soumis. Les pratiques contemporaines de la frontière expriment avec

¹ Balibar (E.), « Qu'est-ce qu'une "frontière" ? », in Caloz-Tschopp (M.-C.), Clévenot (A.) (dir.), *Asile, Violence, Exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des Sciences de l'Éducation, Genève 1994, p. 335-343, p. 340-341. Même si son analyse porte sur les classes sociales, elle est tout à fait valable pour les nationalités.

² Mezzadra (S.), Neilson (B.), *La Frontière comme méthode ou la multiplication du travail*, L'Asymétrie, Toulouse, 2019, p. 26.

une netteté particulière cette fonction différentielle parce que, face à la démultiplication des circulations internationales provoquée par la mondialisation, un contrôle systématique aux frontières serait impraticable et politiquement inacceptable : le repérage des individus indésirables est à la fois un but en soi (la sécurisation) et un moyen de faciliter la circulation des autres. Ainsi,

la technologisation et la virtualisation des contrôles frontaliers, ainsi que la flexibilisation des frontières ont facilité le développement d'un processus de *debordering/rebordering* : les frontières s'effacent devant les flux désirables, et se manifestent dans toute leur dureté et leur efficacité face aux flux définis comme indésirables selon l'acception biopolitique du terme. Plus que des frontières internationales, les frontières interétatiques sont devenues des frontières de statuts qui suivent les mouvements et préviennent ceux qui sont perçus comme indésirables.¹

Cette fonction différentielle suppose le recours à des technologies particulières, destinées justement à discriminer rapidement les individus, ce que les anciennes modalités de contrôle frontalier (mur, *checkpoint*) ne permettaient pas : il s'agit des technologies biométriques, qui permettent d'identifier les individus à l'aide de caractéristiques physiques comme les empreintes digitales ou l'iris. Ces technologies ont pour particularité

d'être à la fois mobiles et intelligentes, c'est-à-dire capables de s'adapter à la mobilité des individus, de les suivre, de tracer leur itinéraire et de déterminer leur véritable identité. Elles ont permis la mise sur pied progressive d'un dispositif intégrant des puces dans les visas et les documents de séjour, des lecteurs de puces, des caméras et des identifiants biométriques reliés à des bases de données conçues pour traiter les informations stockées en amont et recueillies pendant le voyage (SIS I et II, VIS, Eurodac²).³

Elles participent d'un projet de mise en place de *smart borders* [« frontières intelligentes »]⁴ destiné à mieux discriminer les étrangers en repérant les migrants irréguliers ou ceux qui outrepassent la date de validité de leur visa et à faciliter le franchissement des frontières pour les autres : la dimension sécuritaire est explicite dans le projet de système

¹ Didiot (M.), *Biopolitique et barrières frontalières. Le cas des frontières de l'Inde* (soutenue en 2015, non publiée), p. 97. URL : <http://www.theses.fr/2015REIML018>.

² Ces sigles désignent respectivement le Système d'informations Schengen, le Système d'informations sur les visas et le fichier d'enregistrement des empreintes digitales des demandeurs d'asile (destiné à assurer l'effectivité du règlement Dublin en aidant à déterminer quel est l'État d'entrée).

³ Ceyhan (A.), « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration. Vers une gestion électronique des "personnes à risque" », *Réseaux* n° 159-1, 2010, p. 134.

⁴ En préparation depuis la publication par la Commission européenne d'un document intitulé « Frontières intelligentes : options et pistes envisageables » ([Doc. COM [2011] 680 final], 25 octobre 2011, n° 52011DC0680) et placé sous l'égide de l'Agence EU-Lisa (Règlement [UE] 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice [eu-LISA], modifiant le règlement [CE] n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement [UE] n° 1077/2011). JO L 295 du 21.11.2018, p. 99–137.

d'entrée et de sortie¹, et le projet tout entier se fonde sur l'opposition entre les voyageurs *bona fide*, ou présentant un faible risque migratoire, et les indésirables. Ainsi, la frontière

se transforme en un site d'analyse de risque effectuée à partir de la comparaison entre les informations fournies par le voyageur/migrant ressortissant d'un pays tiers et des informations contenues dans les puces électroniques des documents de voyage, ainsi que dans des bases de données européennes comme le SIS, le VIS et l'EURODAC².

C'est pourquoi ces modalités de gestion des frontières ont été analysées comme

une gouvernementalité de la mobilité tentant de gérer la liberté et la dynamique de mouvement de millions d'individus, *via* un dispositif de contrôle qui ne bloque plus, mais qui, au contraire, trie et accélère le mouvement *via* une logique de la traçabilité et de l'anticipation des mouvements et comportements des individus³,

Cette notion de gouvernementalité⁴ renvoie aux analyses de Foucault sur l'exercice du pouvoir et son évolution depuis le XVIII^e siècle, sous la forme d'un assouplissement apparent et d'un souci porté à la population comme telle ; il prend la forme d'un « art de ne pas trop gouverner, qui vise à suivre les mouvements des individus pour les laisser opérer »⁵. Razac a étudié l'une des manifestations du passage de la logique de souveraineté à la logique de gouvernementalité à travers le passage du mur au barbelé⁶, analyses qui peuvent être directement appliquées aux nouvelles formes de gestion des frontières. En effet, le mur s'affiche comme tel et vaut à la fois pour sa force symbolique et sa force d'inertie ou d'obstacle, alors que le barbelé, ou aujourd'hui les *smart borders*, se font discrets parce que leur objectif est d'une part l'efficacité (plutôt que l'affichage symbolique) et d'autre part le refus de donner une prise trop facilement identifiable pour la contestation. En devenant moins visible, moins situable, moins circonscrit, le pouvoir est intériorisé par les individus,

puisque celui qui voudrait forcer le barbelé n'est pas sûr d'être observé — de la tranchée ou du mirador. Il intériorise donc nécessairement cette surveillance potentielle en la prenant à son compte. La zone située devant les barbelés électrifiés est, en permanence, ressentie comme interdite, mortelle, sans qu'il y ait besoin d'une présence réelle dans le mirador.⁷

¹ Justifié par « le nombre croissant de non-ressortissants de l'Union européenne (UE) entrant dans l'espace Schengen et les craintes grandissantes pour la sécurité à l'égard des frontières externes de l'Union européenne ». URL : <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/security/20171023STO86604/schengen-des-frontieres-intelligentes-pour-une-meilleure-protection-video>.

² Ceyhan (A.), « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration... », *art. cit.*, p. 135.

³ Bigo (D.), Bocco (R.), Piermay (J.-L.) « Logiques de marquage : murs et disputes frontalières », *Cultures et Conflits* n° 73, 2009, p. 9.

⁴ Forcée dans Foucault (M.), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Gallimard, Paris, 2004.

⁵ Keck (F.), « Les usages du biopolitique », *L'Homme* n° 187-188, 2008, p. 300.

⁶ Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, Flammarion, « Champs Essais », Paris, 2009.

⁷ Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, *op. cit.*, p. 157.

Cette intériorisation va de pair avec l'une des fonctions du barbelé (entendu ici comme symbole de la gouvernementalité), qui est d'utiliser un dispositif spatial pour étendre dans le temps le fonctionnement de la frontière : « la surveillance utilise le délai que lui confère la barrière pour organiser une réponse adéquate, et la barrière, elle, s'appuie sur la vitesse de réaction de la surveillance »¹. Ces aspects sont encore accentués dans les *smart borders* et les usages contemporains de la frontière : l'usage des technologies biométriques a pour effet de rendre la surveillance à la fois absolument insensible pour les individus qui ne sont pas visés par elle (il ne s'agit que de scanner son passeport) et de l'étirer indéfiniment dans le temps pour les autres. En effet, le recours à ces techniques fait que toute démarche administrative et tout déplacement dans l'espace est placé sous le signe d'une identification et d'un renvoi possibles. Pour les individus désirables, la frontière est réduite à son expression la plus discrète et (en apparence) la moins envahissante ; pour les autres, elle les suit sans cesse. Le Courant a déployé une analyse ethnologique de la façon dont la frontière est « rendue quotidienne »² et de ses effets :

la menace de l'expulsion continue à rendre la frontière omniprésente, des années après l'avoir traversée. S'instaure un contrôle *par* la frontière qui double les renforcements à la frontière. Lorsqu'il fait le récit de ses arrestations, Souleymane Bâ se déclare « recherché » par la police. Il estime qu'il n'y a plus un seul espace où il serait susceptible d'échapper à leur surveillance. Et il ne sait pas s'il sera en mesure de se soustraire indéfiniment à son expulsion. D'autres parlent de leur impression d'être « comme emprisonné », de vivre dans « une prison géante », d'« être en cavale », d'« être en liberté conditionnelle ». Ainsi, ceux qui échappent à l'expulsion partagent avec ceux qui ont été expulsés, le même sentiment d'enfermement, l'impression d'être entravés dans leurs mouvements. Les uns le sont sur place, les autres dans leurs pays d'origine.³

Analysées sous cet angle, il semble que la raison d'être des procédures d'expulsion ne soit pas tant d'expulser effectivement, puisqu'elles sont notoirement inefficaces, que d'imposer « des vies réduites au local, des vies à la frontière »⁴, et, inversement, de faire disparaître les frontières pour ceux que les États cherchent à attirer. La recherche de fluidité à la frontière s'accompagne de pratiques destinées à l'étendre dans le temps et dans l'espace pour les étrangers irréguliers : les centres de rétention et les zones d'attente en sont des exemples parmi bien d'autres possibles⁵. Le visa remplit la même fonction : il délocalise la frontière dans le

¹ Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, op. cit., p. 156.

² Le Courant (S.), « Expulser et menacer d'expulsion, les deux facettes d'un même gouvernement ? Les politiques de gestion de la migration irrégulière en France », *L'Année sociologique* n° 68, 2018, p. 227.

³ Le Courant (S.), « Expulser et menacer d'expulsion... », art. cit., p. 225-226.

⁴ Le Courant (S.), « Expulser et menacer d'expulsion... », art. cit., p. 227.

⁵ Analysés notamment par Cuttitta (P.), « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures et Conflits* n° 68, 2007, p. 61-84. Un des exemples les plus frappants concerne l'Allemagne : « alors que l'activité de la police ordinaire est confiée aux corps de police de chacun des États, le contrôle des

pays d'origine et en anticipe les effets avant même sa traversée, et il permet, selon que les ressortissants de tel pays seront ou non soumis à cette obligation, de sélectionner et trier les étrangers.

L'omniprésence de la frontière signifie donc avant tout une fragmentation des statuts et des conditions de son franchissement, une individualisation des régimes de circulation : pour certains, comme les ressortissants européens, elle désignera une série de procédés et de techniques destinés à faciliter la circulation, à rendre la frontière insensible, à la faire oublier ; pour d'autres au contraire, l'omniprésence sera synonyme de poids constant, d'obstacles, d'enfermements, voire de violations des droits. Cette fragmentation est en soi fragilisante pour les étrangers soumis aux régimes les moins favorables car elle a pour conséquence que seuls les publics les plus vulnérables et donc les moins à même de se mobiliser efficacement y sont soumis.

Conclusion

Ainsi, et malgré l'existence de régimes disparates et pour certains favorables, le droit des étrangers est, par défaut, peu protecteur et marqué par la précarité des droits subjectifs, à la fois peu nombreux et difficilement garantis. L'octroi de droits plus nombreux, la facilitation des démarches administratives et la sécurisation des parcours dépendent des relations entre pays d'origine et pays d'accueil : ils sont le fruit d'accords et de négociations entre États. Certains étrangers, traités *en tant que ressortissants* d'un État particulier, à savoir d'un État développé, riche et influent, bénéficieront donc d'une situation favorable ; mais l'étranger en tant que tel se voit réserver un statut restrictif et précaire. Face à ce constat et à la tendance manifestée par la puissance publique à bafouer ses propres normes, la notion de droit subjectif et la proclamation dont elle a fait l'objet par les textes du droit international des droits de l'homme semblent offrir un contrepoids prometteur, à même d'encadrer plus sévèrement les pratiques administratives douteuses dont nous venons de brosser le tableau : ce sera l'objet du chapitre 3.

frontières de la République relève des compétences d'un corps de police fédérale. Une loi de 1998 a institué la "30 Km-Zone", une zone de trente kilomètres en deçà de la ligne frontalière, en amplifiant le champ spatial d'intervention des agents fédéraux, auparavant limités à la ligne elle-même. Dans cette zone de frontière, la police fédérale jouit de pouvoirs spéciaux de dérogation au droit d'inviolabilité du domicile. En effet, alors que normalement l'accès aux domiciles privés contre la volonté des habitants est subordonné à une autorisation des autorités judiciaires, dans la zone frontière les agents fédéraux peuvent accéder aux habitations privées à n'importe quel instant, du moment qu'il y a des raisons de penser que des délits concernant le franchissement illégal de la frontière y sont en préparation, que des personnes responsables de tels délits s'y cachent, ou encore que des personnes dépourvues de titre de séjour s'y trouvent. » (p. 71).

Chapitre 3. La voie des droits de l'homme

Face au sombre tableau dressé dans les deux premiers chapitres, qui a souligné la précarité et le caractère restrictif du régime juridique réservé aux étrangers, il semble qu'un remède possible existe d'ores et déjà dans le corpus du droit international : les dispositions relatives aux droits de l'homme. En effet, l'objet même des textes qui les proclament est de garantir des droits à l'ensemble des individus, en raison de leur simple appartenance à l'humanité, et donc indépendamment, pour le sujet qui nous occupe, de leur statut d'extranéité. Certes, nous avons vu dans les chapitres précédents que l'administration répugnait dans une large mesure à voir son pouvoir discrétionnaire diminué et encadré par des textes ; de ce point de vue, et nous reviendrons d'ailleurs sur cet aspect, les étrangers disposent de relativement peu de droits subjectifs au sens fort du terme, c'est-à-dire de droits opposables à l'administration et non tributaires de son bon-vouloir. Cependant, face à un tel constat, il peut être tentant de faire valoir comme solution possible un meilleur respect des droits de l'homme, ces droits reconnus partout et toujours à tous les êtres humains. On rappellera notamment que, même si la plupart des droits de l'homme sont susceptibles de restrictions légales lors de circonstances exceptionnelles, et en particulier en temps de guerre, il existe un « noyau dur » de droits absolument indérogeables, qui comprend le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et des traitements inhumains et dégradants, et la légalité des délits et des peines¹. Il s'agirait donc d'envisager les droits de l'homme comme un instrument possible pour améliorer la condition des étrangers, puisque leur objectif est de garantir la liberté et la dignité de tous en toutes circonstances. L'enjeu de ce chapitre est d'analyser la pertinence de cette hypothèse.

Nous montrerons que, malgré ses promesses et l'ambition qui a présidé à son essor, la logique des droits de l'homme se heurte à trois limites principales. La première est que, en réalité, le destinataire des droits de l'homme est prioritairement le national, et non pas l'être humain considéré indépendamment de son appartenance nationale (I.) ; si l'on observe le corpus de droits constitué par les différentes déclarations, on remarquera que très peu concernent les étrangers comme tels. Cela signifie qu'il est difficile, en l'état actuel des textes du moins,

¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), article 4 :

« 1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 ».

d'utiliser les droits de l'homme comme un levier pour changer la situation des étrangers. La deuxième est que les États tendent à les vider de leur force normative les droits de l'homme des étrangers en les traduisant dans un registre humanitaire beaucoup moins contraignant pour eux (II.) ; c'est ici l'effectivité des droits qui est mise à mal. Enfin, à un niveau plus général, on peut s'interroger sur la pertinence qu'il y a à aborder la question du statut juridique des étrangers selon la logique individuelle qui est celle des droits de l'homme (III.). Face à cette résistance que l'acteur étatique manifeste à l'égard des droits subjectifs des étrangers, nous envisagerons la possibilité de donner aux individus le pouvoir de faire contrepoids à l'État sur la scène internationale, pour y faire valoir leurs droits (IV.).

I. L'étranger, un homme comme les autres ?

Cette section prendra pour objet la conception du titulaire des droits de l'homme : nous montrerons que, malgré leur universalité revendiquée, les textes internationaux proclamant ces droits visent en priorité le national. La situation des étrangers constitue de ce point de vue une zone d'ombre, ce qui les empêche d'invoquer utilement les droits de l'homme pour faire valoir un droit d'entrer ou de séjourner dans un État autre que le leur.

1. *Le national, titulaire prioritaire des droits de l'homme*

Il s'agit dans cette première section d'étudier plus attentivement la question du titulaire des droits de l'homme, afin de déterminer quel impact sa conception a sur leur garantie pour les étrangers. Nous montrerons d'abord que, le titulaire des droits de l'homme étant prioritairement le national, cela empêche de garantir les droits étrangers autrement que selon le modèle restrictif du rapprochement de leur statut avec celui des nationaux, puis que, plus généralement, les droits officiellement reconnus aux étrangers sont moins bien garantis que ceux des nationaux.

Premièrement, c'est un fait bien connu, l'homme des Déclarations des droits de l'homme est prioritairement le national, et, de ce point de vue précis, le droit international des droits de l'homme fait face à un certain échec :

la figure de l'étranger révèle l'illusion de droits fondés sur la figure de l'homme et pointe l'exclusion des droits frappant les catégories d'individus désignés comme différents, allogènes, n'appartenant pas à la communauté nationale. L'homme des déclarations de droit a ainsi perdu son universalité, ne désignant plus

que l'homme juridiquement lié par sa nationalité à l'État, qui seul attribue souverainement les droits.¹

Cet échec relatif s'explique aisément par la fonction d'« écran » que la souveraineté étatique joue entre les normes internationales en matière de droits de l'homme et leur application effective, qui a toujours lieu sur un territoire donné soumis à la mainmise d'un État. La spécificité du droit international des droits de l'homme est qu'il relève du droit international par sa forme, mais du droit interne par sa matière², c'est-à-dire qu'il est mis en œuvre par les instances nationales. Ces dernières ne sont pas forcément enclines à le respecter, au moins s'agissant des étrangers, dans la mesure où cela reviendrait à affaiblir leur pouvoir discrétionnaire ; dans les faits, il semble donc, pour toutes les raisons que nous allons développer, que ce soit l'aspect interne qui prédomine. On peut d'ores et déjà remarquer que le modèle du balancier joue ici à plein : la souveraineté étatique fait obstacle à la pleine effectivité du droit international des droits de l'homme, jouant donc un rôle de contrepoids par rapport à ce dernier. Autrement dit, renforcer les droits de l'homme supposerait de faire refluer la souveraineté étatique, et nous allons voir quelles résistances elle oppose à cette tentative.

Cette résistance est en fait facilitée par le flou que l'ensemble des déclarations des droits de l'homme entretient sur son destinataire effectif : s'agit-il de tout individu ou des nationaux uniquement ? La question est rarement explicitement tranchée, et, lorsque c'est le cas, c'est rarement dans un sens favorable aux étrangers. L'exemple de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen est emblématique à cet égard, ne serait-ce que par son titre. On observe d'ailleurs un mouvement de restriction du destinataire entre les deux premiers articles : si l'article 1 fait valoir que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », indépendamment donc de tout ancrage national, l'article 2 en revanche affirme que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », ce qui signifie que le cadre d'exercice et de garantie de ces droits reconnus à l'homme « abstrait » est, de fait, l'État. Cela tend à faire du citoyen-national³ le véritable titulaire des droits de l'homme. On assiste donc au paradoxe selon lequel, à peine l'homme en tant que tel est-il hissé au rang de sujet de droit, comme individu égal, par nature, à tous les autres, qu'il est déjà ressaisi dans une communauté politique particulière et bornée. En effet,

avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'homme s'émancipe pour la première fois de tout ordre global : Dieu, traditions ou privilèges.

¹ Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?*, op. cit., p. 299.

² Voir Grisel (G.), *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2010.

³ Même si la conception révolutionnaire de la Nation facilite l'accès à la nationalité pour les étrangers favorables à son projet.

Mais ce qu'Arendt souligne très justement, c'est que l'homme est immédiatement capturé par le concept de peuple. (...) La Révolution française lia droits de l'homme et souveraineté. La souveraineté, instituée en tant que souveraineté populaire, fut proclamée elle-même au nom de l'homme à la place de la religion ou de la naissance. L'homme était souverain en matière de loi et le peuple souverain en matière de gouvernement. Cette souveraineté étant déclarée au nom de l'homme, il semblait naturel qu'elle garantisse les droits de l'homme, ceux-ci devenant partie intégrante du droit souverain de gouvernement.¹

Ce paradoxe est ainsi énoncé par Arendt sous la forme d'un ensevelissement de l'homme sous le citoyen, qui, dès l'origine, met en péril les droits de l'homme des non-ressortissants : « à peine l'homme venait-il d'apparaître comme un être complètement émancipé et autonome, portant sa dignité en lui-même sans référence à quelque ordre plus vaste et global, qu'il disparaissait aussitôt pour devenir membre d'un peuple »². Certes, depuis 1789, et même depuis les analyses d'Arendt, le droit international des droits de l'homme a connu un essor considérable et a reçu une effectivité qui était alors à peu près impensable, mais la fonction d'écran exercée par la souveraineté étatique et donc le primat accordé au citoyen, désormais national, comme titulaire des droits de l'homme demeurent d'actualité. Il est même dans une certaine mesure inscrit dans les textes censés, pourtant, garantir l'universalité des droits de l'homme.

En effet, si l'on examine le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui a une portée contraignante et un organe de contrôle (dont la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, plus emblématique, est dépourvue) on constatera que, à première vue, l'universalité est réelle et proclamée comme telle, parce que les droits énoncés sont référés à toute « personne » ou tout « être humain », selon les articles, mais aussi parce que le principe d'égalité et de non-discrimination figure en bonne place. L'article 2 énonce en effet que

les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Ainsi, non seulement la discrimination fondée sur la nationalité est interdite, mais les droits sont explicitement reconnus également aux étrangers, qu'ils soient présents régulièrement ou non, à travers la mention de la présence sur le territoire étatique. Cependant,

¹ Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits...*, op. cit., p. 126.

² Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme*, traduit de l'anglais par Leiris (M.), Gallimard Quarto, Paris, 2002, p. 592.

et même si nous verrons quelles sont les avancées rendues possibles pour les étrangers par les dispositions du droit international des droits de l'homme, structurellement, la distinction entre étrangers et nationaux n'est pas remise en question, en particulier parce que

les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte¹,

c'est-à-dire que la réserve d'ordre public, dont nous avons souligné la place centrale en droit des étrangers, est entérinée. Plus généralement, le droit de l'État à accepter ou interdire le séjour des étrangers² sur son territoire est admis en droit international, ce qui signifie que, comme telle, la différence de traitements entre nationaux et étrangers³ n'est pas remise en question malgré les proclamations égalitaires des textes.

Ce constat est plus vrai encore s'agissant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Cette affirmation peut paraître surprenante dans la mesure où cette convention est assortie de l'un des rares organes juridictionnels du droit international à admettre la possibilité de recours individuels, ce qui en fait une pointe avancée de la garantie de ces droits. Cependant, et même si l'article 1 précise que le destinataire de droits proclamés est « toute personne relevant de leur juridiction [celle des États parties] », une analyse plus poussée révèle en réalité que le véritable destinataire est le national, bien plus que l'étranger ou l'être humain en général. Ainsi, Dembour⁴ a montré que, face aux requêtes déposées par des étrangers, la Cour européenne des droits de l'homme adopte une attitude paradoxale, qu'elle appelle le « *Strasbourg reversal* » pour signifier que, dans ces matières, le raisonnement de la Cour est inversé par rapport à celui qu'elle adopte ordinairement. En effet, puisqu'elle est un organe spécialisé dans la protection des droits de l'homme, la Cour part généralement des droits reconnus aux individus ; par exemple, en matière pénale, le point de départ adopté sera le droit à un procès équitable, et non pas la prérogative

¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 12-3.

² Inversement, l'article 12-4 du Pacte proclame que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ».

³ De manière assez symptomatique, le seul article du Pacte qui concerne explicitement les étrangers affirme que « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin. » (article 13). Il concerne donc l'expulsion, et, même s'il vient apporter des garanties à ceux qui sont soumis à cette procédure, cette simple mention confirme la mainmise de l'État en matière de séjour des étrangers.

⁴ Dembour (M. B.), *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

étatique consistant à sanctionner les délits. Pourtant, lorsque c'est le droit des étrangers qui est en jeu, la logique est inversée, et le point de départ est non pas les *droits* que la Convention garantit aux individus, mais le *contrôle* reconnu à l'État à ses frontières. De ce fait,

la place de choix attribuée au principe de contrôle étatique donne l'impression que la Cour conçoit les droits garantis dans la Convention comme des exceptions qui tempèrent le principe général de la souveraineté de l'État en matière de contrôle migratoire, plus qu'elle ne considère que c'est la prérogative étatique qui tempère les normes en matière de droits de l'homme qui seraient donc elles-mêmes le principe fondateur.¹

Envisagées selon cette logique, les requêtes déposées par les étrangers sont considérées « d'abord comme celles d'un étranger soumis au contrôle de l'État, plutôt que simplement comme celles d'un être humain »². L'homme de la Convention européenne des droits de l'homme³ reste le national, démontre-t-elle, et l'étranger est perçu comme un étranger plus que comme un homme. À l'origine, cela peut s'expliquer par le contexte d'émergence du texte : il s'agissait pour ses rédacteurs de garantir la démocratie en Europe, donc de protéger les ressortissants des États européens. Les étrangers n'entraient d'ailleurs pas, à l'origine, dans le champ d'application du texte, et il fallut une intervention du gouvernement italien (pays d'émigration, à l'époque) pour les y inclure, d'après les travaux préparatoires. Ainsi, la protection reconnue aux étrangers par la CEDH s'est faite de façon « indirecte », « par ricochet », voire « par effraction »⁴, ce qui met évidemment en lumière l'absence d'universalité des bénéficiaires du texte. Par ailleurs, l'analyse des travaux préparatoires menée par Dembour montre que, en contrepartie⁵ de cette inclusion des étrangers dans le champ d'application de la Convention, les États parties réclamèrent l'adoption de l'article 16, qui autorise explicitement les États à restreindre l'activité politique des étrangers⁶, et entérine donc la différence de traitement entre étrangers et citoyens nationaux. L'auteure souligne à quel point cet article

¹ Dembour (M.-B.), *When Humans Become Migrants...*, *op. cit.*, p. 4. Nous traduisons les citations de cet ouvrage, non disponible en français.

² Dembour (M.-B.), *When Humans Become Migrants...*, *op. cit.*, p. 5.

³ Il est symptomatique que cette convention ait eu pour but premier de garantir la démocratie en Europe, contre le péril fasciste et le spectre du communisme ; de ce point de vue, « l'oubli » de l'étranger que reflète ce texte souligne à quel point l'étranger est extérieur au cadre de conception de l'État et de la communauté politique. À ce sujet, cf. Rask Madsen (M.), « “La Cour qui venait du froid.” Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après-guerre », *Critique internationale* n° 26 — 1, 2005, p. 133-146.

⁴ Sudre (F.), « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in Fulchiron (H.) (dir.), *Les Étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, E. J. A, Paris, 1999, p. 63.

⁵ D'après les travaux préparatoires, en effet, on ne trouve aucune trace de cet article 16 avant l'adoption de l'amendement italien (Dembour [M.-B.], *When Humans Become Migrants...*, *op. cit.*, p. 48).

⁶ « Article 16 — Restrictions à l'activité politique des étrangers
Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

restrictif distingue la CEDH des autres déclarations, et en particulier de la Déclaration universelle dont les clauses spécifiquement relatives aux migrants sont plutôt protectrices¹ ; de même, l'article 5-1f de la Charte autorise la privation de liberté des étrangers dans certaines circonstances².

Au-delà de la genèse du texte et de ses spécificités par rapport aux autres déclarations internationales en matière de droits de l'homme, l'« oubli » des étrangers au profit de l'affirmation de la souveraineté étatique dans la CEDH se reflète dans la jurisprudence ultérieure de la Cour. Ainsi, alors que la Convention est entrée en vigueur en 1953, il faut attendre 1985 pour qu'un arrêt porte spécifiquement sur une question concernant les droits reconnus aux étrangers : auparavant, les requêtes que certains avaient pu déposer avaient été jugées sans fondement et donc rejetées avant tout examen au fond. Par ailleurs, ce premier cas consacré au statut des étrangers³ témoigne de l'approche restrictive adoptée par la Cour : en effet, elle y récuse toute obligation de l'État à admettre sur son territoire la famille d'un étranger en situation régulière du moment que la vie familiale peut avoir lieu ailleurs. Cette jurisprudence sévère souligne combien « la position par défaut de la Cour européenne des droits de l'homme est de considérer le migrant d'abord comme un étranger »⁴ plutôt que comme un être humain. En vertu du « *Strasbourg Reversal* » que nous avons exposé plus haut, la Cour part de la mainmise reconnue de l'État sur son territoire ; elle affirme donc que

si l'article 8 (art. 8) tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale (...). La notion de « respect » manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vue la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention⁵,

entérinant ainsi le principe de la marge discrétionnaire des États. Plus encore, elle fait valoir dans le même paragraphe que « le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États

¹ Elle fait référence aux articles 13 consacrant le droit de quitter tout pays, 14 consacrant le droit d'asile et 15 sur le droit à une nationalité ; nous verrons toutefois dans la prochaine section en quoi cette affirmation du caractère protecteur de la DUDH mérite d'être nuancée.

² « S'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

³ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81.

⁴ Dembour (M.-B.), *When Humans Become Migrants...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, § 67.

ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. », ce qui signale combien le point de départ pour l'examen des cas est la prérogative souveraine de l'État et non pas les droits reconnus aux étrangers. C'est en raison de ce primat accordé aux pouvoirs de l'État que la Cour conclut que « l'article 8 (art. 8) ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays »¹.

Ce renversement opéré par la Cour de Strasbourg est emblématique, mais pas exceptionnel. Alors que,

dans la perspective des droits de l'homme, il serait normal de considérer l'être humain avant tout, dans la jurisprudence de Strasbourg, cependant, c'est le droit de l'État qui est généralement (bien que pas toujours) considéré en premier. Inévitablement, cela relègue les droits reconnus par la Convention au rang d'exceptions qui (la plupart du temps) servent simplement à limiter le principe de la souveraineté étatique, qui est la position par défaut.²

Ce passage en revue de la façon dont les différentes déclarations et conventions internationales en matière de droits de l'homme conçoivent leur destinataire nous permet en effet de conclure au statut généralement secondaire accordé aux étrangers par rapport aux nationaux ; or, une telle approche n'est pas sans conséquence, en ce qu'elle entérine d'emblée une différence de traitement entre les deux catégories, qui ne sera donc pas considérée comme discriminatoire par principe. Autrement dit, et c'est notre second point, en matière de droits de l'homme, les étrangers reçoivent un statut plus pauvre et dérogatoire par rapport au régime accordé aux ressortissants nationaux.

Une telle affirmation peut surprendre, voire choquer, dans la mesure où, incontestablement, les différentes déclarations relatives aux droits de l'homme ont eu pour effet d'améliorer la protection des droits des étrangers ; l'analyse que nous venons de développer peut donc paraître excessivement pessimiste, et sembler balayer d'un revers de main une longue série d'avancées jurisprudentielles.

En effet, progressivement, les étrangers présents régulièrement sur le sol français (mais il en est de même pour la plupart des pays européens) se sont vu reconnaître un certain nombre de droits, en particulier en matière civile et sociale. Comme nous l'avons vu au chapitre 2, les droits civils notamment, tel le droit au mariage, au domicile, à l'action en justice, sont désormais, à de rares exceptions près (qui concernent surtout l'accès à certaines professions, et

¹ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, §68.

² Dembour (M.-B.), *When humans become migrants...*, op. cit., p. 119.

spécialement à la fonction publique), identiques à ceux des nationaux. Dans cette matière, le principe est d'ailleurs celui de l'identité des droits, en l'absence de texte explicitement destiné à les restreindre, depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1984¹. En matière de droits sociaux, le principe d'égalité d'accès aux allocations de solidarité est consacré par le Conseil constitutionnel en 1990 pour les étrangers séjournant régulièrement en France²; la condition de résidence « stable et régulière » est réaffirmée en 1993³. Si cette condition est remplie, elle ouvre également, quoique de façon assez réduite dans les faits, droit à une vie familiale normale, érigé en principe général du droit en 1978⁴.

Une telle liste est loin d'être négligeable. Nous pouvons certes noter que les étrangers en situation irrégulière en sont exclus, mais l'arrêt de 1990 leur reconnaît malgré toute une liste non limitative de droits, comme « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale »⁵. De même, en matière de prestations sociales, la condition de régularité du séjour peut être levée en cas de « circonstances exceptionnelles », et elle ne vaut pas pour « les prestations d'aide sociale à l'enfance, à l'aide sociale en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réadaptation sociale, l'aide médicale en cas de soins »⁶. On peut toutefois souligner que les obstacles à l'accès à ces droits sont souvent nombreux et induisent un véritable problème de non-recours⁷; mais notre analyse revêt une portée plus générale que le regret d'un manque d'effectivité des droits de l'homme. Il nous semble que les possibilités induites par les différentes déclarations garantissant les droits de l'homme ont aujourd'hui donné leur mesure maximale et ne permettent guère d'envisager un élargissement substantiel des droits, en raison du modèle selon lequel est envisagée la question de l'accès des étrangers aux droits de l'homme.

En effet, cette question est appréhendée selon le modèle du rapprochement, de l'alignement progressif et ponctuel de la situation des étrangers avec celle des nationaux. Ce modèle découle nécessairement de la conception du titulaire des droits de l'homme, dont nous avons montré qu'il était prioritairement le national. Le raisonnement adopté est donc le suivant :

¹ Cass. civile, 31 janvier 1984, n° 82-16373 : « Les étrangers jouissent en France de tous les droits privés qui ne leur sont pas refusés par une disposition expresse de la loi ».

² C. C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* n° 89-269 DC.

³ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

⁴ C. E., Ass., 8 décembre 1978 — G.I.S.T.I., CFDT et CGT, n° 10 097, 10 677, 10 679.

⁵ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, §3.

⁶ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, § 126 et 127.

⁷ Voir, pour la question de l'accès aux soins pour les étrangers en situation irrégulière (AME), un rapport récent du Défenseur des droits, « Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer », publié le 13 mai 2019.

par principe, bénéficient des droits proclamés par les différentes déclarations les nationaux ; et dans certains cas, les étrangers sont assimilés à ces nationaux, mais selon une logique du cas par cas, où l'on envisage les différents droits séparément. Ainsi, comme nous l'avons montré¹, même la décision du Conseil constitutionnel de 1993² portant sur la loi Pasqua, qui a reconnu certains droits de valeur constitutionnelle y compris aux étrangers en situation irrégulière (les moins protégés par les textes), invoque la différence de situation entre nationaux et étrangers pour entériner des différences de traitement. Le fait que le titulaire des droits de l'homme soit prioritairement le national débouche ici sur la possibilité, jamais justifiée ni fondée en raison par ailleurs, d'écarter le principe d'égalité. Or ce principe, tiré de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³, est au cœur même de la notion de droits de l'homme, dans la mesure où il est la condition d'effectivité de leur universalité ; il n'est toutefois pas absolu, dans la mesure où il admet que la loi peut régir de façon différente des situations différentes. Et justement, s'agissant des étrangers, le seul fait qu'ils soient étrangers semble justifier une différence de traitement. Cette différence de traitement est d'autant plus grande que, structurellement, même les droits reconnus aux étrangers sont moins bien garantis que ceux reconnus aux nationaux. Pour reprendre la décision de 1993 citée plus haut, au moment même où il reconnaît à « tous ceux qui résident sur le territoire de la République » un certain nombre de « droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », le Conseil signale que ces derniers doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui représente elle aussi « un objectif de valeur constitutionnelle »⁴. De ce point de vue, maintien de l'ordre public (qui inclut notamment la lutte contre l'immigration irrégulière) et protection des droits individuels des étrangers sont mis sur le même plan, et mis en balance, ce qui montre que l'espace ouvert par la souveraineté aux droits des étrangers demeure réduit. Les droits les mieux garantis aux étrangers, ceux sur lequel le rapprochement avec la situation des nationaux est le plus abouti, correspondent aux droits procéduraux plutôt qu'aux droits substantiels : droit à un procès équitable, droit à l'examen individuel des situations, droit au recours effectif (encore que, sur ce dernier point, le fait que tous ne soient pas suspensifs et que les délais soient souvent très courts les vide d'une partie de leur effectivité)... ces droits formels et procéduraux sont dans

¹ Chapitre 1, II.

² C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

³ La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. ». Ce principe se retrouve ensuite, sous des formulations variées, dans chaque déclaration.

⁴ C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration...*, §3.

l'ensemble mieux garantis que les droits plus substantiels liés à la vie familiale ou à l'accès aux prestations sociales, par exemple¹.

Plus généralement, si l'on envisage la question de l'octroi des droits aux étrangers, on constate, au-delà de cette typologie, qu'il ne se fait que sur le mode de l'alignement, d'un rapprochement partiel avec la situation des nationaux. On part de la situation des ressortissants et on la généralise, ou pas, par cercles concentriques, aux étrangers régulièrement présents et aux étrangers en situation irrégulière ; l'octroi des droits aux étrangers se fait donc par élargissement du cercle des destinataires, qui sont, par défaut, les ressortissants nationaux. À vrai dire, ce rapprochement lui-même, et même sur le plan procédural, demeure bien souvent incomplet. Ainsi, en matière de détention, la Cour européenne des droits de l'homme adopte en général une approche stricte, fondée sur le principe de nécessité, mais, s'agissant de la privation de liberté des étrangers, sa jurisprudence est bien moins sévère : le critère retenu est que la procédure soit, non pas nécessaire comme pour les cas non liés à l'immigration, mais simplement en lien avec une procédure d'éloignement². À travers cet exemple, et bien que de nombreux arrêts soient également venus encadrer la rétention des étrangers, on constate que, même du point de vue d'une Cour spécialisée dans la défense des droits de l'homme, étrangers et ressortissants ne sont pas mis sur le même plan, ce qui autorise une moindre protection des

¹ Ce constat fait écho à l'analyse paradoxale et désabusée d'Arendt selon laquelle, pour un individu privé de tout droit, la meilleure manière d'obtenir une protection est de commettre un crime afin d'être à nouveau « aspiré » dans la communauté des sujets de droit : « en tant que criminel, même un apatride ne sera pas plus mal traité que n'importe quel autre criminel, autrement dit, il sera traité comme tout le monde. C'est uniquement en contrevenant à la loi qu'il peut obtenir d'elle une certaine protection. Tant que dureront son procès et sa peine, il sera à l'abri de l'arbitraire de la police contre laquelle il n'est ni avocats ni recours » (in *Les Origines du totalitarisme*, op. cit., p. 568). Il ne s'agit pas tant d'affirmer que la situation aujourd'hui réservée aux apatrides serait similaire que de faire remarquer que les droits les mieux garantis aux étrangers sont ceux qui n'ont aucun rapport avec leur situation en tant qu'étrangers, qui ne sont pas, en quelque sorte, contaminés par leur extranéité (même si, en matière pénale, la double peine, c'est-à-dire le fait d'assortir une peine de prison d'une OQTF, si elle n'est plus systématique, demeure très courante).

² CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, §112 : « Cette disposition (art. 5-1-f) n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir ; à cet égard, l'article 5 par. 1 f) (art. 5-1-f) ne prévoit pas la même protection que l'article 5 par. 1 c) (art. 5-1-c). De fait, il exige seulement qu'«une procédure d'expulsion [soit] en cours». Que la décision d'expulsion initiale se justifie au regard de la législation interne ou de la Convention n'entre donc pas en ligne de compte aux fins de l'article 5 par. 1 f) ». Ce raisonnement est repris, à propos de la privation de liberté destinée à prévenir une entrée irrégulière, dans CEDH, 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, notamment §73 : « Dès lors que les États jouissent du droit de contrôler aussi bien l'entrée que le séjour d'un étranger sur leur territoire (voir les affaires mentionnées au paragraphe 63 ci-dessus), il serait artificiel d'appliquer aux affaires de détention d'une personne qui vient d'entrer sur le territoire un critère de proportionnalité différent du critère valant pour les mesures d'expulsion, d'extradition ou d'éloignement d'un individu déjà présent dans le pays ». De même, en matière de détention des demandeurs d'asile à la frontière, voir CEDH, 26 avril 2007, *Grebmedhin c. France*, n° 25389/05 ; la violation est reconnue pour les articles 3 et 13, mais la rétention en zone d'attente pendant au moins 20 jours n'est pas considérée comme arbitraire.

droits des premiers, même sur des points similaires avec la situation des nationaux, comme la privation de liberté.

2. L'absence de droits de l'homme spécifiques aux étrangers

Le modèle du rapprochement, de l'alignement des situations, a une autre conséquence dommageable pour le caractère effectivement protecteur des droits fondamentaux : c'est qu'il ne peut pas, par définition, concerner le cœur même de la condition des étrangers, à savoir la question du droit au séjour, précisément parce que cette question ne se pose pas pour les nationaux.

Si l'on passe en revue le système actuellement en vigueur, on constate qu'absolument aucune disposition en matière de droits de l'homme ne consacre un droit pour un étranger à entrer, et encore moins à séjourner, sur le territoire d'un État qui n'est pas le sien. Ce fait découle de l'organisation même du droit international, dont nous avons vu qu'il était fondé sur les États et constituait donc la mobilité en anomalie, voire en menace, mais cela signifie que la logique des droits de l'homme ne permet pas, ou plus, de changer substantiellement la situation des étrangers, ou alors de façon marginale, en obtenant un rapprochement plus abouti avec la situation des nationaux. Rien dans le système actuel des droits de l'homme ne permet de consacrer un droit au séjour. Ils peuvent parfois protéger certains étrangers présents de longue date contre l'éloignement, mais en aucun cas accorder à un étranger situé hors du territoire d'un État autre que le sien un droit d'accès à ce territoire. La question de l'accès, de la circulation internationale, demeure un angle mort du droit international des droits de l'homme ; elle n'est régie que par des dispositions discrétionnaires entre États (accords d'exemption de visa, en particulier). Ainsi, bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame le droit de quitter tout pays, y compris le sien¹, il a souvent été noté que le corollaire logique de ce droit, à savoir celui d'entrer dans un autre pays que le sien, n'était pas affirmé. La liberté de circulation n'est donc reconnue que sur le versant du national (droit de quitter son pays), pas sur le versant de l'étranger (pas de droit à entrer dans un autre pays que le sien). De même, le droit à une nationalité², tel qu'il est énoncé, est prioritairement envisagé et garanti du point de vue du national, par l'interdiction de créer des apatrides : la Déclaration n'énonce aucune obligation

¹ Article 13 (repris à l'article 12 du Pacte relatif aux droits civils et politiques et à l'article 2 du Protocole n° 4 de la CEDH).

² DUDH, article 15 :

1. Tout individu a droit à une nationalité.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

pour un État d'accorder sa nationalité à un étranger même apatride. Enfin, la question de la libre circulation à l'intérieur d'un État, qui est reconnue par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹ et le Protocole n° 4 de la CEDH², est explicitement réservée à toute personne résidant régulièrement ou légalement dans un État, et elle ne consacre aucun droit d'entrer. Nous avons également vu en quoi la CEDH considérait que le droit à une vie privée et familiale n'impliquait pas le droit pour une famille de choisir son lieu de résidence, ce qui autorise l'État à interdire l'entrée d'étrangers même très liés à des personnes légalement présentes du moment que la poursuite de la vie familiale est envisageable dans un autre pays.

Le droit d'asile semble constituer une exception à ce silence des textes sur la question de l'entrée des étrangers sur le territoire d'un État, même s'il demeure restreint et ne s'adresse qu'à une population très spécifique : il semble reposer sur le droit de gagner un pays qui n'est pas le sien. La Convention de Genève interdit notamment de pénaliser un demandeur d'asile pour être entré illégalement sur le territoire d'un État où il dépose sa demande³. Cependant, si l'on examine plus attentivement les textes qui le consacrent, on constatera qu'ils proclament uniquement un droit de chercher asile, et en aucun cas une obligation pour l'État de l'accorder ; des droits sont certes reconnus aux demandeurs d'asile, qui doivent être régularisés le temps de l'examen de leur dossier, ne peuvent être refoulés ou expulsés collectivement sans que leur demande ait été prise en compte, etc., mais ce sont là, encore une fois, des droits essentiellement procéduraux en vertu duquel l'État où la demande a été déposée est tenu d'examiner la demande⁴, pas d'accorder le statut de réfugié. Ainsi, le droit proclamé par la Déclaration

¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 12 :

« 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ».

² CEDH, article 2 :

« 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ».

³ Convention de Genève, article 31 — Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil

« 1. Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières ».

⁴ À vrai dire, même cette garantie est remise en cause, par exemple dans l'arrêt déjà cité CEDH, 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, §65 : « tant qu'un État n'a pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière », et la détention d'un individu souhaitant entrer dans le pays, mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser — sans que la formule soit dénaturée — à « empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement ». La Grande Chambre rejette l'idée que, si un demandeur d'asile se présente de lui-même aux services de l'immigration, cela signifie qu'il cherche à pénétrer « régulièrement » dans le pays, avec cette conséquence que la détention ne peut se justifier sous l'angle de la première partie de l'article 5 § 1 f). Lire celle-ci comme autorisant uniquement la détention d'une personne dont il est établi qu'elle tente de se soustraire aux restrictions à l'entrée reviendrait à interpréter de manière trop étroite les termes de la disposition ainsi que le pouvoir de l'État d'exercer l'indéniable droit de contrôle évoqué plus haut. De plus, pareille interprétation cadrerait mal avec la conclusion n° 44 du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire des

universelle des droits de l'homme selon lequel, « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays »¹ ne signifie pas qu'un État donné ait l'obligation d'octroyer ce statut à un réfugié. Or, « l'expression “droit de chercher asile” qui figure à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme doit ses origines à un amendement du Royaume-Uni et [...] elle a été spécialement retenue pour bien marquer que l'individu n'avait aucun droit à se voir octroyer l'asile »². Plus généralement, Nollez-Goldbach³, passant en revue les textes internationaux en matière de droits de l'homme, souligne l'absence de consécration du droit d'asile comme droit individuel, à l'exception de la Charte européenne des droits fondamentaux⁴, où la formulation est plus protectrice. Mais, d'une manière générale,

l'oubli du droit d'asile dans les conventions internationales sur les droits de l'homme et les réfugiés montre bien la situation foncièrement ambivalente du droit international. Certes l'homme, institué en tant que fondement de l'ordre international, devrait primer sur la souveraineté de l'État. Mais la réalité est toute autre. Le renversement de l'ordre international assurant la primauté de l'individu n'a pas eu lieu. Le droit d'asile est considéré comme un droit de l'État souverain. L'asile est octroyé — ou non — par l'État dit de refuge. Ce dernier permet alors au réfugié et à l'apatride de séjourner sur son territoire.⁵

Ce que cette formulation manifeste, une fois de plus, c'est l'omniprésence du modèle du balancier : l'effectivité véritable des droits de l'homme supposerait, au moins s'agissant des droits des étrangers, de rogner la souveraineté étatique, qui résiste, naturellement, à cette tentative. Notre analyse du statut réservé aux droits de l'homme des étrangers confirme que l'extériorité de l'étranger par rapport à l'État-nation nuit à leur garantie dans les faits. Parce que l'État et sa mainmise sur ses frontières et son territoire est considéré comme logiquement premier, les droits individuels des étrangers peinent à donner leur pleine mesure. Il est notamment vain, en l'état actuel des choses, de chercher dans les textes proclamant les droits de l'homme une voie pour faire valoir un droit d'entrer ou de séjourner sur le territoire d'un État dont l'individu ne serait pas ressortissant. Il est d'ailleurs symptomatique qu'aucune

Nations unies pour les réfugiés, les Principes directeurs du HCR et la Recommandation du Comité des Ministres (paragraphe 34, 35 et 37 ci-dessus), textes qui envisagent tous la détention des demandeurs d'asile dans certaines circonstances, par exemple lors de vérifications d'identité ou quand il faut déterminer des éléments fondant la demande d'asile. ». Un tel énoncé signale clairement que c'est le droit de l'État qui prime en la matière.

¹ DUDH, article 14.

² Flauss (J.-F.), « Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in Chetail (V.), Flauss (J.-F.) (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 50 ans après : bilan et perspective*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 95-96.

³ Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?...*, op. cit., p. 248-249.

⁴ Charte européenne des droits fondamentaux, article 18 — Droit d'asile : « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ».

⁵ Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?...*, op. cit., p. 249-250.

déclaration de droits n'entérine un droit à immigrer, c'est-à-dire un droit de l'homme à entrer et séjourner dans un pays dont il n'est pas ressortissant. Cette question demeure un point aveugle dans le système du droit international des droits de l'homme.

Pour autant, s'en tenir à ce constat serait excessivement pessimiste, dans la mesure où, si l'on prend en considération leur énonciation historique et des évolutions qu'ils ont connues depuis, on ne peut nier que les droits de l'homme portent en leur sein, au moins potentiellement, un principe d'illimitation, si l'on admet qu'ils

ramènent le droit à un fondement qui, en dépit de sa dénomination, est sans figure, se donne comme intérieur à lui et, en ceci, se dérobe à tout pouvoir qui prétendrait s'en emparer — religieux ou mythique, monarchique ou populaire. Ils sont, en conséquence, en excès sur toute formulation advenue : ce qui signifie encore que leur formulation contient l'exigence de leur reformulation ou que les droits acquis sont nécessairement appelés à soutenir des droits nouveaux.¹

Considérés sous cet angle, les droits de l'homme ouvrent la voie à leur élargissement constant, ce qui pourrait, compte tenu des débats aujourd'hui suscités par les phénomènes migratoires, déboucher sur la formulation de droits spécifiques à cette catégorie croissante de la population mondiale, puisque « formellement au moins — mais c'est là le type même d'une forme qui peut devenir une arme matérielle — la Déclaration ouvre une sphère indéfinie de politisation des revendications de droit qui réitèrent, chacune à sa façon, l'exigence d'une citoyenneté ou d'une inscription institutionnelle, publique, de la liberté et de l'égalité »², en remettant donc en question l'assimilation de l'homme au citoyen national portée par la Déclaration de 1789. Théoriquement, d'ailleurs, il faut souligner l'avancée qu'aurait pu constituer l'inscription dans le droit international des textes proclamant les droits de l'homme, et plus particulièrement de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; en effet, il s'agissait, et nous reviendrons sur cet aspect dans la dernière section, de placer l'individu au cœur d'un système international traditionnellement centré sur les États, de lui permettre de faire valoir véritablement des droits contre l'État. Ainsi,

si la plus grande conséquence de la DUDH fut de faire des droits de l'homme une question internationale, c'est-à-dire une affaire entre États plutôt qu'une prérogative de l'État, René Cassin permit au projet d'aller encore plus loin. Ce fut lui qui persuada les autres parties négociatrices, relativement réticentes, de baptiser la nouvelle Déclaration des droits universelle plutôt qu'internationale impliquant

¹ Lefort (C.), « Droits de l'homme et politique », in *L'Invention démocratique*, Fayard, Paris, 1994, p. 67.

² Balibar (E.), « Les Frontières de la démocratie », in *La Proposition de l'égaliberté*, PUF, Actuel Marx, Paris, 2012, p. 71.

ainsi une redéfinition des sujets de droit international qui anticipait les pratiques transnationales en matière de droits de l'homme.¹

Malheureusement, et ce constat est d'ailleurs devenu un véritable lieu commun, cette révolution copernicienne est restée lettre morte, car, dans les faits, en plus des limites substantielles que nous avons soulignées plus haut (incapacité du régime du droit international des droits de l'homme à prendre en compte la question de l'accès et du séjour), l'effectivité des droits de l'homme dépend de la garantie que l'État, principal acteur en la matière, leur accorde. Or, si l'on observe les situations empiriques, l'amer constat formulé par Arendt demeure d'actualité ; nous avons montré dans les deux premiers chapitres que, l'étranger étant structurellement extérieur à l'État souverain, ses droits sont moins bien garantis que ceux des nationaux. Cela rejoint très précisément le paradoxe énoncé par Arendt en vertu duquel

les droits de l'homme avaient été définis comme « inaliénables » parce qu'ils étaient supposés indépendants de tout gouvernement ; or, il s'est révélé qu'au moment où les êtres humains se retrouvaient sans gouvernement propre et qu'ils devaient se rabattre sur leurs droits minimums, ils ne trouvaient plus ni autorité pour les protéger ni institution prête à les garantir.²

Selon son analyse de la situation réservée aux différentes populations auxquelles la nationalité de leur État d'origine a été retirée pendant l'entre-deux-guerres, « la perte des droits nationaux était identique à la perte des droits humains »³. Ainsi, l'être humain qui n'est plus rien qu'un être humain, parce qu'il n'est plus reconnu comme citoyen ou national, qui était censé être par excellence le titulaire des droits de l'homme, s'est vu dénier tout droit et toute protection par les textes qui avaient prétendu lui en accorder. Les formules justement célèbres selon lesquelles « le monde n'a rien vu de sacré dans la nudité abstraite d'un être humain »⁴ et « il semble qu'un homme qui n'est rien autre qu'un homme a précisément perdu les qualités qui permettent aux autres de le traiter comme leur semblable »⁵ ne sont pas simplement un diagnostic terrifiant de pertinence sur le sort réservé aux apatrides dans les années 1930 : elles valent encore, dans une très large mesure, pour les étrangers aujourd'hui, y compris dans les États qui se prétendent les plus respectueux des droits de l'homme, voire leurs inventeurs et principaux promoteurs mondiaux. Même si de nombreuses avancées textuelles et concrètes ont

¹ Madsen (M. R.), *La Genèse de l'Europe des droits de l'homme. Enjeux juridiques et stratégies d'État (France, Grande-Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010, p. 100.

² Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme*, traduit de l'anglais par Leiris (M.), Gallimard Quarto, Paris, 2002, p. 592.

³ Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme...*, *op. cit.*, p. 593.

⁴ Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme...*, *op. cit.*, p. 603.

⁵ Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme...*, *op. cit.*, p. 604 ; c'est de ce constat que la philosophe tirera la nécessité de penser comme fondement de tout droit le « droit d'avoir des droits » ou d'appartenir à un monde commun, c'est-à-dire d'être inscrit dans une communauté politique et non réduit au statut « d'homme nu ».

eu lieu depuis le contexte de rédaction de l'analyse d'Arendt, il demeure vrai que l'individu dépouillé de son appartenance nationale, ou ressortissant d'un État trop faible sur la scène internationale pour protéger efficacement les droits de ses ressortissants, et qui devrait donc, par excellence, se voir appliquer le cadre protecteur des droits de l'homme est le plus susceptible de s'en voir dépouillé. Aujourd'hui comme hier, « les Droits de l'homme, en principe inaliénables, se sont révélés impossibles à faire respecter — même dans les pays dont la constitution se fondait sur eux — chaque fois qu'y sont apparus des gens qui n'étaient plus citoyens d'un État souverain »¹.

Ainsi, dans les faits, l'effectivité des droits de l'homme, pourtant conçus pour donner à l'individu une véritable consistance juridique sur la scène internationale, demeure tributaire de la bonne volonté de son État d'origine ou de séjour ; comme l'a fait remarquer Cusset, « si le fait de résider sur un territoire peut devenir un délit, c'est que la loi de l'État souverain demeure quoi qu'il arrive plus profonde que les Droits de l'homme »². En dehors de toute inscription dans une communauté étatique, les droits de l'homme risquent fort d'être vidés de leur substance. Le point de départ demeure, malgré les apparences, la souveraineté étatique, et les droits de l'homme se présentent essentiellement comme des bémols, des limites apportées dans un second temps à l'exercice de cette souveraineté. La réalité des pratiques atténue donc fortement l'universalité théorique des droits de l'homme. En réalité, on peut affirmer qu'il n'existe guère de droits de l'homme des étrangers, au sens strict, à la fois parce que leur situation particulière est laissée dans l'ombre par les textes, mais aussi parce que les droits des nationaux censés valoir également pour les étrangers sont moins facilement garantis par l'édifice juridique. C'est ce second aspect que nous allons analyser dans la section suivante, en observant les stratégies par lesquelles les États tendent à vider les droits de l'homme des étrangers de leur force normative afin de les retraduire en dispositions discrétionnaires ne leur imposant pas d'obligation réelle.

¹ Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme...*, *op. cit.*, p. 595.

² Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde. Pour une philosophie politique de l'accueil*, La Transparence, Paris, 2010, p. 60.

II. Le dévoiement humanitaire des droits de l'homme des étrangers

Nous avons vu que la façon d'appréhender les droits de l'homme des étrangers est grevée par le primat accordé à la souveraineté : les États bénéficieraient d'une large marge de manœuvre en matière d'immigration, c'est-à-dire d'un droit à autoriser ou interdire l'entrée d'un individu sur leur territoire, marge simplement *tempérée* par les considérations relatives aux droits individuels, qui viendraient donc, dans un second temps, atténuer la mainmise souveraine de l'État. Posée en ces termes, l'alternative relève de toute évidence du modèle du balancier qui nous enferme dans un dilemme vicié au terme duquel il faudrait abandonner l'une des deux valeurs pourtant revendiquées. Or ce raisonnement a pour effet de relativiser la force des droits de l'homme, qui viennent simplement atténuer la marge de manœuvre de l'État ; de cette idée à la tentation de transformer les droits de l'homme en faveurs plutôt qu'en droits opposables, il n'y a qu'un pas, bien vite franchi.

1. Du droit à la faveur

Nous allons analyser ici certaines dispositions par lesquelles les États vident les droits officiellement reconnus aux étrangers de leur force normative, en les transformant en mesures discrétionnaires, c'est-à-dire en mesures que l'administration peut accorder ou non, alors que, par principe, les droits subjectifs s'imposent à elle. Le procédé employé consiste à emprunter le vocabulaire du droit humanitaire : il permet, sous couvert de protection, de restreindre la portée des droits de l'homme en ce qui concerne les étrangers, de réduire leur contenu et les obligations qu'ils imposent aux États. Bien que ce phénomène demeure ponctuel, il revêt une portée considérable dans la mesure où il correspond à un profond changement du paradigme des droits de l'homme : il permet de passer d'un modèle traditionnellement centré sur l'égalité et la liberté à un modèle fondé sur la vulnérabilité et la dignité, de l'attribution de droits opposables à l'octroi discrétionnaire d'une protection, et de principes de validité inconditionnelle, d'universalité et d'inaliénabilité à une sélection fondée sur l'urgence et qui ne vaut que temporairement.

Ce procédé revient à transformer des droits subjectifs accompagnés de voies de recours en cas de violation à une protection accordée sur le mode de la faveur, ce qui fait disparaître toute garantie juridique assurant leur effectivité. En effet, alors que les droits de l'homme l'emportent normativement sur la volonté des États et impliquent donc l'existence d'une voie de recours, la logique mise en œuvre dans les dispositions humanitaires que nous allons

commenter est très différente : il ne s'agit plus de droits subjectifs reconnus et garantis, mais d'une protection que l'administration peut accorder à certaines personnes qu'elle sélectionne. Le destinataire de ces mesures n'est donc pas universel, contrairement à celui visé, du moins en théorie, par les droits de l'homme. En d'autres termes, la différence principale entre les droits de l'homme « authentiques » et ce que nous appellerons leur traduction humanitaire est que les premiers lient l'État tandis que la seconde dépend de sa bonne volonté. De plus, cette protection n'est plus fondée sur la liberté humaine, une liberté à préserver chez tous les êtres humains, comme le proclament les droits de l'homme, mais sur la vulnérabilité de certaines personnes. En ciblant les étrangers malades ou les demandeurs d'asile vulnérables, comme nous le verrons, les dispositions du droit des étrangers empruntant des termes humanitaires restreignent leur champ d'application ; elles ne visent qu'à soulager la souffrance de certaines personnes, à réagir et à s'adapter à l'urgence, et non plus à reconnaître des droits universels et indérogeables.

Plus généralement, les dispositions sur lesquelles nous allons nous pencher font écho à un binôme conceptuel qui structure le discours politique et médiatique sur la question des étrangers : il s'agit du couple « humanité et fermeté ». Il a notamment été très employé la majorité présidentielle dans sa défense de la dernière réforme en date du droit des étrangers¹, mais son usage est antérieur ; il est inutile, à ce stade de notre analyse, de préciser que, pour déterminer lequel des deux termes l'emporte, il ne faut pas se fier à l'ordre dans lequel ils sont cités. Naturellement, cet énoncé relève lui aussi du modèle du balancier : il a pour fonction de formuler les deux objectifs d'égale valeur que devrait poursuivre la politique en matière d'immigration, étant entendu que ces deux objectifs sont à peu près inconciliables. Mais ce qui nous intéresse spécifiquement ici, c'est d'observer comment les dispositions correspondant au pôle « humanité », qui devraient être bien plus positives pour les étrangers que celles du pôle « fermeté », manifestent en réalité elles aussi un affaiblissement de leur protection, et ce, en raison même de leur référence humanitaire.

Nous le montrerons à l'aide d'exemples tirés à la fois du droit français (le critère des circonstances humanitaires exceptionnelles) et du droit européen (la clause humanitaire du système Dublin et du code des visas, et l'attention croissante portée aux demandeurs d'asile « vulnérables » dans le système d'asile européen commun).

Le premier exemple concerne le critère des « circonstances humanitaires exceptionnelles », qui apparaît à plusieurs reprises dans le droit français ; il peut notamment

¹ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie ».

justifier l'octroi d'un titre de séjour exceptionnel¹, c'est-à-dire d'une régularisation. Cette disposition figure dans une section intitulée « l'admission exceptionnelle au séjour », ce qui souligne plus encore sa dimension de faveur ; elle signifie que, pour des raisons humanitaires, l'administration française peut décider de régulariser le séjour d'un étranger en situation irrégulière². Il s'agit d'un des motifs de délivrance de la carte vie privée et familiale³, qui est le plus généralement accordée sur demande à des étrangers présents depuis plus de 10 ans, pour motifs de travail ou de vie familiale. Les cas qui nous occupent ici, pour motifs *humanitaires*, sont très minoritaires. Ce même critère peut également justifier l'octroi d'une aide médicale gratuite même si l'étranger ne remplit pas toutes les conditions légales⁴ ; il peut enfin protéger certains étrangers contre une obligation de quitter le territoire ou contre l'expulsion.

Ces dispositions concernent deux types d'individus : le cas le plus courant, statistiquement, est celui de l'étranger gravement malade, qui ne pourrait avoir accès à des soins

¹ La carte de séjour temporaire mentionnée à l'article L. 313-11 ou la carte de séjour temporaire mentionnée aux 1° et 2° de l'article L. 313-10 peut être délivrée, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, sans que soit opposable la condition prévue à l'article L313-2. (Ceseda, article L313-14).

² Elle concerne 5000 individus malades en moyenne par an, et quelques dizaines de victimes de la traite des êtres humains ou de violences conjugales, sur un total moyen d'environ 30 000 régularisations annuelles : les motifs les plus influents sont plutôt la régularisation par le travail et les liens familiaux.

³ Elle est même délivrée « de plein droit » (à moins, faut-il le préciser, qu'il ne constitue une menace pour l'ordre public) « à l'étranger résidant habituellement en France, si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié. La condition prévue à l'article L. 313-2 n'est pas exigée. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative après avis d'un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. Sous réserve de l'accord de l'étranger et dans le respect des règles de déontologie médicale, les médecins de l'office peuvent demander aux professionnels de santé qui en disposent les informations médicales nécessaires à l'accomplissement de cette mission. Les médecins de l'office accomplissent cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé. Si le collège de médecins estime dans son avis que les conditions précitées sont réunies, l'autorité administrative ne peut refuser la délivrance du titre de séjour que par une décision spécialement motivée. Chaque année, un rapport présente au Parlement l'activité réalisée au titre du présent 11° par le service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration ainsi que les données générales en matière de santé publique recueillies dans ce cadre. » (L 313-11).

⁴ Tout étranger résidant en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce code a droit à l'aide médicale de l'État pour lui-même et pour :

1° Les personnes mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 161-1 du code de la sécurité sociale ;

2° Les personnes non mentionnées aux mêmes 1° et 2° vivant depuis douze mois consécutifs avec la personne bénéficiaire de l'aide mentionnée au premier alinéa du présent article et se trouvant à sa charge effective, totale et permanente, à condition d'en apporter la preuve dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans ce cas, le bénéfice de l'aide susmentionnée ne peut être attribué qu'à une seule de ces personnes.

En outre, toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, par décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale de l'État dans les conditions prévues par l'article L. 252-1. (Code de l'action sociale et des familles, article L215-1).

nécessaires dans son pays de renvoi¹ ; plus rarement, ce sont des victimes de la traite des êtres humains ou de violences conjugales qui ont contribué par leur témoignage à la sanction pénale du coupable. Dans tous les cas, la mention des « circonstances humanitaires exceptionnelles » a pour fonction d'empêcher l'application automatique du droit commun, et permet donc de réserver à certains étrangers, de façon exorbitante, un régime plus favorable. S'agissant des étrangers malades, l'objectif est double : d'une part, éviter la propagation des maladies au sein de la population française et, d'autre part, éviter de graves conséquences sanitaires pour l'étranger. Pour les autres individus concernés, c'est le concours qu'ils apportent à la répression de graves crimes qui explique qu'on leur attribue un droit de séjour ; la qualité de victime est ici essentielle, l'objectif de ces dispositions « étant de porter assistance à des étrangers qui subissent des traitements particulièrement indignes et d'assister les services en charge de la lutte contre les auteurs des infractions de traite des êtres humains et de proxénétisme, en encourageant les victimes à coopérer avec eux »². Dans de telles circonstances, le critère « humanitaire » implique que l'étranger est exceptionnellement traité comme un ressortissant, et donc autorisé à séjourner sur le territoire, et éventuellement à bénéficier de soins de santé.

Toutefois, même si c'est à des degrés divers, une telle régularisation ou un tel octroi d'un titre de séjour est toujours discrétionnaire, c'est-à-dire qu'il dépend de l'interprétation de la situation de l'étranger. « Discrétionnaire » signifie, nous l'avons vu, par opposition à une situation de compétence liée, que l'exercice de sa compétence par l'administration n'est pas lié, orienté, cadré, dans tous ses éléments, de sorte qu'il reste une marge d'appréciation. S'agissant de l'admission exceptionnelle au séjour pour raisons humanitaires, la jurisprudence a entériné toute l'ampleur de ce pouvoir discrétionnaire³, en estimant que la circulaire explicitant le sens

¹ La prise en compte du critère de l'accessibilité des soins (et non de leur simple existence) est entérinée par la jurisprudence depuis 2010 (voir C. E., 7 avril 2010, n° 316625 et C. E., 7 avril 2010, n° 301640) et introduite dans la loi depuis la réforme de mars 2016. La CEDH s'est tardivement alignée sur cette approche, imposant aux États, en vertu de l'article 3, de « *vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé.* » (CEDH, 13 décembre 2016, Paposhvili c. Belgique, n° 41738/10, §189).

² Circulaire n° IMI/M/09/00054C du 5 février 2009 relative aux conditions d'admission au séjour des étrangers victimes de la traite des êtres humains ou du proxénétisme coopérant avec les autorités administratives et judiciaires.

³ C. E., 4 février 2015, Ministre de l'Intérieur c/M. B. A, n° 383267, 383 268 : « la faculté pour le préfet de prendre, à titre gracieux et exceptionnel, une mesure favorable à l'intéressé pour régulariser sa situation relève de son pouvoir d'appréciation de l'ensemble des circonstances de l'espèce ; qu'il est loisible au ministre de l'intérieur, chargé de mettre en œuvre la politique du Gouvernement en matière d'immigration et d'asile, alors même qu'il ne dispose en la matière d'aucune compétence réglementaire, d'énoncer des orientations générales destinées à éclairer les préfets dans l'exercice de leur pouvoir de prendre des mesures de régularisation, sans les priver de leur pouvoir d'appréciation ; que c'est toutefois au préfet qu'il revient, dans l'exercice du pouvoir dont il dispose, d'apprécier dans chaque cas particulier, compte tenu de l'ensemble des éléments caractérisant la situation personnelle de l'étranger, l'opportunité de prendre une mesure de régularisation favorable à l'intéressé ». Pour un commentaire de ces arrêts, voir Demagny (B.), Slama (S.), « La prise en compte de l'accès effectif aux

à donner aux dispositions en question n'était pas opposable à l'administration ; par conséquent, le juge se limite en la matière au contrôle de l'erreur manifeste¹. Cet aspect est accentué par le transfert de la tutelle des médecins chargés d'évaluer ces dossiers du ministère de la Santé (ARS) au ministère de l'Intérieur (OFII) opéré par la loi du 7 mars 2016, qui a entraîné une chute du taux d'avis favorables² et une mainmise croissante des préfectures dans la gestion des dossiers (sachant que, aussi contestable cette mesure soit-elle, l'avis du médecin ne lie pas le préfet). Ainsi, et bien que le principe d'un droit au séjour pour les étrangers malades soit particulièrement protecteur et relève d'une quasi-exception mondiale, on constate que, dans les faits, il est bien souvent rogné ; de nombreux obstacles sont en effet opposés par les préfectures, ainsi que, pour l'AME, par les services en charge³.

On assiste donc à un double phénomène : en premier lieu, est placée au centre des préoccupations la figure de l'étranger malade ou victime. Ainsi,

le bénéfice du droit est conditionné au fait d'être malade, et dans le cas du droit au séjour, d'être gravement malade, de ne pouvoir se soigner dans son pays d'origine, ce qui aurait des conséquences exceptionnellement graves pour l'état de santé. Donc par l'expression « symptômes de la pathologisation d'un droit de l'homme » s'entendent les signes qui indiquent le changement de paradigme auquel est sujet ce droit à la protection de la santé des étrangers, du fait de sa pathologisation. Si d'un côté, la maladie est une porte d'entrée dans le droit, elle est également vectrice de limitations à ce même droit.⁴

Cette analyse nous amène au second point, à savoir que même ces dispositions spécifiques se voient vidées d'une partie de leur substance dans les pratiques. Nous nous intéresserons ici plutôt au premier aspect, dans la mesure où le second est caractéristique de l'ensemble du droit des étrangers et a été largement analysé dans les chapitres précédents.

soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 29, 19 juillet 2010.

¹ C. E., 19 janvier 2015, Mme X c. Min. de l'Intérieur, n° 375373.

² « Outre la complexification de la procédure qui peut déjà être perçue comme dissuasive, le taux d'avis favorables au maintien en France a largement diminué. Il passe de 75 % en 2013, après évaluation par les ARS sous la tutelle du ministère de la Santé, à désormais 52 % pour 2017. Tandis que le nombre de demandes introduites chaque année d'année ne varie pas, environ 40 000, la France a délivré 4 187 titres de séjour à des personnes gravement malades en 2017 contre presque 7 000 en 2016. Malgré la supposée confiance qu'auraient les préfectures dans les avis médicaux après la réforme, certaines préfectures, comme celle du Doubs, continuent à procéder à des contre-enquêtes pour vérifier leur véracité. Dans d'autres cas, c'est au nom de l'ordre public que, malgré la loi, un préfet décide de passer outre la protection de la santé d'une personne, notamment à la suite du prononcé de peines d'emprisonnement. » (Frayssé [A.], Laneelle [E.], Hammadi [Y.], Lagorsse [C.], Mben [R.], « Le parcours des étrangers malades en France », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 18 janvier 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5977>).

³ Pour une analyse récente de cette situation, voir le rapport du Défenseur des droits, « Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer », publié le 13 mai 2019.

⁴ Klausser (N.), « La régularisation pour soins des étrangers : symptômes d'une pathologisation d'un droit de l'homme », *La Revue des droits de l'homme* n° 17. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2890>.

D'une manière générale, ce qui frappe dans ces dispositions, c'est l'insistance sur leur caractère « exceptionnel », qui qualifie à la fois le type d'admission au séjour, le type de conséquences sur la santé du requérant¹ requises pour faire obstacle à l'éloignement ainsi que, plus implicitement, le type de crimes dont la commission vaut à la victime coopérant un titre de séjour.

Compte tenu du contexte global de fermeture des frontières, on constate que ces dispositifs sont « symboliquement assez porteurs pour offrir aux ministres et aux parlementaires l'occasion de démontrer leur humanité et leur compassion. La santé devint pour quelques années le domaine permettant aux partisans d'une politique répressive envers les immigrés de faire la preuve de leur humanité, le domaine compensatoire par excellence »² : on comprend ici le succès politique du diptyque « humanité et fermeté », puisque de telles mesures, qui concernent quelques centaines ou milliers de personnes, constituent une diversion donnant l'impression d'une attitude humaniste et accueillante, aux antipodes de la situation réelle. Une telle disposition juridique n'est donc qu'une soupape, un moyen d'assouplir exceptionnellement, à la marge, au cas par cas, les règles relatives au séjour des étrangers en France. Le terme « humanitaire » a pour fonction implicite de justifier cet assouplissement en rappelant que, parce que la situation d'une personne est très spécifique, il faut agir avec « humanité », à savoir respecter une vie humaine en danger et prendre en compte des circonstances exceptionnelles et urgentes. Cependant, d'un point de vue formel et juridique, cette protection, fondée sur un pouvoir discrétionnaire, est incertaine et faible, d'autant plus que son application dépend d'une évaluation médicale subjective : d'une région à l'autre, d'un médecin à l'autre, le taux d'octroi du titre de séjour, par exemple, varie considérablement, et est influencé à la baisse par le rattachement des médecins à l'OFII. On voit donc que ce type de mesures conduit à une insécurité juridique que la notion même de droit subjectif est censée faire disparaître.

Ce qui est également perceptible dans ce type de dispositions juridiques et administratives, c'est le rôle croissant que joue le corps de l'étranger dans l'examen de sa situation. Le constat de Sayad selon lequel « l'immigrant n'est qu'un corps »³ demeure d'actualité, même s'il a pris un autre sens. Ce qu'il voulait dire, c'est que, pour être autorisé à

¹ Pour prendre la mesure de ce qui signifie cet adjectif, on peut faire remarquer que la perte de vision et le risque avéré d'amputation n'ont pas été considérés comme valant au droit au séjour par des cours d'appel (CAA Versailles, 11 décembre 2012, n° 11VE04126 et CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04395).

² Izambert (C.), « Sida et immigration : quelles luttes pour quels droits ? », *La Vie des Idées*, 6 novembre 2014. UR : <http://www.laviedesidees.fr/Sida-et-immigration-quelles-luttes.html>.

³ Sayad (A.), *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Le Seuil, Paris, 1999.

rester en France, l'étranger devait être en bonne santé et capable de travailler ; il faisait référence au corps jeune et actif du travailleur étranger. Aujourd'hui, cependant, l'immigration de main-d'œuvre est presque un souvenir lointain, et le corps pris en considération est le corps souffrant et passif de l'étranger malade. Fassin fait ainsi référence à un « protocole légal de compassion »¹, pour souligner que le législateur est passé au registre de l'empathie ; mais il importe de garder en tête que cette empathie est une qualité que l'administration française peut librement décider d'incarner, car rien dans la loi ne l'y contraint. De ce point de vue, il existe une différence fondamentale entre les dispositions humanitaires que nous commentons ici et un véritable droit subjectif au séjour pour les étrangers malades.

Dans notre deuxième exemple, à savoir la clause humanitaire intégrée au régime d'asile européen commun (RAEC), c'est le même sens du terme « humanitaire » qui joue. En effet, au niveau européen, une « clause humanitaire » a été introduite pour permettre d'assouplir les règles établissant l'État responsable de la demande d'asile. Selon le règlement Dublin III², cette dérogation aux critères de responsabilité peut être accordée « pour rapprocher tout parent pour des raisons humanitaires fondées, notamment, sur des motifs familiaux ou culturels »³. Les États membres sont donc autorisés à déroger au règlement pour des raisons humanitaires. À l'origine, cette clause

a été créée afin de permettre à la France de continuer à mettre en œuvre l'asile constitutionnel, c'est-à-dire d'accorder l'asile non sur le fondement de la Convention de Genève, mais sur celui du préambule de la Constitution française de 1946, partie intégrale de la Constitution de 1958. C'est elle qui a été utilisée par les autorités allemandes à partir du 31 août 2015 pour prendre en charge les demandes d'asile de tous les réfugiés arrivant en Allemagne⁴,

c'est-à-dire de façon collective, et non au cas par cas, situation la plus courante. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation, mais seulement d'une possibilité, la jurisprudence de la

¹ Fassin (D.), « Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers », *Sciences sociales et santé* n° 19, 2001, p. 13.

² À cet égard, la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) » (COM [2016] 270 Final) du 04/05/2016, n° 52016PC0270(01), ne prévoit aucun changement fondamental (bien que la clause discrétionnaire soit limitée, l'utilisation des motifs humanitaires reste possible). Trois ans plus tard, par ailleurs, le projet de refonte n'a guère avancé.

³ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), article 17. JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59. Pour une analyse de cette clause humanitaire, voir Chetail (V.) (dir.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill, Leiden/Boston, 2016, p. 151.

⁴ Weil (P.), Auriel (P.), « L'asile politique et l'Union européenne. Propositions pour sortir de l'impasse : le volontariat avant la contrainte, et l'internationalisation si celle-ci est envisagée. », *La Revue des droits de l'homme*, 14 septembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4657>.

Cour de justice de l'Union européenne l'a rendue obligatoire dans certains cas, en particulier lorsque le système d'asile de l'État théoriquement responsable connaît des défaillances qui exposeraient le demandeur à des traitements inhumains et dégradants¹ ou lorsqu'un membre de la famille dépend du demandeur d'asile², afin de respecter les principes du droit de l'Union : la mise en œuvre de cette clause discrétionnaire n'est donc pas arbitraire. Malgré cela, tous les éléments du changement de paradigme que nous avons mentionnés précédemment peuvent être identifiés : la décision ne vise pas à reconnaître le droit d'un demandeur d'asile d'être réuni avec sa famille, mais à protéger les personnes vulnérables au nom de l'humanité. Preuve en est que tous les demandeurs d'asile ne peuvent pas prétendre au regroupement familial : les règles ordinaires sont plus restrictives, notamment dans la définition des « membres de la famille » et dans les délais impartis. La clause humanitaire apparaît alors comme un moyen de compenser, dans certains cas exceptionnels, cette approche restrictive. Et ce changement de paradigme a été rendu possible et justifié par la mention des « circonstances humanitaires ». De ce fait, à travers l'emprunt de termes du droit humanitaire, les États membres se voient autorisés à déroger aux règles ordinaires, compte tenu de la situation particulière d'un individu. Comme dans les exemples précédents, une telle possibilité peut apparaître comme favorable pour les étrangers, puisqu'elle repose sur l'examen individuel de leur situation et qu'elle rend possibles la réunification familiale ou une protection accrue contre le risque de traitements inhumains et dégradants. Mais il en résulte également la perte d'une caractéristique centrale du droit des droits de l'homme, à savoir qu'il lie juridiquement les États et offre aux individus une voie de recours si leurs droits devaient ne pas être respectés.

Notre dernier exemple que nous avons sélectionné concerne un usage moins évident du vocabulaire humanitaire, mais qui reflète une évolution profonde du droit européen : il s'agit des dispositions destinées à identifier les demandeurs d'asile « vulnérables » afin de prendre des mesures adaptées à leur situation particulière. En effet, dans le régime d'asile européen commun, les États membres sont invités à se concentrer sur les demandeurs d'asile vulnérables. Selon l'article 21 de la directive sur les conditions d'accueil, les personnes vulnérables sont

les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures,

¹ CJUE, GC, 21 décembre 2011, affaires jointes C-411/10 & C-493/10. La Cour s'aligne ici sur la « protection par ricochet » définie par la CEDH dans l'affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce, n° 30696/09 du 21 janvier 2011.

² CJUE, Grande Chambre, 6 novembre 2012, *K. c. Bundesasylamt*, n° C-245/11.

des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les victimes de mutilation génitale féminine.¹

Les États membres doivent procéder à une évaluation de la vulnérabilité afin d'adapter les conditions matérielles d'accueil (ou de rétention) et de garantir l'accès aux soins de santé. Les articles de la directive relatifs à la rétention, à l'hébergement et aux soins médicaux insistent eux aussi sur la nécessité d'accorder aux individus entrant dans cette catégorie une attention particulière. Concrètement, cette disposition a été mise en œuvre en droit français au moyen d'un questionnaire comportant deux séries de questions : les besoins d'hébergement et les besoins d'adaptation (comme la grossesse ou le handicap)². Notons au passage que la catégorie des troubles psychiques a complètement disparu par rapport au texte de la directive, alors même qu'on peut supposer qu'ils sont particulièrement présents chez les demandeurs d'asile, compte tenu de leur parcours.

À première vue, encore une fois, ce type de disposition peut sembler protecteur, puisqu'il peut effectivement y avoir des personnes très vulnérables parmi les demandeurs d'asile (même si les demandeurs d'asile en tant que tels sont déjà juridiquement considérés comme un groupe vulnérable) ; cependant, compte tenu du manque notoire de places dans les centres d'hébergement et du fait que les demandeurs d'asile qui n'y sont pas logés ne reçoivent que 11 euros par jour pour vivre, cela revient, en réalité, à sélectionner certains demandeurs dont les droits de l'homme seront respectés. Quant aux autres, ils se retrouvent le plus souvent sans abri, alors même que l'hébergement de tous les demandeurs d'asile est reconnu comme une obligation pour l'État, puisqu'ils ne sont pas autorisés à travailler et à gagner leur vie. Ainsi, « ce procédé pourrait conduire à un risque de rupture d'égalité entre les demandeurs d'asile qui, pour la grande majorité d'entre eux, ont subi des violences ayant motivé leur départ. Se pose alors la question de savoir « sur quels critères fonder (...) l'attribution du statut de “personnes vulnérables” ? »³, les auteures soulignant le risque d'une « instrumentalisation » de la notion de vulnérabilité en fonction du degré de saturation des centres d'hébergement. Plus généralement, la fonction de l'article 22.3 est de définir une sous-catégorie de demandeurs d'asile, qui se

¹ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte. JO L 180 du 29.6.2013, p. 96–116). Cette liste, curieusement, est à la fois non exhaustive (« tels que ») et limitative : « Seules les personnes vulnérables conformément à l'article 21 peuvent être considérées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil et bénéficier en conséquence de l'aide spécifique prévue conformément à la présente directive » (article 22.3).

² Arrêté du 23 octobre 2015 relatif au questionnaire de détection des vulnérabilités des demandeurs d'asile prévu à l'article L. 744-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. NOR : INTV1523959A.

³ Boulil (E.), Wolmark (L.), « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », La Revue des droits de l'homme n° 13, 2018, 5 janvier 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3502>.

voient réserver un régime dérogatoire : cette fragmentation de la population des demandeurs d'asile contrevient en soi à l'universalité des droits de l'homme.

Ces mesures font écho à une inflexion qui s'est produite, au cours des dernières décennies, dans l'examen des demandes d'asile : de plus en plus souvent, les demandeurs fournissent des certificats médicaux afin de « prouver » qu'ils ont été torturés ou qu'ils souffrent du syndrome post-traumatique, qui témoignerait de leurs souffrances passées¹. Ce changement mérite d'être souligné, car les juges d'asile s'habituent à recevoir de tels documents dans le cadre du dossier du demandeur ; il est étroitement lié à l'influence du droit humanitaire sur les droits de l'homme des étrangers et a de profondes implications en matière d'asile.

Premièrement, cela signifie que le statut de victime devient de plus en plus important pour obtenir l'asile, alors qu'il était à l'origine conçu pour protéger ceux qui luttent pour leur liberté, qu'ils puissent être reconnus comme déjà victimes de mauvais traitements ou non. La place croissante prise par les certificats médicaux et la préoccupation des pouvoirs publics pour les troubles physiques et mentaux traduit donc un changement progressif des raisons pour lesquelles l'asile est accordé. En effet, d'après le texte de la Convention de Genève, cette protection internationale est censée être garantie à tous ceux qui, « craignant avec raison d'être persécutés du fait de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques, se trouvent hors du pays dont ils ont la nationalité et ne peuvent ou, du fait de cette crainte, ne veulent se réclamer de la protection du pays concerné ». Cela signifie que, à l'origine, pour obtenir le statut de réfugié, il ne fallait pas prouver avoir été torturé ou maltraité, mais avoir de bonnes raisons de craindre ce type de représailles. Cependant, l'importance croissante prise par les certificats médicaux dans la procédure implique que ceux qui peuvent prouver des mauvais traitements passés se verront plus facilement accorder l'asile que ceux qui le craignent « seulement », puisqu'il n'y a pratiquement aucun moyen de prouver une bonne raison de craindre un événement qui ne s'est pas encore produit. Ainsi, l'attention nouvelle portée à l'esprit et au corps du demandeur, par le biais du certificat médical, risque d'affaiblir le droit d'asile ou du moins de réduire la portée de son application.

Deuxièmement, et parce qu'elle est censée être accordée à toute personne qui a des raisons de craindre des mauvais traitements de la part de son État, l'élément clé de la demande d'asile était traditionnellement le récit fourni par le demandeur d'asile des raisons de sa fuite,

¹ Pour une analyse plus détaillée à partir du cas du Comede, voir d'Halluin (E.) « Entre expertise et témoignage. L'éthique humanitaire à l'épreuve des politiques migratoires », *Vacarme* n° 34, 2006, p. 112-117.

c'est-à-dire son discours. Mais le rôle croissant des médecins et des experts médicaux a affaibli le pouvoir de persuasion de ce discours au profit des certificats médicaux.

La psychotraumatologie de l'exil, dont nous avons décrit l'émergence progressive autour du demandeur d'asile et de la victime de la torture, prend ici une nouvelle signification sociale. Elle est née de la reconnaissance du caractère unique de cette expérience de persécution et de la nécessité d'une gestion spécifique des traumatismes. Elle devient un instrument d'évaluation de la véracité des histoires au service des organes de décision des réfugiés. Pour les médecins et les psychologues qui s'étaient engagés dans cette cause humanitaire, il s'agissait de guérison. Ils sont désormais tenus de certifier.¹

En outre, ce que les médecins sont tenus de certifier, ce ne sont pas les raisons pour lesquelles les demandeurs d'asile seraient légitimes à craindre de mauvais traitements, comme le dit la loi sur l'asile, mais les violences qu'ils ont déjà subies. Cela illustre le soupçon croissant qui pèse sur les propos des demandeurs. Comme l'écrit Fassin,

L'accent est mis de plus en plus sur l'expertise médicale et psychologique parce que l'asile politique est de moins en moins pris en compte. (...) Le fait remarquable que nous voulons souligner est qu'aujourd'hui, les traumatismes, comme l'attestent les spécialistes de la santé mentale, sont devenus un élément régulier et attendu du cas du demandeur d'asile.²

En d'autres termes, le corps devient une preuve parce que la parole est dévalorisée. À travers cet exemple, on voit qu'une prestation humanitaire peut exprimer une intention très différente d'un souci généreux de protection et de prise en charge : dans ce cas particulier, elle est beaucoup plus synonyme de suspicion et représente un moyen de transformer en profondeur la procédure d'asile sans l'assumer ouvertement dans le texte de la loi.

Ainsi, d'après l'analyse de ces exemples, on peut affirmer que l'interprétation du droit des droits de l'homme dans un sens humanitaire conduit non pas à une protection accrue, mais à une application moins stricte des droits de l'homme : les droits de l'homme en tant que tels ne s'appliqueront pleinement qu'aux citoyens nationaux, alors que, sur de nombreux aspects, les droits accordés aux étrangers seront en fait des droits humanitaires, c'est-à-dire transformés en faveurs et en dispositions dérogatoires. Toutes les dispositions juridiques « humanitaires » que nous avons commentées visent en effet à respecter certains droits de l'homme, tels que le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, ou le droit à la vie familiale ; grâce à leur traduction dans les termes du droit humanitaire, ces droits ne sont respectés que pour certains étrangers et demandeurs d'asile, et ils sont également sapés et vidés

¹ Fassin (D.), Rechtman (R.), *L'Empire du traumatisme. Enquête sur la condition de victime*, Flammarion, Paris, 2007, p. 219.

² Fassin (D.), Rechtman (R.), *L'Empire du traumatisme...*, *op. cit.*, p. 223-224.

de la majeure partie de leur contenu, car ils sont accordés à la seule discrétion des administrations ou uniquement à certaines catégories d'étrangers, notamment les plus vulnérables. Cette traduction, ce passage du vocabulaire des droits au vocabulaire de la protection exceptionnelle manifeste donc un profond dévoiement des droits de l'homme ; leur universalité revendiquée est démentie par les conditions de leur application. Bien loin de ne constituer qu'un dysfonctionnement ponctuel et remédiable, ces dispositions traduisent un profond changement dans la conception même du titulaire des droits de l'homme et un affaiblissement de leur portée normative.

2. La déformation du titulaire des droits de l'homme

En effet, le public visé par toutes ces dispositions est constitué d'étrangers malades, vulnérables ou dépendants. Le but est d'éviter ou de retarder leur mort, d'alléger leurs souffrances : cet objectif suffit à mettre en évidence l'écart entre ces dispositions humanitaires et ce à quoi visaient à l'origine les droits de l'homme. Ces derniers étaient conçus pour protéger non seulement la vie, mais aussi la liberté humaine, en interdisant les traitements dégradants, mais aussi en donnant aux individus les moyens de développer leur potentiel et de contrôler leur existence, en les protégeant de la discrimination, en leur garantissant une sphère de libre activité. Mettre l'accent sur la maladie ou la vulnérabilité, notamment pour des raisons « humanitaires », souligne au contraire que les bénéficiaires de ces dispositions juridiques particulières sont conçus comme des individus passifs, dépendants, en détresse ; cela témoigne de l'écart entre ces dispositions humanitaires et une véritable mise en œuvre des droits de l'homme des étrangers.

En d'autres termes, les seuls droits de l'homme accordés et reconnus aux migrants sont les droits de l'être humain biologique, et non ceux du membre actif de la société, avec ses projets et initiatives. C'est la raison pour laquelle parler des droits de l'homme en des termes humanitaires trahit le sens que les premiers promoteurs des droits de l'homme ont donné au terme « être humain ». En régularisant les étrangers pour des raisons humanitaires, en ciblant les demandeurs d'asile vulnérables, l'administration réduit ces hommes et ces femmes au statut de personnes souffrantes ou dépendantes ; ils reçoivent passivement une protection accordée sur une base discrétionnaire, qu'ils ne sont pas autorisés à réclamer, au lieu de se voir reconnue la caractéristique centrale des êtres humains selon le droit des droits de l'homme, à savoir la liberté. On assiste à un passage du vocabulaire des Déclarations centrées sur la raison, l'action et l'autonomie au registre de l'empathie, de la sollicitude et de l'émotion. On peut voir dans ce

phénomène une trahison profonde de la logique même des droits de l'homme, qui est remplacée par une « raison humanitaire »¹ dans laquelle la compassion témoignée d'en haut (par le pouvoir) pour la souffrance d'individus victimes remplace le dialogue égalitaire d'acteurs raisonnables et politiques. Ce phénomène est caractéristique du « gouvernement humanitaire » qu'analyse, au-delà des quelques cas que nous venons d'évoquer, l'anthropologue Agier :

Cette part humanitaire à l'édification du monde mondialisé se fonde autant sur les réseaux mondialisés d'un gouvernement humanitaire des indésirables, que sur la référence nécessairement consensuelle à une humanité conçue comme identité dont le double n'est pas un « autre » égal, mais la victime absolue — un humain diminué, altéré et finalement imparfait.²

Le symptôme de cette dérive de la figure de l'humain actif et libre à celle de la victime passive et silencieuse se trouve dans le fait que les étrangers-victimes sont présents dans l'espace public sous la forme d'images, et d'images appelant le plus souvent la compassion, d'images décontextualisées et anonymes, et non sous la forme d'un discours articulé dont ils seraient les auteurs. Aussi, « le signe et la condition de la puissance de l'humanitaire contemporain résident dans l'étrange présence-absence de ses “ayants droit”, symboliquement omniprésents, mais intellectuellement et politiquement absents : c'est le monde à part des “victimes”, auxquelles est généralement associé le nom de réfugié »³, plus souvent montrées qu'entendues. L'importance croissante prise par le vocabulaire et les pratiques humanitaires dans la gestion des migrations revient en réalité, de façon insidieuse, à exclure les étrangers, ou du moins certaines catégories, celles-là mêmes qu'on désigne comme « vulnérables », du champ des droits de l'homme ; l'humanitaire correspond à une déshumanisation larvée, parce qu'il confine ses bénéficiaires dans un statut de passivité et d'exclusion par rapport à l'espace politique.

Il y a dans ces politiques et leurs justifications une incompatibilité entre le périmètre des « sociétés démocratiques » et le champ d'action du gouvernement humanitaire, qui concerne ceux qui sont maintenus dans une altérité radicale, non pas d'abord culturelle, mais géopolitique. Celles-là tiennent celui-ci sur les marges ou les bords, pour lui réserver un traitement d'exception. C'est à la gestion de cet autre-là, l'étranger indésirable et sans citoyenneté, que se consacre le gouvernement humanitaire, dans une situation de pouvoir sur la vie qui est toujours perçue comme une situation d'exception, intermédiaire entre deux conditions « régulières », définies par leur inscription dans l'État-nation.⁴

Alors que l'intention originelle des droits de l'homme était de permettre aux individus de prendre le pouvoir sur leur propre vie, la raison humanitaire et ses dispositifs ne revendiquent

¹ Fassin (D.), Rechtman (R.), *L'Empire du traumatisme...*, *op. cit.*, p. 13.

² Agier (M.), « Espaces et temps du gouvernement humanitaire », *Pouvoirs* n° 144, 2013, p. 115.

³ Agier (M.), « Espaces et temps du gouvernement humanitaire », *art. cit.*, p. 119.

⁴ Agier (M.), « Espaces et temps du gouvernement humanitaire », *art. cit.*, p. 121.

qu'un « droit de maintenir en vie celui qui n'a que son existence dans ses mains »¹. L'approche humanitaire est fondée sur un paradoxe qui nous éloigne très profondément de l'approche des droits de l'homme en ce que, alors même qu'elle prétend protéger des êtres humains, elle tend à les réifier en se focalisant sur leur corps et en les réduisant au rang d'êtres passifs. La notion de vulnérabilité, parce qu'elle est porteuse d'une biologisation latente du titulaire des droits (ou plus exactement du bénéficiaire de la protection), renvoie à une qualité, un état dont la personne est porteuse presque malgré elle, alors que les droits de l'homme tendaient à préserver l'espace d'exercice de la liberté, c'est-à-dire d'une faculté relevant du domaine de la volonté.

Même si cela déborde le cadre de notre propos, on peut mettre ces remarques en relation avec les analyses de Nollez-Goldbach dénonçant un changement contemporain dans le fondement des droits de l'homme, qui ne serait plus tant la liberté que la dignité, comprise comme effet de l'appartenance naturelle à l'espèce humaine. Elle identifie donc

un renversement contemporain dangereux du fondement des droits, qui s'explique par la volonté de privilégier la protection de l'intégrité de la personne humaine et des catégories de personnes vulnérables, grâce à l'interdiction des atteintes à la dignité humaine (...). La dignité renvoie en quelque sorte à la face négative de l'affirmation et de la protection des droits, par un retour à la réalité physique de l'homme, une volonté de protection biologique. Une protection qui s'avère indispensable face aux atteintes et violations de la personne humaine, mais qui, par le dépassement des droits fondés sur la liberté en faveur de droits découlant de l'appartenance biologique à l'espèce humaine, n'en altère pas moins profondément le fondement et la signification politique des droits.²

Pour saisir ce que signifie un tel basculement, il suffira de faire remarquer que, alors que la liberté ne peut guère être protégée contre la volonté de son titulaire, c'est tout à fait le cas de la dignité ou de la vulnérabilité. Le lien de plus en plus souvent établi entre dignité et vulnérabilité est, en soi, étonnant, car ces deux caractéristiques relèvent de deux registres très différents. La dignité est censée être inhérente à la personne humaine ; la vulnérabilité est, évidemment, elle aussi, un trait de notre condition, mais le rapprochement entre les deux semble suggérer que c'est la capacité à souffrir et être blessé qui est la caractéristique la plus éminente de l'être humain, plutôt que sa raison, sa liberté ou son sens du bien. On peut l'expliquer par le fait qu'elles sont toutes deux associées à la possibilité d'une protection indépendante de la volonté du titulaire, c'est-à-dire à la *passivité*. L'arrêt *Thi Ly Pham*³ en constitue une illustration éclatante. En l'espèce, une ressortissante vietnamienne, en situation irrégulière, ayant fait

¹ Fassin (D.), Rechtman (R.), *L'Empire du traumatisme...*, op. cit., p. 13.

² Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?...*, op. cit., p. 113.

³ CJUE, 17 juillet 2014, *Thi Ly Pham c./ Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, n° C474-

l'objet d'une décision de rétention en vue de son éloignement, avait demandé à être placée pendant cette procédure dans un établissement pénitentiaire de droit commun, « car elle souhaitait avoir des contacts avec des compatriotes se trouvant dans cet établissement »¹. Aux termes de la directive retour, le placement en rétention « s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés »², sauf en cas de saturation de ces centres. Saisie d'une question préjudicielle destinée à déterminer si une autre dérogation est envisageable dans le cas où l'intéressé en ferait la demande, la Cour répond que, comme l'objet de la directive est de s'assurer que « les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux », « un État membre ne saurait tenir compte de la volonté du ressortissant du pays tiers concerné »³. On voit ici jouer la protection de la dignité contre la volonté explicite d'un individu : au nom de l'humanité, la requérante se trouve privée de sa faculté de choisir les conditions de sa rétention et voit donc sa passivité accrue.

Ainsi, ce que nous appelons le dévoiement humanitaire des droits de l'homme des étrangers correspond à un double phénomène : d'une part, la transformation en faveur de ce qui est censé relever d'un droit subjectif opposable à l'administration ; d'autre part, la tendance à conditionner les droits des étrangers à leur condition de victime ou de dépendance, ce qui revient à fragiliser l'autonomie que le projet originel des droits de l'homme plaçait en son centre.

III. L'approche individuelle et ses limites en matière de migrations

Au-delà des éléments que nous venons de développer et qui correspondent, pour les premiers, à un problème de formulation des droits de l'homme et pour les seconds, à un problème d'effectivité ou de mise en œuvre des droits de l'homme, la façon même dont procèdent leurs défenseurs nous semble en grande partie inadéquate pour faire avancer la situation réservée aux étrangers. En effet, leur raisonnement peut se résumer comme suit : puisque l'État souverain a tendance à n'adopter qu'une approche sécuritaire et restrictive des migrations, qui tend à réduire les étrangers au rang d'objets de droit plutôt que de sujets de

¹ §8 de l'arrêt ci-dessus.

² Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, §16. . JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107.

³ CJUE, 17 juillet 2014, *Thi Ly Pham*, §20 et 22.

droits, il s'agirait de renforcer le pôle subjectif de l'étranger au sein de l'État, de donner sa pleine mesure à chaque vie individuelle face à la froideur de l'administration. Cette logique est à la fois réactive, correctrice ou réformatrice, et individualiste. De ce point de vue, et au-delà des stratégies que l'État peut mettre en œuvre afin d'alléger la force normative des droits individuels des étrangers que nous venons de passer en revue, on peut se demander dans quelle mesure une approche fondée sur la défense des individus peut se révéler pertinente s'agissant d'un phénomène aussi structurel que les migrations.

Au fond, il s'agit ici de montrer que l'approche fondée sur les droits de l'homme, parce qu'elle part des individus pris isolément, manifeste une inadéquation entre le type de protection octroyé et le phénomène sur lequel il porte, qui empêche, même dans le cas où les États se montreraient plus enclins à donner leur pleine mesure aux droits de l'homme, d'améliorer substantiellement l'encadrement juridique des migrations.

En effet, s'il est incontestable que le principe de l'examen individuel des situations personnelles lorsque l'administration agit en vertu d'un pouvoir discrétionnaire est un acquis essentiel pour la protection des droits des individus, cela ne signifie pas pour autant que le fait d'aborder toute question selon une logique individuelle soit toujours le gage d'une meilleure protection. Dans le cas qui nous intéresse ici, il peut même se retourner contre les étrangers, dans la mesure où l'examen individuel des dossiers débouchera éventuellement sur un assouplissement ponctuel du cadre juridique, comme dans les dispositions humanitaires, mais sous la forme de mesures exceptionnelles qui ne remettent pas en cause la structure même de ce cadre, qui fait peser un véritable carcan sur les migrations. Autrement dit, aborder les questions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers selon une logique individuelle comme celle des droits de l'homme, c'est se condamner à ne raisonner qu'au cas par cas, à sélectionner certains dossiers, sans s'interroger sur la légitimité qu'il y a pour un État à prétendre les sélectionner ; c'est donc s'interdire de remettre en cause le principe selon lequel les mobilités internationales se font sur le mode de l'autorisation discrétionnaire, qui rend la situation des étrangers précaire. On en revient ici au point de départ de ce chapitre, à savoir les limites du modèle du rapprochement entre la situation des nationaux et celle des étrangers. Tant que les droits de l'homme seront pensés comme visant prioritairement le ressortissant national, la question de l'entrée, de l'accès des étrangers au territoire d'un État qui n'est pas le leur demeurera un point aveugle du système puisqu'elle ne se pose pas pour les nationaux. Or, c'est de ce point aveugle, nous semble-t-il, que découle l'ensemble des restrictions apportées au séjour des étrangers et la limitation, voire le déni, de leurs droits par les autorités étatiques, parce que la présence de l'étranger sur le territoire de l'État constitue une anomalie, une

exception dans un système avant tout pensé pour que chaque individu ait un État de rattachement et y demeure.

Par ailleurs, une telle approche manque la nature même du phénomène migratoire, qui ne relève pas de la juxtaposition de parcours individuels, mais de causes structurelles comme la guerre, externe ou interne, la famine, la corruption, le système de production mais aussi, débordant même l'échelle nationale, les déséquilibres du développement entre ce qu'il est convenu d'appeler le Nord et le Sud ou les changements climatiques. Face à ces causes irrésistibles et qui ne peuvent se réduire à la volonté d'un individu, si légitime soit-elle, d'améliorer ses conditions de vie, de rejoindre une partie de sa famille déjà émigrée ou de se mettre à l'abri du danger, l'approche fondée sur les droits de l'homme se trouve impuissante ; en effet, elle ne parviendra pas à ouvrir une voie d'accès pour ces individus contraints ou simplement désireux de quitter leur pays. Nous avons vu en effet que le système des droits de l'homme ne recelait guère de voies pour faire valoir un droit à immigrer, à s'installer dans un État autre que le sien ; et il nous semble que cette impuissance est liée à la focalisation des droits de l'homme sur la figure de l'individu. Tant que les parcours migratoires seront appréhendés d'abord comme des parcours individuels, ils viendront se heurter à la souveraineté de l'État d'accueil souhaité, qui pourra refuser, au cas par cas et au nom de la préservation de son ordre public, l'entrée sur son territoire de tel ou tel individu ; en revanche, si l'on prend en compte le fait que les migrations sont en grande partie dues à des ratés de la répartition des territoires et des populations entre les États (conflits frontaliers ou interethniques), à des phénomènes transnationaux et qui dépassent la capacité d'action d'un État particulier (mondialisation, changement climatique) et, en tout cas à des phénomènes qui concernent des groupes entiers et non uniquement des poignées d'individus (répression dictatoriale, corruption), alors il apparaît plus nettement que la souveraineté étatique doit se mettre en balance non plus avec un parcours individuel, sur le mode du face-à-face du moucheron et du lion, mais avec des enjeux qui, de loin en loin, peuvent mettre en péril son existence même, parce que l'équilibre théorique du droit international, fondé sur la répartition harmonieuse des territoires et des populations, est sans cesse mis à mal.

On peut, pour éclaircir ce propos, en revenir à la situation de l'asile, qui constitue l'unique cas où un État peut, du moins théoriquement, se trouver contraint d'admettre l'entrée d'un individu non ressortissant sur son territoire, le temps d'examiner sa demande. Il a été noté, à de nombreuses reprises, que, historiquement, la Convention de Genève (et c'est également vrai de l'asile constitutionnel en France, qui vise « tout homme persécuté en raison de son action

en faveur de la liberté »¹), s'adressait à la figure du dissident, nettement individualisé, menacé de répression pour son action militante. De ce point de vue, de nombreux parcours migratoires échappent à la protection promise par l'asile, parce que les individus ne sont pas personnellement menacés, ou sont menacés par des facteurs qui ne sont pas directement politiques ; de ce fait, dans le contexte actuel de fermeture des frontières, ils se voient refuser toute possibilité d'obtenir une voie légale d'entrée dans un autre pays que leur pays d'origine. Or, cette mainmise de la souveraineté sur l'entrée des étrangers peut certes se justifier du moment que l'on envisage la mobilité internationale sur le mode du déplacement ponctuel d'individus, relevant de l'exception. Mais si l'on prend en compte le fait que les migrations, toutes causes confondues d'ailleurs (professionnelles, touristiques, économiques, liées à l'asile, etc.) sont en réalité, non pas une exception, mais un phénomène qui façonne très profondément le monde d'aujourd'hui, alors l'évidence du primat de la souveraineté étatique recule, et un régime plus libéral devient moins utopique, ou en tout cas plus cruellement nécessaire.

Ces remarques ne sont pas destinées à discréditer complètement les garanties apportées par les droits de l'homme ou toute approche centrée sur l'individu, car il est vrai que, dans bien des cas, les droits de l'homme viennent directement – en théorie, du moins – limiter le pouvoir discrétionnaire des États dans leurs rapports aux étrangers. Il arrive même que les considérations liées aux droits de l'homme engagent, dans des circonstances exceptionnelles, des mesures collectives ou fondées sur l'examen d'une situation générale, notamment en matière d'asile ou, le plus souvent, de protection subsidiaire. Malgré tout, il semble que l'approche individuelle portée par les instruments de protection des droits de l'homme constitue bel et bien une limite s'agissant des migrations : elle empêche de remettre en question la manière dont les droits des étrangers sont appréhendés, à savoir comme autant de menaces potentielles pour la souveraineté étatique.

Toute approche individuelle en général, indépendamment de la focalisation sur les droits de l'homme, se retrouve prisonnière de ce cadre : la focalisation sur les parcours individuels empêche de prendre du recul par rapport au cadre qui organise, ou plutôt, dans la plupart des cas, qui empêche les migrations. Il s'agit au fond de maximiser la figure individuelle de l'étranger, dans sa singularité, pour tenter de faire contrepoids à l'approche étatique impersonnelle et déshumanisante de l'État, mais ce point de vue, si généreux et légitime soit-il, ne peut guère suffire à desserrer l'étau du droit des étrangers.

¹ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 4.

Nous allons nous pencher plus attentivement sur deux approches philosophiques destinées à faire valoir une attention aux parcours individuels des étrangers et dénonçant toutes deux la violence que le cadre étatique fait peser sur eux, pour mieux cerner ce qu'elles apportent, mais aussi leurs limites pour notre recherche.

La première analyse est celle de Le Blanc, qui défend une hospitalité à destination des vies marquées par la vulnérabilité, qu'il appelle des « vies fragilisées », destinée à redonner voix aux inaudibles. L'accent y est mis sur la dimension d'asymétrie entre l'accueillant installé et l'accueilli à qui toute forme d'expression efficace a été retirée, ce qui impose une responsabilité au premier :

l'hospitalité est davantage un soin qu'une expérience de pure rencontre, car la dissymétrie n'est jamais annulée entre le donneur de soin et le receveur de soin. Ce soin est adressé à une vie subalterne dont les conditions sociales, qui lui sont faites, ne lui permettent pas d'agir en son nom, d'affirmer sa propre voix (...) Si la violence qui est à l'œuvre dans l'exclusion des vies est toujours renforcée et même engendrée par l'exclusion des vies hors des différents ordres autorisés des discours, alors la possibilité que des contre-discours émergent en prenant appui sur des pratiques d'hospitalité confère une nouvelle intelligibilité à la vie étrangère.¹

On le voit, l'enjeu est ici d'ordre éthique autant que politique, puisqu'il s'agit de reconnaître la subjectivité de l'étranger, son parcours propre, toute la vie individuelle qu'il porte avec lui, au lieu de le réduire au stéréotype d'étranger ou d'immigré. Le Blanc invite les « accueillants » à se rappeler qu'il est un « émigré » avant d'être un immigré, dans la lignée de la maxime de Pérec que l'auteur cite dans plusieurs de ses écrits, tirée de *Récits d'Ellis Island* : « ne pas dire seulement : seize millions d'émigrants sont passés en trente ans par Ellis Island mais tenter de se représenter ce que furent ces seize millions d'histoires individuelles ». Ce que dénonce Le Blanc, c'est donc la dépersonnalisation, la dépossession de toute forme de subjectivité auxquelles est soumis l'étranger. En effet, dénonce-t-il,

l'étranger est d'abord un nom avant d'être quelqu'un. Un nom qui désigne un genre, le genre des vies qui ne sont pas situables ou ne peuvent être totalement délimitées dans l'espace de la nation. Ainsi, au lieu que se laisse voir un visage singulier, au lieu que surgisse un corps enveloppé dans une histoire, c'est d'abord une forme vide qui s'affirme, signifiant impur qui neutralise par avance toutes les expériences, les décontençant, ne les retenant que comme défaut, manque.²

Cela signifie notamment que l'étranger comme individu ne reçoit ou ne retrouve son nom, son histoire, son parcours personnel, en un mot, sa vie, qu'à travers le prisme des catégories juridiques et administratives, c'est-à-dire sous une forme hétéronome, imposée de l'extérieur et appauvrissante, car standardisée. Ainsi, « toutes ses actions sont désormais

¹ Le Blanc (G.), « Politiques de l'hospitalité », *Cités* n° 46/2, 2011, p. 94-95.

² Le Blanc (G.), *Dedans, dehors. La Condition d'étranger*, Seuil, Paris, 2010, p. 21.

orientées par une double valeur, celle, positive, de l'intégration et celle, négative, de l'illégalisme »¹, ce qui disqualifie son expérience propre ; et « les demandeurs de refuge ne sont plus perçus comme des vies humaines, mais comme des problèmes qui risquent de déstabiliser l'État-nation d'accueil »². Pour les demandeurs d'asile en instance, en particulier, évoqués dans son livre d'enquête coécrit avec Brugère, la vie est d'abord caractérisée par le « rétrécissement » opéré par les pratiques des États dits « d'accueil » :

les qualités sociales d'ingénieur, de commerçant, d'enseignant, d'artisan, encore présentes sous le ciel de Bagdad ou de Damas, sont effacées irrémédiablement, tout autant que celles de voisinage, les propriétés culturelles, les habitudes. Tout ce qui fait une vie est défait. Vivre dans la perte est alors la seule vie possible. Le réfugié devient le négatif de celui qu'il était.³

Or, l'effet de cet appauvrissement n'est pas uniquement une souffrance psychique et une invisibilisation sociale, il consiste aussi en une précarisation de cette vie déniée, qui se retrouve « dedans, dehors », pour reprendre le titre de l'ouvrage, car l'étranger peut avoir franchi une frontière géographique sans pour autant avoir franchi la frontière juridique et demeurer dans un entre-deux : « la souveraineté laisse vivre des vies à la frontière sans les faire vivre pleinement en leur permettant de franchir la frontière »⁴. Dénonçant les effets délétères des politiques migratoires, l'auteur rappelle que

fondre l'émigré dans l'immigré, c'est le considérer uniquement en fonction des normes du pays de destination et dévoiler tous les manquements de l'immigré aux règles explicites et implicites de la nation (...) Il faut opposer à cet étranger stéréotypisé, neutralisé, les vies irréductibles qui emportent les territoires nationaux hors d'eux-mêmes en les pliant à des rêves d'ailleurs.⁵

Il s'agirait donc pour l'auteur de repartir de la richesse de ces vies individuelles que l'État ignore et refuse de prendre en considération, au lieu de leur imposer des cadres préétablis et standardisés. Puisque les cadres étatiques reposent sur des stéréotypes appauvrissants et aliénants, repartir des vies elles-mêmes et des initiatives des étrangers permettrait de faire surgir « une politique de l'étranger, non pas une politique pour l'étranger, mais une politique par l'étranger » en redéfinissant « le champ de la visibilité politique en mettant l'accent sur des processus souvent rendus invisibles qui peuvent aller de l'absence de trace des conversations ordinaires, des rituels des subcultures jusqu'aux formes de la résistance clandestine »⁶. Même si l'ouvrage est centré sur la notion de soin et sur l'asymétrie qu'elle suppose, il entend

¹ Le Blanc (G.), *Dedans, dehors...*, op. cit., p. 103

² Brugère (F.), Le Blanc (G.), *La Fin de l'hospitalité*, Flammarion, Paris, 2017, p. 64-65.

³ Brugère (F.), Le Blanc (G.), *La Fin de l'hospitalité*, op. cit., p. 138.

⁴ Brugère (F.), Le Blanc (G.), *La Fin de l'hospitalité*, op. cit., p. 142.

⁵ Le Blanc (G.), *Dedans, dehors...*, op. cit., p. 61.

⁶ Le Blanc (G.), *Dedans, dehors...*, op. cit., p. 174.

également dépasser cette dernière à l'aide d'une critique des normes établies et une approche qui « entend laisser ouvert le surgissement de formes de vie nouvelles en proposant des aides juridiques, symboliques, sociales »¹. Cette attitude peut également prendre la forme d'un soutien politique adressé aux différentes pratiques d'hospitalité, dans le but d'une « repolitisation (...) nécessaire de l'impulsion hospitalière, celle-là même engendrée par l'infra-politique des associations dont la perspective politique est d'accréditer la possibilité d'une citoyenneté locale et de redonner ainsi corps à l'affirmation de la ville-refuge »².

On retrouve dans les recherches de Cusset de nombreux traits similaires. En effet, là aussi, le point de départ du questionnement est celui de la figure individuelle de l'étranger (et de l'accueillant également, quoique l'ouverture vers la dimension collective soit un peu plus présente que chez Le Blanc). Si Le Blanc se concentrait sur la figure de l'étranger et la manière dont les institutions étatiques en manquent sans cesse la richesse et les ressources en l'enfermant dans des catégories déshumanisantes, Cusset se focalise plutôt sur la figure de l'accueillant et sur les effets qu'une vraie « philosophie politique de l'accueil », pour reprendre le sous-titre de son ouvrage³, peut avoir sur lui :

l'accueil n'est justement pas la sollicitude pour la vulnérabilité d'autrui, où se maintiendrait du même coup l'infériorité de l'étranger, il doit tout à la fois la reconnaître, sans quoi il n'est pas besoin d'accueil, et la faire disparaître pour faire place à la symétrie de la reconnaissance, pour permettre à l'étranger d'exister de face comme un sujet de plein droit, sans quoi il dégénère en charité.⁴

L'enjeu est donc de conjoindre autant que possible ces deux dimensions contradictoires que sont l'asymétrie de la demande d'accueil formulée par l'étranger et l'égalité de la reconnaissance. Ce dépassement de l'asymétrie, de cette « charité » suspecte de dirigisme et de paternalisme, s'opère lorsque l'accueillant admet que la « misère » qu'il accueille n'est pas que la part de l'autre, mais sa part propre, puisque la vulnérabilité est un invariant de l'existence humaine :

accueillir « la misère du monde », ce serait donc la faire disparaître comme « misère », comme cette étiquette posée sur l'autre en un geste immunitaire, et cesser de se considérer soi-même comme étranger à elle (la misère c'est par excellence ce qui n'est pas de chez nous : de l'intérieur — les exclus — ou de l'extérieur — les clandestins), pour faire place à ce que nous pouvons cultiver en commun à travers notre rencontre en tant qu'êtres singuliers, c'est laisser la relation nous définir plutôt que de définir la relation à partir de ce que nous sommes ou prétendons être.⁵

¹ Le Blanc (G.), *Dedans, dehors...*, op. cit., p. 190.

² Brugère (F.), Le Blanc (G.), *La Fin de l'hospitalité*, op. cit., p. 202.

³ Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, op. cit..

⁴ Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, op. cit., p. 23.

⁵ Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, op. cit., p. 154.

On retrouve dans cette formulation des éléments défendus par Le Blanc. Dans les deux cas en effet, la piste défendue par les auteurs revient à partir des relations individuelles, des rencontres particulières, pour rappeler qu'aucune institution, aucune catégorie officielle, aucun cadre préétabli ne pourra jamais leur faire justice. Dans les deux cas également, ces rencontres avec les « intrus » ou les « parias » que sont les étrangers se révèlent salvatrices pour l'accueillant presque plus encore que pour l'accueilli, en le tirant de son sommeil dogmatique et de sa bonne conscience, oublieuse de la part d'ombre et de fragilité qui l'habite, qu'il soit individu ou communauté. Les deux auteurs font en réalité de l'étranger le meilleur gardien de la démocratie, du caractère vivant et ouvert de toute démocratie, puisqu'il ne peut que bousculer les cadres institutionnels et la tranquille clôture de la communauté (comme de l'individu) sur elle-même. La richesse politique de l'étranger est représentée par la surprise et le dérangement qu'il crée : chez Le Blanc, l'attention portée à une vie invisibilisée permet revitaliser les structures de notre action politique, et chez Cusset, la prise de conscience de la vulnérabilité en soi et l'ouverture d'un dialogue véritable avec l'autre rendent possible une transformation profonde de notre rapport au monde, qu'il convient de penser à travers la catégorie d'hospitalité : « l'hospitalité est le fait de celui qui habite chez soi sur le mode non de la propriété, mais de la dette et de la responsabilité, le fait de l'hôte »¹.

Si le projet consistant à redonner une consistance éthique aux vies individuelles des étrangers pour dénoncer la déshumanisation et la violence opérées par le traitement administratif qui leur est réservé ne peut que convaincre, ces deux approches sont toutefois fragilisées par des limites identiques. Dans les deux cas, il s'agit de conduire une critique des politiques menées et des institutions en place grâce à la réactivation maximale de la figure individuelle de l'étranger. Leur commune tentative pour réincarner la figure de l'étranger, pourrait-on dire, consistant à redonner chair et voix à des individus trop souvent réduits au rang d'unité statistique, a une fonction critique, qui vise à provoquer des effets politiques. Car, comme le formule Le Blanc,

il faut avoir effacé la commune humanité qui nous relie aux vies étrangères pour parvenir à consentir aux expulsions sommaires et à la réitération de la violence nationale. Si nous nous représentons une vie étrangère comme habitée par un visage et une voix, comme faisant œuvre avec d'autres (membres d'une même famille, amis, inconnus, etc.), alors c'est toute la compréhension de l'espace public qui change, et c'est précisément ce changement qui est porté par les pratiques d'hospitalité.²

¹ Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, *op. cit.*, p. 208.

² Le Blanc (G.), *Dedans, dehors...*, *op. cit.*, p. 200.

C'est précisément ce raisonnement qui nous paraît mériter une discussion approfondie, en raison de certaines fragilités qu'il comporte. En effet, à la lecture de ces deux ouvrages, si le lecteur peut être choqué, interpellé, ému par les situations décrites et convaincu de la nécessité de transformer la situation réservée aux étrangers, il restera en revanche sur sa faim s'il recherche un mode d'action ou de réaction concret, qui irait au-delà de la mobilisation individuelle. Aucun des deux auteurs ne propose en effet, si ce n'est de façon très marginale (ainsi de Le Blanc proposant d'accorder le droit de vote aux étrangers), de piste institutionnelle pour remédier aux problèmes décrits ; en ce sens, et malgré un travail commun sur la notion même de politique (en faisant valoir la nécessité d'une « infra-politique » chez Le Blanc, d'une « impolitique » chez Cusset), leur approche relève plutôt de l'éthique, car elle fait peser sur les individus considérés isolément la tâche consistant à accueillir véritablement l'étranger. En réalité, pour chacun de ces auteurs, il s'agit précisément d'intégrer au politique des enjeux qui ne le sont ordinairement pas, à savoir la dimension de vulnérabilité et d'altérité dont toute vie humaine est porteuse. Le reproche d'absence de traduction institutionnelle possible de leur propos ne serait donc pas nécessairement refusé par eux, puisqu'ils tentent de repérer ce qui, dans notre organisation actuelle, demeure invisible, inintégré¹. Cependant, cette critique pertinente, qui vise à redonner voix au chapitre à ceux qui ne peuvent pas endosser l'habitus nécessaire à la discussion rationnelle, amène Cusset à rapprocher la figure de l'apatride de celle de *l'infans*, de l'enfant qui ne parle pas encore, car ce serait précisément à ces individus privés de toute parole ou de toute voix au chapitre que l'accueil aurait pour fonction de faire une place, à travers une réflexion sur la notion lévinassienne de dialogue :

l'expérience de l'apatridie est toujours aussi une expérience de la privation de langage, de la privation des conditions qui vous donnent par avance le droit d'être considéré comme le partenaire symétrique d'une discussion. L'apatride se retrouve dans la situation de celui qui arrive au monde, de l'enfant comme *infans*, de celui qui n'a pas encore la parole, qui n'en a pas reçu l'autorisation, et qui de ce fait, avant d'être écouté, apparaît comme celui qui perturbe la compréhension réciproque des usagers « compétents » du langage ordinaire, même si ceux-ci peuvent faire preuve de sollicitude et de patience pour le comprendre et le laisser s'exprimer.²

¹ Ainsi de la critique de l'éthique habermassienne de la discussion menée par Cusset : il souligne qu'« il y a nécessairement à l'œuvre dans l'usage argumentatif et délibératif du langage un *habitus* social qui n'est pas simplement lié à l'apprentissage du langage, mais qui charrie avec lui un certain nombre de schèmes intuitifs de ce que sont excès, violences, débordements, incapacités, handicaps, etc. : schèmes qui ne sont pas intérieurs à l'usage de la langue (illocutoires) comme peuvent l'être les purs critères de validité argumentative, mais qui touchent au rapport social à celle-ci et aux effets que ce rapport peut induire (perlocutoires). Ces schèmes communs qui sont de l'ordre de l'*habitus* social — c'est-à-dire dont l'intériorisation suppose une certaine position sociale et donc déjà la possibilité d'une certaine estime (sociale) de soi, même extrêmement modeste — délimitent par avance l'horizon de la discussion pour en constituer le pouvoir inaperçu de normalisation, inaperçu et inaccessible aux corrections normatives » (Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, op. cit., p. 114).

² Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde...*, op. cit., p. 118.

Un tel rapprochement, même s'il peut effectivement rendre compte de certains aspects de la situation de l'apatride, symbolise à nos yeux la limite principale de ce raisonnement : il consiste en l'essentialisation de la figure de l'étranger, par le biais de rapprochements métaphoriques successifs qui radicalisent le concept au détriment de son ancrage empirique. Dans ces quelques lignes, le passage d'une figure individuelle (l'enfant) à une catégorie juridique et politique (l'apatride) est aussi discutable qu'artificiel, parce qu'il opère par décontextualisation, par déconnexion de toute situation concrète ; il n'est pas certain que la revendication première et la plus urgente des apatrides soit qu'on les écoute parler¹. Au fond, leur tentative commune pour redonner corps et voix à l'étranger comme individu, amène Cusset et, dans une moindre mesure, Le Blanc², à deux conséquences paradoxales : la première est l'abstraction croissante au fil des pages de cette figure de l'étranger, rabattue progressivement sur la notion d'altérité en général d'une part, et, d'autre part et par conséquent, la focalisation de plus en plus nette non plus sur le point de vue de l'étranger qu'il convient d'accueillir et auquel il faudrait redonner une voix, mais sur le point de vue de l'accueillant, invité à s'ouvrir à la part d'altérité en soi, à la vulnérabilité et la mortalité dont il est porteur. L'absence de débouché concret ou institutionnel ne découle alors plus d'un refus légitime de reconduire des catégories par définition enfermantes, afin de laisser se développer une approche véritablement démocratique et ouverte de l'accueil, ce qui est le projet revendiqué des deux auteurs, mais plutôt de la dilution de la notion d'étranger liée à son essentialisation. Au nom même d'une approche destinée à faire droit à la singularité de l'étranger, les auteurs en viennent à la décontextualiser, à la rendre abstraite et sans épaisseur : seule une approche attentive aux causes et formes que prend la condition d'étranger, qui redonne donc à ces individus leur épaisseur empirique non pas subjective, mais politique, non pas individuelle uniquement, mais structurelle, permettrait de sortir de l'impasse sans sombrer dans un appel, somme toute impuissant, à l'accueil de l'étranger en soi ; car ceux qu'il faut accueillir, ce n'est pas tant l'Étranger comme concept, que les étrangers en chair et en os à qui un visa ou une carte de séjour se voient discrétionnairement refusés.

¹ Ce qui n'empêche pas que l'invisibilisation de leur parcours et de leur parole soit une des modalités de la violence exercée contre eux.

² Notamment lorsque, à la fin de son ouvrage, il invite le lecteur à se considérer « soi-même comme un étranger » : « devenir l'étranger que j'ai à être signifie que je ne suis jamais pleinement l'hôte de mes autres et de tous les autres. Je ne peux jamais pleinement consentir à mes autres et aux autres. Je reste séparé d'eux par une violence sans égale, originaire, qui congédie l'autre, le détruit, ne parvient pas à le reconnaître. Soi-même comme un étranger e peut équivaloir à un constat, mais reste un vœu subordonné à la possibilité de se soustraire à la violence, d'accueillir de manière pacifique tous les autres. » (*Dedans, dehors, op. cit.*, p. 209).

De ce point de vue, le parcours commun aux deux ouvrages, qui part de figures individuelles pour aboutir à une réflexion essentialisante sur l'étranger en général, nous paraît symptomatique des limites associées à toute approche individuelle : si elle peut présenter un intérêt éthique, elle ne peut que manquer l'enjeu politique, car celui-ci se pose au niveau structurel. Le raisonnement consistant à partir des rapports individuels, l'appel à se laisser déranger, interpellé par cet « intrus » qu'est l'étranger en soi et hors de soi ne peut constituer un programme politique ; ce dernier est d'ailleurs absent chez Le Blanc, ou réduit à des propositions ponctuelles ou de mots d'ordre vague, comme « défaire la nation »¹. Chez Cusset, où la problématique du débouché politique semble plus présente, on observe un passage constant de l'échelle individuelle à l'échelle institutionnelle, comme si ce qui valait pour le premier pouvait valoir sans médiation pour la seconde², ce qui souligne la difficulté à élaborer, à partir de l'attention portée à la figure individuelle de l'étranger, une réflexion proprement politique sur les choix qu'il convient d'adopter vis-à-vis des étrangers. Plus généralement, il apparaît que le modèle de l'accueil ou de l'hospitalité, même quand il entend faire une place aux exclus et dénoncer leur exclusion, tend à se concentrer exclusivement sur la figure de l'accueillant, dans un appel éthique à se laisser transformer par l'expérience de l'altérité, sans qu'une traduction structurelle concrète puisse en découler. Comme l'a résumé Boudou,

L'hospitalité chez Le Blanc devient donc une modalité de la sollicitude devant « lutter contre l'invisibilité » (p. 196) des subalternes. Hospitalité « infra-politique » donc, censée œuvrer pour la participation de ces invisibles, mais aussi nouvelle subjectivité prête à s'oublier pour accueillir. Le Blanc retrouve en fait l'hyperbole derridienne qui oblige à « se transformer au-delà de ce qu'on peut anticiper, se laisser vraiment convertir » si l'on veut être véritablement hospitalier. Cusset, pour sa part, tente de maintenir l'hospitalité dans l'écart entre éthique et politique, et associe ce même appel à la déconstruction de soi et à la valorisation des pures singularités avec un souci du commun de l'espace public.³

¹ C'est-à-dire suspendre sa capacité à assigner une identité rassurante et excluante ; c'est la raison pour laquelle, pour l'auteur, « il existe une *puissance singulière* de l'étranger qui fait irruption dans l'ordre national, à la bordure. Le territoire national *exclut* l'étranger, mais l'étranger défait le territoire, invente un autre territoire ». (*Dedans, dehors, op. cit.*, p. 145-146).

² À titre d'exemple, à la fin de l'ouvrage, lorsqu'il passe en revue les « lieux communs » où peut surgir une « politique de l'accueil » comme « politique d'émancipation par où l'on se ressaisit de la puissance commune d'ouvrir, à côté de l'État et souvent contre lui, des espaces collectifs de coopération, de rencontre et de dialogue où s'imaginer la communauté à venir » (p. 159-160), la simple liste de ces « lieux » suffit à mesurer le caractère métaphorique du propos : il envisage successivement la ville, l'école, l'Europe, la terre et la demeure. Dans tous les cas, l'enjeu de l'accueil est de déborder les catégories d'identité et d'appartenance, de susciter la « capacité à faire place à un sujet qui n'existe pas encore ou n'est pas reconnu comme tel, en lui permettant tout simplement d'entrer de plain-pied dans l'espace de la relation » (p. 176) ; le mélange de catégories publiques et privées, et tout particulièrement le développement consacré à la demeure qui mêle des considérations domestiques et politiques, nous semble en soi problématique, en l'absence d'une réflexion approfondie sur le passage d'une sphère à l'autre.

³ Boudou (B.), « L'hospitalité relève-t-elle de la politique ? *Dedans, dehors. La condition d'étranger* de Guillaume Le Blanc, Paris, Seuil, 2010. *Prendre sa part à la misère du monde. Pour une philosophie politique de l'accueil* d'Yves Cusset, Paris, La Transparence, 2010) », *Raisons politiques* n° 42, 2011, p. 194-195.

Les deux ouvrages ont donc en commun une sorte d'oscillation entre le domaine éthique et le domaine politique, qui tient au fait que leurs auteurs entendent au fond susciter une politique des individus, des vies concrètes. Dans les deux cas, on mesure combien cette approche « manque » le problème politique auquel elle entend pourtant apporter une contribution renouvelée, parce qu'elle ne peut que tomber dans un « double bind : la référence à l'exigence d'hospitalité appelle à des prolongements politico-juridiques, mais dans le même temps ce qu'offriront ces dispositifs demeurera toujours en deçà de ce que porte l'idée d'hospitalité. »¹. De ce point de vue, on peut considérer que ces réflexions s'inscrivent dans une tendance plus large à la « moralisation » de la critique sociale »², dont l'un des symptômes est l'accent placé sur la dimension de vulnérabilité des individus. Or, comme on l'a vu à propos du dévoiement humanitaire des droits de l'homme, la notion de vulnérabilité et l'accent mis sur la protection des individus ne sont pas sans ambiguïtés, car ils ont tendance à réduire les étrangers au rang de bénéficiaires passifs ; dans l'approche individuelle défendue par Le Blanc et Cusset, nous n'avons pas affaire à une manière larvée d'affaiblir les droits des étrangers, mais on a progressivement quitté le sol de la politique pour entrer en territoire éthique, marqué par le face-à-face entre individus.

L'ambition portée par les droits de l'homme consistait à améliorer la situation réservée aux étrangers de l'intérieur, en quelque sorte, depuis la souveraineté étatique elle-même, en tentant de mettre en place des garde-fous face à son action restrictive des droits et discrétionnaire. Toutefois, et malgré les avancées non négligeables que les Déclarations des droits de l'homme ont rendues possibles pour les étrangers, les éléments centraux de leur condition, à savoir la question de l'accès au territoire et du droit au séjour, demeurent autant de points aveugles dans le système actuel du droit international des droits de l'homme ; or il semble peu probable que les États consentent d'eux-mêmes à des avancées substantielles en la matière. L'objectif des droits de l'homme était de faire reconnaître à tout individu, indépendamment de son appartenance nationale, des droits égaux ; toutefois, nous avons pu constater combien, s'agissant des droits des étrangers, les États, principaux garants de l'effectivité des droits de l'homme, étaient réticents à les respecter, ou tentés de les transformer en faveur. La raison de cet affaiblissement des droits de l'homme des étrangers par les États tient au fait que les droits individuels des étrangers correspondent, dans le modèle du balancier qui nous sert de fil

¹ Genard (J.-L.), « Pourquoi l'hospitalité ? », *SociologieS*, Mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/6918>.

² Genard (J.-L.), « Pourquoi l'hospitalité ? », *art. cit.*

directeur, à autant de remises en cause de la souveraineté. Or l'acteur principal du droit international des droits de l'homme est et demeure l'État, ce qui explique que la souveraineté tende à vider les droits de l'homme des étrangers de leur substance normative. Face à ce constat, reste à envisager une solution plus radicale, qui consisterait non pas à tempérer l'exercice de la souveraineté de l'intérieur, en accordant des droits aux étrangers, puisque ceux-ci sont tendanciellement bafoués ou du moins sévèrement amoindris, mais à permettre à l'individu de faire directement contrepoids à l'État de l'extérieur, en quelque sorte, c'est-à-dire sur la scène internationale.

IV. L'individu comme sujet actif du droit international

L'acteur central du droit international est aujourd'hui, sans conteste, l'État. Ce fait entraîne la sujétion de l'individu à l'État sur la scène internationale : pour faire valoir ses droits, il doit faire appel à un État à travers le mécanisme de la représentation diplomatique, car peu de juridictions internationales autorisent les requêtes individuelles. Plus fondamentalement, un individu privé de tout rattachement étatique, c'est-à-dire un apatride, se trouve placé dans une situation d'immense vulnérabilité. Dans la logique actuelle, le remède consiste à lui attribuer un État de substitution, qui lui accordera sa protection. Nous avons vu les limites de ce système en matière de droit des étrangers. Il convient donc d'analyser des solutions alternatives destinées à autonomiser l'individu vis-à-vis de l'État, pour déterminer quelles avancées concrètes elles rendraient possibles.

1. Un droit de recours individuel devant les juridictions internationales ?

Si l'individu est classiquement présenté comme un objet du droit international, et non comme un sujet, toute une partie de la doctrine a tenté et tente encore de souligner la nécessité et le développement croissant de la personnalité juridique des individus dans cette branche du droit. Concrètement, il s'agirait d'accorder à l'individu les trois caractéristiques principales qui constituent un sujet de droit : l'imputation de droits, l'imputation d'obligations, et la possibilité d'ester en justice, c'est-à-dire le développement de voies de recours. Or, la proclamation des droits de l'homme, dont nous avons retracé les étapes ci-dessus, et le développement du droit international pénal, sur lequel nous reviendrons brièvement, ont donné corps aux deux premiers aspects : l'individu peut se réclamer de droits reconnus par les droits de l'homme, et est

susceptible de voir sa responsabilité engagée par le droit international pénal en cas de crimes contre l'humanité. L'aspect le plus fragile, mais aussi le plus important pour notre propos, concerne la consécration de voies de recours devant les juridictions internationales, qui permettraient concrètement aux individus de mettre en cause un État qui aurait violé leurs droits ; les individus se verraient dotés de la capacité à contester hors du cadre étatique un acte ou une décision de leur État d'accueil (nous nous limitons ici aux recours formulés par les étrangers, mais il va de soi que les développements qui suivent valent aussi pour les ressortissants).

Ainsi, au lieu que la relation État-étranger soit considérée, comme c'est largement le cas aujourd'hui, comme une sorte de point aveugle pour les instances extérieures à l'État, parce qu'elles sont comme enfermées dans la boîte noire de la souveraineté, ce qui signifie que la contestation des décisions de l'État ne peut avoir lieu que devant les juridictions nationales qui se retrouvent en quelque sorte juges et parties, il s'agirait de donner aux individus la possibilité de porter leurs litiges devant une juridiction internationale, et donc d'échapper, en quelque sorte, à l'emprise de la souveraineté. Faciliter les recours individuels reviendrait à desserrer l'étau de la souveraineté, et donc à permettre le déploiement d'une jurisprudence plus favorable aux individus, qui pourrait même déboucher sur un recul du pouvoir discrétionnaire de l'État en matière migratoire et la reconnaissance d'un droit à immigrer : c'est sur ce point précis que nous allons concentrer notre étude.

Une telle hypothèse peut se défendre par l'analyse des présupposés associés à la promotion de l'individu comme sujet de droit international. Si l'on observe les théoriciens qui ont argumenté en sa faveur, on constatera qu'ils appartiennent au courant moniste, c'est-à-dire qu'ils considèrent que les ordres juridiques étatique et international ne font qu'un, et, en l'occurrence, que le second prime sur le premier. La conséquence logique d'une telle approche est que la souveraineté étatique est relativisée, puisque l'État ne constitue plus qu'un sujet parmi d'autres, et non pas ou non plus la pierre angulaire ou la source cardinale de tout droit. Si l'on envisage les deux théoriciens les plus éminents que sont Scelle et Kelsen, on constatera que leur seul point commun correspond à cette corrélation entre élévation de l'individu au rang de sujet du droit international et dénonciation de la fiction inutile et dangereuse qu'est la souveraineté de l'État. Nous présenterons leurs approches pour illustrer les deux versants principaux de la notion de personnalité juridique : le fait d'avoir des droits et des voies de recours pour les faire valoir, plutôt développé par Scelle, et la possibilité d'être titulaire d'obligations, ce sur quoi Kelsen a davantage insisté.

Pour Scelle en effet, le point de départ adopté est une remise en cause de l'approche trop strictement interétatique du droit international. Pour cette raison, il préfère utiliser l'expression « droit des gens », afin de rappeler que ce sont les individus qui en sont les sujets : « Pour nous, les rapports qu'il va s'agir de décrire et d'analyser sont des rapports *entre individus*, formant une société universelle, et appartenant en même temps à d'autres et innombrables sociétés politiques : étatiques, interétatiques, superétatiques, extraétatiques, que la communauté humaine englobe et coordonne et que son droit régit », écrit-il dès les premières lignes de son *Précis de droit des gens*¹. Seuls les individus sont donc véritablement sujets de cette société juridique, et envisager l'État comme un sujet n'est que le signe d'une « hypertrophie significative du concept de personnalité morale », car « si l'on vient à considérer comme seule réalité le phénomène d'organisation sociale, c'est que l'on prend la *forme pour la substance*. Les réalités composantes sont les individus et collectivités d'individus »². Il récuse donc à la fois la distinction entre droit interne et droit international et celle entre droit international public et droit international privé, parce que dans tous les cas, seuls les individus agissent, contractent, signent des traités, etc. ; la seule différence tient à ce que certains individus n'agissent que pour leur propre compte, quand d'autres agissent en tant que représentants d'une collectivité³. En envisageant ainsi le phénomène du droit, Scelle accord une place prééminente aux individus, ce qui a pour corollaire la relativisation, et même, en l'occurrence, la disparition, de la notion de souveraineté ; l'État n'est qu'un collectif d'individus et il n'agit (métaphoriquement) qu'en tant que mandataire de leurs intérêts. Aborder la société internationale comme une société d'États reviendrait donc à commettre un contresens sur la réalité de ce qu'il faut entendre en dernier ressort par sujet de droit ; cette notion bien comprise ne peut désigner qu'un individu physique. Et il importe pour notre réflexion de souligner que, si le droit n'a pour fonction que de mettre en forme le phénomène social, comme le prétend Scelle, cela signifie aussi que certains impératifs s'imposent à lui, en vertu même de cette fonction.

Le juriste défend en effet une distinction entre le droit positif et ce qu'il appelle le « droit objectif », c'est-à-dire « l'ensemble des lois causales qui déterminent l'apparition, la permanence et le développement du fait social. C'est le faisceau des conditions optima

¹ Scelle (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey, Paris, 1932, p. VII.

² Scelle (G.), *Précis de droit des gens, op. cit.*, p. 28-29.

³ Dans tous les cas, « ce sont les individus des différentes collectivités qui contractent entre eux des liens de famille, se livrent à des actes de commerce, échangent des produits, cultivent des idées. Gouvernants et agents n'ont pour mission que de fournir aux particuliers les institutions juridiques et les services matériels nécessaires à l'entretien de ces relations ». Scelle (G.), *Précis de droit des gens, op. cit.*, p. 42.

nécessaires à l'existence de ce fait social, sans l'observation desquelles il ne pourrait ni naître ni persister. Il s'agit donc bien de lois causales ou, si l'on préfère, de lois naturelles »¹, et le droit positif ne tire sa force obligatoire que de sa convergence avec ce droit objectif. La détermination des règles du droit objectif est l'objet poursuivi par la science du droit à l'aide de considérations sociologiques : Scelle s'oppose nettement de ce point de vue au positivisme, au motif que « prétendre que le Droit c'est toujours le droit positif, c'est faire du Droit comme les médecins de Molière faisaient de la médecine »², c'est-à-dire de façon rhapsodique et non scientifique. C'est donc la critique du pur volontarisme positiviste qui explique le lien entre promotion de l'individu au rang de sujet de droit international et disqualification de la notion de souveraineté : le droit ne vaut comme contrainte sociale que dans la mesure où il épouse adéquatement le phénomène de solidarité qu'il norme ; or, ce phénomène de solidarité n'étant composé que d'interactions individuelles, on comprend que les individus obtiennent une place prééminente dans ce type de construction. Il existe des règles que le droit positif peut bien formuler, mais qui n'en valent pour autant pas comme normes juridiques, parce qu'elles ne sont pas conformes au droit objectif et qu'elles ne favorisent pas le développement de la solidarité étatique ou interétatique.

Dans une telle perspective, on comprend que, si la marge de manœuvre d'un individu, par exemple sa liberté d'aller et venir sur le territoire d'un État autre que le sien, peut bien être limitée par des considérations d'intérêt général (même si c'est à un degré limité, comme nous allons le voir), elle ne pourra jamais l'être au nom d'une souveraineté abstraite. Le pouvoir discrétionnaire de l'État recule au profit d'une approche holiste des relations humaines, et, de ce fait, dans la balance entre liberté individuelle et souveraineté de l'État, c'est la première qui aura tendance à primer. Il est d'ailleurs symptomatique que la présentation systématique du droit international proposée dans le second tome du *Précis du droit des gens* s'ouvre par la récapitulation des libertés reconnues aux individus, là où l'on attendrait plus spontanément un passage en revue des prérogatives étatiques. Tout le système du droit international privé et du droit international des droits de l'homme doit donc s'appréhender non pas comme des

droits subjectifs, mais de[s] compétences expressément conférées par le droit des gens à tout individu parce qu'il est nécessaire qu'elles le soient. Si la législation nationale ne le fait pas, en effet, ou ne garantit pas cette compétence, il en résulte un tel trouble dans les relations des États que la tranquillité publique de la communauté internationale est mise en péril, et que les relations internationales, base de toute société internationale, périclitent.³

¹ Scelle (G.), *Règles générales du droit de la paix, RCADI*, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1933, p. 348.

² Scelle (G.), *Précis du Droit des gens. Principes et systématique II*, Paris Sirey, 1934, p. 4.

³ Scelle (G.), *Règles générales du droit de la paix, op. cit.*, p. 376.

Un tel caractère de nécessité accordé aux droits de l'homme, alors qu'il ne l'est pas à la souveraineté étatique, implique que les droits de l'homme et leur mise en œuvre peuvent se concevoir sans l'État ; telle est par exemple la proposition avancée par Scelle au sujet des apatrides. Il voit en effet dans l'existence des apatrides une raison de se demander

si cet intermédiaire¹ étatique, ce rattachement à un ordre juridique interne qu'est la nationalité constitue une pratique indispensable et si l'évolution du Droit des gens moderne ne permet pas de songer à un rattachement direct des individus à l'ordre juridique international, fournissant à ceux qui n'ont point de nationalité une personnalité juridique de substitution²,

puisque « l'intermédiaire étatique » est plus un obstacle qu'un adjuvant, en raison de son attachement à sa prérogative souveraine d'octroyer ou non sa nationalité à un individu. Ainsi, le point d'aboutissement de la reconnaissance de l'individu comme seul sujet du droit est la possibilité de contourner l'État au moins dans les cas où son action nuit à la protection des individus :

il s'agirait dès lors de faire voter par l'Assemblée [de l'ONU] elle-même un Statut des apatrides conférant à ces derniers les compétences indispensables pour vivre d'une vie juridique et cesser d'être des parias au sein de cette société dont ils sont l'élément premier et la cellule originaire en même temps que la véritable raison d'être de son Système de Droit.³

Il s'agit dans cet article tout ensemble de ménager les États, en évitant de les forcer à accorder leur nationalité à des individus qu'ils ne souhaitent pas reconnaître comme leurs ressortissants, et de faire avancer le droit sans eux, en garantissant une protection (minimale, en l'occurrence, il faut le souligner) aux individus.

Au-delà de ce cas-limite, Scelle répugne explicitement à abandonner la situation juridique des étrangers à la discrétion des États ; de son point de vue, seules deux situations sont envisageables, qui excluent la mainmise de l'État. En effet, soit l'étranger est « rattaché à un ordre juridique interne par la naturalisation, c'est-à-dire en cessant d'être un étranger pour devenir un national », soit il est rattaché à l'ordre juridique international dans lequel « *toute distinction entre nationaux et étrangers est une impossibilité logique autant que juridique*. Il ne peut y avoir deux catégories de sujets de droit puisqu'il n'y a qu'un ordre juridique »⁴. Autrement dit, l'individu est envisagé comme sujet soit de l'ordre interne, soit de l'ordre international, et la qualification d'étranger n'a plus guère de sens. Cela signifie que le droit

¹ On mesure à travers ce terme combien la conception que Scelle se fait de l'État est instrumentale : la souveraineté ne peut être envisagée comme une fin ou une valeur en soi, contrairement à ce que manifeste le droit international actuel.

² Scelle (G.), « Le problème de l'apatridie devant la Commission du Droit international de l'ONU », *Die Friedens-Warte* n° 52, 1953/55, p. 142.

³ Scelle (G.), « Le problème de l'apatridie... », *art. cit.*, p. 149.

⁴ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens. Principes et systématique II*, Paris Sirey, 1934, p. 22.

international joue un rôle prédominant dans la détermination de la condition juridique des étrangers, et que les États doivent respecter le « droit commun international » dans leurs rapports tant avec leurs ressortissants qu'avec les étrangers ; en effet, « il ne peut subsister d'ordre juridique national distinct et autonome que dans les domaines où la solidarité internationale et la solidarité nationale ne sont point en interférence »¹, et ce critère qui fait du droit national un droit résiduel ne s'applique pas le cas dans les phénomènes de circulation internationale. Une telle affirmation revient à remettre en cause le pouvoir discrétionnaire traditionnellement reconnu aux États tout particulièrement en matière d'immigration ; Scelle refuse explicitement la notion de « domaine prétendu réservé »² des États et défend la possibilité d'une procédure de recours pour abus de droit dans tous les cas où l'État outrepasserait sa compétence, qui est subordonnée à la mise en œuvre de la solidarité internationale et ne peut lui valoir un droit d'exclusion des étrangers. Assez logiquement, donc, l'auteur argue en faveur d'un principe de liberté dans tous les domaines de la circulation internationale, à savoir le commerce, l'émigration et l'immigration.

S'agissant du commerce, en effet, sa libéralisation découle de sa compréhension même du droit puisqu'il est la condition de possibilité du fait social ; pour cette raison, « tout gouvernement qui prohibe ou restreint indûment ces relations ou prétend isoler la collectivité qu'il régit se place lui-même *hors du Droit (...)* dans la mesure où ils [ses gouvernants] font avorter le fait social »³. De même, en matière de migrations, de son point de vue, « l'idéal à atteindre, ce serait la *liberté individuelle de toute l'émigration, de l'immigration et de l'établissement* »⁴, dans une opposition explicite avec la doctrine classique qui accorde en la matière une grande marge de manœuvre à la souveraineté étatique. Il milite pour un accès facilité aux passeports et autres documents de voyage, et pour une liberté totale d'émigrer. Sa position sur la question de l'immigration est un peu plus nuancée, mais elle manifeste malgré tout un décalage significatif avec le discours dominant dans la mesure où, même si les États disposent d'une « marge plus considérable de décisions d'opportunité »⁵, ils « ne peuvent se refuser délibérément à toute immigration ou à tout établissement des étrangers »⁶. Surtout, sur le plan du statut juridique à réserver aux étrangers légalement présents, sa position témoigne assez nettement du primat accordé à l'individu sur la marge discrétionnaire de décision de

¹ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 24.

² Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 37.

³ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 64.

⁴ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 73.

⁵ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 78.

⁶ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 79.

l'État. En effet, il défend la liberté d'établissement (à entendre ici dans le sens de la résidence), comme « faculté juridique reconnue aux étrangers de résider sur le territoire de tout État » et « réalisation définitive du fait social »¹ ; la précarité qui caractérise la situation contemporaine des étrangers disparaîtrait dans un tel système. Il récuse également le principe de réciprocité subordonnant l'octroi d'un droit aux ressortissants d'un pays donné à la condition que leur pays d'origine octroie le même droit aux ressortissants du pays d'accueil, au motif que ce système débouche sur une mosaïque de statuts fragmentés et disparates. Enfin, il défend un principe d'assimilation de la condition des étrangers à celle des nationaux pour toutes les libertés, à l'exception de celles qui relèvent du droit public (c'est-à-dire l'éligibilité et le droit de vote), et se montre soucieux de limiter la marge de décision des États en matière d'expulsion, qui constitue, nous l'avons vu au premier chapitre, un des points où l'affirmation de la souveraineté étatique est le plus sensible. Toute expulsion, qui ne peut être qu'une exception, doit être dûment motivée et susceptible de recours, elle ne peut être collective et doit être strictement conforme au but de la sécurité collective. Surtout, il estime que c'est là un domaine dans lequel « il serait le plus nécessaire d'accorder *directement* aux sujets de droit intéressés l'action devant les tribunaux internationaux, puisque l'instance internationale devant les juridictions étatiques est notoirement insuffisante »² : on mesure ici combien la compétence juridique de l'État est subordonnée au respect des droits individuels puisque, si l'État venait à nuire à l'effectivité de ces droits, cela aurait pour conséquence de rendre nécessaire l'ouverture de voies de recours direct devant les juridictions internationales.

Or, ces considérations doctrinales, développées dans les années 1930 par un juriste certes réputé, mais au point de vue minoritaire, trouvent aujourd'hui une actualité soudaine liée au développement du droit international des droits de l'homme. Nous avons vu la faiblesse de ces textes s'agissant des droits des étrangers comme tels ; toutefois, l'inflexion structurelle dont ils sont porteurs peut néanmoins constituer une piste de réflexion fructueuse.

En effet, depuis cette première remise en cause de l'approche classique³ du droit international, une évolution notable s'est produite, qui justifie qu'on prenne au sérieux l'hypothèse où l'individu ferait contrepoids à l'État sur la scène internationale et acquerrait la possibilité de faire valoir son droit et de défendre sa cause devant des juridictions

¹ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 84.

² Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, op. cit., p. 109.

³ Que l'on peut résumer en ces termes : « l'individu n'est ainsi à tout prendre que le prétexte à l'action internationale d'un État à l'égard d'un autre, et son malheur, la cause conjoncturelle d'un procès interétatique. Il n'existe pas comme tel, mais seulement par référence au souverain auquel il est rattaché » (Dupuy [P.-M.], « L'individu et le droit international – Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international », *Archives de Philosophie du droit* n° 32, 1987, p. 120).

internationales. Car la Charte de San Francisco et le droit international des droits de l'homme en général placent l'individu « dans une situation de priorité par rapport à l'État, dont le devoir serait désormais non de l'asservir à la réalisation de ses propres fins, mais de promouvoir la garantie effective de son éminente dignité »¹. Par les différents textes qui proclament ses droits, l'individu s'est progressivement vu « directement investi d'un patrimoine juridique reconnu dans l'ordre international, il s'affirme ainsi sujet au moins passif de son droit »². En témoigne en particulier le fait que les textes relatifs aux droits de l'homme prétendent valoir indépendamment de la clause classique du droit international qu'est la clause de réciprocité, déjà critiquée par Scelle : un État doit respecter les droits de l'homme des individus présents sur son territoire, y compris les étrangers, et ce, même si l'État d'origine de ces individus ne se montre pas aussi respectueux vis-à-vis des ressortissants étrangers sur son propre sol. C'est là une avancée significative dans le statut juridique de l'individu sur le plan du droit international. Certes, comme le souligne Dupuy, les possibilités de recours, qui sont la condition d'effectivité des droits, demeurent l'exception³, mais il n'y a plus « aucun obstacle » à faire de l'individu un sujet actif⁴ ; si elle est encore « en construction »⁵, l'idée selon laquelle l'individu se verrait doté d'une pleine personnalité sur le plan international n'est plus une chimère. Et sa centralité dans le système actuel du droit international va s'affirmant encore en vertu de l'objectif de maintien de la paix affiché par les Nations-Unies. En effet,

à partir du moment où les causes de la guerre entre États sont localisées dans des problèmes qui transcendent les frontières parce qu'ils se posent à l'intérieur comme à l'extérieur des États, la paix recherchée ne se limite plus à la paix internationale, à la paix entre États. La séparation rigide entre deux sphères étanches est dépassée (...). En adoptant cette vision moniste, les rédacteurs de la Charte adoptent le « réalisme » prôné par Georges Scelle : ils acceptent de dépasser la figure imposante et aveuglante de l'État pour remonter aux causes réelles des conflits. Ce faisant, ils placent l'individu et la réunion des individus en collectivité — le peuple — au centre de la construction.⁶

Du point de vue de cet auteur comme d'un nombre croissant d'autres,

en délégitimant l'État-personne et en légitimant, au contraire, l'individu comme sujet de droit international ; en conduisant à la substitution d'un fondement démocratique au droit à celui, moribond, de la volonté des États, les droits de l'Homme ont un rôle destructeur et fondateur. Ils sont, au sens fort, porteurs d'une

¹ Dupuy (P.-M.), « L'individu et le droit international... », *art. cit.*, p. 121.

² Dupuy (P.-M.), « L'individu et le droit international... », *art. cit.*, p. 122.

³ Elles concernent principalement, pour les juridictions régionales, la CEDH, et pour les juridictions internationales, les Comités des droits de l'homme et des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU.

⁴ Dupuy (P.-M.), « L'individu et le droit international... », *art. cit.*, p. 122.

⁵ Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?*, *op. cit.*, p. 87.

⁶ de Frouville (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales* n° 120, Tome XXXIX, 2001, p. 138.

mutation du droit international qui, d'un droit interétatique, tend à se transformer en un droit de la Société humaine universelle.¹

En effet, le droit international des droits de l'homme et son influence grandissante au sein du droit international font de l'individu, malgré les apparences, la cible principale de cet ordre juridique : si la souveraineté étatique voit son principe réaffirmé, c'est désormais en vue d'assurer le développement paisible des relations interétatiques et d'éviter les souffrances liées à la guerre. Même si nous avons vu le rôle que joue l'État dans la garantie ou la mise à mal de l'effectivité des droits de l'homme, on peut affirmer que, de toute évidence, le destinataire de ces normes est bien l'individu² et non l'État ; ce dernier, dans la logique interne du droit (même si la réalité ne s'y plie pas toujours, loin de là), est envisagé comme l'instance de protection des individus, c'est-à-dire comme un moyen, et non comme une fin en soi³. Sa raison d'être et le socle de sa légitimité tiendraient au rôle qu'il joue dans la promotion des droits individuels de ses ressortissants et de toute personne placée sous sa juridiction. De ce point de vue, accorder aux individus, et particulièrement aux étrangers dont nous avons pu mesurer la vulnérabilité juridique, des voies de recours internationales contre un État qui n'aurait pas respecté leurs droits semble relever de l'évidence, même s'il va de soi que les États, qui sont les seuls *créateurs* de normes du droit international, répugnent à développer ces voies. On retrouve donc dans les développements du droit international des droits de l'homme depuis 1945 des tendances que l'on pourrait qualifier de scelliennes, même si elles sont tempérées par l'affirmation de l'égalité souveraine des États. Il est clair que l'individu a acquis une certaine épaisseur juridique, et qu'on peut s'attendre à ce qu'il obtienne plus de droits encore dans les années qui viennent, compte tenu du rôle joué par les ONG et autres institutions internationales.

Cette évolution serait d'autant plus bienvenue que, sur l'autre versant de la personnalité juridique, celle des obligations, le statut de l'individu s'est nettement étoffé. En effet, alors que, dans le système des droits de l'homme,

¹ de Frouville (O.), « Une conception démocratique du droit international », *art. cit.*, p. 144.

² La CPJI avait reconnu le principe d'effet direct des normes internationales dès 1928, dans son arrêt *Affaire de la compétence des tribunaux de Danzig* : « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». Pour Dominicé, l'hypothèse que « la nature intrinsèque des textes est d'instituer des droits au bénéfice des individus » est confirmée par « le fait que les instruments internationaux en la matière, dans les ordres internes qui n'opposent pas l'écran auquel nous venons de faire allusion, sont appliqués par les tribunaux, plus précisément celles de leurs dispositions qui, par leur contenu et leur structure, se prêtent à l'application directe. » (*in L'Émergence de l'individu en droit international public*, Graduate Institute Publications, Genève, 1997. URL : <http://books.openedition.org/iheid/1341>).

³ Dans une telle conception, l'existence même d'un pouvoir discrétionnaire devient difficilement acceptable.

l'individu est seulement vu comme créancier d'une obligation étatique, à l'autre pôle, les juridictions internationales pénales permettent, sur la base de règles internationales, la poursuite des criminels internationaux directement dans l'ordre international. La logique de leur création révélait essentiellement l'échec de la médiation des règles internationales en constatant que les violations massives des droits de l'homme ou du droit international humanitaire restaient majoritairement impunies.¹

Cet aspect n'est pas négligeable, car il montre que tous les éléments classiquement attachés à la notion de personnalité juridique sont d'ores et déjà réunis par l'individu, quoique de façon fragmentée ; en effet, bien que, schématiquement, les droits et la capacité à exercer des actions en justice soient concentrés dans le droit international des droits de l'homme et les obligations dans le droit international pénal (même s'il ne faut pas oublier les droits procéduraux dont jouissent les individus dans cette matière), « en pratique, les particuliers remplissent toutes les conditions posées par la Cour internationale de justice pour être reconnus comme sujets du droit international »².

Cette dimension d'obligation a particulièrement été développée par Kelsen, selon un raisonnement qui, sur ce point précis du statut juridique des individus sur le plan international, est étonnamment proche de celui de Scelle, en qui le juriste autrichien voyait pourtant « le type même du juriste rempli d'un pathos éthique »³. À ses yeux en effet, seuls les individus peuvent être considérés comme des sujets de droit, puisque « les obligations, responsabilités et droits subjectifs d'une personne morale ne sont jamais que les obligations, responsabilités et droits subjectifs de certains individus (...). Tous [s]es actes sont en fait des actes accomplis par des individus »⁴. Les deux juristes ont donc en commun, bien malgré eux, une même remise en cause du dogme de la souveraineté, qui, contrairement à la conception classique, ne fait d'après eux pas écran à l'action individuelle sur le plan international. Cette remise en cause s'explique par un même souci de réalisme, puisqu'elle repose sur le refus d'assimiler l'État à une personne dotée d'une volonté propre. L'État, dans leur optique nominaliste, a perdu toute « priorité ontologique »⁵. Il n'est qu'une collection d'individus, il n'est que leur organe transparent ; or, de cette affirmation à l'idée selon laquelle l'État est au service des individus et doit donc

¹ Margueritte (T.), Prouvèze (R.), « Le droit international et la doctrine saisis par le fait : la diversification des sujets du droit international sous l'effet de la pratique », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série mars 2016, p. 170.

² Margueritte (T.), Prouvèze (R.), « Le droit international et la doctrine saisis par le fait... », *art. cit.*, p. 171.

³ Herrera (C.-M.), « Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* n° 21, 2005/1, p. 114.

⁴ *In Introduction to the problem of legal theory*, cité par Pasquier (E.), *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Classiques Garnier, Paris, 2012, p. 656.

⁵ Pasquier (E.), *De Genève à Nuremberg...*, *op. cit.*, p. 654.

s'effacer si son action porte atteinte à leurs intérêts, il n'y a qu'un pas, que Scelle a franchi. Chez Kelsen toutefois, on trouve plutôt le schéma inverse : ce qui importe à ses yeux, avant même les crimes du nazisme, c'est la possibilité de mettre en cause pénalement les individus en droit international, sous réserve que soit mis en place à cet effet un substrat textuel formellement valide, afin d'éviter que des États, et donc des peuples, soient injustement pénalisés pour les actions de leurs dirigeants, comme ce fut le cas pour l'Allemagne soumise aux diktats du Traité de Versailles¹. Toutefois, malgré cette différence d'accent, la thèse est la même que Scelle : l'analyse de Kelsen ouvre, elle aussi, « la possibilité théorique de la constitution de l'individu comme sujet direct du droit international »².

Ainsi, chez Kelsen comme chez Scelle, et selon un raisonnement qui semble gagner du terrain dans le droit international positif, c'est le refus d'hypostasier la figure de l'État souverain qui permet la promotion de l'individu comme sujet actif du droit international. Dans les deux cas en effet, l'entité étatique n'est pas appréhendée comme une fin en soi, mais comme une fiction à caractère instrumental, mise au service des individus. C'est cette approche qui explique leur monisme commun : l'État est soumis au droit international parce qu'il n'est que la particularisation contingente et commode d'un principe d'interactions individuelles universel. En effet, pour G. Scelle,

le Droit des gens régit ainsi, sans qu'il puisse y avoir de limite à son action, non seulement les systèmes juridiques étatiques ordinaires ou constitutionnels, mais les systèmes juridiques interétatiques, superétatiques ou extraétatiques des communautés internationales secondaires

et « la souveraineté étant un principe absolu ne pourrait s'entendre que de la société internationale globale, le Droit des gens ayant seul la compétence de la compétence »³. De même, dans un parallélisme frappant, Kelsen affirme que « le droit international oblige et habilite les États », par quoi il faut comprendre que, « à la différence de l'ordre juridique étatique, le droit international n'oblige ni n'habilite des individus de façon directe, mais seulement de façon indirecte, en passant par l'intermédiaire de l'ordre juridique étatique »⁴. Dans les deux cas, on peut considérer que « pour une oreille souverainiste », ces énoncés sont « un crime de lèse-majesté »⁵, puisque l'État se voit réduit au rang d'outil du droit international.

¹ Sur ce point, voir les analyses de Pasquier (E.), « Hans Kelsen, la poursuite des criminels de guerre et la structure interétatique », in Grangé (N.), Ramel (F.) (dir.), *Le droit international selon Hans Kelsen, Criminalités, responsabilités, normativités*, ENS éditions, Lyon, 2018, p. 71-90.

² Pasquier (E.), *De Genève à Nuremberg...*, op. cit., p. 654.

³ Scelle (G.), *Précis du droit des gens II*, op. cit., p. 6.

⁴ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Bruylant/LGDJ, Paris, 1999, p. 315.

⁵ Pasquier (E.), *De Genève à Nuremberg...*, op. cit., p. 664.

Or, c'est précisément une optique souverainiste ou étatiste que nous avons adoptée jusqu'à présent, puisqu'elle reflète le point de vue actuellement dominant. Mais au fil de ces remarques, notre regard s'est progressivement décentré par rapport aux chapitres précédents. En effet, alors que, jusqu'ici, nous n'avions envisagé la situation juridique des étrangers que depuis l'intérieur du périmètre de l'État, pour ainsi dire, en tenant le principe de la souveraineté de l'État — entendue ici comme pouvoir discrétionnaire sur son territoire — pour intangible, nous sommes en train de desserrer cet étau et de faire un pas en arrière par rapport à l'État. Ce décentrement permet d'envisager une voie consistant à mettre l'individu (et l'étranger, pour le sujet qui nous occupe) sur le même plan que l'État, ce dernier voyant son rôle d'opérateur central du droit international et son pouvoir discrétionnaire relativisés.

2. *L'individu sans l'État*

Nous envisagerons trois aspects de la promotion de l'individu sur la scène internationale, pour tenter de mesurer son impact possible sur la situation des étrangers : son affranchissement par rapport à la protection traditionnellement octroyée par l'État - et par l'État uniquement - d'abord, la possibilité pour lui d'agir indépendamment de tout rattachement étatique ensuite, et enfin la relativisation de la centralité de l'État lié à l'essor du *jus cogens*.

En premier lieu, on mesurera mieux combien accorder des voies de recours aux individus devant les juridictions internationales revient à remettre en question la centralité de l'échelon étatique en considérant, par contraste, le système qui assure actuellement la défense des droits d'un individu qui auraient été bafoués sur le sol d'un État dont il n'est pas ressortissant. En effet, la possibilité d'un recours par l'individu lui-même demeure exceptionnelle, et le mécanisme adopté est plutôt celui de la protection diplomatique. Or, ce mécanisme, par lequel « l'État prend en charge la requête qu'un de ses nationaux souhaite voir soutenir contre un État tiers dont les agissements lui ont causé un dommage qu'il estime ne pas avoir été réparé »¹ à la suite des recours formés par l'individu dans l'État considéré comme fautif, est discrétionnaire : c'est à l'État de rattachement de décider s'il souhaite ou non mettre en œuvre cette faculté. Pourtant, « cet endossement est décisif pour la suite de la procédure relative à la responsabilité internationale de l'État ; en effet, s'il n'intervient pas, il n'y a pas liaison du contentieux sur le plan international et l'individu lésé restera sans recours contre les

¹ Berlia (G.), « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international* n° 195, p. 63.

décisions de droit interne juridictionnelles ou autres, qui ont pu lui faire grief »¹. Par ailleurs, le refus de l'État d'endosser le contentieux ou même de reverser les indemnités obtenues au terme de la procédure ne peuvent qu'exceptionnellement faire l'objet d'un recours de la part de l'individu.

Cette situation s'explique par l'origine même de la protection diplomatique : elle repose en réalité sur une fiction en vertu de laquelle « il y a donc dissociation entre le fait initial dont se plaint le particulier et qui se place dans l'ordre juridique interne de l'État étranger, et l'intervention de l'État lésé qui est censée ne plus mettre aux prises que deux gouvernements sur le plan du droit international »². Cela signifie que l'individu est complètement évacué du jeu de la protection diplomatique. Au fond, une telle approche reflète fidèlement la vision classique du droit international, considéré comme synonyme d'interétatique, c'est-à-dire ne mettant aux prises que des États. Selon cette fiction, la protection diplomatique consiste donc en l'exercice d'un droit de l'État, qui ne concerne que très indirectement l'individu. Selon la Cour internationale de justice, en effet,

c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.³

Dans ce paragraphe, on assiste à la disparition progressive de l'individu derrière l'écran de l'État ; certes, c'est le dommage subi par l'individu qui est à l'origine du déclenchement du mécanisme de protection, mais, à partir du moment où l'État d'origine entre en jeu, l'individu n'a plus de prise sur la procédure. De façon assez révélatrice, le cours que Parry⁴ a consacré à cette question à La Haye n'envisage jamais l'individu : il s'intéresse tour à tour aux conditions auxquelles la responsabilité d'un État peut être mise en cause et auxquelles un État peut décider de représenter un individu, ainsi qu'aux différents acteurs qui, en plus des États, peuvent être impliqués dans le mécanisme (institutions internationales diverses), sans que le rôle joué par l'individu ne fasse l'objet d'une quelconque analyse, parce que, du point de vue du droit international, il n'en joue justement aucun. C'est d'ailleurs précisément cette caractéristique de

¹ Berlia (G.), « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique », *art. cit.*, p. 63.

² Haggemacher (P.), « L'ancêtre de la protection diplomatique : les représailles de l'ancien droit (xiiie-xviii siècles) », *Relations internationales* n° 143/3, 2010, p. 8.

³ CPJI, 30 août 1934, Concessions Mavrommatis en Palestine. Cette référence au droit de l'État se trouve aussi dans CIJ, 24 mai 1980, affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran.

⁴ Parry (C.), *Some considerations upon the protection of individuals in international law*, RCADI n° 90, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1956.

la protection diplomatique qui explique qu'elle soit aujourd'hui en recul, au profit du développement des voies de recours individuels directs, parce que la personnalité juridique internationale de l'individu s'est étoffée, alors qu'

au regard de la configuration du système juridique à l'époque de l'arrêt *Mavrommatis*, pour garantir la réparation de dommages infligés à des particuliers à l'étranger sans pour autant reconnaître la personnalité juridique internationale des personnes privées, les juges sont contraints de « faire comme si » le préjudice causé à l'individu était un préjudice causé à son État national.¹

Pour cette raison, Scelle a pu qualifier la protection diplomatique de « monstre juridique »², au motif que

pour un juriste rien n'est plus fictif et arbitraire, rien n'est aussi anti-juridique que cette institution qui ne joue qu'après un accord diplomatique sur la nationalité, exige la bonne volonté du gouvernement réclamant, est subordonnée à ses convenances politiques ou à ses ambitions impérialistes, peut n'aboutir pour l'intéressé qu'à une satisfaction purement illusoire qui d'ailleurs ne lui est pas personnellement octroyée, repose, en un mot, sur la substitution d'une personne fictive, l'État, à une personne réelle, l'intéressé, et se résout finalement en un tour de prestidigitation juridique.³

On le voit, la critique de Scelle porte précisément sur le fait que la protection diplomatique fait primer l'État sur l'individu, c'est-à-dire le sujet fictif sur le sujet réel, attribuant, qui plus est, au premier une marge de manœuvre discrétionnaire, qui soumet donc la défense des droits individuels aux considérations politiques de l'État ; il juge donc qu'« il serait évidemment infiniment préférable que l'individu sujet de droit (...) pût aussi disposer des actions internationales juridictionnelles »⁴. La protection diplomatique implique, qui plus est, que le statut d'un étranger soit entièrement dépendant de sa nationalité et de la puissance de son État d'origine : le ressortissant d'un État faible ou failli, et plus encore l'apatride, sont donc privé de toute voie de recours contre les abus dont ils pourraient faire l'objet à l'étranger. C'est en partie pour remédier à ce défaut du système international qu'est né le droit international des droits de l'homme.

Malgré les évolutions du droit international que nous venons de retracer, et la lente ouverture des voies de recours internationales aux individus, on peut affirmer que, en l'état actuel des choses, et même si « l'ordre international adopte, au départ, envers les individus l'attitude qu'adopte en général un ordre juridique à l'égard des entités qu'il entend élever à la qualité de sujets, c'est-à-dire de titulaires des droits et des devoirs qu'il confère », pour autant,

¹ Garibian (S.), « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *Annuaire français de droit international* n° 54, 2008, p. 124.

² Scelle (G.), « Le problème de l'apatridie... », *art. cit.*, p. 144.

³ Scelle (G.), « Le problème de l'apatridie... », *art. cit.*, p. 14.

⁴ Scelle (G.), *Précis du Droit des gens II*, *op. cit.*, p. 132.

« il ne confère pas lui-même aux individus des droits et des devoirs, puisqu'il tient compte du fait que les individus sont fermement placés sous l'autorité des États et qu'il convient donc de s'adresser à ces derniers pour arriver jusqu'aux individus. »¹. La promotion de l'individu reste en effet à l'état de tendance timide², même si sa justification théorique a été développée dès le début du XX^e siècle, comme nous l'avons vu avec Scelle et Kelsen. En dépit de toutes les atténuations structurelles de la souveraineté que nous avons décrites plus haut, l'État demeure la clé de l'effectivité des normes tant internationales que nationales. Le contrôle croissant de l'ONU et de ses organes, le rôle accru joué par les individus, l'émergence de la notion de société civile mondiale, tous ces éléments n'empêchent pas le fait que, pour l'heure,

la personne privée n'a aucune prise sur la création, ou l'extinction, des droits qui résultent pour elle d'une norme figurant dans une convention. En outre, lorsque de telles normes existent (par exemple les dispositions d'un traité sur la double-imposition qui visent directement l'individu), c'est encore à l'État qu'il appartient de déterminer si, dans son ordre juridique, les normes conventionnelles internationales peuvent être invoquées, et appliquées, notamment lors de recours. Ainsi donc, l'individu destinataire de normes internationales, qu'il s'agisse de droits substantiels ou de moyens de procédure, est toujours dans une situation précaire, et cela vaut aussi si, par hypothèse, la norme est une coutume internationale, car celle-ci peut se modifier ou tomber en désuétude sous l'effet de la pratique des États.³

Si l'on envisage la situation ainsi, on comprendra qu'une piste de réforme consiste à délier l'individu et l'État, à tenter de développer une vie internationale indépendante de tout rattachement étatique pour les individus. En effet, pour le cas qui nous occupe, celui des étrangers, on constate que, bien souvent, leur État de rattachement ne peut ou ne veut pas défendre leurs intérêts ; dans ce cas, le mécanisme de protection diplomatique perd toute effectivité. Le cas est évident pour les demandeurs d'asile, dans la mesure où l'asile concerne les individus qui ont fui leur État et refusent de rester sous sa protection, parce qu'il exerce des menaces contre eux au lieu de les protéger, justement. Mais le même diagnostic s'impose pour la très grande majorité de personnes émigrées, car elles proviennent le plus souvent d'États

¹ Sperduti (G.), « La personne humaine et le droit international », *Annuaire français de droit international* n° 7, 1961, p. 146.

² Ainsi, « alors que la Convention européenne des droits de l'homme peut offrir de véritables voies de recours à des millions d'Européens, il est difficile d'affirmer que la Convention américaine sur les droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en font autant. En outre, la majorité de la population mondiale, qui se trouve en Asie, n'est couverte par aucune convention régionale en matière de droits de l'homme. Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle, contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique. », Dugard (J.), *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Document (Commission du droit international) A/CN.4/506 et Add.1, 7 mars et 20 avril 2000, p. 228.

³ Dominicé (C.), *L'Ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Genève, 2014, p. 131.

pauvres, inefficaces, voire corrompus, ou économiquement dépendants des États d'immigration et donc peu tentés de provoquer un incident diplomatique en exerçant leur prérogative de protection de leurs ressortissants. Ainsi, comme le souligne le rapporteur de la Commission du droit international, pourtant évidemment peu suspect de vouloir abandonner ce mécanisme, « dans la pratique, ce sont avant tout les nationaux des États occidentaux puissants qui ont bénéficié de ce privilège, car c'étaient ces États qui étaient toujours prêts à intervenir pour protéger leurs nationaux quand le traitement qui leur était réservé n'était pas conforme aux normes ordinaires de la civilisation, qu'ils fixaient eux-mêmes »¹.

Face à un tel constat, la piste consistant à accorder une « vie juridique », pour reprendre l'expression de Scelle, aux individus (prioritairement aux apatrides) sans passer par la médiation d'un État, prend une pertinence renouvelée. Dans le système actuel, la seule solution face aux dysfonctionnements de la répartition de la population mondiale au sein des différents États consiste à attribuer aux individus sans État de rattachement un État de substitution. Or, nous avons vu au chapitre précédent qu'accorder sa protection aux demandeurs d'asile et apatrides ne constituait pas une obligation pour l'État d'accueil ; si le fait de créer des apatrides est aujourd'hui contraire au droit international et que l'asile est reconnu comme un droit individuel, la détermination de la responsabilité de tel ou tel État en la matière est bien plus problématique. De ce point de vue, l'existence d'individus dépourvus de tout État disposé à garantir leurs droits ou à leur délivrer un titre de circulation est un phénomène relativement répandu dans le monde actuel. L'hypothèse d'un équivalent contemporain du passeport Nansen, c'est-à-dire d'un document permettant aux individus de circuler et d'attester leur identité sans pour autant être reconnus comme réfugiés statutaires ou naturalisés, peut alors se présenter comme une solution. Il est certain que l'amélioration de la situation concrète de ces individus serait faible puisqu'il existe un risque important de les voir refoulés d'État en État partie à un tel système, aucun ne souhaitant leur accorder un véritable droit au séjour ou des conditions d'accueil digne ; autrement dit, le principal problème rencontré par les étrangers étant la mauvaise volonté des États et leur absence d'obligations à leur égard, cette hypothèse ne représente qu'une avancée théorique. Mais elle aurait l'avantage de desserrer le lien qui unit la condition des individus à leur État de rattachement, et d'ouvrir la possibilité de définir à plus long terme un véritable statut international pour les individus, avec une série plus étoffée de droits et d'obligations, en dehors de toute référence à un État. Tel était par exemple le rêve porté par Garry Davis, mais qui ne semble pas plus prêt de devenir réalité aujourd'hui qu'en 1948 :

¹ Dugard (J.), *Premier rapport sur la protection diplomatique*, *doc. cit.*, p. 226-227.

Ce vétéran américain de la Seconde Guerre mondiale est notamment celui qui, en mai 1948, se rendit à l'ambassade américaine à Paris afin de renoncer volontairement à la nationalité américaine, geste qui devait lui permettre d'affirmer en même temps sa citoyenneté mondiale. S'il prit soin d'informer immédiatement la presse de son acte, ce n'est pourtant pas ce renoncement qui le rendit célèbre. Sa renommée ne vient pas non plus du fait qu'il ait imprimé lui-même, trois mois plus tard (et après avoir déchiré le titre de séjour provisoire accordé par le gouvernement français), une carte d'identité de citoyen du monde. Si le nom de Garry Davis fut pour quelque temps sur toutes les lèvres et s'il est encore connu de nos jours, c'est principalement pour un coup d'éclat médiatique. L'ONU siégeait alors pour quelques mois au Palais de Chaillot, à Paris. Les jardins du palais étaient donc devenus, de septembre à décembre 1948, un territoire international. C'est pour cette raison que, du 12 au 19 septembre, Garry Davis y planta une tente, déterminé à rester le plus longtemps possible. L'évènement fut, à l'époque, largement suivi par les médias, et il eut le temps de se déclarer face aux micros « premier citoyen du monde » avant d'être expulsé par la police française au bout de quelques jours. Son idée était la suivante : s'installer sur ce territoire international et exiger une loi internationale pour le gouverner, lui qui n'avait plus de nationalité.¹

Enfin, si le droit international est intégralement issu de la volonté des États, et relève donc de ce point de vue d'un système centré sur la souveraineté, certaines de ses dispositions conventionnelles ont, au cours des dernières décennies, acquis un statut différent, qui empêche les États, pourtant auteurs de ces normes, de les dénoncer ou les modifier librement : il s'agit des normes que l'on désigne comme le *jus cogens*, par opposition au *jus dispositivum* qui constitue la référence en droit international. Cette évolution n'est pas sans conséquence - théoriquement, du moins - sur le statut des étrangers.

Sans entrer dans le détail des débats relatifs à cette notion, il suffira de préciser qu'elle trouve sa source dans l'article 53 de la Convention de Vienne², désignant une « norme impérative de droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » : comme les normes constitutionnelles nationales, on ne peut les modifier que par une procédure particulière. Ces normes constituent donc, en quelque sorte, une coutume au carré, ou une quasi-constitution, qui lie les États qui ont présidé à leur définition. Il faut donc distinguer, pour cerner la spécificité du *jus cogens* au sein du droit international, entre « l'origine de la norme impérative, qui reste attachée au consentement sous ses formes les plus

¹ Lourme, (L.) « Quelle réalité politique pour la notion de “citoyenneté mondiale” ? », in Lourme (L.) (dir.), *Le nouvel âge de la citoyenneté mondiale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 7.

² Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

diverses et ses *effets* qui introduisent une limite à la liberté contractuelle. »¹ Autrement dit, l'origine du *jus cogens* est contractuelle, comme toutes les normes de droit international, mais sa force obligatoire ne se soutient pas uniquement de la volonté des États. Selon le même auteur, et même si la détermination du champ du *jus cogens* fait l'objet de nombreuses polémiques, on peut considérer qu'il embrasse principalement

deux polarités : l'une concerne les droits des États ; elle vise essentiellement le principe de leur égale souveraineté comme celui de l'interdiction du recours à la force ; l'autre se rapporte à la protection des droits de la personne humaine, en temps normal ou en période de conflits armés, perçue individuellement ou collectivement, ce qui inclut sans doute certains droits des minorités, mais en tout cas celui des peuples à l'autodétermination.²

La raison pour laquelle le *jus cogens* dispose d'une telle force normative tient au fait que ses règles témoignent d'un décrochage par rapport à la logique classique du droit international : elles ne reflètent pas simplement l'intérêt d'un État, agissant de façon analogue à un individu, mais l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble, d'où l'inscription des principes de sécurité collective et des droits de l'homme en son sein. Aux yeux d'une partie de la doctrine, cette évolution justifie de parler d'une constitutionnalisation du droit international, dont le texte central serait la Charte de San Francisco. En effet, son article 103 dispose qu'« en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront », ce qui peut être interprété comme l'ébauche d'une hiérarchie des normes. De même, les instances de l'ONU ont pu être qualifiées de pouvoir exécutif mondial, ou de « services publics d'union »,

poursuivant des buts qui tendent à favoriser le progrès et le bien-être de l'humanité et pourvus d'organes qui sont chargés soit d'agir directement au profit des hommes soit d'agir pour leur avantage en promouvant, orientant, favorisant, coordonnant les activités des États ainsi que d'entités dépendant d'États. Il faut en outre souligner que la raison d'être des services publics d'union vient de ce que l'action individuelle et autonome des États ne suffit pas à assurer le progrès et le bien-être des hommes, soit à cause de la limitation des moyens dont chaque État dispose pour son propre compte, soit du fait que la vie sociale des hommes, les besoins et les intérêts humains dépassent et sont toujours portés à dépasser davantage le domaine des diverses collectivités étatiques.³

Jus cogens, ordre public international, services publics d'union, constitution... : les termes empruntés au droit interne se multiplient dans l'analyse du droit international

¹ Dupuy (P.-M.), *L'Unité de l'ordre juridique international*, RCADI n° 297, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2002, p. 277.

² Dupuy (P.-M.), *L'Unité de l'ordre juridique international...*, *op. cit.*, p. 303.

³ Sperduti (G.), « La personne humaine et le droit international », *art. cit.*, p. 148.

contemporain, pour essayer de cerner ce qui, dans ses transformations postérieures à la Seconde Guerre mondiale, tend à dépasser le caractère interétatique et contractuel au profit d'une organisation plus contraignante. Ce qui nous intéresse tout particulièrement pour notre sujet, c'est que les textes relatifs aux droits de l'homme jouent un rôle important dans ce processus. En effet, la transposition des normes relatives aux droits de l'homme du niveau national au niveau international signifie qu'« un domaine du droit qui concernait à l'origine et par principe la relation de l'individu/du citoyen aux pouvoirs publics devait être transplanté au sein d'un système qui régulaient à l'origine et par principe les relations interétatiques » ; pour rendre ce processus possible,

les États se promirent de sauvegarder les droits de l'homme. Ce faisant, ils reconnaissent le droit des autres États de réagir de façon conforme au droit aux violations qui, en principe, se produisaient dans la sphère de leur droit national. De ce fait, la souveraineté est devenue plus fine et plus transparente, et les États ont acquis un droit de regard, c'est-à-dire le droit de contrôler les performances des autres États en matière de droits de l'homme.¹

Pour mieux cerner la place de cette tendance à la constitutionnalisation du droit international, ou du moins à l'essor de règles dont la force normative ne se soutient pas uniquement du bon vouloir de la souveraineté étatique, on peut recourir à l'hypothèse d'une oscillation du droit international entre le modèle hobbesien du droit privé, dans lequel les États sont considérés comme des individus qui contractent librement, et le modèle

de l'humanité souveraine, qui s'accompagne du projet d'une Fédération des États à l'échelle mondiale. Dans ce modèle, l'humanité est une et régie par des règles objectives. Les sujets de droit sont les individus, non les États qui ne sont que des personnes fictives dont l'usage facilite la formation et la mise en œuvre du droit.²

Ce second courant serait incarné en particulier par Vitoria, Suarez, Kant et Scelle, et tend, dans ses traductions en droit positif, à abolir ou atténuer l'« écran de la souveraineté »³ qui, dans le modèle hobbesien, empêche un État de juger ce qui se passe dans un autre État, notamment en matière de droits de l'homme des étrangers. Cette tendance se manifeste tout spécialement dans le développement du droit pénal international, puisque la création de la CPI permet de juger les actes commis par un individu au nom d'un État, ce qui pose « les bases de la disparition de l'ordre interétatique »⁴. En réalité, toutefois, ces deux tendances ne coexistent pas, elles sont plutôt hiérarchisées, dans la mesure où la seconde, celle de l'humanité souveraine, dépend de la première, celle du contractualisme hobbesien, puisque toutes les

¹ Tzevelekos (V.-P.), Lixinski (L.), « Towards a Humanized International "Constitution" ? » *Leiden Journal of International Law* n° 29, 2016, p. 343-364, p. 356 (nous traduisons).

² de Frouville (O.), « La cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *art. cit.*, p. 278.

³ de Frouville (O.), « La cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *art. cit.*, p. 281.

⁴ de Frouville (O.), « La cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *art. cit.*, p. 283.

applications que nous avons citées (ONU, CPI, *jus cogens*, essor des institutions transnationales en général) dépendent de la bonne volonté des États, qui peuvent toujours refuser de prendre part à une évolution ou émettre des réserves. Ainsi, même les tendances à la relativisation de la souveraineté étatique ne trouvent leur origine que dans la volonté souveraine des États : le modèle de l'humanité souveraine ne peut exister sans l'accord contractuel des États. Pour expliquer cet apparent paradoxe, la théorie scellienne du dédoublement fonctionnel peut se révéler utile. En effet, les États

peuvent adopter deux postures : soit celle d'un État souverain défendant ses intérêts propres ; soit celle d'un délégué de l'humanité opérant cette synthèse des intérêts publics, des collectivités étatiques, afin d'aboutir à des propositions qui, sans nécessairement favoriser dans l'immédiat ses intérêts, correspondent à l'intérêt public global, c'est-à-dire à l'intérêt de l'humanité tout entière.¹

Autrement dit, le modèle de l'humanité souveraine dépend, tout en la dépassant, de la souveraineté de l'État, car seul l'État est auteur des normes du droit international, y compris celles qui relativisent son pouvoir ou réduisent le périmètre de son domaine réservé. De ce point de vue, la tentation naturelle serait de considérer que l'État n'est légitime que dans la mesure où il adopte la posture du « délégué de l'humanité », et qu'il ne représente donc qu'une médiation, éventuellement dispensable, au service du droit international.

Toutefois, et même si ces différentes pistes et inflexions récentes du droit international tendant à renforcer la situation de l'individu sur la scène internationale et à desserrer les liens qui le rattachent à l'État constituent une ligne de fuite qui présente un intérêt théorique certain, elles ne peuvent pas résoudre le principal écueil lié à la situation juridique de l'étranger, qui est celui de *l'effectivité* de ses droits subjectifs. Or ce problème ne se pose pas véritablement à l'échelle du droit international, mais plutôt à l'échelle interne : le défi est de garantir l'effectivité de ces droits par l'État. Toute évolution du droit qui permettrait à l'individu de faire contrepoids à l'État sur le plan international risquerait donc d'être condamnée à demeurer illusoire, car elle ne ferait guère progresser la situation réelle des étrangers aux niveaux local et national. Il est souvent déploré par les commentateurs, par exemple, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour européenne de justice reste lettre morte dans les faits, malgré les victoires symboliques représentées par certains arrêts, parce que, dans les pratiques ordinaires des États, les violations des droits continuent ; autrement dit, les quelques cas portés devant les juridictions régionales demeurent des exceptions. La plupart du temps, les atteintes aux droits des étrangers ne sont pas portées à leur connaissance, et même une

¹ de Frouville (O.), « La cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *art. cit.*, p. 272.

condamnation ponctuelle ne suffit pas toujours à mettre fin à la pratique dénoncée. Il n'est donc pas certain qu'une montée en généralité consistant à promouvoir l'individu sur la scène internationale débouche sur une amélioration concrète du sort des étrangers.

Conclusion

Ainsi, le bilan de ce chapitre demeure maigre : les différentes tentatives destinées à permettre à l'individu de faire contrepoids à l'État que nous avons passées en revue semblent autant d'impasses, au moins relatives. Le modèle des droits de l'homme s'est révélé en grande partie prisonnier du statocentrisme qui caractérise le droit international actuel : il ne semble donc guère apte à faire véritablement bouger la condition juridique des étrangers. Qui plus est, ses dispositions protectrices sont vidées d'une grande partie de leur substance par l'inventivité de l'administration et du législateur, comme l'illustre le recours aux considérations humanitaires. Quant aux approches qui tentent de renforcer la figure de l'individu face à l'État, qu'elles soient philosophiques ou juridiques, elles semblent condamnées à demeurer en grande partie incantatoires. La principale raison en est que ces mesures sont essentiellement réactives et correctrices : prenant acte des déséquilibres induits par la logique du balancier, c'est-à-dire l'opposition structurelle entre souveraineté étatique et droits individuels des étrangers, elles tentent de le rééquilibrer en faveur de ces derniers, de renforcer le poids que l'étranger peut avoir face à l'État. Ce faisant, elles se condamnent à se heurter à la résistance de la souveraineté étatique, à travers des stratégies de sape et de détournement des normes dont nous avons vu de multiples exemples au cours de ces trois chapitres.

Bilan de la première partie

Au cours de ce bilan de la situation réservée aux étrangers en France et en Europe, nous avons été successivement confrontée à deux figures de l'étranger, correspondant à deux régimes différents de droits et de devoirs.

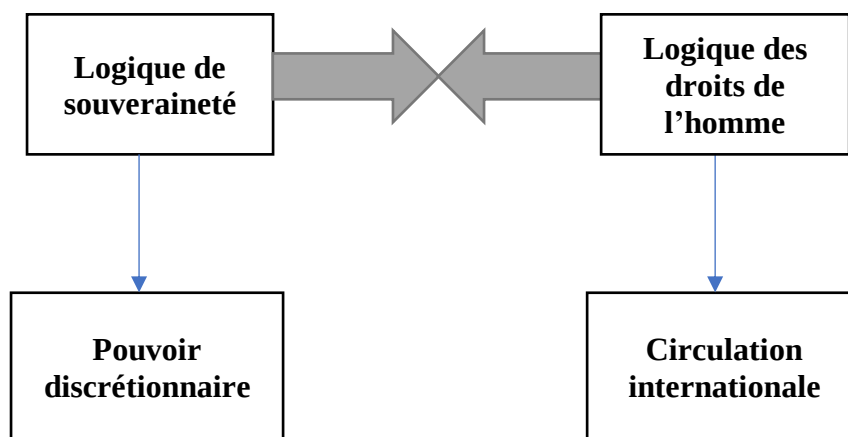
La première est celle de l'étranger extérieur à la souveraineté étatique, conçu comme son envers, ou de l'étranger-intrus (chapitres 1 et 2) ; dans cette conception, l'espace de ses droits subjectifs est extrêmement réduit, tant sur le plan de leur reconnaissance textuelle que de leur garantie effective. La raison en est, nous l'avons vu, que l'étranger est structurellement appréhendé comme une menace potentielle pour la souveraineté de l'État et le maintien de l'ordre public : c'est donc un régime de contrôle qui lui est réservé. Il n'est envisagé que du point de vue de l'État. La seconde figure est celle de l'étranger-homme, titulaire des droits de l'homme (chapitre 3) ; il est ici appréhendé de façon autonome par rapport à l'État, non plus comme son envers menaçant, mais comme un sujet de droit à part entière. Il est alors plus aisé de concevoir un régime protecteur de ses droits ; cependant, cette approche demeure largement théorique. En effet, dès que l'on envisage la question de l'effectivité des droits de l'homme des étrangers, ces derniers se retrouvent happés dans l'orbite de la souveraineté et, par-là même, fragilisés, puisque l'on retombe sur la première figure de l'étranger extérieur et menaçant.

Il apparaît donc que, d'un côté, les droits des étrangers sont mal garantis à l'échelle étatique, dans la mesure où la souveraineté tend à les vider de leur force normative, soit en mettant au point des stratagèmes à la limite de la légalité, sur le mode de l'infra-droit, soit en les mettant en balance (défavorable) avec l'ordre public, soit encore en recourant à leur traduction dans le registre humanitaire. D'un autre côté, toutefois, nous avons vu que la voie consistant à autonomiser l'individu sur la scène internationale semble vouée à l'échec parce que ses droits, quelle que soit la manière dont ils sont conçus ou formulés, sont toujours mis en œuvre sur le territoire d'un État et demeurent tributaires de la bonne volonté de ce dernier à son égard. Autrement dit, la souveraineté étatique apparaît à la fois comme le principal obstacle (de fait) et le principal garant (de droit) pour les droits individuels des étrangers.

On comprend alors pourquoi les voies examinées dans le chapitre 3 et destinées à faire valoir le point de vue de l'individu *contre* l'État, à donner au premier les moyens de faire contrepoids au second, ne représentent que des solutions théoriques en dernier ressort dépourvues d'effectivité : parce qu'elles constituent des solutions internes au balancier entre

État et droits des étrangers, destinées à le faire pencher plus du côté de l'individu, à corriger son déséquilibre structurel en faveur de l'État. Mais parce qu'elles demeurent tributaires du modèle du balancier, elles se heurtent à la résistance de la souveraineté étatique, qui rechigne à reculer au profit de droits individuels expressément proclamés *contre* elle¹. Dans la mesure où il semble impossible et peu désirable de se passer entièrement de l'acteur étatique², entendu comme forme contemporaine de la délimitation de communautés politiques distinctes capables de s'autodéterminer, c'est-à-dire comme expression institutionnalisée de cette communauté, toute piste consistant à faire reculer son pouvoir aura des difficultés à s'imposer dans les faits.

On peut schématiser la logique portée par les droits de l'homme des étrangers, dans ses rapports avec la souveraineté, sous la forme de deux logiques qui ne communiquent pas, mais s'opposent frontalement, selon notre modèle du balancier exposé :



De plus, dans cette perspective, les droits de l'homme viennent *après* la souveraineté : ils sont autant de bémols posés à son exercice, ils la tempèrent de façon secondaire. La souveraineté, *première*, n'est que limitée dans un second temps par les droits individuels. Nous avons vu combien ce procédé ne pouvait résister s'agissant des droits des étrangers. Si l'on tient compte des difficultés posées par une telle approche, on comprend que la garantie des droits individuels des étrangers ne peut pas consister à faire reculer la souveraineté, à la corriger, la domestiquer, la confiner dans des limites plus étroites ; tout discours faisant valoir les droits

¹ On pourrait objecter que cette notion de recul du pouvoir discrétionnaire associé à la souveraineté concerne l'ensemble du périmètre des droits de l'homme, et pas uniquement ceux des étrangers : dans ce modèle, il s'agit toujours de réguler la souveraineté, de lui faire intégrer un principe qui tempère son exercice. Cependant, dans les démocraties libérales, la garantie des droits de l'homme des citoyens ne semble pas poser de problèmes particuliers, ou seulement à la marge : l'opposition structurelle avec la souveraineté que nous avons diagnostiquée s'agissant des droits des étrangers ne se retrouve pas dans le cas des droits des citoyens. La raison en est que la protection des droits des citoyens est, sur le plan idéologique, la raison d'être du pouvoir de l'État, le fondement de sa légitimité. De ce point de vue, respecter les droits de l'homme des citoyens ne revient pas tant, pour la souveraineté de l'État, à s'affaiblir qu'à se renforcer, qu'à ancrer sa légitimité dans les esprits. Mais ce bénéfice politique est nettement plus faible quand les droits de l'homme en jeu sont ceux des étrangers : la balance entre ordre public ou pouvoir discrétionnaire et droits individuels est alors bien plus nette.

² Nous reviendrons à la fin du chapitre 6 sur le rôle de l'État (III et conclusion).

individuels des étrangers *de l'extérieur et contre* la souveraineté de l'État se condamne à l'impuissance. Il s'agirait au contraire de parvenir à les intégrer à la souveraineté *de l'intérieur*, sous la forme d'un élément structurant, d'une règle générale inhérente à la conception même de la souveraineté. Ce que nous devons chercher, c'est donc un *principe*, au sens d'un élément qui soit logiquement solidaire de la souveraineté, qui la fonde en lui intégrant une dimension de plus grande ouverture. Un principe, du point de vue logique, constitue le soubassement d'un système, par opposition à un élément déduit ou dérivé. Il participe à sa cohérence d'ensemble, jouant une fonction architectonique ou organisationnelle. Il permet de déduire, dans un second temps, des éléments plus particuliers : dans le cas qui nous occupe, ces éléments déduits seraient les droits des étrangers. Ne pouvant en effet les faire efficacement valoir dans une opposition frontale avec la souveraineté, il s'agirait de faire un détour par une valeur suffisamment radicale (au sens de fondationnelle) pour englober la souveraineté et les droits subjectifs des étrangers.

Certains éléments du droit de l'Union européenne fournissent une illustration concrète de la manière dont la notion de principe permet de sortir de l'aporie du balancier, à travers le principe de libre circulation. Ce principe est le substrat de droits individuels¹, c'est-à-dire de droits qui en procèdent, en sont dérivés, et, du même coup, évitent tout face-à-face stérile avec les prérogatives de l'État. On le voit par exemple dans la formulation des deux premiers considérants de la directive de 2004 qui pose le cadre d'exercice de ces droits individuels :

- (1) La citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et des restrictions fixées par le traité et des mesures adoptées en vue de leur application.
- (2) La libre circulation des personnes constitue une des libertés fondamentales du marché intérieur, qui comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel cette liberté est assurée selon les dispositions du traité.²

La liberté de circulation est ici réinscrite dans le cadre plus large du marché intérieur qui seul lui donne sens. Or ce rattachement et le statut de principe qui lui est ainsi accordé ont des conséquences importantes pour la garantie des droits individuels qui en découlent :

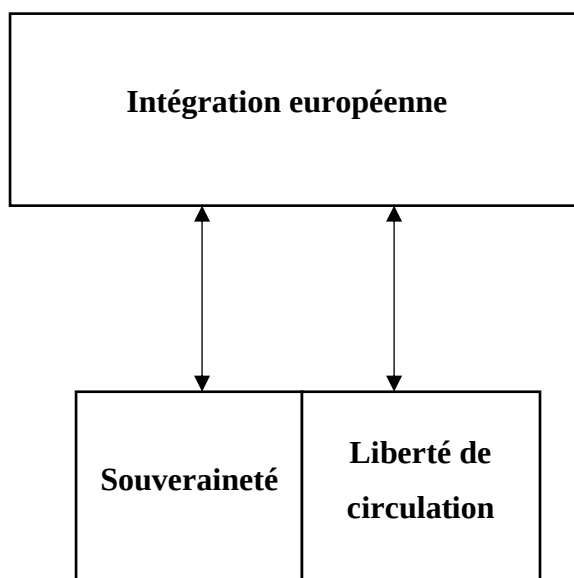
Ce statut de principe (...) va justifier et fonder une mise en œuvre et une interprétation très spécifiques du droit de la libre circulation. On observe en effet que

¹ Le considérant 11 de la directive 2004/38 énonce que « le droit fondamental et personnel de séjour dans un autre État membre est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité et ne dépend pas de l'accomplissement de procédures administratives ».

² Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

le juge privilégie toujours une application effective du droit de la liberté de circulation des personnes, finalisée (au service de la réalisation du marché intérieur), objective (car ne se résumant pas à la question du statut de la personne) et impérative, car sa réalisation sert la réalisation des objectifs communautaires. Le caractère « fondamental » de ce principe-liberté conduit donc à faire systématiquement primer la norme garantissant la circulation sur toute autre norme.¹

Ce qui nous intéresse dans cette conception de la libre circulation, c'est qu'une même logique l'unit à la souveraineté des États, à savoir la logique de l'intégration européenne : au lieu de s'opposer, les deux principes, issus d'une logique commune et la nourrissant en retour, parviennent (dans une certaine mesure, du moins) à s'harmoniser.



Ce schéma se lit à double sens, en ce que la volonté souveraine des États membres est seule à l'origine de l'Union européenne qui ne peut perdurer sans leur accord constant ; toutefois, elle repose sur le principe de *transferts* volontaires de compétences, c'est-à-dire que certaines tâches généralement prises en charge par les États sont désormais confiées à des institutions communautaires, sous la forme, donc, d'une mise en commun qui atténue l'extériorité des ressortissants d'un État membre par rapport à la souveraineté d'un autre. De plus, l'originalité de ce mode d'union entre États tient au fait qu'il les intègre à un espace commun, dont la définition s'est étoffée au fil de la construction européenne. D'abord confiné au seul domaine économique, sous la forme du marché intérieur, et consacrant donc un principe de libre circulation pour les marchandises, les capitaux, les biens et les personnes économiquement actives, il a connu une transformation graduelle depuis que le traité de Maastricht institua, en 1992, une citoyenneté européenne et consacra le passage d'une

¹ Barbou Des Places (S.), « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *Mélanges en l'hommage de Philippe Manin*, LGDJ, Paris, 2010, p. 319 - 334. URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01614093>.

communauté strictement économique à une union plus transversale. En parallèle, sur une base intergouvernementale, l'espace Schengen, prévu par l'accord signé le 14 juin 1985 par la France, la RFA, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, entre en vigueur en 1995. Concrètement, la sphère d'application du principe de libre circulation correspond au territoire des États membres. La base territoriale de l'espace de libre circulation est donc étatique ; il en va de même pour la définition de la population qui en bénéficie, à savoir les citoyens européens, qui correspondent aux citoyens des différents États membres. On mesure ici le rôle principal joué par la souveraineté des États membres. Cette origine étatique n'est d'ailleurs pas sans incidence sur l'exercice concret du principe de libre circulation, comme nous le verrons.

Mais ce qui constitue une piste de réflexion pour notre sujet, c'est l'infléchissement progressif de la conception de la citoyenneté européenne et de son articulation avec la souveraineté (ou plus précisément du droit d'exclusion qui en est l'une des manifestations) des États membres. Traditionnellement, en effet, le principe de libre circulation débouche sur des droits individuels dont l'exercice est contrôlé par la CJUE selon la méthode du contrôle de proportionnalité, qui met en balance le droit de l'individu et l'intérêt de l'État membre. C'est donc exactement le modèle du balancier qui est appliqué ici : nous en avons vu des exemples au premier chapitre en matière d'expulsion des ressortissants européens. Toutefois, depuis les années 2000, on assiste à une montée en puissance du critère jurisprudentiel de l'intégration¹, qui permet de sortir de cette approche : dans cette optique, il s'agit de mesurer le degré d'intégration d'un individu à la société de son État de résidence et à l'Union européenne, pour en déduire s'il peut ou non faire valoir un droit au séjour. Ainsi, « au lieu d'une distinction claire entre les droits de l'individu et les prérogatives de l'État, une figure simple passe au premier plan. On peut appeler cette figure "l'individu européen" »². L'arrêt emblématique à cet égard, qui a suscité de nombreuses interprétations divergentes en raison de son caractère lapidaire et de sa prise de position tranchée, serait l'arrêt Ruiz Zambrano³ : en l'espèce, un ressortissant colombien, demandeur d'asile débouté installé en Belgique, où il travaille pendant plusieurs années, père d'un enfant né en Colombie et de deux enfants nés en Belgique et ayant la nationalité de ce pays, ne parvient pas à obtenir un titre de séjour. Lorsqu'elle est appelée à

¹ Ou de « liens réels » avec la société d'accueil. Voir notamment CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop*, n° C224/98 (« il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné », § 38) et CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar contre London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, n° C — 209/03 (« il est légitime pour un État membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un tel degré d'intégration dans la société de cet État »).

² Azoulai (L.), « The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law », *EUI Working Paper Law*, 2014/14, p. 9. URL : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/33293> (nous traduisons).

³ CJUE, 8 mars 2011, Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm), n° C34/09.

se prononcer sur l'affaire, la Cour écarte le fait que les enfants du requérant, nés et restés en Belgique, n'ont pas exercé leur droit à la libre circulation, condition pourtant nécessaire pour faire jouer les droits attachés au statut de citoyen européen¹, au motif que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »². Autrement dit, la citoyenneté européenne s'autonomise par rapport à l'exercice de la libre circulation³, qui n'est qu'une des modalités de sa mise en œuvre. C'est donc sur la base de ce statut qu'elle se prononce et déduit que « l'article 20 TFUE [accordant le statut de citoyen UE aux citoyens des États membres] s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » (§42). Aussi, toute mesure d'éloignement ou tout refus d'un permis de travail affectant M. Zambrano se révèle contraire au droit de l'UE parce que ces décisions auraient pour conséquence de contraindre ses enfants, à sa charge, de quitter le territoire de l'Union avec lui. Ce serait là une entrave à l'exercice de leurs droits⁴ en tant que citoyens européens. Azoulai commente en ces termes la référence apparemment incongrue au « territoire de l'Union » :

Dans cet arrêt, la Cour n'employait pas simplement le concept de territoire de l'Union comme métonymie traditionnelle désignant la somme des territoires individuels des États membres. Au contraire, le territoire de l'Union fonctionne comme une référence métaphorique à une certaine conception de l'espace à laquelle renvoie l'article 2 du TUE, comme une « société [européenne] dans laquelle prévalent le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité homme-femme. ». Dans le raisonnement de la Cour de Justice, quitter le territoire européen ne revient pas uniquement à quitter l'Europe au sens géographique ; cela revient à quitter une communauté d'idéaux et de valeurs ; cela

¹ Au point de pouvoir provoquer des situations de discrimination à rebours, où des ressortissants sédentaires se trouvent désavantagés par rapport à des ressortissants ayant exercé leur droit à libre circulation. Voir par exemple, pour une étude de cas, Carlier (J.-Y.), Busschaert (G.), « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? », *Reflets et perspectives de la vie économique* n° 52, 2013/4, p. 9-18.

² Formule empruntée à l'arrêt CJCE, *Grzelczyk*, 20 Septembre 2001, n° C184/99, point 31.

³ Même dans un arrêt apparemment contraire du 5 mars 2011 (*Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, n° C-434/09) la Cour relève que « la situation d'un citoyen de l'Union qui (...) n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (§ 46). » ; en l'espèce toutefois, le refus du titre de séjour est admis, car « aucun élément de la situation de M^{me} McCarthy, telle que décrite par la juridiction de renvoi, ne fait apparaître que la mesure nationale en cause au principal aurait pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » (§49).

⁴ Voir, pour un raisonnement similaire, CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02 (§45) et, plus récemment, CJUE, 13 septembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c/ Administración del Estado*, C-165/14: « le refus de permettre au parent, ressortissant d'un État tiers, qui a effectivement la garde d'un citoyen de l'Union mineur, de séjourner avec ce citoyen dans l'État membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de celui-ci, étant donné que la jouissance du droit de séjour par un enfant mineur implique nécessairement que cet enfant ait le droit d'être accompagné par la personne assurant effectivement sa garde et, dès lors, que cette personne soit en mesure de résider avec lui dans l'État membre d'accueil pendant ce séjour ».

revient à être privé d'un certain mode d'existence correspondant aux critères de la société européenne.¹

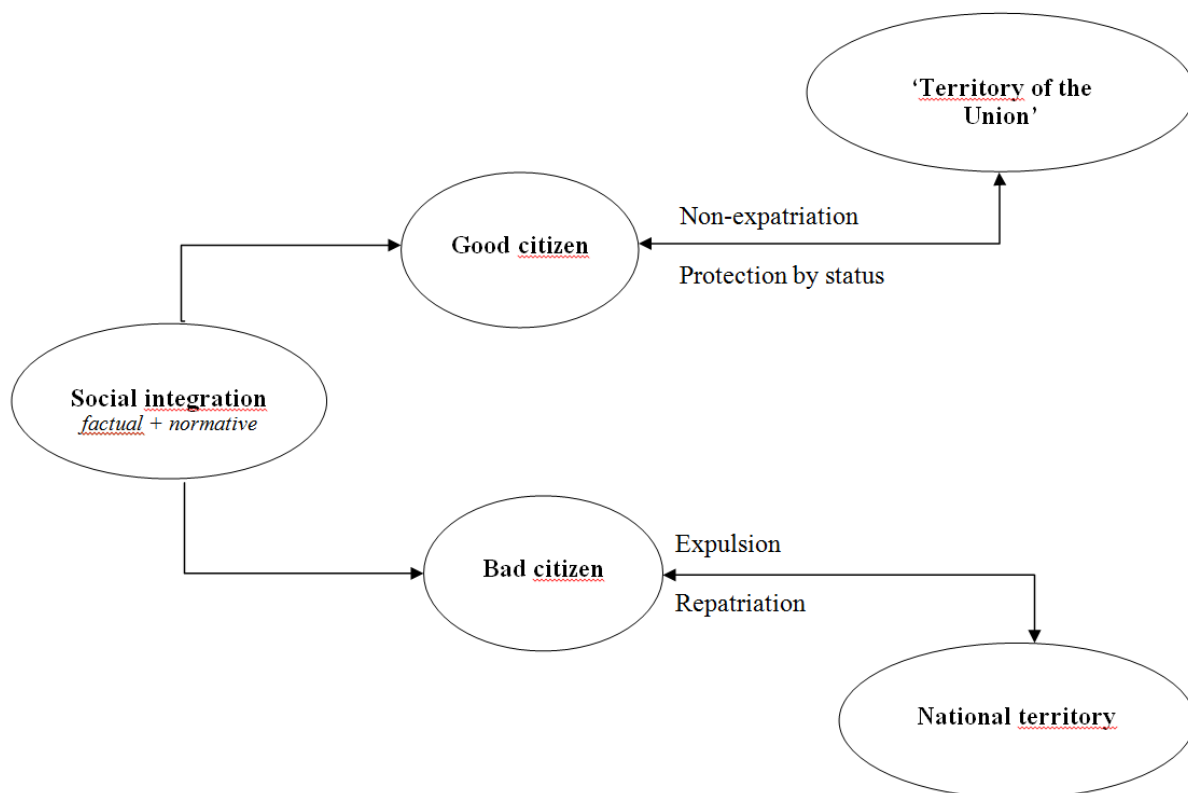
Ainsi, le critère pertinent devient celui de l'intégration effective à une communauté de valeurs, dont découle le droit de circuler dans l'espace constitué par les sociétés adhérant à ces valeurs. La question de la souveraineté et de son droit d'exclusion en matière migratoire est en quelque sorte court-circuitée, et la notion d'intégration atténue la conception latente du non-national comme corps étranger, comme menace ou comme intrus. La notion même de pouvoir discrétionnaire aux frontières perd toute pertinence, parce que l'espace de l'Union correspond à une communauté plus large que la communauté nationale, qui n'en est qu'une traduction ou une particularisation.

C'est sur fond de cet espace commun que prend sens la notion d'intégration ou de « liens réels » avec la société d'accueil, qui relativise celle de rattachement à un État de nationalité. Le comportement d'un individu « européenisé », au sens d'un individu qui a exercé son droit à libre circulation et a donc construit son existence ailleurs que dans son État d'origine, active la communauté européenne, ce qui efface (ou est censé effacer) la raison d'être du droit d'exclusion souverain des États : souveraineté et libre circulation, ou citoyenneté européenne, sont ainsi conçues comme les deux faces d'une même médaille, celle de la construction de l'Union entre les États membres et leurs citoyens ; plus un individu reflète, par son itinéraire de vie, les valeurs portées par cette Union, plus il aura le pouvoir de faire surgir cet espace² où la notion de frontière intérieure (géographique, mais aussi de nationalité) perd son sens. Inversement, un individu qui témoignerait d'une mauvaise intégration fera ressurgir le modèle du balancier entre ses droits et les prérogatives de l'État. Le schéma qui figure à la page suivante³ éclaire l'articulation entre ces deux lignes d'analyse : il montre que le critère de la bonne intégration découle sur le rattachement du citoyen au territoire de l'Union comme tel, dont découle l'exercice de la libre circulation, alors qu'un individu considéré comme mal intégré amènera le juge à faire resurgir la notion plus classique de territoire de l'État et, par conséquent, le droit qu'a cet acteur d'y restreindre le séjour d'un étranger :

¹ Azoulai (L.), « The (Mis)Construction of the European Individual... », *art. cit.*, p. 3.

² Espace « fondé sur la mobilité et le déplacement, non l'enracinement et la stabilité, lesquels caractérisent les territoires étatiques bornés par des frontières dans la vision classique des sciences politique et juridique. » (Benlolo-Carabot [M.], « La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne », *Pouvoirs* n° 165, 2018/2, p. 72).

³ Azoulai (L.), « The (Mis)Construction of the European Individual... », *art. cit.*, p. 18.



Dans ce schéma, s'agissant du « bon citoyen », on voit que le face-à-face entre l'État et l'étranger est ainsi évité par la médiation du statut de citoyen européen.

Toutefois, cette réarticulation des rapports entre souveraineté de l'État et droits des étrangers n'est pas sans limites. Nous ne reviendrons pas sur le fait largement commenté que l'unification interne a pour corollaire un durcissement de la politique aux frontières extérieures, ce qui souligne que la notion de droit discrétionnaire d'exclusion n'est pas complètement abandonnée¹, loin de là : d'un point de vue strictement théorique, ce phénomène peut être considéré comme contingent puisqu'on pourrait envisager une extension de la communauté à l'échelle mondiale, par cercles concentriques. Nous nous en tiendrons plutôt aux limites

¹ Car « le renforcement des frontières extérieures de l'Union européenne, très perceptible depuis l'intégration des politiques d'asile et d'immigration dans le champ du droit de l'Union, marque la montée en puissance d'une conception longtemps refoulée de la frontière, entendue dans son sens juridique premier de limite conditionnant la réalisation d'un titre territorial. » (Benlolo-Carabot (M.), « La transformation de la notion de frontière... », *art. cit.*, p. 76). Ainsi, dans la présentation qu'un ancien haut fonctionnaire européen fait de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, l'idée selon laquelle « l'un des objectifs majeurs de la construction européenne est de créer, pour tous les citoyens européens, un espace sans frontières de justice, de liberté et de sécurité. Dans cet espace, il doit être possible pour le citoyen d'exercer ses droits sans entraves, de circuler en toute sécurité, de respecter les libertés individuelles de chacun » a pour corollaire immédiat un plaidoyer pour une « gestion rigoureuse des frontières » (extérieures). (Barrot [J.], « Avant-propos. Justice, liberté et sécurité, fondements de la citoyenneté européenne », *Revue française d'administration publique* n° 129, 2009/1, p. 5). Pour une analyse de cette « contradiction logique fondamentale, résultant de la tension, selon nous spécifiquement européenne, entre frontières intérieures et frontières extérieures », voir Duez (D.), « Libre circulation, contrôles aux frontières et citoyenneté », *Belgeo* n° 2, 2015. URL : <https://journals-openedition-org.faraway.parisnanterre.fr/belgeo/16701> « quotation ».

internes, et principalement à deux d'entre elles : le fait que le bénéficiaire de la libre circulation soit en réalité plus strictement conçu que ce que le lien affirmé avec la citoyenneté européenne peut laisser penser d'une part, et la persistance en souterrain du substrat national d'autre part.

En premier lieu, et bien que la libre circulation soit présentée dans les textes comme la principale manifestation de la citoyenneté européenne, l'origine économique de ce principe demeure à l'œuvre. Les citoyens européens se voient certes reconnaître un droit illimité à la circulation et au séjour de moins de trois mois, ainsi qu'un droit au séjour permanent après cinq ans de résidence légale et ininterrompue, qui ouvre le droit à une égalité de traitement complète avec les nationaux, notamment en matière de prestations sociales. Dans l'intervalle entre trois mois et ce seuil des cinq ans, toutefois, le séjour régulier est assorti de conditions économiques : il faut disposer de ressources suffisantes ou exercer une activité salariée. L'enjeu explicite de ces conditions découle du considérant 10 de la directive sur la liberté de circulation :

Il convient cependant d'éviter que les personnes exerçant leur droit de séjour ne deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil pendant une première période de séjour. L'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, pour des périodes supérieures à trois mois, devrait, dès lors, rester soumis à certaines conditions.

En-deçà du seuil des cinq ans de résidence, l'accès au système de solidarité d'un État membre autre que son État d'origine n'est donc pas garanti, car la communauté de solidarité demeure la communauté nationale¹. En ce sens, l'intégration n'est possible que pour des individus suffisamment aisés ou insérés sur le marché du travail² et qui n'ont pas ou peu, besoin de recourir aux prestations sociales : les conditions d'accès à la liberté de circulation, dans les faits, sont plus restrictives que ce qu'une lecture superficielle des textes pourrait faire croire. De plus, la conjonction du critère temporel et du critère d'activité économique débouche sur une multiplicité de statuts plus ou moins protecteurs qui souligne que l'incarnation privilégiée du citoyen européen demeure l'actif bien intégré, ce qui transforme le statut de l'intégration.

¹ Pour une analyse de l'extension graduelle et modulée de la solidarité entre nationaux à la solidarité envers les européens mobiles et des limites de ce modèle, voir Barbou Des Places (S.), « Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives ? », in Boutayeb (C.) et Barbou des Places (S.) (dir.), *La Solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, Paris, 2011, p. 218-244.

² Même si, à la suite de l'arrêt Martinez Sala (CJCE, 12 mai 1998, Maria Martinez Sala/Freistaat Bayern, n° C-85/96), la jurisprudence avait progressivement élargi le cercle des bénéficiaires aux individus ne remplissant pas les critères économiques de façon purement temporaire (CJCE, *Grzelczyk*, 20 Septembre 2001, n° C184/99) ou aux chômeurs en recherche active d'emploi (CJUE, 4 juin 2009, n° C—22/08 et C-23/08, *Vatsouras et Koupatantze*). Voir Pataut (E.), « L'invention du citoyen européen », *La Vie des Idées*, 2 juin 2009. URL : <https://laviedesidees.fr/L-invention-du-citoyen-europeen.html>.

En témoigne tout particulièrement un arrêt qui a suscité commentaires et polémiques bien au-delà du cercle des juristes, l'arrêt *Dano*¹ : une ressortissante roumaine inactive et installée en Allemagne s'était vu refuser le bénéfice d'une prestation sociale, refus validé par la Cour par référence à la condition que la libre circulation d'un citoyen européen ne débouche pas pour l'État d'accueil sur une « charge déraisonnable ». En l'espèce, c'était la faible maîtrise de l'allemand et l'absence de recherche d'emploi de la requérante qui avaient milité en sa défaveur, ce qui fait apparaître - en filigrane - un défaut d'intégration faisant obstacle à l'affirmation d'un droit au séjour. Selon une logique semblable, et cette fois de façon explicite, le critère de l'intégration permet à la Cour de décompter les années d'emprisonnement du calcul de la durée du séjour d'un ressortissant de pays tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union². Cette même technique a également été appliquée dans le décompte du séjour dans un État membre d'un citoyen de l'Union³. Ainsi, il apparaît que l'intégration n'est pas envisagée comme un but auquel les États membres doivent tendre, mais plutôt comme une condition qu'il revient aux individus de remplir pour bénéficier du droit à se maintenir sur le territoire d'un État autre que leur État d'origine⁴. Si la citoyenneté est un statut octroyé à tous les nationaux des États membres, l'exercice des droits qui lui sont attachés (ou du moins l'exercice de la libre circulation, qui conditionne les autres), en revanche, dépend de critères stricts et est, de fait, réservé aux individus considérés comme méritants (ceux qui sont « bien intégrés », qui expriment déjà, par leur mode de vie, les valeurs de l'Union européenne).

Ce point nous amène à la seconde limite qu'on peut discerner dans la mise en œuvre du principe de libre circulation : la permanence souterraine du primat du rattachement à l'État. En effet, lorsque les individus sont considérés comme ne remplissant pas les critères de

¹ CJUE 11 nov. 2014, *Dano*, n° C — 333/13. On peut le lire comme un revirement de la Cour en faveur d'une approche plus stricte et plus formaliste des conditions de la liberté de circulation, par contraste avec l'approche bien plus protectrice adoptée quelques années plus tôt dans l'arrêt *Trojani* (CJCE, 7 septembre 2004, n° C -456/02). Pour l'hypothèse d'un tournant moral de la jurisprudence de la CJUE, voir Barbou des Places (S.), « Homme actif cosmopolite ou bon père de famille ? Le bénéficiaire de la libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Séminaire du département POLICY de l'Institut Convergences Migrations*, 12 mars 2019. URL : <https://soundcloud.com/user-806315081/homme-actif-cosmopolite-ou-bon-pere-de-famille-le-beneficiaire-de-la-libre-circulation>.

² CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, C -378/12. La Cour adopte ici une approche particulière de l'intégration, en conditionnant l'acquisition du droit de résidence permanente à l'intégration de l'individu dans la société du pays d'accueil : « il ne s'agit plus d'étendre la possibilité de créer des liens et de promouvoir de nouvelles formes de solidarité en Europe, mais principalement de respecter le système de valeurs propre à l'État membre d'accueil. » (Azoulai [L.], « The (Mis)Construction of the European Individual... », *art. cit.*, p. 16).

³ CJUE, 16 janvier 2014, M. G., n° C — 400/12.

⁴ La situation est en revanche inversée après acquisition du droit au séjour permanent : la directive 2003/109 énonce que « afin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident s'est établi, [celui-ci] devrait jouir de l'égalité de traitement avec le citoyens de l'État membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux » (cons. 12), ce qui implique un devoir de solidarité bien plus large pour les États.

l'intégration ou de l'absence de charge déraisonnable pour le système de solidarité du pays d'accueil, la solution adoptée revient à constater qu'ils ne peuvent exercer leur droit à la libre circulation et donc à les renvoyer dans leur État d'origine. C'est ainsi le critère traditionnel de la nationalité qui offre la réponse européenne à la « question fondamentale : celle de savoir sur quel État pèse l'obligation d'entretenir délinquants et indigents. La constitution d'une société européenne suppose que chaque État membre accueille le plus largement possible tous les ressortissants de tous les États membres »¹. Les individus à charge ou les délinquants se voient, en dernier ressort, retirer le bénéfice de la libre circulation. La communauté des citoyens européens autorisés à exercer leur droit à la mobilité est donc définie selon une logique de sélection éthico-économique des individus qui sont déjà les plus conformes aux valeurs promues par l'Union ; quant aux autres, ils se trouvent assignés à résidence. L'apparente inclusion offerte par le principe de libre circulation se révèle, en dernier ressort, fondée sur une logique en réalité restrictive de sélection des individus les moins « autres », les moins étrangers. En ce sens, l'hypothèse de sa généralisation au-delà des frontières actuelles de l'Union européenne se révèle illusoire, puisque sa mise en œuvre concrète à l'intérieur de l'Union fait déjà l'objet de restrictions.

Ainsi, si la promotion de la liberté de circulation au rang de principe d'un rang équivalent à celui de la souveraineté fournit une piste d'inspiration que nous allons retravailler dans les chapitres suivants, on constate que la logique revendiquée par la souveraineté, à savoir le droit d'exclusion, y est malgré tout reconduite en sous-main, par le biais des critères d'activité économique et d'intégration. Notre objectif, dans les chapitres qui suivent, sera donc d'identifier un principe d'ouverture plus radical.

¹ Pataut (E.), « Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? », *Chronique citoyenneté* 2014, p. 7. URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01348933/document>.

Présentation de la seconde partie

L'enjeu de cette seconde partie est de tenter de sortir du modèle du balancier. Nous avons montré à quel point ce mode d'appréhension des rapports entre État et étrangers est prééminent et destructeur pour les droits individuels des étrangers. Par conséquent, pour réussir à nous en déprendre, nous devons prendre du recul par rapport à la situation actuelle. Le type de discours que nous allons déployer sera donc d'une nature différente de celui que nous avons développé jusqu'à présent : il ne s'agit plus d'étudier une situation empirique, mais de bâtir une proposition destinée à remédier aux dysfonctionnements que nous avons passés en revue. Pour ce faire, nous engagerons une réflexion théorique et normative sur la notion de droit et sur ses implications pour le droit des étrangers.

Le chapitre 4 mobilisera la littérature philosophique consacrée à la question du statut des étrangers pour y chercher des ressources théoriques. Nous montrerons cependant que la naturalisation de la partition entre national et étranger est reconduite par la plupart des auteurs, et que ceux qui tentent de la remettre en question ont, inversement, tendance à présenter d'emblée l'humanité comme échelle politique pertinente. Par conséquent, la question de la mobilité internationale est généralement laissée dans l'ombre. C'est du côté des auteurs qui soulignent la tension entre les principes revendiqués par les démocraties libérales et leurs pratiques en matière d'immigration que nous trouverons des éléments nous permettant de circonscrire l'élément problématique du droit des étrangers : sa dimension d'unilatéralité.

C'est sur cet aspect que se penchera le chapitre 5. Il s'agira de montrer que l'unilatéralité revendiquée du droit des étrangers (« nous » décidons et « eux » doivent respecter nos lois) fait basculer ce corpus de normes du côté de la contrainte plutôt que de l'obligation juridique au sens strict. Nous ferons valoir la nécessité d'intégrer un principe relationnel au droit des étrangers, qui permette de sortir de l'opposition entre l'État et les droits individuels des étrangers, que nous baptiserons « principe d'hospitalité ».

Le chapitre 6 s'interrogera sur la mise en œuvre de ce principe. Nous rechercherons les phénomènes empiriques qui peuvent pousser les États à sortir de leur logique de puissance pour adopter un principe d'hospitalité. Nous illustrerons ensuite la forme concrète que ce principe pourrait prendre.

Chapitre 4. Frontières de la justice, justice aux frontières

Dans ce chapitre, nous allons mobiliser les ressources de la philosophie politique pour y chercher une piste permettant de sortir du modèle du balancier entre État et droits des étrangers. Nous avons montré à la fin de la première partie que, pour y parvenir, nous devons chercher non pas une protection directe pour les droits subjectifs des étrangers *contre* l'État, mais un principe juridique (dont les droits individuels découleraient) qui établisse une solidarité entre les deux pôles du balancier, comme le principe de libre circulation dans la construction européenne. La question de l'immigration (terme plus souvent employé dans ce contexte que l'expression « droit des étrangers ») a suscité bien des réflexions et des controverses parmi les philosophes. Toutefois, nous montrerons que la plupart de ces théoriciens ont en commun de poser dans un premier temps l'existence d'un État ou d'une communauté politique, pour ne s'interroger qu'ensuite, dans un second moment, sur le rapport que cette communauté doit entretenir avec ceux qui n'en sont pas membres. Ils reconduisent donc le modèle du balancier et son déséquilibre en faveur de l'État (I.). Inversement, nous verrons que les partisans du cosmopolitisme ont tendance à se donner d'emblée l'humanité comme échelle politique pertinente ; ils négligent donc la question de la traduction concrète d'une telle unification politique. Cela se traduit notamment par ce que nous appellerons un biais sédentariste, c'est-à-dire une conception de l'immigration comme une anomalie destinée à disparaître dans un monde juste (II.). Face à ce constat, nous serons amenée à privilégier les auteurs qui interrogent directement l'existence de la frontière et les pratiques qui y sont associées, et qui remettent en question la légitimité de la contrainte qui y est exercée contre les étrangers (III.). L'intérêt de ces réflexions est qu'elles se situent en amont du point de départ adopté par la plupart des théoriciens : elles prennent pour objet la constitution même de la communauté politique.

I. La communauté naturalisée

L'existence de la communauté politique, et plus spécifiquement de sa forme contemporaine qu'est l'État-nation, semble relever de l'évidence puisqu'elle constitue le cadre dans lequel s'inscrivent dans nos vies, un cadre qui les précède, leur survit, et les façonne de mille manières. Il arrive que le tracé de cette communauté, sa cohésion interne, la définition de

ses valeurs communes, ses rapports avec les autres ou encore son organisation soient remises en question, fassent même parfois l'objet de conflits, de guerres, de guerres civiles, de révoltes et de révolutions. Mais ces événements ne suffisent pas à annuler la force avec laquelle l'idée d'une communauté politique délimitée s'impose à nous ; bien au contraire, ils en procèdent. Pour autant, cette organisation du monde en États séparés et bien délimités relève, d'un point de vue normatif, d'une simple contingence historique. Rien ne justifie *a priori*, si ce n'est la sédimentation des événements passés, que la France, l'Australie, le Yémen ou le Chili existent, et existent sous la forme qu'ils présentent aujourd'hui. L'existence des États s'impose à nous, et pourtant elle ne relève d'aucun régime de nécessité logique ou morale. Nous verrons au fil des pages qui suivent à quel point l'inscription de la vie humaine au sein d'une communauté politique particulière peut paraître inévitable et même précieuse, sans que cela suffise toutefois à accorder à ce fait contingent un blanc-seing normatif.

De ce point de vue, la valeur d'évidence accordée au fait de l'existence d'États-nations ne représente pas une piste de justification : il paraît établi, par exemple, que l'esclavage dans l'Antiquité grecque et romaine ou la ségrégation aux États-Unis au début du XXe siècle relevaient, pour une majorité des acteurs, de la même évidence. Ce consensus ne permettait pas d'établir *a priori* la justice de ces institutions, même s'il rendait leur critique moins probable et plus difficile. Il ne s'agit pas, dans cette analogie, d'affirmer que l'existence des États-nations peut être mise sur le même plan que l'esclavage ou la ségrégation, mais simplement de prendre du recul par rapport à nos habitudes de pensée, qui ont tendance à nous faire naturaliser aujourd'hui, l'État, comme hier, l'esclavage – à « nous » qui ne souffrons pas de ces institutions, du moins. Même s'il existait un consensus sur la nécessité d'une particularisation politique, il demeure que l'existence de communautés délimitées et leur délimitation ne peuvent être entièrement soustraites à l'examen rationnel, car elles relèvent d'un choix, d'une activité humaine, qui ne sont pas dépourvus de conséquences à la fois sur nos vies et sur les vies de ceux qui se trouvent à l'extérieur du périmètre d'une communauté donnée. C'est au contraire la fonction d'une théorie de la justice que de tenter de distinguer, parmi les institutions au sein desquelles nous vivons, lesquelles peuvent résister à un examen critique et lesquelles ne le peuvent pas et doivent être réformées.

Il est donc particulièrement étonnant qu'un certain nombre de théoriciens de la justice aient passé sous silence ou évacué cette question. Nous montrerons que c'est pourtant un trait que l'on retrouve, sous des formes différentes, chez Walzer, Miller et Rawls.

1. *Walzer ou le diagnostic privé d'effets*

La naturalisation de la communauté politique est d'autant plus étonnante chez Walzer qu'il interroge explicitement la justice de la distribution de l'appartenance. En effet, le deuxième chapitre de son ouvrage *Sphères de justice*¹, intitulé «l'appartenance» (qui correspond d'ailleurs à la première «sphère» envisagée²), s'ouvre sur le constat selon lequel « nous partons du principe qu'il y a un groupe établi et une population fixe, et par là nous laissons de côté la question distributive qui vient en premier et qui est la plus importante : comment ce groupe est-il constitué ? »³. Cette question de la constitution ne doit pas s'entendre au sens historique, mais au sens où elle représente la première décision en matière de justice : « le bien premier que nous nous distribuons entre nous est l'appartenance à une communauté humaine quelconque »⁴. En l'absence d'un tel groupe, la question de la justice distributive en tant que telle, c'est-à-dire la question de savoir ce qui doit revenir à chacun, serait par définition privée de toute raison d'être. Il s'agit en quelque sorte, du point de vue de la justice distributive, d'une question de justice au carré, ou d'une méta-question, dont la réponse endosse donc une valeur fondationnelle particulièrement forte.

En outre, un élément d'analyse exposé dans le premier chapitre, celui qui développe sa conception générale de l'«égalité complexe», se révèle particulièrement pertinent pour analyser la question de l'appartenance. Il s'agit de ce que Walzer appelle la «prédominance», et dont le critère est le suivant : «j'appelle un bien prédominant si les individus qui le possèdent, par le fait même de le posséder, peuvent étendre leur pouvoir sur un ensemble d'autres biens. »⁵. L'appartenance s'inscrit nettement dans cette catégorie des biens dont la possession conditionne la jouissance de tous les autres (éducation, emploi, pouvoir politique, solidarité économique, etc.). Toutefois, contrairement à d'autres biens prédominants, au premier rang desquels figure l'argent, le caractère prédominant et donc déterminant de l'appartenance n'est en général guère remarqué. La raison en est que, dans le cours ordinaire de la vie, c'est-à-dire en l'absence de tout drame qui remettrait en cause l'existence d'un État ou la nationalité d'un individu, cette appartenance va de soi, elle nous est accordée à la naissance et nous suit jusqu'à la mort. Il est rare que nous ayons des difficultés à la prouver : nous bénéficions donc sans guère d'efforts des avantages qui lui sont associés. Il est plus exceptionnel encore, du moins dans nos

¹ Walzer (M.), *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit de l'américain par Engel (P.), Seuil, Paris, 2013.

² Les chapitres suivants envisagent successivement la sécurité, l'argent, l'emploi, la pénibilité, le temps libre, l'éducation, les liens de parenté et l'amour, la grâce divine, la reconnaissance et le pouvoir politique.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, *op. cit.*, p. 61.

⁴ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, *op. cit.*, p. 33.

sociétés, qu'elle nous soit contestée ou retirée, ou que nous soyons incités par les circonstances à tenter d'obtenir cette appartenance au sein d'une autre communauté que celle où nous sommes nés. C'est ce qui explique la naturalisation dont fait fréquemment l'objet l'existence de la communauté et sa délimitation : son épaisseur historique, qui déborde l'échelle de notre vie, et sa stabilité relative¹, semblent rendre artificielle toute remise en question normative.

Inversement, compte tenu de l'analyse qu'en fait Walzer, qui identifie très clairement les enjeux considérables liés à ce bien social, son lecteur ne peut que s'attendre à ce qu'il tente d'identifier les critères de justice pertinents pour juger de la délimitation d'une communauté politique. Malgré cela, l'auteur n'ira pas plus loin que ce qu'il appelle lui-même la « réponse conventionnelle : c'est nous, qui sommes déjà membres, qui faisons le choix [de distribuer l'appartenance aux "autres"], en accord avec notre conception de ce que l'appartenance signifie dans notre communauté et du type de communauté que nous souhaitons avoir »². Dans un geste très net de naturalisation, ou plus précisément de soustraction de la définition du « nous » à tout examen rationnel, il ajoute que « nous ne la distribuons pas parmi nous ; elle est déjà nôtre »³. Ainsi, en seulement deux pages, la question de la distribution de l'appartenance est à la fois posée dans toute sa virulence et aussitôt écartée pour être remplacée par le simple constat factuel de l'existence d'une communauté constituée, d'un « nous » qui devra ensuite seulement s'interroger sur la justice de ses choix d'intégration, mais pas sur la justice du choix ou du fait premier de se définir comme un groupe. Dans la perspective adoptée par Walzer, la distinction entre intérieur et extérieur est donc posée comme un donné, comme un fait déjà là, *à partir duquel* on peut s'interroger en termes de justice, mais *qu'on* ne peut pas- ou qu'on n'a pas besoin d' - interroger sur ce mode. Cela se manifeste dès la liste de questions qu'il pose au tout début du chapitre, et qui laissent de côté l'enjeu de la délimitation originaire du « nous » qui doit y répondre : « Qui devons-nous admettre ? Devons-nous accepter tout le monde ? Pouvons-nous choisir parmi les candidats ? Quels sont les critères appropriés pour la répartition de l'appartenance ? »⁴.

Or, le fait de ne poser ces questions que sur fond d'une communauté dont la constitution première est ainsi tenue pour acquise a pour conséquence que c'est un critère simplement moral qui sera adopté pour y répondre, et non un critère de justice au sens fort, c'est-à-dire que les

¹ Encore une fois, nous avons conscience que ces critères ne sont pertinents que pour une partie du monde et une époque récente, mais tous les auteurs que nous nous apprêtons à commenter vivent ou ont vécu dans un cadre de ce type ; ils partagent donc une même tendance « spontanée » à naturaliser la communauté.

² Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 62.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 62-63.

⁴ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 62.

questions relatives aux étrangers mobiliseront un critère d'une nature différente de celui qui est retenu pour répondre aux questions internes à la communauté. Les étrangers (groupe toujours déjà délimité) sont à considérer comme des êtres « comme nous, mais pas des nôtres : quand nous décidons de leur appartenance à notre communauté, il nous faut les considérer aussi bien que nous »¹, étant entendu, donc, que leur exclusion n'a pas à être justifiée. Alors que les citoyens décident entre eux en fonction des critères de justice proprement dits, le principe à adopter vis-à-vis des étrangers² n'est que celui de « l'aide mutuelle », dont le caractère distinctif est qu'il intervient en « l'absence de tout dispositif de coopération »³. Il impose d'aider quelqu'un (individu ou groupe) dans les cas où cet autre en a besoin et où le coût pour l'aidant n'est pas trop élevé. Ce critère très évasif et ici tautologique de « l'absence de tout dispositif de coopération » signifie, de façon circulaire, que ce que nous devons aux étrangers n'est pas de même nature que ce que nous « nous » devons, puisque les étrangers... sont des étrangers, ne sont pas des nôtres, sont maintenus hors de notre organisation politique et sociale. Pour Walzer, « l'immigration est donc, à la fois, affaire de choix politique [c'est-à-dire de décision des membres de la communauté] et de contrainte morale [le principe d'aide mutuelle] »⁴, alors que seul le registre de la justice politique a cours entre membres. Cette distinction de registres présuppose en réalité la distinction entre membres et non-membres, qui, elle, n'est pas justifiée : elle constitue ici comme ailleurs un point aveugle de l'interrogations normative.

La suite du chapitre, sur fond de ce donné constitutif qu'est la délimitation du groupe - État, s'interroge sur le type de lien qui unit ce groupe (de façon interne), pour en déduire le type de politique d'immigration le plus adéquat. Walzer passe en revue trois analogies possibles : avec le quartier, avec le club, et avec la famille.

Le quartier (ou communauté de voisinage) constitue une communauté aléatoire fondée sur la contiguïté territoriale et dont les politiques d'admission sont confiées au libre jeu du marché. Toutefois, souligne-t-il, cette ouverture n'est rendue possible qu'en raison de l'existence de l'État, échelle de l'attachement patriotique. Si l'État venait à être aussi ouvert que les quartiers, alors les quartiers se transformeraient en petits États, c'est-à-dire en échelles d'appartenance sentimentale forte, et se fermeraient donc : « abattre les murs de l'État n'est pas

¹ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 63.

² A une exception près, s'agissant des étrangers non déjà présents sur le territoire du groupe « nous » : la situation de certains réfugiés, à savoir ceux qui sont opprimés à cause de nos actions ou à cause de leur ressemblance avec « nous », fait naître des « obligations du même type que celles que nous avons vis-à-vis de nos compatriotes » (Walzer [M.], *Sphères de justice...*, op. cit., p. 84). Le critère retenu est celui de la responsabilité directe du groupe « nous » ou celui de l'affinité : c'est précisément celui qui vaut à l'intérieur de la communauté.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 63.

⁴ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 101.

(...) créer un monde sans murs, mais c'est plutôt créer un milliard de petites forteresses »¹. L'analogie avec le quartier n'est donc pas pertinente, car, contrairement à lui, l'État se caractérise par un principe d'appartenance et de sélection². L'analogie avec le club est plus prometteuse, puisque, dans le club comme dans les États contemporains, il existe une politique d'admission, mais pas de régulation sur les sorties ; ainsi, « dans les clubs, seuls les fondateurs se choisissent eux-mêmes (ou les uns les autres) ; tous les autres membres ont été choisis par ceux qui étaient membres avant eux »³. Il s'agit bien là d'une description assez fidèle du fonctionnement d'un État, mais cela ne suffit évidemment pas à le justifier dans le cadre d'une théorie de la justice. Walzer affine enfin son compte-rendu à l'aide d'un élément qu'il puise dans l'analogie avec la famille, à savoir que les membres de l'État ressentent une obligation morale de s'ouvrir à d'autres ; on retrouve donc la séparation « naturalisée », constatée et semblant du même coup justifiée, entre « nous », qui nous rapportons les uns aux autres sur le mode de la justice, et « eux », avec lesquels nos rapports relèvent du registre moral. A vrai dire, le principe moral d'aide mutuelle tend inévitablement à céder devant celui, structurellement plus impérieux, de la cohésion interne, comme il l'énonce explicitement :

accepter un grand nombre de réfugiés est souvent moralement nécessaire, mais le droit de restreindre le flot demeure un trait de l'auto-détermination communautaire. Le principe de l'aide mutuelle peut seulement modifier et non pas transformer les politiques d'admission enracinées dans l'idée que se fait une communauté d'elle-même.⁴

Ce qui est énoncé ici avec beaucoup de netteté, c'est que le principe moral de l'aide mutuelle n'est qu'un principe secondaire, un correctif qui peut venir « modifier » à la marge, mais pas « transformer » en profondeur les décisions fondamentalement unilatérales en matière d'immigration. La communauté et son principe d'autodétermination sont donc posés comme un donné originaire et indiscutable⁵, à partir duquel on s'interroge, dans un second temps et sur un mode subsidiaire, sur ce que « nous » devons aux étrangers.

¹ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 71.

² Principe justifié de façon lapidaire, de la façon suivante : « le caractère distinctif des personnes et des cultures dépend de leur fermeture et sans elle on ne peut le concevoir comme un trait stable de la vie humaine. Si ce caractère distinctif est une valeur, comme la plupart des gens semblent le croire, (...) alors il faut bien admettre quelque part la fermeture » (Walzer [M.], *Sphères de justice...*, op. cit., p. 71). Toutefois, cet énoncé, sur lequel une majorité de gens pourraient effectivement s'accorder, ne suffit pas à justifier n'importe quel principe de fermeture, ou à démontrer qu'il faut s'accommoder des frontières contingentes qui fragmentent le monde d'aujourd'hui.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 74.

⁴ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 88.

⁵ Walzer envisage toutefois un cas limite où ce donné pourrait être sujet à contestation : il s'agit du cas de la politique (historique) de l'Australie blanche, c'est-à-dire d'un État qui réclame le contrôle total d'un territoire immense au nom de l'homogénéité raciale et culturelle de sa population. Une telle revendication peut-elle tenir bon face aux demandes de gens dans le besoin ? La réponse de Walzer est que, compte tenu du fait que « la grande majorité des Australiens puissent maintenir leur mode de vie présent » même en accueillant des réfugiés, la

Justice entre « nous », aide mutuelle pour « eux » : c'est sur cette base purement factuelle que Walzer bâtit tout son système. Ayant posé le droit de l'État à sélectionner qui il laisse entrer, il peut, sans trop de risques pour le principe d'auto-détermination ainsi présupposé, défendre une « justice politique »¹ pour les immigrés une fois admis sur le territoire², au nom de la règle énonçant « que les processus d'autodétermination à travers lesquels un État démocratique façonne sa vie interne soient ouverts, et également ouverts, à tous les individus qui vivent sur son territoire travaillent au sein de l'économie locale »³.

Ainsi, le paradoxe de l'analyse de Walzer peut se résumer comme suit : alors même qu'il a souligné à quel point elle comptait en matière de justice, il considère que « la répartition de l'appartenance n'est pas partout soumise aux contraintes de la justice »⁴, c'est-à-dire, explique-t-il, que les États disposent d'une large marge discrétionnaire, au sens du droit de choisir librement qui peut entrer sur leur territoire, selon les critères qu'ils ont unilatéralement fixés. Mais ce droit n'est fondé que sur le substrat empirique de l'existence factuelle de la communauté. On mesure dès lors sa faiblesse, car ce constat empirique pourrait valoir pour bien d'autres inégalités de conditions et de statuts qu'un défenseur de la justice conteste pourtant. Son raisonnement consiste à défendre le droit pour une communauté de choisir sa politique d'immigration et d'intégration, au nom du fait que l'existence d'une communauté, qui est un fait désirable, suppose une forme de fermeture. Toutefois, même en admettant chacune des étapes de son raisonnement, cela ne suffit guère à prouver qu'une communauté ne doit rien d'autre aux étrangers que l'aide mutuelle, sous la forme d'une politique assez maigre d'asile. Il est probable que le peu de considération accordé à la question de ce qui légitime le droit d'exclusion soit en partie due à l'analogie avec le club : en effet, si un club dispose d'un droit de choisir librement sa politique d'admission, c'est à certaines conditions. Il doit avoir été autorisé par l'État et, pour ce faire, satisfaire à certains critères déterminés par la loi et dont le

« revendication du nécessaire » par ces derniers forcerait l'Australie blanche soit à renoncer à son rêve d'homogénéité soit à céder une partie des terres superflues, ignorant donc les récriminations de grands propriétaires terriens dont le mode de vie implique la possession de très vastes étendues de terre, car « on ne doit pas donner de priorité morale à ce genre de besoin par rapport aux revendications d'étrangers nécessiteux » (Walzer [M.], *Sphères de justice...*, op. cit., p. 84). Ce faisant, toutefois, il va trop loin, ou pas assez, car de deux choses l'une : soit il est légitime de mettre en balance les intérêts des « nécessiteux » et ceux des citoyens dans l'opulence, et alors une bonne partie des terres mondiales devrait être redistribuée, soit l'autodétermination interne prime et, en dernier ressort, on ne voit plus guère pourquoi l'Australie blanche devrait céder une partie de son territoire.

¹ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 98.

² Le critère sur lequel il fonde cette distinction est le suivant : « ou les individus sont soumis à l'autorité de l'État, ou ils ne le sont pas, et s'ils le sont, il faut qu'ils puissent avoir leur mot à dire, et ce en dernière instance, à égalité sur les agissements de cette autorité » (Walzer [M.], *Sphères de justice...*, op. cit., p. 100) ; toutefois, n'est-ce pas le cas de tous les étrangers auxquels « nous » demandons de respecter nos lois, dès lors qu'ils souhaitent entrer sur notre territoire ? Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 99-100.

⁴ Walzer (M.), *Sphères de justice...*, op. cit., p. 101.

respect est censé légitimer son existence même auprès de ceux qui s'en trouvent exclus. L'existence du club et son droit d'exclusion dépend donc d'une communauté plus large qui fixe les termes auxquels ils deviennent acceptables à ses yeux. Or, comme l'État n'est pas intégré à une communauté plus large décidant à quelle condition il peut exister, l'analogie conduit Walzer à considérer que l'État-club, contrairement au club interne, peut se déployer unilatéralement : son acceptabilité par ceux qui en sont exclus se trouve donc présupposée. Plus généralement, comme l'a signalé Boudou, il est possible de relever

trois problèmes majeurs dans l'argumentation de Walzer pour un contrôle des frontières : une définition prépolitique de la communauté (qu'est-ce qui est effectivement partagé ?), un paradoxe d'autoconstitution (qui a distribué l'appartenance à ceux qui distribuent l'appartenance ?) et un double standard de la morale (pourquoi la justice doit-elle s'arrêter aux frontières ?).¹

Le « diagnostic privé d'effets » de Walzer souligne donc l'importance de la question de l'appartenance pour une théorie de la justice, mais évacue pourtant cette question de savoir à quelles conditions le « nous » peut légitimement se délimiter, en la faisant disparaître derrière l'affirmation tautologique d'une distinction entre justice et aide mutuelle qui recoupe la distinction présupposée entre membres et non-membres. L'ensemble de ces traits se retrouve dans les analyses menées par Miller, avec toutefois, chez ce dernier, un biais plus marqué en faveur de la clôture originaire de la communauté.

2. Miller ou la communauté rêvée

Dans son principal ouvrage sur la question de l'immigration², Miller, professeur de théorie politique à Oxford, entend proposer une « philosophie politique de l'immigration », ce qui explique, affirme-t-il, qu'il pose d'emblée un « nous » « au sein duquel » se trouvent les étrangers, pour reprendre son titre. En effet, à ses yeux, la différence entre une approche éthique et une approche politique de l'immigration tient à ce que la seconde, qui a donc sa préférence, au lieu de prescrire des comportements individuels, « reconnaît que le problème est réel et doit être résolu collectivement, à travers une initiative politique ou un changement institutionnel »³. C'est cet intérêt pour la dimension collective du « problème de l'immigration » qui justifie à

¹ Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières. Éthique et politique de l'immigration*, Éditions EHESS, Paris, 2018, p. 101.

² Miller (D.), *Strangers in our midst. The political philosophy of immigration*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2016.

³ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 18. Nous traduisons toutes les citations de cet ouvrage non disponible en français.

ses yeux l'emploi volontairement provocateur du pronom « nous » dans le titre de son ouvrage, parce que ce point de départ « reflète la façon dont l'immigration est souvent perçue » par les sociétés d'accueil, à savoir comme une intrusion, un dérangement, et que « le défi que cela pose doit se refléter dans la façon dont nous réfléchissons aux mouvements transfrontaliers »¹. Le raisonnement qui justifie un tel point de départ est le suivant : parce qu'il envisage l'immigration sous l'angle de la réaction collective qu'une communauté est censée adopter face à ce phénomène, Miller ne peut se contenter d'impératifs moraux abstraits pesant sur les seuls individus. Pour être réaliste, il doit donc prendre au sérieux les défis concrets que l'immigration pose à une société donnée. Et cette même approche réaliste implique de partir de la fragmentation du monde en États séparés puisqu'autrement le problème et même le phénomène de l'immigration seraient amenés à disparaître. Toutefois, ce raisonnement ne nous semble pas suffisant pour justifier le fait de partir ainsi de la communauté et de ses réactions, d'en faire le donné fondamental que l'on accepte comme tel et à partir duquel on se demande « que faire » en matière d'immigration². En effet, une telle approche pose deux problèmes majeurs : le premier est que, en un sens, la question est résolue dans sa formulation même, puisque tenir pour acquise l'existence légitime d'un « nous » revient à entériner implicitement un pouvoir discrétionnaire aux frontières, dont la suite de l'ouvrage n'aura plus qu'à déterminer plus finement les modalités et les limites éventuelles. Le second problème est que, sous couvert d'une approche politique et non éthique, en réalité, Miller en vient, exactement comme Walzer, à repousser la question de nos rapports avec les étrangers dans le domaine purement *moral*, puisque leur extériorité par rapport à la communauté *politique* est posée comme un principe indiscutable.

Le premier problème que nous avons relevé se manifeste dans la manière dont Miller formule les interrogations qui ont donné naissance à son ouvrage : il s'interroge ainsi tour à tour sur « l'impact de l'immigration sur les sociétés d'accueil, la balance coûts-bénéfices et la mesure dans laquelle les avantages et coûts pour les immigrants eux-mêmes doivent être intégrés à l'équation »³. La question en vient donc à être ainsi formulée : « doit-on leur donner un poids égal, ou bien est-il légitime de faire pencher la balance du côté des membres de la communauté politique ? »⁴. Sur cette base, la question devient vite exclusivement celle de savoir « si et dans quelle mesure les États sont légitimes à faire preuve de ce que j'appelle la

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 18-19.

² Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 1.

³ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 11.

⁴ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 11.

partialité en faveur de nos compatriotes [*compatriot partiality*] ? »¹, et enfin, sur fond de ce qu'il qualifie de cosmopolitisme moral faible, « jusqu'où les communautés politiques ont-elles malgré tout le droit de manifester une préoccupation particulière pour leurs membres ? »². Or, dans la manière dont ce problème est abordé, sur fond de l'existence légitime de l'État et de sa clôture, on voit que la balance ne peut que pencher en faveur de la communauté politique ; au fond, Miller exprime avec une netteté particulière le modèle du balancier dont nous sommes partie et le fait que, posée ainsi, la question ne peut que le faire basculer au détriment des étrangers. Les intérêts et enjeux de ces derniers ne sont en effet pris en compte que de façon à la fois secondaire et subsidiaire.

De fait, et c'est le second problème posé par le point de départ retenu par Miller, la question de « notre » rapport aux étrangers ne relève que du registre moral, précisément parce que le fait que « nous » constituions un groupe soudé dont « eux » sont exclus, et dont nous avons *le droit* de les exclure, est un point tenu pour acquis et soustrait à l'examen critique. L'État ou la communauté politique se voient dotés d'une prime ontologique : ils constituent le point à partir duquel surgit l'interrogation sur nos rapports avec les étrangers. En un sens, cette façon de procéder est inévitable dans la mesure où, par définition, les étrangers, comme le disait Walzer, ne sont pas des nôtres. Accepter de penser du point de vue d'un nous, c'est donc se donner d'emblée la différence entre « eux » et « nous » ; mais ce faisant, une grande partie de ce qui constitue le « problème de l'immigration » est évacuée, puisque le droit originnaire d'exclure, et d'exclure de façon discrétionnaire, est posé et non démontré. A l'intérieur, la politique, à l'extérieur, la morale : tel est le raisonnement auquel Walzer et Miller sont irrésistiblement conduits en raison de leur refus de soumettre la délimitation première de la communauté politique et ses implications pour les « autres » à un examen aussi rigoureux que celui qu'ils mènent pour la question de l'immigration. Dans cette perspective, la question ne peut être que celle de savoir « ce que les communautés politiques doivent respectivement à ceux qui en sont membres et à ceux qui appartiennent à une autre »³. Comme chez Walzer, nous passons du fait (l'État-nation existe) à la norme (« nous » avons le droit d'exclure les autres). Chez Miller, le basculement dans le registre moral prend la forme d'une obligation pour l'État de respecter les droits de l'homme des étrangers (étant donc entendu que ses obligations sont bien plus lourdes envers les citoyens), au nom du cosmopolitisme faible qu'il professe : les êtres humains ont une même valeur morale, mais cela n'interdit pas que les hommes s'associent pour

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 20.

² Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 36.

³ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 21.

contracter des obligations mutuelles plus importantes. Nous touchons ici au nœud du problème qui se répétera sous des formes différentes tout au long de ce chapitre : chacun à sa façon, tous les théoriciens de la justice que nous allons considérer *se donnent a priori* la communauté pertinente, l'échelle de son interrogation. Chez Miller et Walzer, l'échelle pertinente n'est pas celle de l'humanité, mais celle de la communauté politique particulière. Ceci posé (mais non démontré), il en découle tout naturellement que le traitement que « nous » devons aux étrangers est d'un registre autre que celui que « nous » nous devons entre nous. Inversement, chez les théoriciens partisans d'un cosmopolitisme plus fort, la particularisation de la communauté, ou plutôt sa force normative, se trouvera logiquement affaiblie. Tout le problème se niche donc dans le point de départ adopté, puisqu'il contient implicitement la réponse à la question « que devons-nous aux étrangers ? ».

Or, chez Miller, le point de départ, biaisé en faveur de la communauté politique, se reflète très nettement dans les passages où il entend pourtant adopter un point de vue soucieux des intérêts des étrangers, pour défendre l'idée que nous avons envers eux des obligations qui vont au-delà du simple respect des droits de l'homme aujourd'hui reconnus comme tels. Il affirme en effet un droit à la justification des étrangers lorsqu'ils sont confrontés à un refus de les accueillir de la part d'une communauté politique. Il procède pour ce faire à une analogie avec le cas d'un randonneur croisant une personne en détresse. Le randonneur, affirme-t-il, doit subvenir aux besoins urgents de cette personne si cela ne met pas sa propre vie en péril ; mais

ce que le cosmopolitisme faible exige, dans les cas où les droits de l'homme ne sont pas en jeu, c'est que, si quelqu'un nous réclame quelque chose — quelque chose qui sert ses intérêts — nous les prenions toujours sérieusement en considération et acceptions si nécessaire de donner des raisons à notre refus.¹

Il ajoute que, dans le cas où satisfaire cette demande ne nous coûte rien, nous devrions même y accéder ; naturellement, dans le cas de l'immigration, l'idée implicite est qu'elle est toujours plus ou moins coûteuse (ne serait-ce que symboliquement) pour la communauté d'accueil, donc cette hypothèse ne se posera guère. Mais plus généralement, cette analogie et cette défense d'un droit à la justification nous semble appeler deux types de remarques.

Premièrement, elle repose sur l'assimilation de l'État à un individu. Or, ce faisant, les dés sont pipés en faveur de l'État et en défaveur des étrangers. En effet, l'analogie permet de légitimer, sans le dire explicitement, la préservation de l'État : de même qu'il nous semble aller de soi que chaque individu a le droit de préserver son intégrité physique avant de porter secours aux autres, de même, il devrait aller de soi que, dans son rapport aux étrangers, la communauté

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 37.

politique se soucie d'abord de préserver ses intérêts. Toutefois, cette analogie revient littéralement à naturaliser cette communauté politique, car, alors que l'existence d'un individu physique, d'un organisme vivant circonscrit et indépendant, est un fait de nature qui ne dépend pas de notre volonté, cela ne vaut pas du tout pour l'État, dont l'existence est tributaire d'une décision et, à ce titre, peut être contestée sur le plan *normatif*. En outre, s'il est clair que tous les individus ont intérêt à s'accorder sur une règle morale les autorisant à préserver leur intégrité, ce n'est pas le cas dans leur rapport à un État : les étrangers, ou du moins ceux qui sont issus des pays les moins favorisés, ont tout à perdre dans l'acceptation généralisée de cette analogie trompeuse.

Par ailleurs, la conception de la justification à laquelle les étrangers ont droit, telle qu'elle est défendue par Miller, se révèle, après analyse, purement formelle. En un sens, ce défaut est inévitable dans la mesure où l'auteur tient pour acquis qu'un État n'a pas de devoir substantiel envers les étrangers au-delà du respect des droits de l'homme : dans tous les autres cas, la décision d'accepter ou de refuser un étranger relève de son bon-vouloir. On comprend alors que l'obligation de justifier sa décision n'est pas intégrée à la prise de décision elle-même, qui est discrétionnaire, elle n'affecte en rien son contenu ; elle ne constitue donc qu'une obligation de façade, comme les raisons laconiques et vagues alléguées pour « justifier » les refus de visa. L'État est libre dans sa décision, il doit simplement alléguer un motif dont il lui revient de déterminer lui-même la validité. Plus encore, le type même de justification évoqué par Miller témoigne de son absence de portée réelle, en ce qu'il ne dépend que du point de vue de la communauté politique accueillante. Ainsi, le critère retenu est celui de « bonnes raisons, de raisons que les immigrants *devraient* accepter dans la mesure où les objectifs généraux de la politique sont légitimes »¹. Il ne s'agit pas de raisons que tout migrant accepterait effectivement, puisque, dans la plupart des cas, « l'État d'accueil et le candidat à l'immigration ont des conceptions différentes de ce qui doit être considéré comme pertinent »². Mais dans cette perspective, les raisons ne sont « bonnes » et les politiques mises en œuvre ne sont « légitimes » que pour la communauté politique, pas pour l'étranger ainsi refusé ; en défendant une conception unilatérale du point de vue à adopter pour « justifier » un refus de visa, Miller manifeste que cette obligation de justification demeure superficielle. Il prend pour exemple d'une politique légitime le choix d'attirer des étrangers hautement qualifiés, et de refuser les autres en raison de considérations économiques : il est clair, ici, que la « justification » se contente d'alléguer un motif qui n'a de légitimité qu'interne. Cette conception réductrice de la

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, op. cit., p. 105.

² Miller (D.), *Strangers in our midst...*, op. cit., p. 105.

justification découle du postulat réaliste adopté par Miller : le monde est composé d'une pluralité d'États. Mais ce fait, en tant que tel, ne peut se réclamer d'aucune force normative à l'égard des étrangers, tout particulièrement à l'égard de ceux qui pâtissent d'une décision de refus. Miller passe sans transition du constat de l'existence d'une communauté politique à l'idée que les étrangers sont tenus de respecter ses décisions même lorsque ces dernières sont prises de façon unilatérale et à leur détriment.

En réalité, cette conception étroite de ce que « nous » devons aux étrangers et sa fondation sur une conception naturalisante de la communauté politique découlent d'une valorisation très forte de cette même communauté. Si sa réflexion semble biaisée dès le départ en faveur de l'État, c'est parce que Miller voit dans la communauté politique nationale un environnement particulièrement précieux et important pour la vie humaine. Aussi, une définition satisfaisante de la communauté politique pourrait justifier *a posteriori*, en quelque sorte, la partialité de son point de départ. Malheureusement, cela ne nous semble pas être véritablement le cas. Au chapitre 4, il s'interroge sur « la condition à laquelle un État peut à bon droit revendiquer une juridiction territoriale »¹. L'ouverture de ce chapitre part du constat selon lequel les droits de l'homme sont très souvent violés à la frontière : « la mort de migrants illégaux est le cas le plus extrême, mais, comme les États vont très loin pour s'assurer que ces gens n'atteignent pas leur territoire, ils portent inévitablement atteinte aux droits de l'homme de beaucoup d'autres » ; il en déduit que « le droit de l'État de fermer ses frontières réclame une défense forte »². Cette entrée en matière pose déjà problème au regard de ce qui précède, puisqu'il a affirmé que les États devaient respecter les droits de l'homme, critère qu'il semble donc abandonner, ou au moins atténuer, face aux nécessités pratiques supposées de la surveillance des frontières. Il définit trois conditions auxquelles un État peut légitimement s'approprier un territoire et fermer ses frontières : s'il maintient l'ordre public et protège les droits de l'homme des habitants (et non plus des êtres humains en général, donc) ; s'il représente les habitants du territoire, c'est-à-dire si la population le considère comme une autorité légitime ; et enfin, si cette population a elle-même le droit d'occuper ce territoire. Ce dernier critère est considéré comme rempli, en référence à ses travaux précédents³, par « des groupes unis par une identité nationale partagée qui ont, au cours du temps, transformé le territoire en question, lui conférant généralement une valeur à la fois matérielle et symbolique »⁴. Le droit

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 59.

² Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 57.

³ Miller (D.), « Territorial Rights: Concepts and Justification », *Political Studies* n° 60, 2012, p. 252-268.

⁴ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 60.

d'exclusion est considéré comme le corollaire du droit à l'auto-détermination qu'un tel groupe peut légitimement revendiquer, au sens du « droit qu'a une population démocratique [*a democratic public*] de faire un large éventail de choix politiques dans les limites posées par les droits de l'homme »¹. C'est à ce niveau que se posent un certain nombre de problèmes, car Miller défend une conception discutable de l'unité de cette communauté, pour en déduire son droit à décider librement de sa politique d'immigration.

Même en admettant que cette constitution unilatérale d'une communauté suffise à obliger les étrangers à la respecter, en effet, son principal argument est problématique : l'immigration mettrait en péril la capacité démocratique d'une communauté à prendre des décisions pour l'avenir, dans la mesure où les immigrants et leur participation « apporteront des changements significatifs aux décisions prises par le *demos*, car ils ne vont pas simplement reproduire la population indigène en matière de croyances, valeurs, intérêts, préférences culturelles, etc. »². Face à l'objection selon laquelle toute communauté, avec ou sans immigration, change au fil du temps et que toute décision prise à un instant T pourra donc être amenée à changer ensuite, il répond que la continuité de croyances, valeurs, etc. au sein d'une communauté est assurée à travers la socialisation et l'éducation. Si l'on admet cette vision de la transmission des valeurs, on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas valable pour les immigrants (même si les adultes ne sont pas scolarisés, ils sont socialisés). Son argument repose en réalité, implicitement, sur la présupposition d'une unité substantielle de la communauté, qui serait quasi-assurée au fil des générations, et mise à mal par l'adjonction d'éléments extérieurs ; il semble tenir pour acquise l'idée que, en l'absence d'immigration, une communauté politique se caractérise par l'homogénéité interne, sur le court comme sur le long terme.

Son deuxième argument repose sur la même conception sous-jacente, puisqu'il avance l'idée que l'immigration pourrait affaiblir « à la fois la confiance entre les individus et dans les institutions politiques »³ en augmentant le degré de diversité culturelle : inversement, suppose-t-il, l'homogénéité semble garantie en l'absence d'immigration. Sa conception de la communauté semble reposer sur le rêve illusoire d'une unité substantielle interne, que seuls des éléments *externes* pourraient mettre en péril, ce qui mériterait une démonstration plus poussée, car l'unité et la cohésion d'une communauté politique n'ont rien d'un donné immuable et paisible. Or c'est dans cette vision rêvée de l'État et de la nation que s'enracine la facilité avec laquelle Miller entérine le droit d'exclusion aux frontières, ce qui fragilise son argumentation.

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, op. cit., p. 62.

² Miller (D.), *Strangers in our midst...*, op. cit., p. 63.

³ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, op. cit., p. 64.

Le saut du fait à la norme est donc plus net encore chez Miller que chez Walzer. Son raisonnement consiste, schématiquement, à se donner une communauté considérée d'emblée comme légitime et homogène, et à en déduire, assez logiquement, son droit à décider de sa politique aux frontières et à préserver son union interne. Bien qu'il ait tenté de développer une philosophie *politique* de l'immigration, il semble avoir échoué à envisager les rapports d'une communauté avec les étrangers autrement que sur le registre *moral*, entérinant de ce fait et sans examen critique la différence de statut entre eux et nous. Ceci peut s'expliquer en partie par le fait que Miller est un théoricien de la nationalité¹, soucieux de faire droit à toute l'épaisseur de la vie partagée d'une communauté. Son cosmopolitisme « faible » cède sans peine face à cette prime accordée à la particularisation politique et culturelle. Il est donc d'autant plus étonnant que ces traits se retrouvent chez un auteur aussi farouchement universaliste que Rawls.

3. Rawls ou le point aveugle

Rawls, unanimement reconnu comme l'un des plus grands théoriciens de la justice du XX^e siècle, n'aborde guère les questions liées à l'immigration ou aux droits des étrangers. Si cela peut se comprendre dans son maître ouvrage qu'est *Théorie de la Justice*², ce constat est plus surprenant s'agissant de sa tentative pour appliquer ses principes de justice à la société internationale, *The Law of Peoples*³. Pourtant, même dans ce second ouvrage, l'immigration ne fait l'objet que d'une brève mention et d'une note de bas de page, rien de plus.

Commençons par passer en revue les quelques analyses qu'il consacre à ce sujet. Dans la *Théorie de la justice*, il souligne dès les premières pages que, malgré son ambition systématique, son ouvrage ne peut proposer qu'une approche partielle des questions de justice, et qu'il est notamment possible que certains sujets, comme le droit international public, réclament des principes différents. « Je serai satisfait, ajoute-t-il, s'il est possible de formuler une conception raisonnable de la justice adaptée à la structure de base de la société, que nous concevons pour le moment comme un système clos, isolé des autres sociétés »⁴. Ce point de départ en apparence anodin se révélera lourd de conséquences ; mais il explique pourquoi, dans un premier temps, la question de la distinction entre membres et non-membres et du statut qu'il convient de réserver à ces derniers est évacuée. Ce n'est qu'au §58, dans le cadre d'une réflexion sur le problème « interne » de l'objection de conscience, qu'il esquisse ce qui

¹ Qu'il définit en particulier dans son ouvrage *On Nationality*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

² Rawls (J.), *Théorie de la justice*, traduit de l'américain par Audard (C.), Éditions du Seuil, Paris, 1987.

³ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1999.

⁴ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 34.

deviendra sa théorie du droit international. Il y envisage l'extension de sa procédure de détermination des règles de justice, le voile d'ignorance, non plus seulement aux individus membres de la société close sur laquelle il a réfléchi jusqu'à présent, mais également à des « représentants des différentes nations qui doivent choisir ensemble les principes fondamentaux pour arbitrer les revendications conflictuelles des États »¹, sans savoir, comme les individus à l'échelle de la société, quel État chacun représente, ni quelle est sa place en son sein.

C'est cette même procédure d'extension du voile d'ignorance des individus aux représentants des peuples qui est adoptée dans *The Law of Peoples*. Il est inutile pour notre propos d'entrer dans le détail des règles qu'il y défend. Il nous suffira de noter que, tout comme Walzer et Miller, l'existence de fait des frontières étatiques semble suffire à justifier leur existence et à donner aux États² un droit d'exclure les étrangers. Il affirme en effet qu'

un rôle important du gouvernement d'un peuple, quel que soit le degré d'arbitraire manifesté, d'un point de vue historique, par les frontières d'une société, est d'être l'agent représentatif et efficace d'un peuple lorsqu'il prend la responsabilité d'un territoire et de l'intégrité de son environnement, ainsi que de la taille de sa population.³

Ainsi, leur caractère arbitraire ne suffit pas à faire tomber les frontières sous le coup d'un examen critique au nom des principes de justice ; la raison en est, pour Rawls, qu'en l'absence d'une telle appropriation d'un territoire par un peuple, ce territoire se détériorerait, faute d'être mis en valeur. Cet argument peut éventuellement valoir pour défendre l'existence de frontières en général, mais il ne suffit en l'état ni à défendre l'existence des frontières actuelles ni à déduire, comme le fait pourtant l'auteur dans une note de bas de page, que « cette remarque implique qu'un peuple a au moins un droit assorti de conditions [*a qualified right*] de limiter l'immigration. » Sans développer ces conditions, Rawls ajoute une raison supplémentaire de reconnaître aux peuples ce droit d'exclusion, à savoir « la protection de la culture politique et des principes constitutionnels d'un peuple »⁴ (remarque suivie d'une référence à Miller).

¹ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 417.

² Ou plutôt, dans ses termes, aux peuples : comme il l'explique au §2, intitulé « pourquoi des peuples et non des États », cette distinction terminologique lui sert à considérer que ne valent comme acteurs de la société internationale que les États qui correspondent à des peuples, c'est-à-dire « dotés d'un gouvernement démocratique, constitutionnel et raisonnablement juste au service des intérêts fondamentaux des citoyens », citoyens eux-mêmes unis par des liens de « sympathies communes », et une « nature morale », c'est-à-dire que leur conduite est soumise à leur conception de la raison (Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 23). La seconde raison est que cela lui permet de ne pas présupposer que ces acteurs internationaux disposent nécessairement de tous les attributs associés à la souveraineté étatique, car cela reviendrait à réduire de façon arbitraire le champ de son interrogation en matière de justice.

³ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 38-39.

⁴ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 39.

En un sens, donc, la moisson rawlsienne semble maigre pour la question qui nous occupe. Pour autant, les éléments que nous venons de présenter appellent deux remarques. La première est que Rawls semble considérer la circulation internationale essentiellement comme le symptôme des inégalités interétatiques actuelles, qui serait donc amené à disparaître ou diminuer dans un monde plus juste. La seconde est que, si l'on compare les principes internes défendus dans la *Théorie de la justice* aux règles de *The Law of Peoples*, on ne comprend guère pourquoi Rawls défend une vision aussi peu ambitieuse de la justice internationale : cette timidité théorique est due au biais qu'il témoigne en faveur de la clôture de la communauté, qu'il tend, comme Walzer et Miller, à tenir pour acquise, à naturaliser.

S'agissant du premier point, Rawls affirme lui-même que les problèmes liés à l'organisation économique ou sociale d'une société (comme des phénomènes d'oppression politique) sont à l'origine de la plupart des migrations, aux côtés de la pression démographique, qui est à ses yeux elle aussi liée avant tout aux inégalités et à l'assujettissement des femmes. Présenté ainsi, il semble aller de soi que, dans une société internationale « bien ordonnée », respectant les principes rawlsiens, l'immigration tendrait à disparaître : comme il le formule lui-même, cette question « n'est donc pas simplement laissée de côté, elle est éliminée en tant que problème sérieux dans une utopie réaliste »¹. Factuellement, ce point de vue n'est pas nécessairement faux : il est certain que les difficultés liées aux phénomènes migratoires actuels sont en grande partie dues aux inégalités économiques ou aux problèmes internes aux États d'origine. Toutefois, cette formulation témoigne d'une adhésion inconsciente à une vision sédentariste et à la structuration contemporaine du monde, sous la forme d'États distincts, couvrant toute la surface de la terre et se répartissant sans s ni recoupements toute la population mondiale, comme nous l'avons vu au chapitre 1. Cette analyse est confirmée par une remarque de Rawls soutenant que « cette description du droit des gens conçoit les peuples libéraux démocrates (et les peuples décents) comme les acteurs de la Société des Peuples, tout comme les citoyens sont les acteurs dans la société domestique »² ; une telle conception témoigne d'un système largement stato-centré et sédentariste. La place laissée à la circulation internationale ne peut y être que résiduelle.

Ce diagnostic est renforcé par certains décrochages internes aux analyses rawlsiennes, qui mettent en péril la cohérence d'ensemble de son argumentation et s'expliquent par un biais en faveur de la clôture de la communauté politique. Nous n'allons que les résumer ici, et nous

¹ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 9.

² Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 23.

y reviendrons plus en détail dans la section suivante, qui portera sur les « correctifs » que certains disciples de Rawls ont proposé à son système, sur la base de ces difficultés.

Le point le plus problématique concerne son refus d'appliquer au niveau mondial le principe de redistribution (de justice distributive) qu'il défend au niveau interne. Ce refus est fondé sur un postulat qui est à la fois empiriquement discutable et problématique dans ses conséquences, en relation avec ses propres principes : il s'agit de l'idée selon laquelle, même pour les sociétés les plus plongées dans la misère (*burdened societies*, dans sa terminologie), « c'est la culture politique qui est le point primordial »¹. Cette idée est développée ainsi :

les causes de la richesse d'un peuple et la forme qu'elle prend se situent dans sa culture politique et dans les traditions religieuses, philosophiques et morales qui soutiennent la structure de base de ses institutions politiques et sociales, ainsi que dans le caractère industriel et les talents de coopération de ses membres, le tout étant soutenu par leurs vertus politiques.²

Il ajoute deux éléments à l'appui de cette thèse : le fait qu'il existe des pays disposant de très peu de ressources naturelles qui sont pourtant prospères, comme le Japon, et d'autres beaucoup mieux dotés qui ne pas pour autant exempts de difficultés, comme l'Argentine. A l'exception de « cas marginaux », comme les Esquimaux, la dotation en ressources naturelles semble donc indifférente. Cela lui paraît confirmé par les travaux consacrés par Sen³ à la question des famines, qui démontrent que la diminution des ressources alimentaires ne joue qu'un rôle marginal dans ces phénomènes. C'est donc sur cette base qu'il refuse tout principe de justice distributive au niveau mondial, c'est-à-dire tout principe de justice structurel et durable à ce niveau ; lui ne défend que le « devoir d'assistance » envers les sociétés les plus en difficulté, sous une forme transitoire, non pas pour remédier à l'inégalité de la distribution des ressources naturelles, mais pour leur permettre de développer une culture publique plus propice à leur développement. Puisque « l'élément décisif pour la situation économique d'un pays est sa culture politique », alors « le caractère arbitraire de la distribution des ressources naturelles ne pose pas de difficulté »⁴. Pour illustrer sa thèse selon laquelle une redistribution des ressources serait même injuste, il envisage le cas de deux pays qui auraient à un instant donné une situation en termes de richesses et de population similaire. L'un, comme la fourmi de la fable, s'industrialise et fait des réserves de monnaie, l'autre non. Pour Rawls, il serait inacceptable de demander au premier de reverser une part de ses excédents au second, car sa

¹ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 108.

² Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 108.

³ Sen (A.), *Poverty and Famines*, Clarendon Press, Oxford, 1981 et Sen (A.), Drèze (J.), *Hunger and Public Action*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

⁴ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, op. cit., p. 117.

situation plus précaire n'est due qu'à son choix de politique économique. Ce raisonnement appelle deux remarques ; tout d'abord, Rawls contrevient manifestement à son individualisme moral d'inspiration kantienne, car il adopte ici pour unité morale le pays ou la société, et non la personne humaine. Ceci est d'autant plus problématique que l'exemple met en scène « deux pays libéraux ou décent »¹, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas nécessairement organisés de façon démocratique ; considérer que chaque individu est responsable de la décision économique citée serait donc une parade intenable, et on ne voit pas pourquoi les intérêts des individus du pays B devraient légitimement être sacrifiés au choix de leurs dirigeants. De plus, à l'échelle domestique, il affirme que, parce que la répartition des talents relève de l'arbitraire moral, les inégalités qui en résultent doivent être compensées. De ce point de vue, son raisonnement au niveau international présente une rupture : même en admettant que la répartition des ressources soit absolument neutre (ni adjuvant ni opposant au développement), ce qui semble assez contre-intuitif, il n'en demeure pas moins que la propension et la capacité à mettre en place une politique d'industrialisation jouent pour les peuples un rôle analogue soit aux talents soit au mérite des individus et que leur répartition arbitraire pourrait donc appeler une politique de redistribution. Mais Rawls récuse explicitement ce type de politique ; on peut identifier deux raisons à ce refus.

La première est qu'il envisage fondamentalement les États, peuples ou sociétés comme des entités closes et stables², qui n'entrent en relation que de façon superficielle ; autrement, on ne comprendrait pas pourquoi il lui semble aller de soi que, placés sous voile d'ignorance, les différents représentants n'incluront pas dans le domaine du droit des gens et de la justice internationale la question de la répartition des ressources, alors même qu'ils ne savent pas quel peuple ils représentent, quel est son degré de développement, sa dotation en matières premières, etc. Il semble donc tenir pour acquises la séparation et l'indépendance mutuelle des États, dont les représentants s'accorderaient tacitement à préserver le *statu quo*. Ceci transparaît dans le second point que nous souhaitons souligner : du point de vue de Rawls, il semble aller de soi qu'il n'existe pas de structure de base au niveau mondial. Au niveau interne, il entend par « structure de base » « la façon dont les institutions sociales les plus importantes répartissent les droits et les devoirs fondamentaux et déterminent la répartition des avantages tirés de la

¹ Rawls (J.), *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 117. Il distingue, en plus des sociétés soumises à des conditions telles qu'elles ne peuvent s'organiser de façon satisfaisante (*burdened societies*) les sociétés libérales, les sociétés hiérarchiques décentes (non démocratiques, mais relativement respectueuses des droits de l'homme) et les régimes dictatoriaux : l'objectif de l'ouvrage est de fonder une théorie de la justice internationale qui soit valable pour les deux premières, et non uniquement pour des sociétés libérales et démocratiques..

² Sur ce point, voir Nussbaum (M.), *Frontiers of justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2006, p. 235-236.

coopération sociale »¹. Plus généralement toutefois, si l'on admet sa définition des « cas où se posent des questions de justice », en l'occurrence « les cas où les intérêts s'opposent et où les personnes sentent qu'elles ont des justifications pour insister sur leurs droits face aux autres », la justice ayant pour fonction d'« arbitrer les revendications »², son refus d'envisager la question de la répartition des ressources autrement que sur le mode de l'aide mutuelle ne peut que surprendre. Il repose en dernière instance sur une conception isolationniste des sociétés, qui se développeraient ou régresseraient uniquement sous l'effet de facteurs internes purement psychologiques, sans qu'aucune influence extérieure ou liée à la présence ou non de matière premières puisse jouer un rôle décisif.

Fondamentalement, c'est cette conception discutable de la société qui explique aussi le silence de Rawls sur la question du droit des étrangers : il

n'est pas simplement dû à un oubli, une méprise ou un manque de clarté, mais à la tension fondamentale dans laquelle il tente de se repérer, entre une conception libérale de l'égalité fondamentale de tous les individus et une conception démocratique enracinée dans l'appartenance à une communauté politique délimitée.³

La circulation internationale, nous l'avons vu, n'est par conséquent envisagée que sur le mode du symptôme, et non pas comme un phénomène autonome. Surtout, on ne voit guère pourquoi, à moins de naturaliser les frontières de la société, le statut qu'il convient d'accorder aux étrangers serait passé sous silence dans la détermination des principes de justice internes. Définissant la justice comme la vertu des institutions sociales, il devrait pourtant être amené à interroger sous cet angle l'institution de la frontière. Dans sa description du voile d'ignorance, Rawls adopte fréquemment la formule suivante : « personne ne connaît sa place dans la société »⁴, c'est-à-dire que les individus ignorent ou laissent de côté leur âge, leur sexe, leur genre, leur éducation, leurs croyances, etc. Toutefois, implicitement, ils savent qu'ils sont membres de cette société en devenir ; la question de l'appartenance est laissée de côté, elle constitue un point aveugle de l'interrogation en matière de justice, parce que cette interrogation procède en deux étapes : l'une strictement interne, l'autre internationale, sans laisser le moindre espace pour envisager le statut des étrangers. Comme le formule Deleixhe, « les principes de justice sont définis respectivement en-deçà et au-delà de la frontière. À cause de sa situation

¹ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 33.

² Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 162-163.

³ Glover (R. W.), « Eyes wide shut. The Curious Silence of The Law of Peoples on Questions of Immigration and Citizenship », *Eidos* n° 14, 2011, p. 10-49).

⁴ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 38. Plus loin, il redit que « personne ne connaît sa place dans la société, sa position de classe ou son statut social ; personne ne connaît non plus ce qui lui échoit dans la répartition des atouts naturels et des capacités, c'est-à-dire son intelligence et sa force, et ainsi de suite », ni ses traits psychologiques ou sa conception du bien (p. 168-169).

hybride, un pied dans la politique domestique et l'autre dans les relations internationales, la frontière est *de facto* exclue de la réflexion rawlsienne »¹. Il y voit une « abdication » face au réel parce qu'elle témoigne d'une « reconnaissance indirecte de la frontière comme d'une situation de fait inamovible », puisque « considérée comme une donnée prépolitique dont il faut s'accommoder et non comme un problème à résoudre »².

Cela est d'autant plus étonnant que la raison d'être du voile d'ignorance est de créer les conditions d'une impartialité véritable et d'« invalider les effets des contingences particulières qui opposent les hommes les uns aux autres »³, et tout spécialement des contingences qui ont une forte influence sur les perspectives de vie. De ce point de vue, on ne comprend guère pourquoi la question de l'appartenance ou de la non-appartenance à la société ne serait pas un paramètre intégré au voile d'ignorance. Le laisser de côté revient en effet à tenir pour acquise la délimitation factuelle de la communauté alors même qu'elle est de toute évidence arbitraire du point de vue moral et lourde de conséquences pour les trajectoires individuelles. Contrairement à Walzer et Miller, Rawls ne défend pas explicitement cet entérinement de la délimitation de la société ; il semble plutôt ne pas avoir aperçu les conséquences de cet « oubli » ou de cette neutralisation de la question de l'appartenance. Il serait donc possible, sur la base de la théorie déployée par Rawls et qui est explicitement présentée comme un point de départ laissant de côté certains paramètres, de rejouer la situation de voile d'ignorance en y intégrant la question de l'appartenance : cela n'implique même pas nécessairement de remettre en question les frontières existantes⁴. Il suffirait d'imaginer que les individus ignorent s'ils sont ou non membres de la société, au même titre qu'ils ignorent toutes les caractéristiques particulières et contingentes qui pourraient fausser leur jugement. Discuter de la pertinence générale des principes de justice défendus par Rawls, et en particulier de la possibilité de séparer le domaine de la liberté et celui de l'égalité, déborde le cadre de notre propos. Il nous suffit d'avoir montré

¹ Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, op. cit., p. 52.

² Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, op. cit., p. 53.

³ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 168.

⁴ Ce qui est pourtant la voie adoptée par la plupart des rawlsiens réformistes. Même chez Carens, qui a cerné spécifiquement les problèmes liés à la neutralisation des questions de justice posées par la distribution de l'appartenance, le remède proposé est celui d'une situation originaire globale : « Le "voile d'ignorance" a pour fonction d'"invalider les effets des contingences particulières qui opposent les hommes les uns aux autres". Les contingences naturelles et sociales sont en effet "arbitraires d'un point de vue moral" et représentent des facteurs qui ne devraient pas influencer le choix des principes de justice. Or, le fait d'être citoyen d'un pays riche ou pauvre, d'être déjà citoyen d'un État particulier ou d'être un étranger qui souhaite le devenir constitue précisément le genre de circonstance particulière susceptible d'opposer les hommes les uns aux autres. Une procédure équitable pour le choix des principes de justice devra en conséquence exclure la connaissance de ces circonstances, de la même façon qu'elle exclut la connaissance de la race, du sexe ou de la classe sociale d'une personne. Nous devrions donc adopter une conception globale, et non nationale, de la position originelle. » (Carens [J.], « Étrangers et citoyens : un plaidoyer en faveur de l'ouverture des frontières », *Raisons politiques* n° 26, 2007/2, p. 18.

qu'il existe des raisons « rawlsiennes » d'intégrer la question de l'appartenance au domaine des qualités individuelles placées sous voile d'ignorance. Si l'on accepte cet argument et la structure d'ensemble de la *Théorie de la justice*, et qu'on intègre la question de l'appartenance au champ du voile d'ignorance, il semble probable que le droit - même « assorti de conditions » - de limiter l'immigration que le théoricien reconnaît aux peuples¹, se verrait reformulé en faveur d'un principe d'ouverture plus important, et que l'accès au système de solidarité et à la citoyenneté serait facilité, car

lorsque l'on considère les possibles restrictions à la liberté de mouvement derrière le « voile d'ignorance », on doit adopter la perspective de celui que ces restrictions désavantageront le plus, en l'occurrence la perspective de l'étranger qui souhaite immigrer. La position originelle nous conduit ainsi à intégrer le droit de migrer dans le système des libertés fondamentales.²

Autrement dit, la situation des étrangers se verrait modifiée en un sens plus favorable si leur situation était intégrée à titre d'hypothèse au voile d'ignorance, et ce, de façon substantielle, car, à l'exception des touristes et citoyens européens, la majorité des étrangers appartient à la catégorie la plus défavorisée de la population : le principe de différence jouerait donc fortement en leur faveur.

Nous pouvons retenir des analyses de Walzer, Miller et Rawls que l'existence d'une communauté politique particulière, dotée d'un principe de distinction entre membres et non-membres et au sein de laquelle s'opèrent des choix d'organisation politique et sociale, constitue un fait à la fois nécessaire et précieux pour l'épanouissement des individus. Toutefois, nous sommes encore à la recherche d'un principe justifiant cette partition autrement que sur le mode du constat factuel. Certes, tous les trois considèrent qu'il est faux de dire que nous ne devons rien aux étrangers. Ils ne défendent pas un principe de clôture radicale : Walzer fait valoir l'idée selon laquelle les étrangers sont « comme nous, mais pas des nôtres »³, Miller adopte un cosmopolitisme moral faible et Rawls défend l'universalisme moral kantien. Cependant, ils partagent également tous les trois l'idée selon laquelle nous ne devons pas aux étrangers la même chose que ce que nous nous devons entre nous, parce que l'échelle particulière de la communauté étatique est posée d'emblée comme cadre d'analyse. C'est dans cet écart entre l'universalisme de départ et la particularisation maintenue des statuts que vont s'engouffrer

¹ Rawls (J.), *The Law of Peoples...*, *op. cit.*, p. 39, note 48.

² Carens (J.), « Étrangers et citoyens... », *art. cit.*, p. 21.

³ Walzer (M.), *Sphères de justice*, *op. cit.*, p. 63.

leurs opposants, en redonnant son poids normatif à l'échelle de l'universel face à celle de la communauté particulière.

II. Le biais sédentariste des approches cosmopolitiques

Les auteurs que nous allons commenter à présent s'inscrivent dans le courant du cosmopolitisme. Pogge, Beitz et Carens s'en réclament parce qu'ils revendiquent une même prémisse, celle de l'égale valeur morale des individus, indépendamment de leurs caractéristiques particulières et tout spécialement de leur appartenance étatique ; cela les amène à poser la question de la justice et de ses institutions à l'échelle de l'humanité. Toutefois, comme nous allons le voir, ce faisant, ils tendent à tomber dans un écueil symétrique à celui de Walzer, Miller et Rawls. En effet, ces derniers se donnaient une communauté politique particulière et contingente et la tenaient pour acquise ; la question du droit d'exclure les étrangers était donc résolue avant même d'être posée. De la même façon, les théoriciens du cosmopolitisme, à partir de leur affirmation de l'égale valeur de tous les individus, se donnent pour communauté politique pertinente l'humanité tout entière, conçue de façon abstraite et théorique. Dans les deux cas, la question de l'échelle pertinente est résolue *a priori*, elle constitue le point de départ de la réflexion, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés. Elles sont principalement de deux ordres, mais, dans les deux cas, elles tiennent au fait que l'abstraction de l'échelle d'appartenance retenue, l'humanité, finit par éclater : soit l'échelle d'appartenance plus concrète qu'est l'État refait son apparition, soit la réflexion bascule dans un registre moral relativement déconnecté de la réalité politique.

1. L'impossible renoncement à l'État

Décus par le décrochage entre justice domestique et justice internationale opéré par Rawls, mais séduits par l'armature générale de sa *Théorie de la justice*, Pogge et Beitz ont entrepris de retravailler la question de la justice mondiale en défendant un véritable système de redistribution des ressources, afin de respecter l'universalisme moral professé par Rawls.

Pogge, qui a fait sa thèse¹ sous la direction de Rawls, défend explicitement une version remaniée de sa théorie de la justice, consistant à promouvoir un pacte au niveau mondial, et non

¹ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1989.

pas, comme chez Rawls, au niveau domestique puis au niveau international. Contre la réduction rawlsienne de la justice aux institutions domestiques, Pogge prône donc un élargissement du champ de la justice par le biais du critère kantien de l'influence réciproque : étant situés dans un espace clos, les hommes ne peuvent faire autrement qu'interagir. Ce fait inévitable suffirait à faire surgir la question de la justice, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir le critère de Rawls qui portait sur « la façon dont les institutions sociales les plus importantes répartissent les droits et les devoirs fondamentaux et déterminent la répartition des avantages tirés de la coopération sociale »¹. Il aurait d'ailleurs également pu arguer que le droit international et les frontières sont des institutions qui jouent ce rôle de répartition des droits, des devoirs et des ressources entre les États. Sur cette base, il défend l'élargissement de la conception rawlsienne de la justice à l'échelle mondiale, les enjeux domestiques n'étant abordés que sur fond de ce contexte plus large. La pierre de touche de la justice est désormais la position de l'individu le moins avantage à l'échelle mondiale, et non simplement domestique.

De ce point de vue, et même, souligne-t-il, du point de vue de Rawls qui place les représentants des peuples sous voile d'ignorance, la mise en place d'un système de redistribution s'impose, de même que celle d'un mécanisme juridictionnel fort, en l'absence duquel les États les plus faibles se trouvent à la merci des États les plus puissants. Il serait donc plus logique de mettre en place une « position originelle unique et globale »², d'autant plus que « les structures de base nationale et globale influencent fortement leur stabilité mutuelle et sont intimement liées dans leurs effets sur les vies individuelles »³. Le principal point de désaccord entre Pogge et Rawls ne se situe donc pas au niveau des principes, mais au niveau du choix de l'échelle pertinente pour aborder la question de la justice. Pour Pogge, « un critère de justice globale doit prendre en compte les inégalités sociales et économiques internationales »⁴, tout particulièrement « dans un monde caractérisé par les interdépendances politiques et économiques significatives qui existent aujourd'hui »⁵. C'est précisément sur cette conception de l'organisation du monde que se cristallise le désaccord. Nous avons vu en effet que Rawls avait tendance à présupposer que les sociétés étaient des entités relativement closes et séparées : une telle conception le conduit à disqualifier l'hypothèse d'une redistribution mondiale des ressources. Parce qu'il est plus attentif à la question de l'interdépendance, Pogge est également

¹ Rawls (J.), *Théorie de la justice*, op. cit., p. 33.

² Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 247.

³ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 256.

⁴ Pogge (T. W.), "An Egalitarian Law of Peoples", *Philosophy and Public Affairs* n° 23-3, 1994, p. 195.

⁵ Pogge (T. W.), "An Egalitarian Law of Peoples", art. cit., p. 196.

plus sensible à la nécessité de corriger les inégalités existant entre les sociétés, puisque ces entités sont considérées plutôt comme les pôles d'un réseau que comme des atomes.

La difficulté tient à ce que, sur cette base d'une communauté humaine globale postulée, posée dès l'origine et de façon abstraite – même si elle se manifeste dans les interactions empiriques mondialisées, Pogge cherche à définir un mécanisme institutionnel concret et précis permettant d'atteindre un objectif de justice globale. Ce faisant, il est vite confronté aux limites de sa conception de l'humanité, dont le fondement demeure théorique : elle découle de l'égalité morale des individus. Il ne s'agit évidemment pas de remettre en question ce postulat, mais de souligner que le type d'unité qui en surgit est faible, au sens où il correspond à une collection d'unités séparées, reliées par une qualité abstraite, et non pas à une unification forte sur la base d'un principe substantiel de solidarité : le constat de l'existence des interactions ne suffit pas à jouer un tel rôle. Ce problème est d'autant moins évitable que Pogge n'est pas partisan d'un État mondial : de son point de vue, l'absence d'un gouvernement unifié n'est pas un obstacle à la réalisation d'une justice globale, car « des sociétés régies par le droit sont possibles en l'absence d'une autorité suprême et illimitée »¹, comme l'a montré le développement du droit international au cours des deux derniers siècles. Ainsi, partant d'une échelle d'appartenance très abstraite, et ne défendant pas sa traduction institutionnelle sous la forme d'un État mondial, il est condamné soit à retomber sur un principe d'appartenance plus concret, soit à ne pouvoir détailler qu'une conception insuffisante de la solidarité internationale.

La première de ces difficultés se reflète dans son article intitulé « Cosmopolitisme et souveraineté »², publié en 1992. Réaffirmant son cosmopolitisme moral, il précise que

ce n'est que parce que tous les êtres humains participent désormais à un schéma institutionnel mondial et unique — qui implique des institutions comme l'État territorial et un système de droit et de diplomatie internationaux ainsi qu'un marché mondial des capitaux, des biens et des services — que chaque violation des droits de l'homme est devenue, au moins potentiellement, l'affaire de tous.,

Inversement, « tant qu'il existe une pluralité de cultures isolées, la responsabilité pour ces violations ne s'étend pas au-delà de leurs frontières »³. On retrouve ici le point de bifurcation d'avec l'analyse rawlsienne. Dans la mesure où tous les humains prennent désormais part à ce système mondial, les plus riches ne peuvent déclinier toute responsabilité dans la situation actuelle, surtout qu'il est « imposé par les êtres humains »⁴ et non un simple fait de nature. Indépendamment donc de la participation des individus à une communauté

¹ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 216.

² Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *Ethics* n° 103-1, 1992, p. 48-75.

³ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", art. cit., p. 51.

⁴ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", art. cit., p. 53.

volontaire effective, de leur engagement réciproque ou de leurs liens choisis, fait-il valoir contre Walzer, le fait que l'organisation du monde enrichit certains et en appauvrit d'autres s'impose et impose des questions de justice. Il propose sur ce point une (curieuse) analogie avec le meurtre¹ : une telle action est une injustice, quel que soit le type de relations (ou leur absence totale, justement) qui unissait le coupable à sa victime. Ce que ces précisions nous indiquent, c'est que le caractère abstrait et théorique de son échelle de justice, à savoir l'humanité, est pleinement assumé par Pogge, précisément parce que la mise en avant de la question de l'ancrage et des liens réciproques permet à ses adversaires de ne retenir que l'échelle domestique. Pour cette raison, parce que « la justice économique globale est une fin en soi », elle « requiert et défend donc la réallocation de l'autorité politique »², selon un système démocratique à plusieurs étages. À première vue, cette redistribution de l'autorité politique semble devoir se faire uniquement sur la base des intérêts communs : « les habitants de n'importe quel territoire continu de n'importe quelle forme raisonnable, du moment qu'ils sont assez nombreux »³, peuvent décider soit de rejoindre une communauté politique existante, soit d'en former une eux-mêmes. Cela revient donc, en partant de la fragmentation actuelle en États, à introduire de la souplesse dans ce système, en autorisant la superposition et le remodelage des associations politiques en fonction des intérêts effectifs. Les critères retenus sont certes vagues, et il est probable que la mise en place d'un tel système n'irait pas sans son lot de conflits, mais la logique sous-jacente n'est pas dépourvue de pertinence. Cependant, répondant à l'objection de certains commentateurs qui ont proposé des exemples volontairement fantaisistes comme la communauté des « supporters du Club de Football de Tottenham, des lecteurs de fictions et de de tous les gens dont le nom de famille commence par un g et se termine par un e », il précise que ces cas sont « éliminés par le critère de la continuité du territoire »⁴.

C'est précisément là que le bât blesse, nous semble-t-il. Ce réquisit territorial est justifié à ses yeux par « la fonction essentielle d'un gouvernement : soutenir des règles communes parmi des personnes qui ne peuvent faire autrement que s'influencer réciproquement à travers des interactions directes et leur impact sur leur environnement commun »⁵. Il nous semble malgré tout que ce critère n'implique pas nécessairement de limiter ces communautés politiques nouvellement formées à des groupes placés sur un territoire *continu*. D'une part, même en partant de la situation actuelle, il est facile de constater que les États n'exercent pas toujours

¹ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 56.

² Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 62.

³ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 69-70.

⁴ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 73.

⁵ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 73.

leur juridiction sur un territoire continu, loin de là : la situation des îles, des territoires d'outre-mer, des enclaves diverses suffit à dissiper cette illusion. D'autre part, si la fonction d'un gouvernement est de veiller au respect de règles communes régissant les interactions, on ne voit guère pourquoi l'ancrage territorial continu jouerait un rôle si important. On peut en effet imaginer des communautés de solidarité qui ne dépendent pas d'un tel ancrage (les communautés religieuses ou linguistiques en fournissent un exemple). Cela ne déboucherait pas nécessairement sur des exemples aussi fantaisistes que ceux reposant sur le soutien à un club sportif ou une lettre de l'alphabet : cela pourrait correspondre, par exemple, à un système de cotisations en vue de bénéficier de certaines prestations sociales, sur le modèle des compagnies d'assurances, ou de promouvoir des valeurs, comme les ONG. Ce système n'est pas tributaire d'une proximité géographique, et, contrairement aux exemples satiriques cités ci-dessus, il peut correspondre à une conception *politique* de la communauté : répartir les ressources et le pouvoir entre des membres unis par des valeurs communes, c'est-à-dire disposant d'un projet d'organisation qui implique des dimensions nombreuses et importantes de leur vie, ce que l'on appelle un mode de vie. Notre définition est évidemment contestable et schématique, mais elle suffit à souligner que la solution adoptée par Pogge, consistant à ne tenir pour communautés politiques dignes de ce nom que des communautés disposant d'un ancrage territorial continu supposerait de justifier cette place éminente accordée au critère territorial, ce qu'il ne fait pas. Par ailleurs, elle semble en grande partie incohérente avec son cosmopolitisme moral dans la mesure où on ne comprend guère au nom de quoi les principes de liberté d'association et d'autodétermination devraient être limités par le fait moralement arbitraire de la localisation géographique. Son critère kantien d'influence réciproque et son insistance sur le fait que les individus se trouvent tous pris dans une structure d'interaction *mondiale* vont d'ailleurs tous les deux à l'encontre d'un tel « localisme ».

À travers le recours à ce critère territorial, Pogge est en réalité conduit à reproduire le système actuel dans son arbitraire, c'est-à-dire à valider le système des États contemporains, assorti d'une nuance - nous ne cherchons pas, par ce terme, à la disqualifier, mais à en montrer la limite - liée au principe d'autodétermination, principe limité, encore une fois, aux situations frontalières. L'exemple qu'il donne est révélateur : il s'agit de celui d'un village italien situé à la frontière avec la France et qui serait donc fondé à demander son rattachement à cette dernière. À ses yeux, cet exemple manifeste le point crucial de son cosmopolitisme et du « schéma institutionnel mondial pluraliste » qu'il implique :

ce schéma est compatible avec des unités politiques dont la composition est homogène au regard de certains critères partiellement non choisis (nationalité,

ethnie, langue maternelle, histoire, religion, etc.), et il engendrerait sûrement des unités de ce type. Mais il ne le ferait que parce que certaines personnes choisiraient de partager leur vie politique avec d'autres semblables à elles, non parce que les gens seraient autorisés à partager leur vie politique si et uniquement s'ils partagent certains traits non choisis¹.

Autrement dit, il s'agit de refonder les associations politiques existantes ou de les remanier sur la base de l'adhésion volontaire et non de la seule sédimentation historique. Mais dans ce cas, l'exigence d'une continuité territoriale semble encore moins défendable, puisqu'elle fait partie de ces « traits non choisis » qui ne peuvent être imposés aux gens à titre de condition requise pour fonder une communauté politique². Ce point d'ombre dans son argumentation nous semble dû à l'abstraction de son critère originel qu'est l'appartenance à l'humanité, qui l'empêche de penser son organisation institutionnelle sur une base novatrice. Il se retrouve au fond sans défense intellectuelle face à l'échelle d'appartenance actuelle effective qu'est l'État, faute d'avoir véritablement envisagé la façon dont l'appartenance commune à l'humanité pourrait se manifester concrètement. Analysé ainsi, le fait de poser l'humanité comme une échelle d'appartenance donnée *a priori*, au lieu de se demander comment la faire émerger dans les consciences et les pratiques, a pour effet paradoxal de renforcer l'échelle locale (étatique, en l'occurrence), au lieu de l'intégrer harmonieusement à un système fondé sur des appartenances multiples, ce qui était pourtant le projet originaire de Pogge.

La seconde difficulté que nous avons relevée consiste à ne pouvoir donner qu'une définition et traduction concrète très faibles de la solidarité à l'échelle mondiale. En effet, Pogge repart du constat de l'arbitraire des frontières pour souligner la faiblesse de la théorie rawlsienne en matière de justice internationale :

comment Rawls peut-il justifier l'énorme importance que les frontières nationales ont aujourd'hui et continueraient d'avoir dans un monde idéal rawlsien en matière de distribution, dans la détermination des perspectives de vie des personnes nées dans différents États ? Comment peut-il justifier que les frontières sont et continueraient d'être associées à la propriété, au contrôle total et au droit exclusif à tous les avantages tirés des terres, des ressources naturelles et du stock de capital ? (...) Nous devons justifier à un Mexicain pourquoi nous devrions avoir droit à des perspectives de vie qui sont tellement supérieures aux siennes simplement parce que nous sommes nés de l'autre côté d'une ligne — une différence qui, à première vue, n'est pas moins moralement arbitraire que les différences de sexe, de couleur de peau ou de richesse des parents.³

¹ Pogge (T. W.), "Cosmopolitanism and Sovereignty", *art. cit.*, p. 73.

² La raison d'être de ce critère est probablement d'interdire la discrimination, c'est-à-dire d'éviter que se forme une communauté territoriale continue qui ne réunirait malgré tout que certains des individus présents sur ce même territoire (les personnes de sexe masculin ou de couleur blanche, par exemple), mais il ne l'explique pas et, interprété de façon stricte, sa formulation n'empêcherait pas la formation de telles communautés partielles.

³ Pogge (T. W.), « An Egalitarian Law of Peoples », *art. cit.*, p. 198.

Toutefois, ce constat de départ l'amène à défendre un système de redistribution international sous la forme d'une taxe mondiale sur les ressources, par analogie avec la taxe de Rawls sur les revenus et la consommation : une telle proposition revient à limiter la question de la justice internationale et la traduction empirique de l'appartenance commune à l'humanité à une procédure de transfert de fonds, aux conséquences certes potentiellement non négligeables, mais qui manifeste tout de même une conception réduite de la justice. La question de *l'unification* de l'humanité n'est guère envisagée, même à titre d'idéal régulateur, parce que son unité morale est posée d'emblée ; de plus, pour les individus concrets, cette procédure risque de se traduire par une véritable assignation à résidence, les États riches se considérant comme délestés de tout devoir envers les populations les plus démunies une fois un certain pourcentage de leur PIB versé au titre de la taxe mondiale ; la question de la justice de la délimitation des États et de leurs ressources elle-même est ainsi évacuée. On retrouve la même idée chez Beitz, pour qui, la répartition des ressources naturelles mondiales étant arbitraire, il importe de neutraliser les inégalités qu'elle suscite. Aussi, suivant un raisonnement proche de celui que nous avons trouvé chez Pogge, il défend l'idée selon laquelle

les parties prenantes à la position originelle sauraient que les ressources sont inégalement réparties par rapport à la population, qu'un accès adéquat aux ressources est une condition préalable au bon fonctionnement des systèmes coopératifs (nationaux)¹ et que les ressources sont rares. Ils considéreraient la répartition naturelle des ressources comme arbitraire, en ce sens que personne n'a, à première vue, une prétention naturelle à l'égard des ressources qui se trouvent sous ses pieds. L'appropriation de ressources rares par certains exige une justification contre les revendications concurrentes des autres et les besoins des générations futures. Ne connaissant pas les ressources dont sont dotées leurs propres sociétés, les parties s'entendraient sur un principe de redistribution des ressources qui donnerait à chaque société une chance équitable de développer des institutions politiques justes et une économie capable de satisfaire les besoins fondamentaux de ses membres.²

Ici encore, c'est le système actuel qui perdure en réalité, avec pour seule traduction empirique du cosmopolitisme moral un principe de redistribution conçu comme un correctif. Il ne s'agit pas tant pour nous de discuter de la pertinence de ce type de propositions que de signaler que même des partisans d'un universalisme cosmopolitique tendent à reconduire la partition en États et échouent à penser véritablement la question de la circulation internationale³ ou de la fondation normative de l'appartenance à une communauté politique particulière et

¹ On retrouve le point de désaccord majeur avec l'analyse rawlsienne revendiqué par Pogge.

² Beitz (C. R.), *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 141.

³ Il est d'ailleurs révélateur que ni l'un ni l'autre ne se soit intéressé à la question de l'immigration.

close : ils témoignent d'un même biais sédentariste que Walzer, Miller et Rawls, c'est-à-dire qu'ils considèrent le fait migratoire essentiellement comme une anomalie, un symptôme qu'une meilleure répartition des ressources ferait disparaître. Ils ne parviennent pas complètement à s'émanciper du modèle des États, faute d'articuler de façon satisfaisante humanité et communauté particulière. Ils reconduisent, sous une forme différente, le même aveuglement sur la question de la délimitation de l'appartenance.

Chez des auteurs plus attentifs à l'ingénierie institutionnelle que réclame la mise en œuvre concrète du cosmopolitisme, on retrouve la même naturalisation du cadre étatique, et son corollaire qu'est la non prise en considération de l'immigration. En effet, même les principaux partisans de la démocratie mondiale, Archibugi et Held, reconduisent en dernier ressort la prime ontologique attribuée à l'État. Leur constat de départ en est pourtant radicalement éloigné : la limitation du cadre démocratique à l'échelle nationale pose problème parce que beaucoup de décisions prises dans ce cadre ne concernent pas uniquement les citoyens, et que, inversement, le rôle joué par les organisations internationales et régionales diminue la part des décisions prises à la majorité. Pour Held,

l'idée même du consentement à travers les élections et l'idée selon laquelle les parties prenantes pertinentes pour l'accord des volontés sont les communautés d'un territoire délimité ou d'un État sont remises en question dès que le problème de l'interconnexion des niveaux national, régional et global est pris en compte et que la nature de la soi-disant « communauté pertinente » est interrogée.¹

Il s'agit donc d'abandonner le modèle westphalien et de remanier en profondeur les institutions internationales pour sortir du modèle interétatique. Concrètement, les pistes proposées consistent à doubler l'Assemblée générale de l'ONU d'un rôle accru des Parlements régionaux (au sens des régions mondiales) existants et/ou à créer, à renforcer l'autorité des cours internationales, à organiser « des référendums généraux de groupes transcendant les nations et les États-nations » et à former « une assemblée officielle de tous les États démocratiques et des agences [internationales] »². Ces réformes visent donc à remanier le système actuel en faisant primer le critère de l'organisation démocratique sur celui de la souveraineté étatique. Chez Archibugi, la réflexion débouche sur un projet de réforme des organisations internationales destinée à « faire peser sur l'exercice de la souveraineté par les gouvernements » des contraintes qui viennent non plus des rapports de pouvoirs entre États, mais « des habitants de la planète » dotés d'« une représentation politique au-delà des frontières

¹ Held (D.), « Democracy and the new international order », in Archibugi (D.), Held (D.) (dir.), *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 102 (nous traduisons).

² Held (D.), « Democracy and the new international order », *art. cit.*, p. 108.

et indépendamment de leurs gouvernements nationaux »¹. Concrètement, toutefois, le substrat actuel des États-nations fournit le canevas de cette réforme passant par un renforcement des cours internationales et de la responsabilité pénale des individus, la suppression du droit de veto au Conseil de sécurité de l'ONU et surtout la mise en place d'un Parlement mondial destiné à défendre les droits de l'homme et à empêcher l'ingérence d'un État dans les affaires d'un autre. Les élections de ces représentants de l'humanité auraient lieu dans chaque État, avec exclusion des États refusant des élections démocratiques ou nomination d'office de représentants par l'Assemblée générale des peuples² ; par ailleurs, les minorités nationales auraient elles aussi droit à leur représentants. Ce compte-rendu suffit à signaler combien le modèle actuel de l'État innervé la conception de la démocratie mondiale : le Parlement en question serait plus un Parlement des différents États-nations qu'un véritable Parlement de l'humanité, comme en témoignent les nombreuses références de l'auteur au modèle du Parlement européen.

Ce point n'est pas en soi une objection adressée à ces théoriciens ; mais il permet de souligner que la question de la circulation internationale constitue ici encore un point aveugle³ : nous avons observé, au fil de ce chapitre, bien des combinaisons différentes entre l'échelle de l'humanité et l'échelle de l'État, mais il apparaît que le primat accordé à l'échelle de l'humanité, paradoxalement, ne semble guère ouvrir la voie à une meilleure prise en compte de la situation des étrangers que chez Walzer, Miller et Rawls. Held et Archibugi témoignent eux aussi d'une approche essentiellement sédentarisée et en dernier ressort statocentrée de la représentation démocratique. Cependant, leur projet pourrait être adapté en prenant en compte l'« oubli » dont les étrangers font l'objet dans les réflexions sur la justice : on pourrait imaginer une représentation des étrangers au sein de ce Parlement mondial, aux côtés des représentants des peuples et des minorités. Cette inflexion ne nous semble pas en soi contradictoire avec le projet de démocratie mondiale, mais il demeure révélateur que l'attachement professé à l'humanité comme telle peine autant à déboucher sur une véritable prise d'indépendance à l'égard du modèle de l'État : la traduction de l'humanité en communauté politique au sens fort se heurte à d'importants écueils.

¹ Archibugi (D.), "From the United Nations to Cosmopolitan Democracy", in Archibugi (D.), Held (D.) (dir.), *Cosmopolitan Democracy...*, op. cit., p. 134.

² Archibugi (D.), "From the United Nations to Cosmopolitan Democracy", in Archibugi (D.), Held (D.) (dir.), *Cosmopolitan Democracy...*, op. cit., p. 141.

³ Pour reprendre la formulation de Benhabib, « malgré leur critique des affirmations stato-centrées, ces théoriciens n'ont pas remis en question la pierre angulaire fondamentale du stato-centrisme, qui est le maintien de l'ordre et la protection des frontières de l'État contre les étrangers et les intrus, les réfugiés et demandeurs d'asile. » (Benhabib (S.), *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 2 (nous traduisons).

2. *Les ambivalences de l'humanité comme communauté politique*

La fragilité d'une réflexion consistant à se donner *a priori* l'humanité comme échelle d'appartenance politique se manifeste dans la tendance des auteurs qui la défendent à basculer d'un registre politico-institutionnel à un registre moral, et donc à se trouver condamnés à juxtaposer deux sphères, celle, politique effective, de l'État, et celle, politique hypothétique, de l'humanité, sans parvenir à les articuler vraiment.

Cette difficulté est particulièrement manifeste dans les analyses de Pogge, car il démontre avec beaucoup de brio la séparation radicale qui existe entre la logique prudentielle, qui prévaut aujourd'hui dans les relations internationales, et la logique morale, qui rendrait possible l'application d'un principe de justice à l'échelle de l'humanité, mais échoue pour autant à démontrer comment peut s'opérer le passage de la première à la seconde. Il interprète le droit international, dans la lignée de Hobbes, comme un « *modus vivendi* » dans lequel chaque État ne cherche que son intérêt personnel, sans se soucier de celui des autres, mais où un ordre peut malgré tout émerger, à condition que chaque acteur ait intérêt à ce qu'il existe. Il s'agit uniquement d'un « équilibre prudentiel »¹ qui perdure tant que « la participation demeure l'option rationnellement préférée par chaque partie »². Dans un tel cadre, les termes du *modus vivendi* sont renégociés en permanence au gré des fluctuations de puissance de chaque État : à ce niveau-là, au niveau des *termes* du droit, de la formulation des règles, la compétition est sans limite, même si tous s'accordent sur la nécessité de poser des règles. Ce système offre une protection efficace contre la guerre (ou du moins la guerre de tous contre tous, car rien n'empêche que certains États trop faibles tombent aux mains des plus puissants) ; mais ce qui importe aux yeux de Pogge, c'est que cet ordre ne ménage aucune prise en compte possible des valeurs, comme la justice, dans la conduite des États.

En effet, si un État décidait de sacrifier certains de ses intérêts au nom de telles valeurs, sa conduite serait en dernier ressort irrationnelle, car rien ne peut lui garantir que les autres en feront autant, bien au contraire : l'équilibre repose uniquement sur le point de rencontre de calculs égoïstes, seuls capables de freiner la logique de puissance des acteurs. Défendre des valeurs constituerait un désavantage compétitif dans ce monde où les conduites des États sont gouvernées par la peur et la menace. Ce compte-rendu des relations internationales ne laisse aucune place aux considérations morales : l'ordre prudentiel et l'ordre des valeurs sont parfaitement imperméables l'un à l'autre. C'est donc par contraste avec le premier, qui règne

¹ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 219.

² Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 220.

actuellement, que Pogge décrit l'idéal d'un « ordre mondial basé sur des valeurs »¹. Son propos consiste à souligner que l'établissement d'une paix véritable et de la justice ne dépend pas tant de la mise en place d'un gouvernement centralisé, donc d'un État mondial, que de valeurs communes, qui font justement défaut dans le système actuel. La condition de possibilité d'une pacification véritable, au-delà du simple silence des armes, tient à un accord, un consensus sur des valeurs qui soient considérées comme non négociables, comme le point de départ intangible de la négociation entre les acteurs, alors que la société internationale est précisément le lieu par excellence où tout est négociable². À partir de cette définition, il envisage les conditions nécessaires à l'établissement d'un tel ordre.

La première serait que chaque société accepte « *moralement* plutôt que selon une logique prudentielle (comme une nécessité désagréable imposée par la distribution des forces du moment) l'existence prolongée des autres sociétés et les valeurs centrales de leur contrat social domestique »³. Le seul usage de l'adverbe « *moralement* » souligne le caractère indépassable du fossé entre les deux logiques : pour passer d'une logique prudentielle à une logique morale, il faudrait que toutes les parties se mettent à réfléchir en termes moraux... alors même qu'il a démontré qu'une telle réflexion était inconcevable au sein d'un système prudentiel. Les autres conditions témoignent du même cercle vicieux consistant à poser comme condition du consensus sur les valeurs l'existence d'un consensus sur les valeurs : il faudrait d'abord que « les parties soient convaincues qu'il faut qu'existe un schéma d'organisation qui, grâce à une répartition équitable des avantages et des inconvénients, permette à chacune d'entre elles de s'engager de manière sincère et fiable », ensuite qu'elles « identifient et peut-être étendent certaines valeurs communes », et enfin « qu'elles acceptent, au nom de ce qui est en soi un but précieux, de modifier dans une certaine mesure leurs valeurs »⁴. Il affirme ensuite qu'il sera possible de parvenir à ce système grâce à la bonne volonté des acteurs, et leur acceptation de certaines règles : « faire des sacrifices véritables [au nom de ces valeurs partagées], respecter une loi ou un accord même lorsque cela s'avère contraire à l'intérêt du gouvernement »⁵. Mais la lecture de ces pages laisse une impression étrange au lecteur qui a d'abord été plongé dans une analyse impitoyable de l'environnement international hobbesien qui prévaut aujourd'hui : Pogge ayant montré qu'il était rationnellement impossible pour les

¹ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 227.

² Sur ce point, il néglige probablement la question des droits de l'homme et de la Charte de l'ONU, dont l'application est évidemment sujette à caution, mais dont l'acceptation verbale par les différents États ne pose guère de difficultés.

³ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 228.

⁴ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 229.

⁵ Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, op. cit., p. 235.

acteurs d'un tel système de défendre véritablement des valeurs, quel que soit par ailleurs leur attachement à elles, on voit mal en quoi cet appel à la bonne volonté et aux sacrifices moraux peut être autre chose qu'un vœu pieux du point de vue même de l'auteur. On assiste à la juxtaposition de deux logiques, prudentielle et morale, qui ne communiquent pas entre elles ; la possibilité de passer de l'une à l'autre, qui correspond très exactement au passage d'un intérêt strictement statocentré à un intérêt pour l'humanité comme telle, aurait nécessité une démonstration détaillée, à laquelle Pogge ne se consacre malheureusement pas. Il ne s'interroge pas sur la façon dont la logique morale pourrait *procéder* de la logique prudentielle, ou même s'imposer face à elle ; bien au contraire, il les présente comme deux systèmes radicalement séparés et opposés. Il nous semble que ce silence peut s'expliquer par sa stratégie intellectuelle générale, qui consiste à changer de perspective, c'est-à-dire à remplacer la perspective de l'État par celle de l'humanité : dans ce processus, les deux perspectives étant données *a priori*, la question de leur articulation ne peut guère surgir. C'est le fait de poser l'humanité et sa perspective morale comme un tout préexistant qui empêche de réfléchir aux moyens de faire surgir la logique morale universelle au sein de la logique prudentielle et étatique qui prévaut aujourd'hui : la distinction entre ces deux logiques induit un décrochage au cœur de son argumentation.

Ce décrochage se manifeste de façon plus criante encore dans les propositions destinées à appliquer au droit des étrangers une logique non plus morale, mais économique. Un certain nombre de théoriciens, en général rattachés de près ou de loin à la galaxie libertarienne, proposent en effet d'allouer les titres de séjour sous la forme de la vente, y voyant une forme de rationalisation du processus de sélection des immigrants. Il s'agit dans cette perspective de faire s'effacer les critères politiques derrière la logique du marché, en substituant à l'action des administrations nationales celle du libre jeu de l'offre et de la demande. A l'origine de cette proposition se trouve notamment le prix Nobel d'économie Gary Becker. Il souligne que les différences de niveaux de vie et de démographie entraînent une pression migratoire des pays pauvres vers les pays riches dont la gestion bureaucratique est coûteuse. Le simple laisser-faire n'est pas souhaitable pour autant parce qu'il risque de mettre en péril l'assise de l'État-providence. Il propose donc que

les gouvernements vendent le droit à immigrer. Ils fixeraient un prix chaque année et n'importe qui serait accepté, à l'exception des cas évidents comme les terroristes potentiels, les criminels et les personnes très malades qui deviendraient

aussitôt une lourde charge pour le système de santé. Mais à l'exception de ces cas, on autoriserait à immigrer n'importe quelle personne capable de payer.¹

Le prix possible pour les États-Unis serait fixé à 50 000 dollars, avec possibilité de mettre en place un système de prêts destiné à attirer des migrants pauvres, mais très ambitieux. L'auteur ne voit dans ce système que des avantages, puisque seuls des migrants qualifiés, jeunes² et engagés vis-à-vis de leur futur pays d'accueil seraient amenés à s'installer. L'analogie avec le marché est explicite et revendiquée :

quand les entreprises font face à une demande excédentaire pour leurs produits (par exemple, la demande de voitures peut excéder les stocks de voitures), elles augmentent le prix de leurs produits. (...) C'est ainsi que le marché fonctionne. Envisagez l'immigration comme un marché. Il y a une demande excédentaire d'entrée dans beaucoup de pays riches. Si vous utilisez le concept de marché, le prix est trop bas, et les pays devraient augmenter leur prix d'entrée.³

Ces propositions peuvent sembler farfelues, surtout vues d'Europe, mais elles cristallisent un débat assez intense aux États-Unis et, surtout, elles sont partiellement mises en œuvre. Un certain nombre de pays européens (en particulier la Bulgarie, Chypre et Malte), en effet, accordent un titre de séjour ou même leur nationalité⁴ en échange d'un certain montant d'investissement ; ces pratiques sont surnommées « passeports ou visas dorés » et ne sont même pas toujours assorties d'une condition de résidence effective⁵. Le malaise que de telles dispositions suscite est lié au fait que la dimension politique disparaît complètement de la gestion de l'immigration et de la naturalisation, car les considérations économiques s'y substituent entièrement. Ainsi, chez les partisans de la vente des visas, on retrouve souvent l'argument selon lequel les personnes les mieux placées pour juger de l'adéquation entre le profil d'un candidat à l'immigration et le marché du travail sont les acteurs économiques et non le gouvernement⁶ : dans ce raisonnement, l'espace politique s'est refermé et est intégralement

¹ Becker (G. S.), *The Challenge of Immigration – a Radical Solution*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2011, p. 27. Les exceptions mentionnées sont ambiguës, mais la mention du coût que les individus malades feraient peser sur le système de santé semble confirmer qu'elles reposent sur une base économique.

² Ce point est contestable si l'on prend en compte le fait que la répartition des richesses avantage les plus âgés.

³ Becker (G. S.), *The Challenge of Immigration...*, p. 35.

⁴ Ce qui suscite des polémiques en droit de l'Union puisque les conditions d'accès à la nationalité relèvent de la souveraineté des États membres, mais que son attribution par un État même peu scrupuleux vaut attribution, du même coup, de la citoyenneté européenne et donc du droit à la libre circulation : le Parlement européen s'en était ému en 2014, en particulier contre un projet de loi particulièrement laxiste en la matière à Malte (Résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre [2013/2995 [RSP]]). JO C 482 du 23.12.2016, p. 117–118.

⁵ Pour une analyse récente et détaillée de ces dispositions, assortie d'une longue liste de « sujets de préoccupations », voir Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne (COM/2019/12 final), 23 janvier 2019, no 52019DC0012,.

⁶ Voir par exemple Pryor (D.), « Auction visas to build a better immigration system », CAPX, 15 Mars 2018 (URL : <https://capx.co/auction-visas-to-build-a-better-immigration-system/>) et, pour une formulation

remplacé par la logique du marché. Le problème ne tient donc pas tant au fait de faire intervenir des considérations économiques (ou morales, pour les partisans du cosmopolitisme) dans la sphère politique, que de rabattre les premières sur la seconde, sans envisager leur mode de cohabitation ou le type d'articulation et de médiation souhaitable entre les deux. C'est donc la dissolution de la dimension proprement politique des questions envisagées qui est en cause, plutôt que le caractère hybride du raisonnement.

Or les partisans du cosmopolitisme sont peut-être plus vulnérables encore que les libertariens à cette critique, même si leurs propos sont moins immédiatement polémiques. En effet, la difficulté à penser l'appartenance à l'humanité sur un mode véritablement politique, sans la confiner dans le registre moral, ou plutôt à faire communiquer ces deux dimensions, se retrouve nettement chez un des plus importants théoriciens du cosmopolitisme, l'un des rares à s'être consacré à la question de l'« éthique de l'immigration »¹, Carens. Dans son principal ouvrage sur le sujet, il structure sa réflexion en deux parties. La première s'intéresse à la question du traitement à réserver aux individus présents sur le sol d'un État qui n'est pas le leur. Il y envisage la question des étrangers réguliers et irréguliers, en tenant (momentanément) pour acquis le droit des États à contrôler leurs frontières. La seconde partie envisage la question de l'accès des étrangers, d'abord sur fond du droit d'exclusion, puis, dans les deux derniers chapitres, en suspendant cette évidence partagée. La fin de la seconde partie change donc radicalement de perspective par rapport au reste de l'ouvrage et défend une ouverture bien plus importante, si ce n'est totale, des frontières. Ce choix de structure, qui est présenté par l'auteur comme un moyen de convaincre même les lecteurs partisans du droit discrétionnaire de l'État aux frontières que les politiques d'immigration actuelles ne sont pas sans poser problème, pose une difficulté théorique. En effet, il revient à adopter le mécanisme de naturalisation de la communauté que nous avons relevé chez les auteurs précédents, mais sur les deux échelles, celle de l'État et celle de l'humanité, successivement. La première partie analyse très explicitement le type de politique d'immigration qu'il convient d'adopter *si* l'on admet que l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire aux frontières. Inversement, la seconde partie s'interroge à partir du postulat de l'égale valeur morale des individus et de la nécessité de justifier toute restriction imposée à la liberté humaine² : *si* l'on admet ce postulat, la politique

particulièrement virulente, Hornberger (J. G.), « Immigration Socialism versus Freedom and the Free Market », *FFF*, 7 mai 2010 (URL : <https://www.fff.org/explore-freedom/article/immigration-socialism-freedom-free-market/>).

¹ Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Il entend par « éthique » toute interrogation normative, en particulier en matière de justice.

² Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, p. 226.

en matière d'immigration doit être transformée en profondeur. Présenté ainsi, il est clair que les deux réponses défendues tour à tour (immigration contrôlée à l'exception de certains critères moraux vs ouverture des frontières à l'exception de certaines nuances, par analogie avec la liberté de circulation interne à l'État) sont contenues dans la formulation même de la question : à prémisses étatistes, réponse restrictive, à prémisses universelles, réponse libérale. Autrement dit, si l'on accepte de poser les questions de justice et de respect de *tous* les droits individuels, y compris de la liberté de circulation, à l'échelle de l'humanité, alors la fermeture discrétionnaire des frontières apparaît arbitraire. Mais toute la question est précisément de savoir si nous devons poser ces questions à l'échelle de l'humanité, ou si nous sommes légitimes à les restreindre à l'échelle de l'État, et l'auteur a tendance à escamoter ce problème.

Ainsi, dans les deux chapitres consacrés à la défense de l'ouverture des frontières, Carens commence par énoncer les trois postulats sur lesquels il fonde son raisonnement : il n'existe pas d'ordre social naturel, tous les individus ont une égale valeur morale, et toute restriction apportée à la liberté humaine doit être justifiée¹. Sa ligne d'argumentation principale consiste à ensuite à montrer l'importance que la liberté de circulation à l'intérieur et au-delà des frontières étatiques revêt à la fois en elle-même, mais aussi pour respecter le principe d'égalité des chances et pour progresser vers plus d'égalité réelle entre les individus. Toutefois, comme il pose de façon abstraite le principe d'égalité morale entre les individus, il semble qu'il aille ou trop loin ou pas assez : si l'on prend ce principe au sérieux, on ne voit plus pourquoi la fragmentation en États séparés demeure moralement acceptable. On sait en effet que ce fait débouche sur d'importantes inégalités entre les individus, et, même en défendant un système de redistribution des richesses pour y remédier, il repose sur un choix particulier et contingent en vertu duquel un groupe développe en son sein des liens de solidarité et de proximité qu'il n'étend pas au-delà de ses frontières. Même en admettant que ce principe soit justifié par la préservation de la diversité linguistique et culturelle, par exemple, il semble que son postulat cosmopolitique doive l'amener à défendre un État mondial fédéral qui permettrait de mettre en œuvre un système de solidarité à l'échelle de l'humanité tout entière. Enfin, en admettant l'acceptabilité morale d'une pluralité d'États, pourquoi la défense de l'égalité se limiterait-elle à la seule liberté de circulation, et ne concernerait-elle pas aussi l'accès de la citoyenneté ? Et, inversement, si la particularisation de la communauté est acceptable, pourquoi faire valoir un principe d'ouverture des frontières qui vient limiter son autodétermination ? S'il est moralement acceptable de tisser des liens plus forts avec certains individus qu'avec d'autres, sur le modèle

¹ Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, p. 226.

de l'État, pourquoi cette différenciation des statuts ne déboucherait-elle pas sur la fermeture des frontières ? L'argument de la restriction apportée à la liberté ne suffit pas, car le seul fait de mettre en place un État implique une série de restrictions apportées à la liberté de ceux qui sont tenus à l'écart, au-delà de leur liberté de circulation.

Ces remarques sont destinées à souligner les difficultés suscitées par le principe moral très abstrait dont part Carens : il ne s'agit pas de le contester, mais de montrer que, pour pouvoir faire de cet universalisme moral un principe politique opératoire, il faudrait trouver le moyen de l'articuler avec la particularisation de la communauté politique, de faire dialoguer ces deux unités, au lieu de les juxtaposer l'une à l'autre. Tout l'enjeu d'un cosmopolitisme moral consiste à parvenir à faire entrer l'universel abstrait au sein de la logique politique et institutionnelle ; comment faire cohabiter un principe d'universalité avec la différence de statuts juridiques et politiques ? Comment montrer que le respect de l'humanité comme échelle morale peut se traduire par une diversification des appartenances et des institutions ? Comment rendre l'existence même *d'étrangers* compatibles à l'affirmation de *l'égale* valeur de tous les êtres humains ?

L'intérêt de la réflexion de Carens tient toutefois à ce qu'il esquisse des pistes de réponse à ces questions ; bien qu'il n'envisage pas le problème des médiations ou du dialogue entre l'universel et le particulier pour lui-même, il l'aborde de façon indirecte. On peut, pour plus de clarté, en distinguer deux modalités, bien qu'elles soient entremêlées dans le texte de Carens.

La première consiste à défendre l'idée selon laquelle la liberté de circulation internationale devrait être conçue, par analogie avec la liberté de circulation interne, comme un droit de l'homme. Ce faisant, il prend les démocraties libérales (contexte dans lequel il inscrit sa réflexion) à *leur propre piège*, au lieu de leur imposer un principe moral *extérieur* : dans la mesure où leur conception de la légitimité repose en grande partie sur le respect des droits de l'homme, dont la liberté de circulation à l'intérieur des frontières des États, la valeur qu'elles attribuent à cette liberté constitue un levier puissant en faveur de l'ouverture des frontières. Il procède par la stratégie de l'extension — qualifiée ainsi par Miller¹ — consistant à « partir d'un

¹ Miller (D.), *Strangers in our midst...*, *op. cit.*, p. 50. Miller emploie l'expression « *cantilever strategy* », qui emprunte au domaine architectural et désigne un élément suspendu dans le vide, ne tenant que parce qu'il est appuyé sur d'autres. Il s'agit donc dans cette stratégie d'utiliser le soubassement formé par un droit déjà reconnu pour mettre en place une extension un peu aérienne ; ce type d'élément architectural, appelé « en porte-à-faux » (comme un balcon ou une échauquette, et qui sert également à construire les ponts) présente le risque de déséquilibrer l'ensemble, puisqu'il n'est pas situé à l'aplomb de son point d'appui. Il est donc fort possible que Miller ait choisi cette métaphore parce qu'il n'est pas favorable à cette extension internationale de la liberté de circulation, mais Carens reprend l'expression comme une formulation neutre et est séduit par l'allusion au domaine de l'architecture.

droit de l'homme déjà existant, un droit que tout personne acceptant les principes démocratiques reconnaît comme un droit de l'homme », et à l'utiliser comme un « point de départ » ou un tremplin consensuel pour montrer qu'il a des « implications pour une autre question plus débattue »¹. La force d'un tel argument, tout comme la stabilité d'une extension architecturale, dépend entièrement de la force de sa fondation². Il analyse sur cette base cinq objections possibles à l'analogie posée entre liberté de circulation interne et internationale, et les réfute tour à tour³, en soulignant le rôle fondamental joué par la circulation humaine pour la mise en œuvre des libertés les plus élémentaires. Ce passage par la notion de droits de l'homme fournit une médiation, un niveau intermédiaire entre le niveau moral (tous les hommes doivent se voir reconnaître la même valeur morale) et le niveau politique (ils vivent dans des communautés différentes qui reposent sur des différences de statuts et des différences de traitement). Il offre donc une piste intéressante pour lester le cosmopolitisme moral professé par Carens d'une plus grande valeur pratique⁴ et atténuer la séparation problématique entre la morale et la politique.

Le second type de médiation qu'il envisage repose sur la même stratégie générale, consistant à montrer que les principes professés par les démocraties libérales devraient

¹ Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 238.

² Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 245. Il souligne d'ailleurs que, confrontés à son extension de la circulation internationale comme droit de l'homme sur la base de la valeur reconnue à la circulation nationale, un certain nombre de théoriciens ont préféré remettre en cause cette dernière plutôt que d'admettre ses conséquences pour la circulation internationale.

³ La première objection avance que la liberté de circulation interne sert à « promouvoir un sentiment d'identité nationale commune » (p. 240) qui n'a donc pas lieu d'être au niveau international, mais dans ce cas, répond Carens, on ne voit pas pourquoi la première serait un droit de l'homme, puisqu'elle n'est plus associée à un des « intérêts fondamentaux de l'être humain » (p. 240), que l'on peut faire valoir même s'il s'oppose aux intérêts de l'État. La deuxième objection fait de la liberté de circulation interne un droit du citoyen et non de l'homme, mais on ne voit pas pourquoi elle serait due uniquement aux membres de la communauté et ne serait reliée qu'à des enjeux politiques. La troisième argue que la raison d'être de la libre circulation interne est de lutter contre les discriminations contre une minorité, mais cela ne correspond pas à l'origine historique de ce droit et surtout, on ne voit pas pourquoi il ne faudrait pas l'appliquer à la circulation internationale où les discriminations sont légion, justement. La quatrième objection soutient qu'il faut simplement garantir aux individus « un éventail adéquat de libertés et de chances, dont la liberté de mouvement, au sein de leur État », et que, une fois ce seuil atteint, ils n'ont plus « d'intérêt vital » à quitter ce dernier « (p. 243) ; mais alors on ne comprend pas pourquoi il ne serait pas possible de limiter la libre circulation à une échelle inférieure à celle de l'État, comme une région ou un État américain, du moment que les options offertes sur ce territoire sont jugées suffisantes. Si l'on tient pour acquise (comme c'est généralement le cas) la définition de la liberté de circulation interne comme un droit de l'homme, alors cette objection n'empêche pas d'en faire autant pour la liberté de circulation internationale. Enfin, la dernière objection envisagée affirme que, alors qu'une personne peut avoir un intérêt vital à circuler librement au sein d'un État, son intérêt à circuler à travers les frontières est d'une nature différente et moins pressante ; cependant, vues les différences qui existent entre les États et leur niveau de développement, cette séparation radicale semble arbitraire.

⁴ Toutefois, il s'en tient dans ses développements à des considérations d'ordre fondationnel, c'est-à-dire à la liste des arguments en faveur de l'élévation de la liberté de circulation internationale au rang de droit de l'homme, en laissant largement de côté la question de son application pratique. Pour ne donner qu'un exemple concret, il faudrait pouvoir répondre à la question de l'instance devant laquelle un individu dont la liberté de circulation a été bafouée par un État pourrait demander réparation : est-ce devant un tribunal local, ou une juridiction supranationale ? Ou y a-t-il une raison de ne pas mettre en place de voies de recours ? La liberté de circulation doit-elle donc être pensée comme un idéal régulateur et non comme une règle de droit positif ?, etc.

logiquement les amener à ouvrir davantage leurs frontières, mais il est plus prometteur encore précisément parce qu'il radicalise cette tension interne. Repartant de l'idée selon laquelle toute restriction apportée à la liberté humaine doit être justifiée, il ajoute que « cela ne suffit jamais, pour justifier un ensemble de dispositions sociales gouvernant des êtres humains, de dire que ces dispositions sont bonnes pour nous, sans se préoccuper des autres, quel que ce soit ce "nous" »¹, parce que ces institutions ont pour origine la volonté humaine et non pas un fait de nature. Cet argument est réitéré plus loin :

pourquoi l'organisation du monde suscite-t-elle des questions de justice ? Parce que cette structure est imposée par des moyens de coercition. Les êtres humains naissent dans un monde où ils sont soumis à l'autorité d'un État particulier et n'ont pas le droit d'aller dans un autre État uniquement parce que c'est ainsi que les humains ont organisé le monde. Ce n'est pas l'ordre naturel des choses. L'organisation actuelle est maintenue grâce à l'usage de la force, implicite et explicite. Donc nous avons le droit, et même le devoir, de demander si cette structure imposée par la force peut être justifiée auprès de ceux qui y sont soumis.²

A ceux qui rétorquent que les questions de justice ne surgissent qu'au sein d'un contexte étatique, parce que la subordination commune qu'elle implique a un impact fort sur l'existence de ceux qui y sont soumis, il répond que cet argument présuppose abusivement que la coercition exercée aux frontières sur les étrangers soit juste, ce qui n'a rien de certain. Autrement dit, si l'on prend au sérieux les principes énoncés par les démocraties libérales, il faut pouvoir justifier par rapport à ces mêmes principes l'existence des frontières et des politiques qui y sont mises en œuvre.

Ainsi, l'armature générale de la réflexion de Carens présente la même difficulté que celle de Pogge : elle tend à plaquer des considérations morales en matière politique, sans expliquer en quoi ces dernières sont pertinentes, ni pourquoi et surtout comment il faut les intégrer à l'ordre politique. La situation est alors bloquée, car, selon le point de vue que l'on adopte, l'on est conduit à défendre deux lignes de conduite radicalement opposées, sans qu'il semble possible de les faire dialoguer, puisque leurs points de départ et leur échelle de pertinence (l'humanité vs la communauté politique) divergent radicalement. On retombe alors sur les deux figures de notre balancier : l'étranger-intrus, envisagé uniquement du point de vue de l'État, et l'étranger-homme, envisagé du point de vue de son inscription au sein de la communauté des titulaires des droits de l'homme, tout l'enjeu étant de sortir de cette opposition. Carens esquisse pourtant une porte de sortie, qui ne consiste pas à analyser les pratiques

¹ Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 227.

² Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, op. cit., p. 258.

politiques de l'extérieur, selon une logique qui leur est étrangère, mais de l'intérieur, en partant des valeurs auxquelles elles prétendent se conformer. De ce point de vue, il est clair que les frontières des démocraties libérales posent un problème de cohérence, car leur existence et les moyens de leur protection sont en décalage avec les critères de la démocratie et du respect des droits de l'homme que ces mêmes États revendiquent. C'est cette ligne d'argumentation, consistant à souligner la tension interne entre la démocratie et ses propres frontières, que nous allons développer, car elle semble particulièrement prometteuse.

III. Une solution possible : la démocratisation des frontières ?

Si l'on prend au sérieux l'idée de démocratie, c'est-à-dire l'idée selon laquelle un pouvoir n'est légitime qu'à la condition que ceux qui y sont soumis aient pu prendre part aux décisions, alors les frontières géographiques et politiques posent un problème brûlant. Il ne s'agit plus seulement de souligner, comme nous l'avons fait au début de ce chapitre, leur caractère contingent, qui implique que leur seule existence ne suffit pas à les justifier, à les rendre rationnellement acceptables ou nécessaires. Plus profondément, la notion même de frontière, quel que soit son tracé et la logique qui y a présidé, représente un défi pour la démocratie, car elle souligne la difficulté à tenir ensemble le fait de la délibération commune, qui implique de savoir qui doit prendre part aux décisions et donc de délimiter le cercle des participants, et l'idéal de soumettre tout pouvoir au contrôle de ceux qui y sont soumis : par définition ceux qui sont ainsi exclus du cercle des participants sont tenus à l'écart d'une décision dont les conséquences pèsent pourtant sur eux. Face à ce dilemme entre la nécessité de l'institution (décider qui prend part aux décisions et qui en est exclu) et l'idéal de l'inclusion totale (inclure même et surtout les exclus), deux voies sont possibles, destinées toutes deux à faire travailler la démocratie à ses frontières.

La première consiste à souligner l'arbitraire anti-démocratique qui règne actuellement à la frontière des démocraties, et donc à suspendre ou remettre sans cesse en question son tracé. Elle consiste à empêcher la démocratie de s'instituer durablement, de s'incarner dans des institutions sédimentées et stables, non interrogées ; mais le risque est alors celui de la paralysie, puisqu'une contestation permanente du cadre de la délibération au nom de la vitalité démocratique risque en dernier ressort d'empêcher toute délibération. La seconde, qui est le corollaire de la première, consiste à identifier le critère le plus net possible d'exercice du pouvoir, afin de déterminer avec précision, pour chaque acte de pouvoir, qui doit prendre part

à la décision ; la conception de la démocratie qui sous-tend cette seconde approche tient moins à un souci de l'illimitation permanente qu'à une lutte contre la contrainte. Le point commun à ces deux approches, même s'il n'est pas exprimé en ces termes, revient à interroger l'assimilation généralement admise entre citoyenneté et nationalité portée par l'État-nation¹, en reposant à nouveaux frais la question de la délimitation du corps des citoyens.

1. Le brouillage de la distinction citoyens-étrangers

Deleixhe résume ainsi le paradoxe de la conception démocratique de la frontière :

la délibération publique a pour précondition nécessaire la circonscription des participants au dialogue. Conséquemment, une exclusion démocratique légitime se doit d'être concevable. Mais, d'autre part, cette exclusion ne peut ignorer l'horizon d'universalité que dégagent les droits humains fondamentaux. Le critère d'inclusion démocratique ne peut donc se soustraire à sa contestation.²

Formulé en ces termes, ce qui apparaît, lorsqu'on l'envisage de façon statique, comme un « conflit de principes »³ entre inclusion et exclusion semble pouvoir se résoudre sous la forme d'une indétermination permanente du corps politique démocratique, opérée par son ouverture à la « contestation ». Ce diagnostic peut notamment se rattacher aux analyses de Fraser qui remarque que, alors que la sphère publique de délibération définie par Habermas ne désigne pas uniquement « des courants de communications empiriques », mais est une notion destinée à « contribuer à une théorie de démocratie normative, politique »⁴, elle a pourtant « toujours été implicitement westphalienne et/ou nationaliste ; elle a toujours présupposé de manière tacite un cadre westphalien et/ou national »⁵. Cette analyse ne vaut pas uniquement pour l'œuvre d'Habermas consacrée à l'éthique de la discussion, mais aussi pour ses reconstructions critiques, qui se sont surtout intéressées aux questions de genre, race et classe sociale, c'est-à-dire qui ont plus tenté de garantir l'inclusion de tous les citoyens que de dépasser les frontières nationales. Le travail d'ouverture du corps politique doit donc être prolongé sur le versant de la frontière géographique et juridique, et ce, d'autant plus que

1 Pour un éclairage plus historique et sociologique sur cette question, voir Colas (D.), Emri (C.), Zylberbergg (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, PUF, Paris, 1991 et Noiriél (G.), « Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot "nationalité" au XIXe siècle », *Genèses* n° 20, 1995, p. 4-23.

² Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie. Contrôle des frontières et politique de l'hospitalité*, Classiques Garnier, Paris, 2016, p. 13.

³ Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, *op. cit.*, p. 14.

⁴ Fraser (N.), « Transnationalizing the Public Sphere », *Theory, culture and society* n° 24/3, 2007 (traduit de l'anglais par Vaudable [Y.]). URL : <http://eipcp.net/transversal/0605/fraser/fr.html>.

⁵ Fraser (N.), « Transnationalizing the Public Sphere », *art. cit.*

l'émergence accrue de phénomènes tels que la migration, la diaspora, la double citoyenneté, l'appartenance à des communautés indigènes et la multiplicité de domiciles ont rendu ridicule la présomption d'une citoyenneté nationale, exclusive et à délimitation exacte qui est déterminée par la domiciliation sur un territoire national.¹

Ainsi, la question du droit des étrangers révèle un des points aveugles de la communauté démocratique, c'est-à-dire l'un des points de travail nécessaire pour démocratiser véritablement le pouvoir qui, lorsqu'il s'exerce aux frontières, révèle le caractère autoritaire de la partition entre national et étranger. Ou, plus exactement, il s'agit de revenir aux origines de la pratique démocratique pour s'émanciper de la confusion tardive entre citoyenneté et nationalité, entre l'activité politique et le statut de citoyen-national. De ce point de vue, le problème de la violence aux frontières, loin d'être sa pierre d'achoppement, peut représenter une chance pour la démocratie. Certes,

toute institution de la citoyenneté (...) a aussi comporté l'institutionnalisation des exclusions, selon différentes modalités historiques. Mais le mouvement constituant qui lui confère sa « puissance » démocratique est justement celui qui porte *au-delà de lui-même* un schéma institutionnel d'inclusion et d'exclusion (l'institution d'une « frontière » pour la citoyenneté), dès lors que le *statu quo* se révèle intenable.²

Les tensions politiques liées au contrôle autoritaire et violent des frontières réactivent donc cet acte constituant de la démocratie, parce que les militants qui dénoncent les illégalismes que nous avons commentés dans le deuxième chapitre ou les sans-papiers qui réclament la reconnaissance de leur inscription de fait dans le corps social et politique rendent le « *statu quo* » intenable, ouvrent la voie à un réexamen de la frontière, c'est-à-dire à une réappropriation de ses frontières par la communauté démocratique. Balibar peut donc louer

l'opération commune, ou si l'on veut *l'acte « partagé »* des uns et des autres — par exemple les « avec » et les « sans » (papiers, titres de citoyenneté) — de façon à démocratiser la citoyenneté à partir de ses frontières, donc à « faire du droit », et par là à civiliser l'État et la politique³.

L'absence de contestation sur le cadre même du débat politique serait donc le signe d'une dévitalisation de la démocratie, et la stabilité institutionnelle, dans une telle optique, paraît presque suspecte. La démocratie est conçue comme un principe toujours renouvelé de remise en question de la façon dont les questions sont posées, de la partition entre ce qui relève de la compétence du peuple démocratique et ce qui n'en relève pas. Il est clair que, dans cette optique, la question des frontières ne peut jouer qu'un rôle décisif, si elle constitue le non-dit,

¹ Fraser (N.), « Transnationalizing the Public Sphere », *art. cit.*

² Balibar (E.), *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La Découverte, Paris, 2001, p. 125.

³ Balibar (E.), *Nous, citoyens d'Europe ?...*, *op. cit.*, p. 125.

le substrat non démocratique de la participation démocratique. Ce type d'analyse permet de mener une critique virulente de la partition entre étranger et national, citoyen et non citoyen, mais de l'intérieur, c'est-à-dire en s'appuyant sur les principes les plus essentiels au groupe des nationaux-citoyens, au lieu de faire intervenir de l'extérieur des considérations morales générales. Ainsi, pour Balibar,

la lutte des sans-papiers et de leurs défenseurs a fait progresser, si peu que ce soit, la question de la *démocratisation des frontières* et de la liberté de circulation des personnes que les États ont tendance à traiter comme objets passifs d'un pouvoir discrétionnaire. On l'a bien vu quand les utilisations de vols charters pour pratiquer des expulsions ont dû être suspendues en raison des réactions qu'elles provoquaient parmi les passagers et dans l'opinion publique des pays de destination, ou des manifestations auxquelles elles donnaient lieu.¹

Ce qui est valorisé dans les luttes des sans-papiers et de leurs soutiens ici mentionnées, ce n'est pas uniquement le processus d'émancipation des étrangers eux-mêmes, mais aussi la signification libératrice qu'il a endossé pour les citoyens, en faisant reculer (ou du moins en s'y essayant) le périmètre du pouvoir discrétionnaire condamnant les individus à la passivité.

Il s'agit dans cette logique de radicaliser l'idéal démocratique : s'il a pour objectif affiché de rendre les individus maîtres de leur destin, de leur conférer un véritable droit de regard sur l'exercice du pouvoir, comment peut-il s'accommoder de pratiques aussi opaques et autoritaires que celles qui s'exercent aux frontières ? Et au-delà de la seule question de l'accès des étrangers au territoire,

une situation dans laquelle des travailleurs migrants sont laissés à l'écart du seul espace où ils pourraient exprimer leurs revendications sociales signale par exemple un problème de cadrage dû au tracé frontalier, car en délimitant les arènes politiques, la frontière en exclut ceux qui devraient prendre part aux débats sur les normes et disposer de recours juridiques. Autrement dit, à chaque fois qu'apparaît un décalage entre le bornage des espaces politiques et la géographie des interactions sociales, la frontière ne va plus de soi et doit être soumise à la discussion.²

Une telle conception offre un instrument critique puissant qui permet de formuler une définition précise et active du travail démocratique : interroger cela même que le pouvoir refuse de laisser ouvert à la discussion. La question des étrangers, dans la mesure où ils représentent un des envers majeurs du peuple démocratique, en est le point de cristallisation privilégié. Pour autant, à partir d'un diagnostic en vertu duquel

le système des frontières « extérieures » et « intérieures » demeure radicalement antidémocratique aussi longtemps qu'il est purement discrétionnaire, qu'aucune possibilité n'existe pour les « usagers » des frontières, individuellement

¹ Balibar (E.), *Nous, citoyens d'Europe ?...*, op. cit., p. 91.

² Unger (M.), « La démocratie hors les murs. À propos de : Martin Deleixhe, *Aux bords de la démocratie*, Garnier », *La Vie des Idées*, 10 février 2017. URL : <https://laviedesidees.fr/La-democratie-hors-les-murs.html>.

et collectivement, d'en négocier le mode d'administration, les règles de franchissement¹,

la mise en place d'une stratégie efficace semble plus problématique. L'outil critique témoigne amplement de son efficacité, mais la reconstruction d'une pratique démocratique véritable pose néanmoins problème : comment redessiner le périmètre du peuple démocratique si chaque acte de délimitation peut et même doit faire l'objet d'une contestation légitime et salubre ?

Cela ne signifie pas qu'aucune piste ne se dessine : on trouve ainsi chez deux auteurs contemporains, Boudou et Deleixhe, une même tentative pour esquisser les contours d'une représentation politique des étrangers, afin de donner corps à la démocratisation des frontières. Chez Boudou, cette idée se traduit par la proposition d'un « Parlement des migrants ». Cependant, il précise aussitôt qu'il l'envisage non pas tant comme « nouvelle institution » que comme le signe de « la nécessité de repenser les frontières de la délibération, de la représentation et de la participation »², pour qu'elles cessent d'être le seul lieu, dans nos démocraties, où s'exerce un pouvoir non démocratique. Cette proposition est avancée sur fond d'un nouveau principe de délimitation du corps politique pertinent pour juger d'une question, que l'auteur nomme le « principe des intérêts affectés »³ (PIA) : « il ne s'agit plus de distinguer les étrangers des citoyens, mais ceux qui interagissent, formant de fait une communauté »⁴. Tous les individus directement concernés par une décision ont donc voix au chapitre, en vertu de la définition la plus élémentaire de la démocratie, et quand bien même cette communauté d'affectation déborderait la frontière étatique. L'objectif est que, pour chaque décision, « se dessine un territoire de l'affectation tout à fait différent du territoire géographique compartimenté en États et populations distincts »⁵. La difficulté est cependant d'aller au-delà de ce principe général, si séduisant soit-il, et de redessiner avec toute la finesse et la réactivité nécessaires la communauté pertinente⁶. Pour ce faire, l'auteur précise sa conception de ce qu'il faut entendre par intérêt, conçue comme un point d'équilibre « entre une définition subjectiviste de la vie humaine (n'est dans mon intérêt que ce que je perçois et déclare comme tel) et une définition

¹ Balibar (E.), *L'Europe, l'Amérique, la guerre. Réflexions sur la médiation européenne*, La Découverte, Paris, 2005, p. 170-171.

² Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières. Éthique et politique de l'immigration*, Éditions EHESS, Paris, 2018, p. 230.

³ Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières...*, *op. cit.*, p. 207.

⁴ Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières...*, *op. cit.*, p. 206.

⁵ Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières...*, *op. cit.*, p. 208.

⁶ « Le PIA renverse en effet la perspective qui suppose qu'un groupe prend les décisions relativement aux problèmes qu'il rencontre : ce sont désormais les problèmes qui déterminent le groupe », ce qui implique de « considérer un peuple à géométrie variable. » (Boudou [B.], *Le dilemme des frontières...*, *op. cit.*, p. 218).

objectiviste (ne sont dans mon intérêt que les conditions objectives de ma vie biologique) »¹, sans donner toutefois de critère fixe et fiable. Cette impossibilité découle de la conception du *demos* retenue par Boudou : il serait contradictoire de chercher une « recette » permettant de mettre fin à toute contestation de la délimitation sans cesse renouvelée du *demos*. Pour autant, et même en gardant cet argument à l'esprit, la question demeure de savoir qui arbitrera en dernier ressort les contestations de cette nature : il ne peut évidemment pas suffire de se déclarer affecté, même en un sens un peu fort, par une décision pour obtenir le droit à être consulté, sans quoi l'indétermination de la communauté dessinée par le PIA serait trop forte pour que la consultation démocratique soit concrètement possible. Dans ce cas, il faudrait imaginer une procédure quelconque pour trancher les litiges sur la définition de telle ou telle communauté d'affection ; mais l'auteur ne propose pas de piste sur cette question qui, un sens, est insoluble : elle souligne simplement à quel point l'institutionnalisation de cette conception de la démocratie ne peut être qu'instable et problématique.

Chez Deleixhe, cette tension entre ouverture et fermeture, entre dynamisme et institution, ne prétend pas être résolue. Il énonce un principe très proche de celui de Boudou, selon lequel la démocratisation de la frontière implique de

relativiser son action en la soumettant au contrôle de contre-pouvoirs issus d'un peuple qui ne se limite pas aux seuls citoyens. Car la citoyenneté n'est plus seulement créée d'en haut par un État qui dispense le privilège de sa protection à ses membres, mais elle est également construite d'en bas par l'engagement politique individuel au quotidien. Dans ce contexte, rien ne s'oppose à ce que des étrangers militent pour une redéfinition des droits fondamentaux adossée à une critique de la distribution des statuts opérée par l'État.²

Mais, ce principe une fois posé, au lieu de réfléchir aux modalités de sa mise en pratique, même sous une forme hypothétique, il préfère dresser l'inventaire des questions qui demeurent ouvertes, en imaginant son application à la question des étrangers :

qui peut légitimement prétendre à cette représentation ? Doit-elle être assumée par les migrants eux-mêmes, par des associations de défense de migrants, par des États avec une forte émigration qui protègent leur diaspora, par des agences spécialisées d'organismes internationaux ? Et, seconde interrogation, dans quel forum ? Quel serait le cadre institutionnel qui conviendrait à la tenue de telles négociations ? Avec quelles possibilités de contrainte sur les États qui refuseraient de jouer le jeu de la négociation et de consentir à cet effort, loin d'être anodin, d'autolimitation de leur souveraineté ?³

¹ Boudou (B.), *Le dilemme des frontières...*, *op. cit.*, p. 211.

² Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, *op. cit.*, p. 85.

³ Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, *op. cit.*, p. 182.

Il reconnaît enfin qu'« on peine à discerner quel pourrait être le point d'arrivée d'une telle transformation »¹.

Cette difficulté commune à envisager la mise en œuvre concrète d'une démocratisation des frontières n'est pas un hasard : elle tient au principe même qui est revendiqué, celui d'une illimitation du champ de la délibération démocratique qui irait jusqu'à prendre ses propres conditions de possibilité pour objet de transformation et de contestation. La pertinence et la fécondité de cet outil critique n'ont plus besoin d'être démontrées, mais cette puissance critique a pour corollaire une méfiance de principe à l'égard de toute institution, dont le caractère statique et clos trahit toujours la démocratie : en dernier ressort, il s'agit d'une conception de la démocratie rétive à toute traduction effective, au nom de la force révolutionnaire qu'elle revendique.

Il s'agirait donc, dans notre quête d'un principe de justice éclairant pour la question du statut à accorder aux étrangers, de trouver un principe interne à la communauté politique (c'est-à-dire un principe qui ne repose pas sur la naturalisation de la communauté politique ni sur l'application sans médiation de critères moraux), comme le principe de la démocratisation des frontières, mais qui, contrairement à ce dernier, puisse faire l'objet d'une mise en œuvre, au moins approximative. Ou faut-il, avec Deleixhe, conclure que

la suggestion est riche de perspectives institutionnelles originales, mais elle escamote également l'inéluctabilité de son échec. En effet, ce qui n'est jamais évoqué, et pour cause, c'est la perspective d'une « frontière démocratique » ou, pour être plus précis, d'un « fonctionnement démocratique de la frontière ». Car, s'il est envisageable de progresser vers une mitigation de l'exclusion frontalière, la description du régime démocratique journalier d'une institution intrinsèquement discriminatoire semble être une tâche irréalisable.²

Une voie possible pourrait consister à mettre l'accent moins sur la délimitation du *demos* que sur le type de raisonnement à suivre pour justifier démocratiquement nos actions pesant sur les étrangers.

2. La lutte contre la contrainte aux frontières

En un sens, donc, plutôt que de démocratiser le *demos*, tâche qui se révèle, nous l'avons vu, impossible, ou plutôt infinie, l'enjeu serait de démocratiser le pouvoir et sa règle d'exercice :

¹ Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, op. cit., p. 183.

² Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie...*, op. cit., p. 176.

il consiste plus en la recherche d'un principe d'évaluation interne des décisions qu'en un principe de redéfinition permanente du cercle des décideurs.

Cette perspective est (du moins dans la lecture que nous en proposons ici) celle défendue par Abizadeh. Le cadre de questionnement retenu est le suivant :

La question de départ est de savoir s'il existe un quelconque principe interne à la théorie démocratique qui établisse une présomption en faveur soit d'un contrôle domestique unilatéral des frontières soit d'un contrôle partagé par les citoyens et les étrangers. La réponse dépend de ceux à qui nous devons une justification démocratique. Nous ne pouvons pas savoir si une politique de fermeture des frontières placée sous le contrôle unilatéral des citoyens est légitime d'un point de vue démocratique tant que nous ne savons pas à qui est due la justification d'un régime de contrôle.¹

Cette formulation souligne l'écart entre sa démarche et celles des auteurs que nous avons lus dans les deux premières sections de ce chapitre : loin d'être posée comme un cadre donné *a priori*, la délimitation de la communauté pertinente fait l'objet d'une interrogation explicite. Soulignant le problème de légitimité suscité par la suspension des principes démocratiques aux frontières de la démocratie, il identifie deux critères en vertu desquels « nous », communauté démocratique, devons justifier nos politiques en matière d'immigration, au lieu de les poser unilatéralement :

Tout d'abord, une théorie démocratique de la souveraineté du peuple réclame que l'exercice du pouvoir politique fondé sur la contrainte soit justifié auprès de tous ceux sur lesquels il s'exerce, c'est-à-dire que la justification est due à tous ceux qui sont soumis à la contrainte de l'État. Deuxièmement, le régime de contrôle des frontières d'une communauté politique délimitée fait peser l'exercice contraignant du pouvoir étatique à la fois sur les membres et sur les non-membres.²

Le critère retenu pour savoir à qui doit s'adresser la justification de l'usage de la contrainte est donc celui des individus soumis à cette contrainte, critère plus précis et moins sujet à discussion que celui des intérêts affectés. Pour autant, la définition de ce critère a donné lieu à une discussion entre Abizadeh et Miller : la question était de déterminer si le contrôle des frontières correspondait bel et bien à l'exercice d'une contrainte de l'État sur les étrangers. Aux yeux de Miller, en effet, il faut établir une distinction entre la contrainte (qui ne laisse à l'individu qui y est soumis qu'une seule option) et la prévention (qui consiste non pas à faire pression sur quelqu'un pour lui faire adopter un comportement précis, mais à lui opposer un obstacle pour l'empêcher d'adopter un comportement, en lui laissant donc un éventail d'autres options). Seule la première de ces catégories emporte de son point de vue nécessité de justifier

¹ Abizadeh (A.), "Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders", *Political Theory* n° 36-1, 2008, p. 44.

² Abizadeh (A.), "Democratic Theory and Border Coercion...", *art. cit.*, p. 45.

démocratiquement l'usage du pouvoir qui y est associé. Or Miller rattache les pratiques de contrôle des frontières à la seconde catégorie : elles ne consisteraient pas à contraindre les étrangers, mais simplement, négativement, à les priver d'un bénéfice (celui de l'entrée dans un pays donné), tout en leur laissant ouverte la possibilité d'entrer dans tous les autres pays. La contrainte désigne pour lui le fait qu'« un agent A force un agent B à faire quelque chose qu'il n'aurait pas fait autrement, en le menaçant de conséquences négatives s'il n'obéit pas »¹ ; cette définition est illustrée par l'exemple du voleur qui me contraint par la menace d'une arme à lui donner mon portefeuille. Inversement, un individu qui se contenterait de m'empêcher de faire quelque chose en m'opposant un obstacle n'exercerait pas de contrainte sur moi, mais simplement un acte de prévention. Cette distinction est toutefois purement formelle². D'une part, le critère de l'alternative ne résiste pas à un examen approfondi, car, formellement, le voleur qui me menace me laisse le choix entre deux options : soit lui donner mon portefeuille, soit mourir... De même dans le cas des lois en matière d'immigration, les étrangers ont le « choix » entre respecter les règles et être punis d'une peine de prison ; et si tous les États adoptent cette politique de « prévention », elle débouche sur une situation de contrainte pour les étrangers ainsi assignés à résidence. D'autre part, le critère de l'obstacle ou de la « prévention » gomme un aspect important du problème : si, par définition, l'existence d'un obstacle *naturel* ne réclame pas de justification, l'existence d'un obstacle *issu d'une volonté humaine*, en revanche, en réclame une dans la mesure où il pèse sur la liberté d'autrui sans relever de la simple nécessité naturelle. De ce point de vue de l'origine humaine et non naturelle, il n'existe pas de différence entre contrainte positive et obstacle négatif : on ne voit pas pourquoi il serait plus acceptable de construire un mur pour enfermer une personne dans un espace réduit, en lui coupant tout accès au-dehors, que de la forcer à s'y tenir sous la menace d'une arme... surtout si on la menace de la jeter en prison dans l'hypothèse où elle franchirait le mur.

Et c'est sur ce point de la menace de l'emploi de la force qu'Abizadeh concentre sa réponse³. Le fait d'empêcher quelqu'un de faire quelque chose qu'il souhaite faire en le menaçant d'employer la force relève tout autant de la contrainte que les exemples donnés par Miller : la seule différence est que la contrainte relève alors uniquement du discours (menace) et non de l'emploi effectif de la force, à condition, bien sûr, que la personne menacée cède sous

¹ Miller, *Strangers in our midst...op. cit.*, p. 74. Il y reprend les éléments de sa réponse à Abizadeh, exposés dans Miller (D.), « Why Immigration Controls Are Not Coercive: A Reply to Arash Abizadeh », *Political Theory* n° 38/1, p. 111-120.

² Outre qu'elle repose sur la distinction assumée, mais artificielle entre l'exclusion aux frontières, qui ne serait pas une contrainte, et les moyens employés pour la garantir, qui eux en relèvent sans aucun doute.

³ Exposée dans son article « Democratic Legitimacy and State Coercion: A Reply to David Miller », *Political Theory* n° 38/1 2020, p. 121-130.

la menace, seule manière d'éviter l'emploi de la force physique. Il s'agit d'une contrainte communicationnelle¹ et non physique, mais elle n'en est pas moins contraignante. Miller avait proposé l'exemple suivant pour montrer en quoi le simple fait de poser un obstacle à la volonté d'un individu ne revient pas à le contraindre à faire quelque chose :

imaginons par exemple que Peter ait très envie d'aller dîner avec Jane et qu'il lui propose d'aller dans un restaurant thaï du quartier. Mais Jane déteste la cuisine thaï et fait savoir à Peter que s'il va dans un restaurant thaï, elle ne l'accompagnera pas, menace suffisamment grave pour que Peter renonce immédiatement à sa proposition. Mais puisqu'ils habitent dans une ville offrant une large gamme de gastronomies, Peter dispose encore de bien d'autres possibilités pour leur repas commun, et il serait étrange de dire que son indépendance est mise en cause ou que sa volonté est soumise à celle de Jane.²

Toutefois, comme Abizadeh le fait remarquer³ à juste titre, cet exemple gomme un aspect essentiel des politiques à la frontière et qui fonde leur caractère contraignant, à savoir la menace de l'emploi de la force contre ceux qui ne se soumettent pas à leurs règles : si Jane se met à menacer de tuer Peter ou de le jeter en prison s'il se rend dans le restaurant thaï, on ne voit pas comment éviter de qualifier ce comportement de contrainte. C'est donc la menace de l'emploi de la force qui permet de reconnaître une contrainte⁴ et nécessite une justification en contexte démocratique. Or, les États menacent d'employer la force contre les étrangers qui ne respectent pas leurs lois en matière d'immigration : arrestation, emprisonnement, reconduite forcée, etc. De ce point de vue, la politique de contrôle des frontières doit être justifiée envers les étrangers et non décidée unilatéralement, si l'on veut qu'elle soit cohérente avec les principes démocratiques.

Il nous faut ajouter deux précisions à cette présentation du raisonnement d'Abizadeh : tout d'abord, il consacre son énergie à démontrer le caractère contraignant de la police aux frontières, plutôt qu'à expliciter selon quelles modalités concrètes sa justification démocratique pourrait se faire. Il retombe donc, dans une large mesure, sur l'impasse institutionnelle que nous avons rencontrée dans la section précédente : définir qui doit bénéficier d'une justification démocratique d'un exercice du pouvoir ne suffit pas à déterminer comment cette justification

¹ Abizadeh (A.), "Democratic Legitimacy...", *art. cit.*, p. 124-125.

² Miller (D.), « Why Immigration Controls Are Not Coercive... », *art. cit.*, p. 113.

³ Abizadeh (A.), "Democratic Legitimacy...", *art. cit.*, p. 126.

⁴ Cela est valable indépendamment de la question de savoir si la possibilité qui m'est ainsi retirée correspond à une action désirable pour moi ou non, fait-il valoir encore une fois contre Miller : ce dernier avait imaginé l'hypothèse du propriétaire d'une île écossaise très isolée menaçant de mort les touristes désireux de se rendre chez lui : si je n'ai aucun désir de visiter cette île, affirme-t-il, le comportement de cet individu ne constitue pas une contrainte part moi parce qu'il ne diminue pas ma marge d'autonomie (Miller [D.], « Why Immigration Controls Are Not Coercive... », *art. cit.*, p. 115-116). Abizadeh lui répond que le fait que la mise en œuvre de cette menace sur mon intégrité physique soit très improbable parce que je n'aurais aucun désir d'aller en Ecosse ne change pas la nature de la contrainte en elle-même.

pourrait avoir lieu. De plus, il tend à reconduire les apories liées l'illimitation du demos démocratique :

plutôt que de commencer par la fiction du contrat social, et, [sic] pour ensuite se demander sur quel fondement prépolitique l'État peut être constitué, on doit procéder de manière inverse : commençons par prendre acte du pouvoir politique dans sa configuration actuelle, puis demandons-nous comment ce dernier peut devenir légitime. Réponse démocratique : par le recours à des procédures et à des institutions participatives de contestation, justification, et prise de décision. Au final, il ne s'agit pas de repérer un *demos* antérieur au politique, mais bien plutôt de savoir, étant donné les structures de pouvoir existantes, quels individus devraient s'articuler dans des institutions démocratiques. La réponse démocratique : tous ceux qui sont soumis au pouvoir politique. Le *demos* est par conséquent à la fois partout et nulle part. Partout : en principe sans limites. Nulle part : un idéal régulateur qu'aucune collectivité articulée et réelle ne pourra jamais complètement incarner.¹

Prenant acte de la naturalisation de la communauté politique que nous avons repérée tout au long de ce chapitre, il est donc tenté de remédier à ce problème sous la forme d'une radicalisation de l'écart entre idéal démocratique et toute tentative de traduction institutionnelle stabilisée. Toutefois, on peut discerner dans ses analyses une autre voie, qui demeure assez indéterminée sur le chapitre de la mise en œuvre concrète, mais qui permet de mieux cerner ce qui pose problème, du point de vue du droit des étrangers, dans la naturalisation de la communauté politique : il s'agit de la remise en cause de *l'unilatéralité* qui règne dans les politiques de définition et de contrôle des frontières. La naturalisation de la communauté politique (que ce soit celle de l'État ou celle de l'humanité tout entière) a pour fonction de justifier cette unilatéralité en assimilant les politiques frontalières à des faits de nature soustraits à toute contestation possible. Les étrangers doivent se plier à nos règles, parce que ces règles existent ; nous avons le droit de choisir qui entre « chez nous », parce que « nous » existons, de fait : tel est le raisonnement sous-jacent des partisans de l'autodétermination en matière d'immigration, qui repose, on le voit, sur un passage constant et non interrogé du fait à la norme. Le critère défendu par Abizadeh, en vertu duquel toute contrainte doit être justifiée auprès de ceux sur lesquels elle s'exerce, a le mérite de sortir de ce sophisme de la naturalisation, en rappelant que les politiques de gestion des frontières sont issues de la volonté d'individus pesant sur la liberté d'autres individus, et non des faits de nature semblables à la gravitation universelle. Et, par différence avec les partisans de l'illimitation démocratique, il fait de l'examen critique des frontières un instrument au service de la préservation de la liberté tous les individus plutôt qu'une fin en soi : il ne s'agit pas tant de remettre sans cesse sur le métier

¹ Abizadeh (A.), « Démocratie, nation et ethnie : le problème des frontières », *Raison publique*, 18 décembre 2013. URL : <https://www.raison-publique.fr/article665.html>.

le cadre et les conditions d'exercice de la démocratie que de faire reculer autant que possible le périmètre des contraintes arbitraires pesant sur les individus, au premier rang desquelles figure la gestion des frontières.

Conclusion

Ainsi, face à la tendance de certains théoriciens politiques à naturaliser l'échelle qu'ils estiment pertinente, tendance commune aux partisans de l'État-nation et à ceux du cosmopolitisme, le projet de démocratisation des frontières constitue un remède. Plus précisément, nous en retiendrons la nécessité, démontrée par Abizadeh, de justifier nos pratiques aux frontières. Certes, la question de la traduction institutionnelle concrète de ce projet demeure problématique ; mais ce qui nous intéresse pour notre sujet, c'est justement que sa réflexion ne se limite pas à la détermination d'une procédure à suivre ou d'une organisation à appliquer mais définit un principe à intérioriser, et qui pourrait ensuite se traduire sous plusieurs formes. Il s'agit de prendre conscience que la revendication d'un contrôle souverain des frontières est synonyme de soumission pour les étrangers, sujets de lois édictées sans leur participation ni souci de les justifier à leur égard. Le problème central du droit des étrangers tient donc à son unilatéralité assumée, qui le fait basculer dans le registre de la pure contrainte. Ainsi, au-delà de l'ancrage démocratique recherché par Abizadeh, nous garderons de sa réflexion un principe d'évaluation des décisions politiques et de leur traduction juridique : survivent-elles au test de la justification du point de vue de tous ceux qui y sont soumis ?

Chapitre 5. Le droit hors les murs

Le point commun à l'ensemble de nos développements, explicité au chapitre précédent, était le suivant : lorsqu'on se demande quel régime de droits accorder aux étrangers, le point de vue adopté est celui de l'accueillant (État, société, individu). Du point de vue juridique, nous avons souligné dans les trois premiers chapitres combien le système était centré sur les États, dont la souveraineté constitue la pierre angulaire d'un droit international où elle contribue à verrouiller la circulation des personnes ; du point de vue philosophique, nous l'avons constaté au chapitre 4, la question de l'accueil, quand elle n'est pas laissée de côté, est abordée sur fond d'une communauté déjà constituée, qui s'interroge dans un second temps sur ses rapports avec ceux qui n'en font pas partie, comme si l'existence de tels rapports était facultative. Cette manière d'envisager la question du statut des étrangers est ce que nous désignons, dans le titre de ce chapitre, par le « mur » du droit, car elle naturalise et radicalise la distinction entre « eux » et « nous ». Tant que ce point de vue est adopté et accepté, le système en vigueur aujourd'hui, où l'entrée et le séjour des étrangers sont conditionnés à l'autorisation discrétionnaire de l'État, semble aller de soi, car tout autre système mettrait en péril sa souveraineté ; il débouche d'ailleurs dans plusieurs zones frontalières sur des murs bien concrets, assortis de barbelés et de patrouilles militaires. Toutefois, si l'on change de point de vue et qu'on adopte celui d'un individu souhaitant entrer sur le territoire d'un État dont il ne possède pas la nationalité, les choses se présentent différemment, et la légitimité du pouvoir discrétionnaire de l'État à ses frontières perd son évidence. Nous l'avons vu à travers les théories de la démocratisation des frontières : la mise en place d'une politique aux frontières unilatérale contrevient aux principes démocratiques, qui voudraient que soit pris en compte le point de vue des étrangers soumis à cette contrainte. À partir du moment où l'on cesse de naturaliser le cadre étatique et le pouvoir discrétionnaire aux frontières, la question des *conditions de la légitimité* de la contrainte que « nos » règles font peser sur les étrangers ne peut plus être évitée. L'objectif de ce chapitre est de déterminer à quelles conditions nos règles en matière de droits des étrangers peuvent valoir du point de vue des étrangers eux-mêmes, en sortant donc du cadre étatique unilatéral qui prévaut aujourd'hui. Il s'agira du même coup de démontrer le devoir qu'a la communauté politique d'opérer ce décentrement, la nécessité qu'il y a à déborder sur le plan juridique l'échelle de l'État, car il repose sur tout un réseau d'interactions et de reconnaissances totalement occultées. Avec le changement de perspective surgit une nouvelle interrogation : on

est amené à se demander ce qui, du point de vue d'un étranger, *l'oblige*, au sens fort du terme, à respecter les règles ainsi fixées par l'État. Pour ce faire, nous commencerons par analyser la notion de droit en général, et nous ne reviendrons que dans la dernière section de ce chapitre au droit des étrangers : cette montée en généralité nous paraît nécessaire pour cerner ce qui constitue la source de la normativité du droit.

Il est en effet possible de distinguer, en première approche, trois rapports qu'un sujet de droit peut entretenir aux règles juridiques, et que, plus particulièrement, un étranger peut entretenir aux règles régissant l'immigration dans un pays donné. Le premier serait un rapport d'obéissance intéressée. On peut l'illustrer ainsi : je viens d'un pays riche, je peux circuler comme bon me semble, donc je me plie aux règles qui reflètent mes intérêts. Le deuxième serait un rapport de contrainte : je souhaite entrer, mais je suis appréhendé à la frontière, ou je fais naufrage en Méditerranée, ou mon embarcation est refoulée en Libye, etc. Enfin, le dernier serait un rapport d'obligation au sens strict : quels que soient mes intérêts et ma situation personnelle, je reconnais que je suis tenu de respecter la norme, c'est-à-dire que je la reconnais *comme norme*, même si je peux être tenté de la contourner ou non en fonction de mon intérêt. On se situe ici à un autre niveau, dans la mesure où les rapports d'intérêts et de contrainte sont empiriques, contrairement au rapport d'obligation, qui est le seul rapport proprement juridique (I.). Pour rendre compte de cette normativité du droit, nous mettrons l'accent, à la suite de Kant, sur ce que nous appellerons sa logique relationnelle (II.). Nous appliquerons enfin cette analyse au droit des étrangers, en défendant un principe d'hospitalité comme traduction juridique de cette logique relationnelle (III.).

I. La normativité du droit

L'objectif de ce chapitre étant de cerner d'où vient la force obligatoire du droit des étrangers, et si elle peut découler d'une décision unilatérale de la communauté politique déjà formée, il importe de considérer d'abord la notion de droit dans son ensemble, au-delà du droit des étrangers, pour comprendre au nom quoi un système de normes juridiques peut prétendre être obéi de ceux qui y sont soumis. On peut considérer, comme point de départ schématique, que le droit est la réponse qu'apporte un groupe social au problème de sa pacification ; considéré ainsi, il est évident que, si le problème théorique demeure le même, les solutions envisagées varient en fonction du contexte historique. Il a par exemple pu paraître acceptable, dans l'Europe du Moyen-Âge, d'adosser la normativité du droit à l'expression de la volonté divine :

ce système de normes parvenait à mettre fin aux contestations internes parce que, dans leur majorité, les individus qui formaient cette société acceptaient un discours de cette nature. Ce n'est plus le cas aujourd'hui ; nous allons donc nous concentrer sur l'approche libérale et positiviste du droit, parce qu'elle prédomine dans notre société et que c'est dans ce contexte que, sur fond de mondialisation des échanges, s'impose aujourd'hui la question du régime de droits qu'il convient d'accorder aux étrangers.

1. *L'hypothèse du non-droit*

Pour comprendre l'origine de la prétention d'une règle de droit à être obéie, nous partirons de ce que le droit prétend faire, de ce qui légitime son existence dans nos sociétés (même si dans bien des cas le droit en vigueur trahit cette revendication). Le droit se présente comme un ensemble de normes qui régit les interactions entre les hommes en vue de leur pacification, c'est-à-dire pour sortir de l'arbitraire et de la collision violente entre intérêts individuels. Il s'agit ici de prendre au mot cette prétention et d'examiner le droit positif, en particulier le droit des étrangers, à sa lumière.

La source de la prétention du droit à être obéi, ou à obliger, s'identifie lorsque l'on repère ce qui est présenté comme l'envers du droit, c'est-à-dire quelles seraient les conséquences de la disparition ou de l'absence de toute organisation juridique. Il suffit de réfléchir à ce qu'évoque l'expression « zone de non-droit » pour saisir qu'au fondement de la normativité du droit, se situe la thèse selon laquelle le droit, c'est la paix, la condition indispensable à la pacification des interactions, des rapports entre les individus. Expliciter ce à quoi l'organisation juridique prétend faire échapper les hommes, c'est une manière de dessiner l'idéal auquel le droit positif prétend se conformer, et cela nous fournit un outil d'évaluation qui découle du droit lui-même, qui ne consiste donc pas à lui assigner une essence, mais à prendre ses prétentions au mot. On trouve une formulation particulièrement nette de cette prétention chez Scelle :

le Droit n'a pas pour mission — ce serait une conception irréaliste — de supprimer les compétitions et les luttes, mais de remplacer la lutte de force par la lutte de procédure, en vue d'assurer le dégagement et l'application effective des règles de solidarité sociale, et de garantir par là la sécurité physique et juridique des individus. S'il est nécessaire de tenir compte de la force, c'est uniquement pour l'assujettir au Droit ou utiliser ce qu'elle contient de conforme à la solidarité et d'indispensable à l'organisation sociale. Mais lorsque, sous prétexte de réalisme, on consent à considérer comme un élément du droit positif les compromis soi-disant nécessaires entre les aspirations de puissance et les normes de solidarité, on cesse de faire du réalisme juridique et l'on confond le Droit et la politique. On démonte les ressorts

de l'histoire diplomatique, on n'établit pas les principes du Droit des gens. Il est vrai que la pratique des hommes d'État est souvent contraire au Droit. Mais les politiques font leur métier en faisant de la politique. Les juristes ne font pas le leur en s'inclinant devant les contingences, et en donnant comme droit objectif des pratiques contradictoires à la règle de droit. Consciemment ou non, ils deviennent complices des apologistes de la force. Et le « *Faustrecht* » est la négation du Droit.¹

Tout ce qui relève de la violence est ainsi renvoyé au domaine de la politique, la solidarité et la paix seules relevant du droit². Cette conception est aussi reflétée par les fictions classiques concernant l'état de nature, qui ont pour fonction d'ancrer l'idée selon laquelle hors du droit, point de salut. De Hobbes à Rousseau en passant par Locke, pour s'en tenir aux principales, toutes les descriptions de l'état de nature mettent, à des degrés divers, l'accent sur la précarité qui caractérise les situations individuelles, puisqu'un autre plus fort, plus violent ou plus rusé peut toujours venir s'emparer des ressources amassées ou menacer sa sécurité. Plus généralement, ce qui domine dans ces représentations, c'est le thème de la collision entre les intérêts des individus : aucune règle commune, aucune instance dotée d'autorité ne vient régler les conflits, abandonnés au droit du plus fort. Aussi la menace de la violence, soit larvée soit ouverte, est-elle omniprésente, parce que, en l'absence d'autorité commune, rien ne vient encadrer les différends ni leur mettre fin. Ce qui manque avant tout, c'est l'unité qui viendrait apporter un peu d'harmonie dans les rapports entre les individus.

Chez Hobbes, le tableau est le plus sombre, et l'impossibilité d'une vie humaine en dehors de l'état civil (organisé par le droit et garanti par le souverain) est la plus radicale. Dans l'extrait qui suit, on notera particulièrement, car nous y reviendrons, que tout le drame de l'état de nature vient de ce que les individus n'agissent qu'à titre individuel, sans prendre en considération les autres, et sans qu'aucune espèce de coordination ne vienne ordonner leurs interactions. Dans cette conception, même dans les cas où ils agissent conformément au droit de nature, en l'absence d'une instance commune, la collision des intérêts est inévitable.

Si deux hommes désirent la même chose alors qu'il n'est pas possible qu'ils en jouissent tous les deux, ils deviennent ennemis : et dans leur poursuite de cette fin (qui est, principalement, leur propre conservation, mais, parfois, seulement leur agrément), chacun s'efforce de détruire ou de dominer l'autre. Et de là vient que, là où l'agresseur n'a rien de plus à craindre que la puissance individuelle d'un autre homme, on peut s'attendre avec vraisemblance, si quelqu'un plante, sème, bâtit, ou

¹ Scelle (G.), *Précis de droit des gens*, op. cit., p. IX-X. *Faustrecht* désigne la loi de la jungle.

² Évidemment, cette séparation est contestable, surtout si l'on garde en tête que le droit ne surgit pas de nulle part, mais de l'expression de la volonté souveraine, c'est-à-dire de sa représentation politique. Défendre une autonomie complète du droit à l'égard de la politique est donc impossible ; il est probablement plus fécond d'envisager les rapports entre violence et pacification sous la forme d'une tension interne au droit, entre instrument de légitimation de la domination et instrument de construction d'une communauté véritable. De ce point de vue, le droit apparaît comme l'expression du consensus acceptable (ou extorqué) à un instant T : il se présente comme le point d'aboutissement provisoire du conflit politique.

occupe un emplacement commode, à ce que d'autres arrivent tout équipés, ayant uni leurs forces, pour le déposséder et lui enlever non seulement le fruit de son travail, mais aussi la vie ou la liberté. Et l'agresseur à son tour court le même risque à l'égard d'un nouvel agresseur.

Du fait de cette défiance de l'un à l'égard de l'autre, il n'existe pour nul homme aucun moyen de se garantir qui soit aussi raisonnable que le fait de prendre les devants, autrement dit, de se rendre maître, par la violence ou par la ruse, de la personne de tous les hommes pour lesquels cela est possible, jusqu'à ce qu'il n'aperçoive plus d'autre puissance assez forte pour le mettre en danger (...).

Il apparaît clairement par là qu'aussi longtemps que les hommes vivent sans un pouvoir commun qui les tienne tous en respect, ils sont dans cette condition qui se nomme guerre, et cette guerre est guerre de chacun contre chacun.¹

Les causes de cette guerre sont ici décrites sans le moindre jugement moral de la part de l'auteur : chaque homme ne fait que vaquer à ses occupations et chercher à préserver sa vie, respectant ainsi la loi de nature. Toutefois, ce faisant, il va se heurter à ces mêmes activités chez autrui, ce qui débouche sur un conflit inévitable. Inversement, l'institution du droit n'a pas pour fonction de soumettre les sujets à une morale de la générosité ou du bien commun, mais simplement de faire disparaître pour chacun d'entre eux l'impérieuse nécessité de se prémunir contre les atteintes soit réelles soit potentielles d'autrui, atteintes rendues inévitables en raison même de l'égalité et de la communauté de nature entre les hommes. Locke décrit le même mécanisme sous une forme atténuée : en l'absence d'un juge et d'un pouvoir communs, si la vie humaine n'est pas impossible, elle est du moins sévèrement appauvrie en raison de la précarité de toutes les activités et possessions des individus, toujours sous la menace d'une agression.

Si l'homme, dans l'état de nature, est aussi libre que j'ai dit, s'il est le seigneur absolu de sa personne et de ses possessions, égal au plus grand et sujet à personne ; pourquoi se dépouille-t-il de sa liberté et de cet empire, pourquoi se soumet-il à la domination et à l'inspection de quelque autre pouvoir ? Il est aisé de répondre qu'encore que, dans l'état de nature, l'homme ait un droit, tel que nous avons posé, la jouissance de ce droit est pourtant fort incertaine et exposée sans cesse à l'invasion d'autrui. Car, tous les hommes étant Rois, tous étant égaux et la plupart peu exacts observateurs de l'équité et de la justice, la jouissance d'un bien propre, dans cet état, est mal assurée, et ne peut guère être tranquille.²

Si le vocabulaire employé est moins virulent et le tableau général moins sombre que dans l'extrait parallèle de Hobbes, le résultat est le même : en l'absence de tout système juridique, la violence interindividuelle larvée ou ouverte règne. Or la violence est directement

¹ Hobbes (Th.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit de l'anglais par Tricaud (F.), Sirey, Paris, 1983, p. 122-124.

² Locke (J.), *Traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais par Mazel (D.), GF Flammarion, Paris, 1984, § 123.

issue de l'unilatéralité des décisions individuelles et de la juxtaposition des individus : une telle situation engendre nécessairement le conflit, sauf à imaginer une harmonie préétablie. Inversement, c'est sa capacité à faire régner la paix en instaurant une forme d'unité, en permettant la coexistence des intérêts individuels, qui fonde la normativité du droit, comme nous le développerons dans la section suivante. Ce trait se remarque même chez Hobbes, pourtant souvent dépeint comme le principal représentant de l'impérativisme, cette conception qui réduit la juridicité du droit à l'existence d'un commandement de la part du souverain, assorti de la menace de sanction. En effet, le commandement du souverain ne vaut pas absolument, mais uniquement dans la mesure où il atteint une certaine fin, qui est justement d'assurer à tous la sécurité qui leur permet d'entrer en relation de façon non conflictuelle. « L'obligation qu'ont les sujets envers le souverain est réputée durer aussi longtemps, et pas plus, que le pouvoir par lequel celui-ci est apte à les protéger »¹, ce qui signifie que le caractère normatif du droit est tributaire d'une adéquation minimale de son système à l'objectif qui justifie son existence, à savoir la sortie de la guerre généralisée et l'avènement de la sécurité.

Cette logique pacificatrice du droit explique un autre trait à l'œuvre dans les fictions consacrées à l'état de nature ou l'imaginaire du non-droit en général : tous portent sur les conséquences d'un fait essentiel à la vie humaine, qui est celui des interactions², interactions qui, en-dehors de tout habillage juridique, sombreraient dans la violence ouverte ou larvée. La raison pour laquelle les interactions sont un fait indépassable et incontournable de toute existence humaine a été plaisamment formulée par Kant lorsqu'il souligne que la terre est ronde et que, en vertu de ce fait élémentaire, les hommes ne peuvent pas se disperser à l'infini³, mais sont condamnés à entrer en relation en vertu de la seule proximité physique. Pour qu'il y ait du sens à parler de droit, la première condition est donc l'existence d'interactions. On peut dire que, par nature, le droit porte sur les interactions, qui constituent son matériau. Par interaction, on entend ici tout type de relation existant entre êtres humains, avec ou sans l'intermédiaire d'objets, d'êtres vivants, etc. Il s'agit d'une mise en rapport, d'un lien qui préexiste le plus

¹ Hobbes (T.), *Léviathan...*, *op. cit.*, p. 233.

² Dans les développements qui suivent, la distinction entre interaction factuelle première et norme juridique qui viendrait, dans un second temps, la façonner, est en grande partie artificielle. Bien souvent en effet, les deux se façonnent réciproquement : une relation de travail ou une relation amoureuse « premières » peuvent se trouver « ensuite » juridiquement encadrées par un contrat d'embauche ou de mariage, mais le contexte général dans lequel elles se sont d'abord déployées est tout entier imprégné du droit, qui est donc tout autant l'arrière-plan constant que le devenir possible de ces interactions. Toutefois, pour les besoins de l'analyse, il est utile de séparer les deux niveaux, parce que cela permet de garder à l'esprit que les interactions (empiriques) sont un fait indépassable et fondateur de la vie humaine, avec ou sans droit pour les régenter.

³ Kant (E.), *Œuvres philosophiques III*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1986, p. 350 (*Traité de paix perpétuelle*).

souvent à la règle juridique et que celle-ci aurait justement pour fonction de façonner dans un sens particulier, celui de la coexistence pacifiée. Les interactions sur lesquelles porte le droit sont par exemple les liens affectifs et familiaux, l'utilisation des ressources naturelles, les liens professionnels, les échanges verbaux, matériels, financiers, bref tout le réseau de rapports qui fonde la vie humaine et qui, de ce fait, au moins d'un point de vue logique, préexiste au droit, se développe ou peut se développer sans ses règles. Par ailleurs, et cela ne sera pas sans importance pour la suite de notre propos, ces interactions et leurs conditions de possibilité varient historiquement, et le droit dépend de ces variations historiques.

Plus précisément, le droit ne porte que sur certaines des interactions entre les hommes. La caractéristique principale de ces interactions sur lesquelles porte le droit, en-deçà de leur diversité empirique, est qu'elles relèvent du domaine de la liberté, au sens où elles sont contingentes : même si une vie humaine dépourvue d'interactions en général est inconcevable, chaque interaction empirique est contingente. Elles peuvent être ou ne pas être, se développer ou s'étioier, prendre telle forme ou une autre. Elles ne relèvent pas de la nécessité physique et naturelle, mais de la convention. Inversement, respirer, s'alimenter, respecter la loi de la chute des corps, satisfaire ses besoins physiologiques, etc., sont des actions nécessaires et non choisies : édicter une loi ou signer un contrat interdisant tous ces actions et phénomènes n'aurait donc aucun sens. Une telle règle de droit serait nulle et non avenue, parce que le droit ne peut régir qu'une action contingente. En ce sens, le domaine du droit est celui de la liberté. Ce faisant, il n'est pas question d'affirmer l'existence métaphysique de cette liberté ; il suffit de constater que, pour qu'il y ait droit, il faut également que soit *posée* l'existence d'une certaine liberté, au sens de la marge de manœuvre dont dispose un agent, et qui fait que ses actions sont tributaires de sa volonté et non uniquement d'une nécessité naturelle. De plus, la règle de droit, parce qu'elle porte sur la liberté et non sur le domaine de la nécessité, est artificielle. Elle consiste en une règle édictée, proclamée¹. Le droit ne peut relever que de la convention, dans la mesure même où il s'adresse à une liberté : puisqu'un fait de nature relève de la nécessité, il fait disparaître toute raison d'édicter une règle pour dire ce qui doit être ou ne pas être.

La liberté n'est pas uniquement la caractéristique des interactions sur lesquelles le droit porte : elle est aussi très précisément ce que le droit vise explicitement à préserver, et à préserver *pour toutes les parties prenantes*. Car si l'on envisage ensemble ces deux faits, à savoir l'existence d'interactions entre les êtres humains et le fait que ces interactions relèvent de la

¹ Y compris les règles qui prétendent simplement mettre au jour des caractéristiques inhérentes à l'être humain Cette affirmation reste en-deçà du clivage positivisme-jusnaturalisme, puisque même les lois de nature n'accèdent à l'effectivité qu'à condition d'être formulées et reconnues par les acteurs.

liberté, on constate le risque que la liberté de certains en vienne à écraser celle des autres, ou qu'elles entrent en collision sur le mode de la guerre et du rapport de forces. La fonction du droit est précisément de faire passer de la collision brutale à la coexistence pacifiée, de façonner les actions contingentes d'agents libres dans le sens de leur pacification, de leur coexistence harmonieuse, pour leur permettre de sortir d'un face-à-face destructeur.

Ce que nous pouvons retenir de ces développements sur l'état de nature, c'est que le droit et sa prétention à être obéi se fondent sur une opposition entre la guerre et la paix ; que cette prétention soit justifiée ou non, elle nous fournit un instrument permettant d'évaluer le droit positif sans lui assigner une fonction depuis l'extérieur ou le ciel des idées. De ce portrait en creux l'on peut déduire que le droit, quelles que soient la forme qu'il prend et l'instance qui le garantit¹, est l'institution humaine fournissant à un groupe donné un ensemble de règles communes destinées à sortir du règlement violent des conflits et permettant, sinon de faire émerger un intérêt général, du moins de faire cohabiter les libertés des individus. Le droit ne fait disparaître ni les conflits ni la violence, mais il leur donne une forme nouvelle : le conflit s'exprimera dans des termes institués², et l'exercice de la violence sera réservé à une instance spécialisée, et non plus laissé aux acteurs eux-mêmes. Parce que le droit a pour fonction de pacifier les interactions entre les individus, il s'emploie à canaliser la part de violence ou de conflit qui les caractérise toujours à des degrés divers. Pour ce faire, il doit bénéficier d'une forme d'autorité qui amène les individus à se plier à ses règles et à accepter les éventuelles sanctions lorsqu'ils y manquent. C'est cet aspect qui rend compte de la dimension normative du droit : une règle juridique vaut comme telle dans la mesure où elle prétend apporter la paix à ceux qui y sont soumis.

2. La notion d'obligation

En vertu de cette prétention, en effet, dans un système de droit opératoire, les acteurs sont censés *devoir obéir* aux règles de droit, indépendamment de la peur de la sanction qui accompagne parfois (mais pas toujours) la désobéissance et des considérations sur leur intérêt

¹ Coutume, commandement divin, corpus de lois tel que nous le connaissons, garantis par un groupe de sages, de prêtres, l'État, etc.

² Pour le cas qui nous occupe, sous la forme du procès, du recours hiérarchique, de la mise en demeure, etc.

personnel ponctuel¹. On peut se référer pour éclaircir ce point à la distinction posée par Hart² entre les expressions « être obligé de faire » (*being obliged*) et « avoir l'obligation de faire » (*having the obligation*), qui recoupe la distinction entre contrainte (reposant sur la sanction encourue en cas d'infraction) et norme. En effet, quelle que soit par ailleurs l'opinion qu'on professe sur le bien-fondé et la justice du droit positif, il présente un trait qui le distingue de la pure contrainte ou du pur rapport de forces, et c'est précisément cette prétention à être obéi, à avoir force de loi, par opposition à la loi du plus fort. Le droit prétend susciter chez les sujets un sentiment d'obligation, qui devrait fonder leur obéissance factuelle indépendamment des rapports de contrainte et d'intérêt. Cela vaut même dans l'hypothèse la plus désabusée qui demanderait avec Augustin

sans la justice [...] les royaumes sont-ils autre chose que de grandes troupes de brigands ? Et qu'est-ce qu'une troupe de brigands, sinon un petit royaume ? Car c'est une réunion d'hommes où un chef commande, où un pacte social est reconnu, où certaines conventions règlent le partage du butin. Si cette troupe funeste, en se recrutant de malfaiteurs, grossit au point d'occuper un pays, d'établir des postes importants, d'emporter des villes, de subjuguier des peuples, alors elle s'arroge ouvertement le titre de royaume, titre qui lui assure non pas le renoncement à la cupidité, mais la conquête de l'impunité.³

On constate malgré tout une différence essentielle entre le royaume et la bande de brigands : alors que les brigands assument de ne s'imposer que par la force, c'est-à-dire la contrainte, le royaume, lui, prétend toujours agir en vertu de la justice ou de la recherche du bien commun, quand bien même ce ne serait que pure hypocrisie de sa part, et cherche donc à fonder l'obéissance des sujets sur autre chose que la seule menace de la sanction. Cette différence ne nous dit rien du bien-fondé de cette prétention du royaume, c'est-à-dire de l'ordre juridique et politique, qui pourrait bien n'être, en dernier ressort, qu'une bande de brigands hypocrites ; mais contentons-nous, pour l'instant, de souligner que, si le fait de fixer des sanctions et de les appliquer (de façon plus ou moins efficace, plus ou moins aléatoire) est un trait commun entre une bande de brigands et une autorité politique, il ne rend compte que de la dimension de contrainte, et pas de la dimension de norme et d'obligation. Lorsqu'une règle de droit est édictée, sa prétention à être obéie ne repose pas que sur l'existence de sanctions. Au

¹ Dans cette conception, en un sens général, les individus ont intérêt à ce qu'un système de droit soit établi et donc à obéir à ses règles, puisqu'ils y gagnent la possibilité de vivre en paix ; mais cet intérêt est médiat, et il n'empêche pas qu'une règle *particulière* entre en conflit avec l'intérêt d'un des acteurs. La force obligatoire du droit désigne alors le phénomène par lequel cet individu estime malgré tout devoir se plier à une telle règle.

² Hart (H.), *Le Concept de droit*, trad. van de Kerchove (M.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 102.

³ Augustin, *La Cité de Dieu*, trad. L. Moreau (L.) et Eslin (J.-C.), Ed. du Seuil, coll. « Points sagesse », Paris, 1994, p. 167.

contraire, la sanction vient souligner qu'une obligation n'a pas été remplie ; elle est plus la *conséquence* de la désobéissance que la (ou la seule) *cause* de l'obéissance.

Dans le cas des brigands, c'est la sanction qui constitue une raison d'agir, et il s'agit, de ce fait, d'une raison purement prudentielle — faire ce que les brigands commandent pour éviter un mal —, et non pas d'une raison normative. En revanche, le droit n'arriverait pas à être normatif, en tant qu'autorité, si la *raison d'agir* de ses sujets était la sanction et non pas la règle juridique elle-même. Ainsi, contrairement aux brigands, dont les commandements ne sont interprétés ni par eux-mêmes ni par leurs victimes comme des règles dont la violation est assortie d'une sanction, la sanction juridique est réservée à l'encontre de ceux qui échouent à reconnaître la force autoritaire des raisons d'agir fournies par le droit : les sanctions sont des raisons d'agir de deuxième ordre — faire ce que le droit ordonne pour éviter la sanction — qui n'interviennent que lorsque les sujets échouent à reconnaître les raisons de premier ordre qui s'appliquent à eux — faire ce que le droit ordonne parce que c'est le droit qui l'ordonne.¹

Et c'est bien là le caractère essentiel du droit, l'invariant commun à tous les systèmes juridiques. L'obligation, qui se prétend indépendante des rapports de contrainte et d'intérêt, pour reprendre notre triptyque de départ, fournit la caractéristique distinctive du droit, au-delà de la diversité empirique de ses manifestations positives. Ainsi,

la prétention à la légitimité même par les régimes les plus oppressifs indique ce qui rend en premier lieu possible la distinction entre un État² et une bande de brigands : un État ne se reconnaît jamais comme une instance qui s'intéresse simplement à la conduite de ses sujets et non pas aux raisons de cette conduite. En d'autres termes, si une différence existe entre les deux, elle consiste en ce que l'État, par sa prétention à être légitime, s'adresse à ses sujets comme une instance dont les commandements doivent être respectés non pas afin d'éviter une sanction, mais *parce qu'ils émanent d'une autorité légitime* à émettre de tels commandements et à les assortir de sanctions.³

C'est cette prétention à la légitimité qui fait des règles juridiques des normes, des obligations, et pas uniquement des contraintes. Alors que ces dernières se contentent de régir les comportements extérieurs par la menace, l'obligation ne se soutient que de la reconnaissance que lui accordent ceux qui s'y soumettent.

Or, pour expliquer cette prétention de la règle de droit à être obéie, on ne peut s'en tenir à un pur conventionnalisme : la simple existence de la règle et le constat de l'obéissance de ceux qui y sont sujets ne suffit pas, indépendamment de son contenu, à fonder sa nature de norme obligatoire. Au contraire, la sanction, le caractère de convention et la prégnance statistique de l'obéissance sont des symptômes de la normativité ou de l'autorité de la règle en

¹ Raptopoulos (T.), « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie* n° 6, 2014, p. 250.

² À comprendre ici comme instance qui dit le droit.

³ Raptopoulos (T.), « Le positivisme analytique », *art. cit.*, p. 248-249.

question, et non sa cause ou son origine. C'est ici que joue la prétention pacificatrice du droit : elle seule permet de susciter l'obligation.

En effet, l'obligation au sens fort suppose la reconnaissance d'un lien, comme l'indique l'étymologie latine du terme : l'un pose une norme, et l'autre la reconnaît pour telle, se reconnaît tenu par cette norme et fait donc sienne la volonté de l'autre, ce qui ne se produit jamais dans le cas de la contrainte ou de la simple convergence des intérêts. Pour rendre compte de ce lien que suppose l'obligation, il peut être utile de se référer à une remarque de Locke, selon qui « une loi, selon sa véritable notion, n'est pas tant faite pour limiter, que pour faire agir un agent intelligent et libre conformément à ses propres intérêts »¹. Ce que cette conception de la loi met en valeur, c'est la dimension relationnelle qui seule fait passer du non juridique au juridique : même dans le cas où elle ne serait pas négociée par toutes les parties en présence comme c'est le cas dans un contrat, la règle de droit ne peut susciter de lien d'obligation que si elle intègre en elle la liberté de *toutes* les parties². Au-delà de la simple convergence ponctuelle d'intérêts disparates, le droit implique, par sa prétention à obliger, de prendre en compte tous les points de vue en présence, puisqu'il prétend avoir pour fonction de permettre aux acteurs de cohabiter. Seule cette prétention de la règle peut expliquer que même celui sur lequel elle pèse au sens fort soit tenu de la reconnaître comme norme et de s'y plier, indépendamment de toute menace de sanction, mais parce qu'il se reconnaît comme obligé par elle, parce qu'elle implique sa liberté et son bien en tant que citoyen³.

¹ Locke (J.), *Traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais par Mazel (D.), GF Flammarion, Paris, 1984, p. 184.

² Prenons l'exemple apparemment contraire d'un acte administratif unilatéral : il semble s'imposer de l'extérieur à l'administré, indépendamment de ses intérêts et préférences, sans qu'il ait son mot à dire, par définition, puisqu'il est pris sans que son consentement soit requis ; toutefois, ce qui fonde sa nature de norme, c'est sa prétention à viser le bien commun (y compris, donc, celui de l'administré), exprimé juridiquement par la notion d'ordre public compris comme le soubassement nécessaire au déploiement des libertés individuelles.

³ On pourrait faire valoir, inversement, une vision inspirée de Hobbes, où la règle juridique ne tire sa force et ne se soutient que de la puissance de l'instance qui l'édicte : à la limite, un tel système semble ne reposer que sur la contrainte, c'est-à-dire ne dépendre que de la capacité effective du souverain à plier les actions des sujets à sa volonté, et vider de son sens la notion même d'obligation, qui suppose un dialogue des volontés et non uniquement une confrontation des puissances, c'est-à-dire un rapport de forces. Toutefois, même dans ce système si particulier et qui semble contredire notre compte-rendu de la normativité du droit, on peut signaler que la soumission absolue à la puissance elle-même absolue du souverain ne tire son origine que de la considération de l'intérêt personnel et du désir fondamental de persévérer dans son être : pour obtenir la sécurité, d'après Hobbes, la seule voie envisageable est de remettre son pouvoir de décision et de rassembler ses forces aux mains du Léviathan. On constate donc que, même dans cette thèse extrême qui semble réduire le droit à la contrainte, on peut identifier un résidu d'obligation puisque l'individu se trouve lié par la règle juridique dans l'exacte mesure où elle contribue à sa sécurité. Du reste, il n'est pas indifférent en la matière que l'origine du pouvoir politique consiste en un pacte, c'est-à-dire en un acte de volonté de la part des futurs sujets (le fait même que le souverain en soit exclu et que les sujets contractent entre eux souligne qu'ils acceptent de se reconnaître comme obligés, comme tenus par la volonté du souverain à travers la fiction de la représentation).

La spécificité du droit repose donc sur sa normativité, c'est-à-dire sur sa prétention, fondée ou non, à obliger les individus, à être obéie au-delà de la dimension de contrainte portée par la menace de la sanction. Le fait que, dans le système hobbesien comme dans le système lockéen, les individus soient, de fait, *forcés* à entrer dans un lien de droit parce que, autrement, leur vie serait invivable, ne change pas la donne : leur volonté est certes orientée par une nécessité empirique, mais elle demeure au fondement du droit. On peut donc affirmer qu'il existe une différence de nature, au moins sur le plan théorique, entre le droit qui oblige et le rapport de forces qui contraint, et qu'un droit qui ne tiendrait que par la menace de la sanction serait comme vidé de sa normativité. Ces considérations ne nous apprennent rien sur le droit positif : celui-ci peut fort bien n'être que l'expression de l'intérêt des dominants, sa traduction hypocrite en règle juridique. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où il se pare de ce masque et prétend obliger, quelque chose se produit qui fait naître un rapport de droit par-dessus le rapport de forces. Et ce que nous entendons montrer dans les pages qui suivent, c'est que l'existence ou la prétention à l'existence d'un rapport de droit a des conséquences sur le contenu de la règle, au sens où une règle de droit qui assume parfaitement ne pas prendre en compte la liberté et le bien de celui sur lequel elle pèse, qui s'impose unilatéralement, se contredit elle-même, perd toute force obligatoire et se réduit à une simple contrainte. Parce que l'obligation implique un lien, elle ne peut surgir et s'élaborer de façon unilatérale : telle est la thèse que nous allons déployer dans ce chapitre.

II. Logique unilatérale et logique relationnelle

Il nous semble que pour parvenir à son objectif de coexistence pacifiée, le droit doit, pour le résumer en une formule, passer d'une logique unilatérale à une logique relationnelle ; en d'autres termes, prendre en compte le fait qu'il porte sur des *inter*-actions, c'est-à-dire sur l'action réciproque de deux ou plusieurs libertés, alors que, dans une logique non juridique et potentiellement conflictuelle, chaque liberté agit sans prendre en compte l'effet de ses actions sur les autres, donc de façon unilatérale.

1. La logique relationnelle du droit

Parvenir à une telle fin implique de prendre en compte l'intégralité des libertés en présence, faute de quoi l'on en reste au rapport de forces où une liberté s'impose aux autres.

Inversement, dans les situations imaginaires d'état de nature, on n'a affaire qu'à des actions, la dimension d'«inter» de l'interaction, c'est-à-dire l'élément commun qui permet leur déploiement harmonieux, étant absente : chaque liberté se déploie pour elle-même, comme dans une bulle, ce qui rend les conflits inévitables, car il n'y a pas de règle pour permettre la cohabitation avec les autres.

Ceci explique que les théoriciens de l'état de nature soulignent tous, à des degrés divers, l'absence de la figure du juge, comme instance capable de considérer la situation du point de vue de toutes les libertés en présence et non de façon unilatérale. Ce qui fait passer au niveau du droit, dans ce cas, c'est le fait de sortir de la confrontation arbitraire et bornée entre les parties en présence et de créer une règle qui fasse surgir une dimension de communauté entre des acteurs qui n'étaient auparavant que juxtaposés, d'envisager les interactions du point de vue du tout et non plus du point de vue d'une des parties. Seule cette opération rend possible la coexistence pacifiée. Il s'agit de réfléchir au fait de la coexistence, de prendre en compte cet élément incontournable et d'en tirer les conséquences : il n'est pas possible que chaque acteur agisse comme s'il était seul sur terre, sauf à sombrer dans le rapport de forces lorsqu'il se heurtera à un *alter ego* qui ferait exactement la même chose. Une logique unilatérale (non juridique) consiste à envisager les hommes comme autant de sphères closes sur elles-mêmes, suivant chacune sa trajectoire sans se préoccuper des autres, au risque évidemment d'une collision fatale. S'il veut remplir sa mission de pacification des interactions, le droit doit sortir de cette logique unilatérale et envisager les acteurs non comme des atomes séparés, mais comme les différents pôles d'un réseau, sur fond d'un élément commun. On pourrait dire que, dans cette perspective, le commun est premier et que les individus ne surgissent que sur cet arrière-plan, alors que la logique unilatérale aborde l'existence humaine selon une approche rigoureusement inverse. Une illustration plaisante de cette logique relationnelle est fournie par cette fable attribuée à Carbonnier :

Pour le voyageur qui, dans l'autobus parisien, est assis près d'une fenêtre, encerclé par trois autres paires de pieds, c'est une démarche délicate que de gagner la sortie décemment. Le droit objectif pourrait s'aviser de légiférer, d'édicter des normes qui entreraient dans une foule de minutie [*sic*] à l'instar des règlements militaires de jadis, ces droits objectifs qui sont signalés par un minimum de droits subjectifs. Il serait prévu que le sortant doit au premier pas, poser ses talons à 0, 17 m de la banquette de départ, 0,04 m et 0,08 m respectivement de la paroi fenêtre, puis pivotant légèrement vers le couloir, etc. Combien il est plus clair, plus simple et

finalement plus efficace de demander que personne ne marche sur les pieds de ses voisins¹.

Cette métaphore reflète l'optique relationnelle du droit, qui consiste à envisager l'ensemble des interactions en vue d'assurer leur fonctionnement harmonieux, au lieu de partir de chaque acteur pris isolément : même dans cette hypothèse où l'objectif est que les pieds n'entrent pas en contact, la solution juridique est relationnelle dans la mesure où elle consiste à partir de l'ensemble pour en déduire ensuite les comportements individuels adéquats. C'est ainsi que le droit permet de sortir du face-à-face violent dans lequel la logique unilatérale risque toujours de sombrer : en envisageant les interactions du point de vue qui leur est commun, en les considérant depuis l'horizon de leur coexistence, alors que le raisonnement fondé sur la non-interférence part des individus et ne peut que manquer l'inter-action.

Le droit va donc bien au-delà d'une simple convergence factuelle et ponctuelle des points de vue ou des intérêts : il doit envisager ces points de vue comme toujours déjà tissés, mêlés, en relation. C'est en ce sens que nous affirmons que le droit doit être relationnel et qu'il s'oppose radicalement à l'unilatéralité. Or, le corollaire logique de la relationalité, c'est la réciprocité : envisager les acteurs juridiques comme toujours déjà en relation, mettre l'accent sur le réseau plutôt que sur les pôles, c'est, dans un même mouvement, partir du principe que les acteurs se doivent quelque chose, que chacun doit quelque chose à tous, à savoir prendre en considération le fait indéniable de leur (co)existence lorsqu'il agit. L'illustration la plus concrète serait celle du code de la route : si chaque usager trace son chemin sans tenir compte des autres, dans une logique que nous qualifions d'unilatérale, l'accident est inévitable. Une logique juridique et relationnelle, qui prend en compte la coexistence géographique des usagers, en revanche, introduit une dose de réciprocité en affirmant que chacun a des droits *et* des devoirs. Au sens strict, la logique relationnelle et réciproque ne signifie pas que tous les acteurs ont exactement les mêmes droits et devoirs, mais que chacun doit prendre en compte les conséquences de ses actions sur les autres. Rappeler que l'action d'un individu trouve son équivalent sous la forme d'une réaction chez les autres acteurs (ce qui est la définition même de la réciprocité), c'est précisément la fonction du droit.

Pour clarifier ce propos, nous proposons un exemple volontairement paradoxal. Il s'agit du « pacte de dupes » décrit par Rousseau à la fin du *Second discours*, que nous nous permettons de citer un peu longuement :

¹ Cité par Hurinville (F.) et Dalmon (S.) « Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons », in Verdier (R.) (dir.) *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2012, p. 682.

Destitué de raisons valables pour se justifier, et de forces suffisantes pour se défendre ; écrasant facilement un particulier, mais écrasé lui-même par des troupes de bandits, seul contre tous, et ne pouvant à cause des jalousies mutuelles s'unir avec ses égaux contre des ennemis unis par l'espoir commun du pillage, le riche, pressé par la nécessité, conçut enfin le projet le plus réfléchi qui soit jamais entré dans l'esprit humain ; ce fut d'employer en sa faveur les forces mêmes de ceux qui l'attaquaient, de faire ses défenseurs de ses adversaires, de leur inspirer d'autres maximes, et de leur donner d'autres institutions qui lui fussent aussi favorables que le droit naturel lui était contraire.

Dans cette vue, après avoir exposé à ses voisins l'horreur d'une situation qui les armait tous les uns contre les autres, qui leur rendait leurs possessions aussi onéreuses que leurs besoins, et où nul ne trouvait sa sûreté ni dans la pauvreté ni dans la richesse, il inventa aisément des raisons spécieuses pour les amener à son but. « Unissons-nous, leur dit-il, pour garantir de l'oppression les faibles, contenir les ambitieux, et assurer à chacun la possession de ce qui lui appartient. Instituons des règlements de justice et de paix auxquels tous soient obligés de se conformer, qui ne fassent acception de personne, et qui réparent en quelque sorte les caprices de la fortune en soumettant également le puissant et le faible à des devoirs *mutuels*. En un mot, au lieu de tourner nos forces contre nous-mêmes, *rassemblons-les* en un pouvoir suprême qui nous gouverne selon de sages lois, *qui protège et défend tous les membres de l'association, repousse les ennemis communs et nous maintienne dans une concorde éternelle*.¹

Ce passage décrit la naissance hypothétique de l'État, garant des inégalités, instrument des puissants. Mais même dans cette genèse pessimiste, ce qui fait passer au niveau du droit, c'est la prétention (certes trompeuse) à chercher une communauté ; seule une prétention de cette nature, relationnelle en son principe, peut pacifier les interactions humaines, rendre la coexistence possible. L'intérêt de cet extrait est qu'il concentre à la fois une objection que l'on peut être tenté de faire contre la fonction pacificatrice du droit, et la réponse à cette objection. L'extrait présente un faux contrat, un pacte de dupes : sous couvert de chercher l'intérêt de tous, le riche parvient à inscrire dans le marbre ses privilèges, au détriment des plus pauvres. Les inégalités se voient proclamées au principe même de l'organisation civile. Le vocabulaire de la communauté masque mal l'unilatéralité véritable de ce pseudo-accord. Autrement dit, dans cette genèse fictive, le droit n'est que le droit du plus fort caché sous un vernis rhétorique, et toute affirmation selon laquelle le droit s'oppose au droit du plus fort et à l'unilatéralité semble ainsi réfutée. Il suffirait d'ouvrir au hasard un code, de parcourir distraitemment n'importe quel projet de loi, pour trouver une règle qui profite manifestement à certains au détriment des autres. Le droit ne serait donc que le masque derrière lequel les puissants cachent leur cynisme, et qui n'a pour fonction que *d'extorquer* le consentement de tous ; sa prétendue logique relationnelle

¹ Rousseau (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, Paris, 1992, p. 238-239 (nous soulignons).

ne serait qu'un attrape-nigaud¹. Aussi peut-on être tenté de voir dans cette réalité sociale une pure et simple mystification, une mise en scène faisant passer l'injustice pour la justice, la domination pour le consensus, la guerre pour la paix. « La loi n'est pas pacification, car sous la loi, la guerre continue à faire rage à l'intérieur de tous les mécanismes de pouvoir, même les plus réguliers. C'est la guerre qui est le moteur des institutions et de l'ordre : la paix, dans le moindre de ses rouages, fait sourdement la guerre »², déplore le discours historico-politique analysé par Foucault.

Nous souscrivons volontiers à ces analyses lorsqu'elles portent sur telle ou telle disposition du droit positif. Nous en menons d'ailleurs une fort semblable à propos du droit des étrangers en France aujourd'hui, et ce, dans sa structure d'ensemble, et non pas seulement quelques articles isolés du Ceseda. Pourtant, nous voudrions montrer que ce discours désabusé ne peut être tenu pour le dernier mot sur le droit, car, même si le droit n'est que le travestissement du rapport de forces et de la guerre, ce travestissement nous semble avoir un effet non négligeable. On peut en trouver la raison dans le texte même de Rousseau : nous avons affaire à un discours, certes sophistiqué et mensonger, mais destiné à *persuader* son auditoire. Le pacte de dupes est un *pacte*, c'est-à-dire l'objet d'un accord entre deux parties, et non pas une décision unilatérale imposée par la force. Il a besoin de l'adhésion de tous, même et surtout de ceux qu'il dupe. Le fait même qu'il soit mensonger, malhonnête, hypocrite, souligne paradoxalement ce qui fait à nos yeux la valeur du droit : il ne peut se soutenir que de l'accord de tous les individus concernés, il repose sur le consentement et non sur la contrainte et la violence. C'est ce qui explique que ce consentement soit souvent extorqué par la ruse : parce que sa dimension relationnelle est absolument indispensable à l'existence du système juridique. Elle est son essence même, parce qu'un droit qui assume ne protéger que la liberté de certains se mine de l'intérieur, dans la mesure où il ne peut plus *obliger* toutes les libertés en présence. « Qu'est-ce qu'un droit qui périt quand la force cesse ? S'il faut obéir par force on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et si l'on n'est plus forcé d'obéir on n'y est plus obligé »³ ; pour entrer en territoire juridique proprement dit, il faut donc un accord, une unification, même minimale et

¹ Ce soupçon jeté sur le droit est encore renforcé par le fait que ce dernier, par son vocabulaire opaque aux yeux des novices, par l'organisation institutionnelle qui le fait appliquer, par la solennité et le decorum des cérémonies du vote et des tribunaux, etc., possède une force de légitimation et de naturalisation hors du commun. L'adage « *dura lex, sed lex* » résume cette puissance de légitimation : les dispositions juridiques semblent à l'abri de toute contestation et de tout changement, par nature, alors même que le droit, dans nos sociétés, est censé être le produit de la volonté populaire. Ce paradoxe souligne l'effet d'entérinement et d'inertie associé au droit.

² Foucault (M.), « *Il faut défendre la société* ». Cours au Collège de France (1975-1976), Gallimard, Paris, 1997, p. 37.

³ Rousseau (J.-J.), *Du Contrat social* (op. cit.), p. 49.

même fondée sur un malentendu, des libertés. Alors que le pur rapport de forces peut s'afficher pour ce qu'il est, à savoir une lutte violente où chacun ne défend que ses intérêts, de façon unilatérale, le droit a besoin du masque de l'égalité et de la justice pour obtenir de tous la reconnaissance de sa légitimité ; il ne peut avancer que sous couvert de réciprocité et de prise en compte de toutes les parties en jeu. Il n'y a droit que lorsque cette condition est remplie, et dans cette prétention (fondée ou non) à l'impartialité se niche la reconnaissance minimale d'une interaction, qui oblige à quitter le territoire de l'unilatéralité et qui, bien comprise, peut fournir un instrument critique puissant, puisqu'elle permet de renégocier à la hausse les conditions du pacte.

Ainsi, face au fait indépassable de l'interaction, l'alternative, du point de vue du droit, serait la suivante : soit les libertés en présence nient les conséquences des interactions, se comportent de façon unilatérale et sombrent dans le rapport de forces ; soit elles cherchent un moyen pour les encadrer de façon pacifique, moyen que l'on baptise droit. Le droit est un système de normes qui à la fois entérine le fait des interactions et qui les fait surgir comme telles, comme inter-actions véritablement réciproques. Il fait passer de l'interaction factuelle non normée à la mise en commun destinée à rendre possible une coexistence pacifique, en faisant place à chaque liberté en présence¹.

L'ensemble de ces remarques est fondé sur un substrat kantien qu'il peut être utile d'explicitier ici, pour illustrer de façon un peu plus précise ce que nous entendons par logique relationnelle du droit.

Dans la perspective de Kant, le droit est l'instrument destiné à permettre la cohabitation harmonieuse des libertés. Il existe parce que la Terre est ronde et que les hommes ne peuvent donc se disperser à l'infini ; ils ne peuvent faire autrement qu'entrer en interaction. Le terme retenu par Kant pour désigner les interactions, de façon révélatrice, est le substantif latin *commercium*, qui englobe toutes les nuances du terme « commerce » en français classique, bien au-delà des seules relations économiques. Or, Kant a déjà employé ce terme dans la *Critique de la raison pure*, dans le cadre de l'analyse de la catégorie de relation, pour traduire l'allemand *Gemeinschaft* ou communauté. Il désigne dans ce cadre une causalité réciproque entre substances, par différence avec l'action unilatérale d'une substance sur une autre. On retrouve ici l'opposition entre unilatéralité non juridique et relationalité juridique. Dans une relation de *commercium*, on a affaire à un tout où les éléments sont coordonnés et non juxtaposés, chacun

¹ Ce qui peut impliquer d'interdire certaines « interactions » unilatérales par nature, comme l'agression ou le vol.

étant à la fois cause et effet. La notion sert dans ce contexte à expliquer la globalité simultanée de notre expérience. En effet,

tous les phénomènes, en tant que contenus dans une expérience possible, sont nécessairement dans l'esprit en communauté (*communio*) d'aperception ; et pour que les objets puissent être représentés comme liés et comme existant simultanément, il faut qu'ils déterminent réciproquement leurs places dans le temps et forment ainsi un tout. Mais, pour que cette communauté subjective puisse reposer sur un principe objectif ou être rapportée aux phénomènes comme substances, il faut que la perception de l'un, comme principe, rende possible celle de l'autre, et réciproquement, afin que la succession, qui est toujours dans les perceptions comme appréhensions, ne soit pas attribuée aux objets, mais que ceux-ci puissent être représentés comme existant simultanément. Or c'est là une influence réciproque, c'est-à-dire une communauté (*commercium*) réelle des substances, sans laquelle le rapport empirique de la simultanéité ne saurait se trouver dans l'expérience.¹

Il s'agit ici pour Kant d'expliquer la *communio* de l'expérience sensible, le fait que le perçu se donne comme un tout, par le *commercium* ou action réciproque des substances entre elles. De même, la coexistence des libertés, comme *communio*, ne sera possible que si l'on prend en considération la dimension de *commercium*, c'est-à-dire le fait que l'action de l'un ne peut pas ne pas avoir de conséquences sur autrui (puisque la Terre est un espace fini) ; et toute la fonction du droit consiste à façonner cette action réciproque en un *commercium* au sens fort, c'est-à-dire une relation (formellement) égalitaire et équilibrée, véritablement réciproque. Autrement dit, la notion de communauté est donnée par la situation de proximité géographique ; c'est l'unilatéralité qui est une illusion. L'enjeu est donc de façonner cette communauté de telle sorte qu'elle soit non pas la juxtaposition arbitraire et chaotique d'individus entrant en collision, mais une véritable unification des libertés, qui passe par un équilibre des forces, une prise en considération de tous les individus en présence et surtout la prise de conscience du fait qu'ils sont liés par nature. L'espace juridique s'ouvre avec cette prise de conscience. Cela permet à Kant de développer un discours sur le droit qui ne soit pas dépendant de la notion de droit naturel mais ne sombre pas pour autant dans l'impérativisme positiviste ; la notion de droit, comprise comme « l'ensemble des règles, concrètement des espaces d'action et des contraintes, que des personnes libres et égales devraient reconnaître comme valides *en tant qu'elles se reconnaissent précisément comme libres et égales* »², comporte en elle-même son propre critère d'évaluation

¹ Kant (E.), *Critique de la raison pure*, traduit de l'allemand par Barni (J) et Archambault (P.), GF Flammarion, Paris, 1976, p. 241.

² Haber (S.), « Kant et le concept positif de paix : pour une reconstruction contemporaine », in Robelin (J.) (dir.), *Kant anti-kantien*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 2004, p. 88.

Notons une dernière précision : dans la *Critique de la raison pratique*, le *commercium* doit être mis en lien avec la troisième catégorie, celle de relation, en vertu de quoi le principe de l'évaluation morale d'un acte revient à déterminer sa compatibilité avec l'existence des autres : on retrouve le thème de la coexistence des libertés, étant entendu que le droit ne se préoccupe que de leur coexistence extérieure, physique, spatiale, pourrait-on dire, indépendamment de l'intention présidant aux actions, qui relève du domaine de la morale. Ainsi, « la visée du droit est de constituer un espace unifié, qui permet de concilier deux ou plusieurs arbitres, au sein duquel la liberté, ce droit inné, est absolument égale en ce qui concerne le pouvoir de contraindre tout autre à rester toujours dans les limites d'un accord, condition de possibilité d'une coexistence »¹. Une remarque s'impose toutefois : ce modèle spatial et physique, fondé sur la métaphore de l'équilibre des forces, peut nous induire en erreur en donnant l'impression que le droit sert à combiner des éléments juxtaposés, mais logiquement indépendants les uns des autres. En réalité, il ne s'agit pas de penser en termes de conciliation, mais en termes d'inclusion de chaque perspective individuelle dans une perspective plus large, la perspective relationnelle. C'est pourquoi, « si la liberté comme droit inné unique autorise l'individu à se déplacer et à s'installer là où il le désire, il ne peut cependant se réclamer légitimement de ce droit pour agir sans prendre en considération la liberté d'autrui, car ce droit est aussi celui de tout autre »². Certes, le fait brut premier et inévitable est celui de la cohabitation spatiale, de la proximité physique, donc de la *communio* : les humains sont juxtaposés dans l'espace. Mais l'enjeu du droit est de passer au niveau du *commercium*, c'est-à-dire de prendre pour objet de réflexion et d'aménagement le fait de la *communio*³ et ses conséquences, pour le rendre supportable. Aussi peut-on affirmer que les concepts juridiques, « loin de relever de subjectivités monadologiques qui se côtoient *partes extra partes* (..), appartiennent à la totalité de l'espèce humaine et inscrivent dans l'universelle communauté une nécessaire communication sans laquelle le droit ne serait pas même concevable »⁴. Dit autrement, le droit surgit à partir du moment où surgit l'intersubjectivité.

¹ Braz (A.), *Droit et Éthique chez Kant : l'idée d'une destination communautaire de l'existence*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005, p. 135.

² Braz (A.), *Droit et Éthique...*, *op. cit.*, p. 147.

³ « Une relation particulière de communauté (*communio*) ne peut exister que sur la base d'actions et d'accords faits par les participants eux-mêmes ; qui se trouvent "vivre les uns avec les autres" et ne peuvent donc éviter de s'affecter réciproquement, ms qui possèdent pourtant la liberté pratique de façonner réflexivement et mutuellement leurs interactions (*commercium*). », Milstein (B.), « Kantian Cosmopolitanism beyond 'Perpetual Peace': *Commercium*, Critique, and the Cosmopolitan Problematic », *European Journal of Philosophy* n° 21, 2013, p. 125 (nous traduisons).

⁴ Goyard-Fabre (S.), *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, Paris, 1996, p. 103.

Cette thèse étant centrale pour notre propos, nous allons la clarifier en réfutant un contre-modèle, qui pose que l'on peut envisager le sujet de droit comme un atome agissant de manière unilatérale ; nous tenterons de montrer qu'une telle approche a pour défaut soit de conserver un fondement relationnel et intersubjectif passé sous silence (le droit du premier occupant), soit de dissoudre la juridicité du droit (la liberté conçue comme absence d'ingérence). Cette conception faussée du droit est particulièrement défendue par le courant libertarien ; ce courant, nous y reviendrons plus en détails, tend à ramener tout problème de droit (et de philosophie politique en général, d'ailleurs) à la seule question de la propriété. Nous ferons donc fréquemment référence, dans les pages qui suivent, au droit de propriété ; mais ce que nous discutons à travers lui, c'est bien la conception du droit en général qu'il reflète.

2. Réponse à l'objection du droit du premier occupant

Nous entendons par « droit du premier occupant » toute théorie arguant que l'on peut devenir propriétaire d'une ressource à condition d'avoir été le premier à se l'approprier. Cette appropriation originaire s'impose ensuite aux autres et permet de rejeter leurs éventuelles prétentions sur la ressource en question. Ce que nous voudrions montrer, c'est qu'une telle approche est en réalité elle aussi relationnelle puisqu'elle repose sur la prémisse, passée sous silence, d'une communauté originaire de sujets de droit à qui l'individu qui s'approprie un objet demande leur reconnaissance.

L'argument en faveur de ce droit d'appropriation est le suivant : en s'emparant d'un objet vacant, d'une *res nullius*, on ne nuit à personne. Ce point est explicitement posé par Nozick, par exemple : « le point crucial est de savoir si l'appropriation d'un objet non possédé rend la situation des autres pire qu'elle était auparavant »¹. La justification de l'appropriation tient au fait que, parce qu'elle ne nuit à personne, les autres n'ont *aucune raison valable* de s'y opposer et donc de ne pas reconnaître son auteur comme propriétaire de la ressource en question : une telle contestation reviendrait à lui chercher querelle de façon injustifiée. Cet argument intègre bel et bien l'origine intersubjective et relationnelle de la propriété et du droit en général, mais sans l'explicitier. Au contraire, il présente l'appropriation elle-même comme un geste unilatéral : je m'empare de quelque chose suivant ma seule volonté, puis je m'assure que les autres n'ont pas d'objection valable à m'opposer, c'est-à-dire que je n'ai pas interféré

¹ Nozick (R.), *Anarchie, État et Utopie*, traduit de l'américain par d'Auzac de Lamartine (E.), PUF, 1974, Paris, p. 219-220.

avec leur liberté. De là découlent les conditions traditionnelles qui encadrent cette appropriation : que l'objet soit effectivement vacant d'une part, et *qu'il reste assez de ressources pour les autres* (refus de l'interférence). La version faible de cette seconde condition correspond au droit de nécessité chez Grotius, la version forte va de Nozick à Steiner ou Cohen, où elle impliquera soit l'usage privé de ressources communes soit une appropriation privative au sens strict : quelle que soit sa forme, elle implique toujours une évaluation de la distribution effective des ressources. Ce faisant, tous accordent, bon gré mal gré, une place à la question de la compatibilité entre appropriation privée et liberté d'autrui, quoique sur le mode faussé de la non-interférence et non de la fondation réciproque, de la relationalité au sens fort. Et c'est cette compatibilité, c'est-à-dire la prise en considération de la pluralité des sujets, qui est au fondement de la juridicité de la propriété (par différence avec une simple possession de fait), car cette juridicité repose sur la reconnaissance des autres, condition d'une relation pacifiée.

Chez les libertariens, à l'exception de Rothbard, cas particulier que nous allons examiner en détail plus bas, l'argument est le suivant : si je m'approprie quelque chose et que ce faisant je ne nuis pas aux autres, alors ce serait une interférence abusive avec ma liberté que les autres me refusent cette possibilité. L'édifice juridique tout entier est ensuite conçu sur ce modèle de la non-interférence avec une liberté conçue comme une propriété privée. Ce raisonnement repose sur une conception du sujet comme monade, qui est propriétaire de soi et agit, pour n'entrer en relation avec autrui que *dans un second temps* : le fait premier est l'expression de la liberté individuelle, et toute la question est ensuite de savoir si cette expression a nui aux autres. L'unilatéralité étant première, la dimension intersubjective n'aura plus qu'une forme négative, à savoir l'interdiction de nuire aux autres, de dégrader leur situation, en somme d'interférer avec leur propre liberté, qui s'exprime de façon toute aussi unilatérale, avec les mêmes bémols. La réciprocité et la relationalité, on le voit, sont réduites au minimum, mais pas complètement absentes. La dimension relationnelle du droit n'est pas entièrement niée, puisqu'il s'agit de demander la reconnaissance des autres, mais elle est reléguée à un rang secondaire. Littéralement secondaire : elle vient *après* l'expression de soi par le travail ou l'appropriation, elle intervient dans un second temps et se réduit donc à la prohibition de l'interférence. C'est cette hiérarchisation, et l'appréhension strictement négative des interactions qui en découle, qui nous semble aux antipodes de la logique du droit.

Pour le montrer, nous emprunterons encore une fois les analyses de Kant, qui admet pourtant, lui aussi, la validité du droit du premier occupant ; c'est même à ses yeux une

hypothèse absolument nécessaire pour rendre compte de la propriété¹ en tant que notion juridique, car, autrement, toute propriété ne serait que dérivée, obtenue de la part d'autrui, par cession, échange, vente, etc. Rendre compte de la propriété, c'est donc expliquer comment il est rationnellement concevable qu'un individu *devienne*² propriétaire, *ex nihilo*, en quelque sorte, dans un monde où aucun objet ne serait encore approprié. La notion de droit du premier occupant permet de tenir ensemble deux dimensions qui, autrement, rendraient toute propriété privée impossible : le fait que « rien d'extérieur n'est originairement mien » d'une part, c'est-à-dire que la propriété privée découle d'une appropriation, et que « néanmoins il peut bien être acquis originairement, c'est-à-dire sans dériver du sien de quelqu'un d'autre »³, pour la même raison, à savoir que de dérivation en dérivation il faudrait remonter à une propriété individuelle originaire, que rien pourtant ne permet de fonder en raison. Pour éviter ce cercle, soit on renonce à toute propriété, ce qui serait une limite arbitraire posée à la liberté par la raison pratique⁴, soit on pense une acquisition privative première, qui ne peut donc que posséder un caractère unilatéral. Mais précisément, la manière dont Kant rend compte du caractère juridique de cette appropriation la distingue radicalement du raisonnement restitué plus haut, selon lequel je m'approprie une ressource dont je deviens ainsi propriétaire du moment que je n'aie pas interféré avec la liberté des autres : la dimension interactionnelle y était réduite à son strict minimum, à sa version purement négative de la non-interférence.

Ce qui nous semble faussé (ou plus précisément incompatible avec la fonction du droit) dans cette logique, et ce que Kant remet en question, c'est l'idée selon laquelle on pourra concevoir la propriété et l'appropriation comme des relations entre un sujet et un objet, en laissant de côté, au moins dans un premier temps, l'ensemble des autres sujets qui se verraient ensuite tenus d'acquiescer et d'accorder une validité juridique à l'appropriation. Kant souligne

¹ Kant emploie le terme de possession, mais il entend par là la possession intelligible ou purement juridique (*possessio phaenomenon*) et non pas la possession de fait : l'enjeu de cette analyse étant de penser comme une telle possession sans détention est possible (alors que la possession de fait se confond avec la détention). « Je ne puis appeler mien un objet dans *l'espace* (une chose corporelle) sauf si, *bien que je n'en sois pas en possession physique*, je puis pourtant affirmer en être, autrement, en possession effective (non pas physique, par conséquent). Ainsi, je ne dirai pas qu'une pomme est mienne pour la raison que je l'ai dans la main (que je la possède physiquement), mais seulement si je puis dire : je la possède quoique de ma main je l'ai mise en un quelconque endroit » (§4, Remarque). Le terme « mienne » désigne ici le *meum juris*, c'est-à-dire ce qui est mien en vertu du droit.

² Il s'agit de moments logiques et non pas d'une généalogie empirique, dans le cadre d'un discours transcendantal, c'est-à-dire qui cherche à déterminer les conditions de possibilité de la propriété.

³ Kant (E.), *Œuvres philosophiques, op. cit.*, p. 511 (*Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, §10).

⁴ Car « la liberté se priverait elle-même de l'usage de son arbitre relativement à un objet de celui-ci, en mettant des objets *utilisables* hors de toute possibilité *d'usage*, c'est-à-dire qu'au point de vue pratique elle les anéantirait et en ferait des *res nullius* et cela bien que dans l'usage des choses l'arbitre s'accordât *formaliter* avec la liberté extérieure de chacun selon des lois universelles » (*Doctrine du Droit*, §2, p. 495 dans l'édition citée).

avec ironie l'absurdité d'une telle conception : envisager la propriété comme un rapport entre le sujet et l'objet, c'est imaginer que « la chose extérieure, même si le premier possesseur l'égarait, lui resterait pourtant toujours *obligée*, c'est-à-dire se refuserait à tout autre prétendu possesseur parce qu'elle est déjà obligée envers celui-là »¹. Il admet certes la dimension d'abord unilatérale de l'acquisition originaire (« la volonté que la chose soit mienne [...], c'est-à-dire l'appropriation, ne peut être, lors d'une acquisition originaire, autre qu'unilatérale »), mais elle repose sur deux principes dont le second souligne sa dimension interactionnelle. Ces deux principes sont le postulat juridique de la raison pratique² et la notion de communauté originaire ou possession originellement commune du sol.

Ce qu'il faut entendre par la notion de communauté originaire, c'est l'unité des arbitres ; elle a valeur de postulat, d'hypothèse nécessaire, car elle seule peut fonder la juridicité du droit, dans la mesure où le droit a pour raison d'être la coexistence des libertés. Il s'agit non pas du constat d'un communisme primitif, mais d'une Idée de la raison nécessaire pour rendre compte de la possibilité de l'appropriation privative des ressources : la notion désigne et concentre le caractère relationnel du droit. La nécessité de cette Idée, que l'expérience ne peut évidemment ni vérifier ni invalider, tient au fait élémentaire que les hommes « ont le droit d'être là où les a placés la nature ou le hasard »³. Or ils se trouvent en un lieu clos et sphérique, qui les empêche de se disperser à l'infini : telle est la raison pour laquelle cette possession originaire doit se concevoir comme une possession commune. Le double fait que les hommes aient le droit d'être là où ils se trouvent et qu'ils ne puissent se disperser à l'infini sur terre implique le caractère commun de cette possession originaire : ils sont bien obligés de se mettre d'accord sur l'usage qu'ils font de cette ressource qui leur appartient à tous, mais qui, étant limitée, ne peut être mise à profit qu'en commun. Et c'est de cette possession originaire, donc de cette unité idéale première, que découle pour Kant le droit du premier occupant : je peux particulariser l'usage de cette possession commune en m'appropriant une partie du sol, d'une façon qui, de fait, ne peut être qu'unilatérale, par prise de possession et occupation, mais ce geste unilatéral est déjà pétri d'interactions puisqu'il repose sur l'hypothèse de la possession originaire commune. De plus, il suppose et réclame la reconnaissance des autres, leur unification intersubjective rationnelle :

¹ Kant (E.), *Œuvres philosophiques, op. cit.*, p. 514 (*Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, §11).

² Loi permissive autorisant à s'approprier les objets de l'arbitre, car l'interdiction de cette appropriation créerait une contradiction arbitraire entre la possibilité factuelle de leur usage et l'impossibilité juridique de leur appropriation.

³ Kant (E.), *Œuvres philosophiques, op. cit.*, p. 517 (*Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, §13).

cette même volonté ne peut pourtant justifier une acquisition extérieure que pour autant qu'elle est contenue dans une volonté unifiée *a priori* (c'est-à-dire par le biais de l'unification de tous les arbitres qui peuvent entrer en rapports pratiques réciproques) commandant absolument ; car la volonté unilatérale qui est en elle-même contingente (...) ne peut imposer d'obligation à personne, mais est requise pour ce faire une volonté *omnilatérale*, non pas contingente, mais *a priori*, par conséquent nécessairement unifiée, et pour cette seule raison légiférante.¹

Ainsi, ce qu'il y a de proprement juridique dans l'appropriation, ce n'est pas la prise de possession unilatérale, mais au contraire l'unité qui la sous-tend. Sans cette unification idéale des volontés qui seule fonde l'obligation, l'on reste dans l'ordre du fait et l'appropriation unilatérale n'est plus qu'un acte de violence. Penser dans les termes du droit, c'est donc penser dans les termes d'interactions à aménager dans le sens d'obligations réciproques, cela seul permettant de les pacifier. Seule la prise en compte de toutes les libertés en présence permet d'atteindre ce but ; l'unilatéralité ne peut que faire sombrer dans le rapport de forces, ou en tout cas dissoudre l'existence même du droit. Envisager le sujet de droit comme isolé, agissant dans le monde sans prendre *d'emblée* en compte les autres, c'est, en ce sens, vider le droit de ce qui fait sa structure propre.

Cette affirmation du caractère relationnel du droit est essentielle pour la suite de notre propos. Nous allons l'approfondir en réfutant une théorie du droit qui, tout au contraire, prétend reposer sur l'unilatéralité, et qui fait valoir une conception atomistique (par opposition à relationnelle) du sujet, à savoir la conception libertarienne. Nous nous concentrerons plus particulièrement sur la forme la plus radicale de cette conception, qui est celle de Rothbard : en tant que représentant du courant libertarien, il porte l'atomisme à son plus haut degré théorique et, au sein de ce courant, il est l'un des rares à développer explicitement une théorie du droit et du sujet du droit. Il constitue donc pour notre analyse un contrepoint intéressant.

3. Réfutation de la conception atomistique du sujet de droit

Il nous paraît que sa conception du sujet de droit est viciée à la racine (mais c'est précisément son intérêt pour notre propos, puisque sa réfutation nous permettra de clarifier notre thèse), dans la forme même que prend son exposé. Rothbard en passe en effet par une expérience de pensée qu'on peut, avec Marx, qualifier de robinsonnade. Il envisage l'hypothèse d'un individu isolé sur une île. Cette mise en scène ouvre le chapitre exposant le contenu du

¹ Kant (E.), *Œuvres philosophiques, op. cit.*, p. 518 (*Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, §14).

droit naturel¹. Après avoir rappelé que ce type d'expérience de pensée est aujourd'hui abandonné et même tourné en ridicule, il en fait valoir les avantages :

il permet d'isoler la situation de l'homme face à la nature et de la voir plus clairement en commençant par faire abstraction des relations entre les personnes. On est ensuite en mesure d'élargir cette analyse homme/nature et de l'appliquer au « monde réel ». Faire apparaître Vendredi, ou une ou plusieurs autres personnes, après avoir fait l'analyse d'un isolement strictement robinsonien, permet de montrer en quoi l'introduction d'autres personnes affecte le débat.²

Signalons-le d'emblée, aucune justification n'est formulée à l'appui de ce procédé de simplification par découpage des dimensions de la vie humaine. Rothbard présente comme une simplification utile ce que nous allons au contraire analyser comme un contre-sens radical, mais il ne démontre pas véritablement le bien-fondé de cette opération intellectuelle. La raison en est probablement qu'elle reflète et découle de son postulat le plus fondamental, celui de l'atomisme. On ne peut comprendre la séduction qu'opère sur lui la robinsonnade que si on saisit l'importance qu'il accorde à l'atomisme, et on ne peut réfuter l'un qu'en réfutant l'autre. Dans le passage cité, on voit à l'œuvre, à l'échelle de l'individu, le même type de raisonnement que celui montré au chapitre précédent au niveau de la communauté politique. Il procède par extension progressive de l'échelle de la réflexion, manifestée ici par l'emploi de marqueurs temporels (« ensuite », « après avoir fait l'analyse »). Tout ce que nous allons désigner comme atomisme est contenu dans l'objectif suivant : « montrer en quoi l'introduction d'autres personnes affecte le débat », ce qui sous-entend que l'on peut, *sans fausser ce débat*, partir d'un individu isolé. Le problème principal que pose à nos yeux son expérience de pensée tient plus précisément au fait qu'il présente Robinson seul sur son île comme titulaire de droits alors même qu'il donne une définition relationnelle du droit³ ; ce que nous voudrions montrer ici, c'est que sa conception du sujet humain en général et du sujet de droit en particulier repose sur une erreur. Rothbard (et les libertariens en général dans leur définition de la propriété de soi) commet une double erreur à isoler Robinson, comme individu « naturel » et comme sujet de droit.

¹ La première partie de *L'Éthique de la liberté* expose la théorie du droit naturel, sa définition et ses enjeux ; la seconde partie expose la « théorie de la liberté » et la robinsonnade que nous allons commenter est présentée dans le premier chapitre de cette partie (chapitre. VI, « la philosophie du Droit chez Robinson Crusoë »).

² Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, traduit de l'américain par Guillaumat (F.) et Lemieux (P.), Paris, Les Belles Lettres, 1999, p. 31.

³ Il emprunte en effet sa définition des droits empruntée à Sadowsky : « quand nous disons qu'une personne a le Droit de faire certaines choses, nous voulons dire ceci et seulement ceci : qu'il serait immoral que toute autre personne, seule ou en groupe, l'empêche de le faire par l'emploi de la force physique ou la menace de son emploi. » (*L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 66). Cette formulation fait apparaître qu'un droit n'a de sens que dans un contexte relationnel : si Robinson est seul sur son île, si on l'isole pour des raisons de simplifications méthodologiques, ne fait-on pas disparaître du même coup le critère permettant de parler de droit ?

S'agissant de l'individu naturel, tout d'abord, on soulignera, classiquement, que Robinson ne fait tout ce qui est décrit par Rothbard (exploiter les ressources de l'île, découvrir quelles sont les plantes comestibles, mettre au point diverses techniques pour améliorer l'efficacité de ses actions, etc.) que parce qu'il a *d'abord* été en contact avec d'autres, qui lui ont transmis des techniques et des savoir-faire. De ce point de vue, l'envisager comme individu isolé n'a aucun sens : le moindre de ses gestes manifeste l'ancrage relationnel de la vie humaine, l'héritage d'interactions précédentes. Plus profondément, Robinson n'est Robinson, n'a conscience de lui-même, n'a développé une identité personnelle, le sentiment de sa liberté et donc la prétention à avoir des droits que dans ces interactions précédentes.

Autrement dit, on peut se demander si envisager un être humain en l'isolant du terreau relationnel qui lui a donné naissance et lui permet de se déployer et s'épanouir est véritablement une opération de simplification ou au contraire une déformation essentielle qui vide les analyses de Rothbard de toute pertinence. L'exemple paradigmatique de cette dimension relationnelle de la vie humaine que les libertariens relèguent au second plan est fourni par le cas des enfants : il s'agit de l'âge de la vie où la dimension interactionnelle est manifeste et constitutive, puisqu'un enfant ne peut littéralement survivre dans une situation d'isolement. Si Robinson a atteint un âge où il lui est possible de survivre (plus que de vivre) seul, c'est grâce à des interactions précédentes. En réalité, cette dimension ne se limite pas à l'enfance ; toutefois, elle est tellement prégnante à cet âge qu'une théorie que ce fait embarrasse manifeste qu'elle vaut pour un individu abstrait, idéal, et non pour un individu réel. Or, de façon symptomatique, Rothbard déploie une analyse du « cas difficile des enfants »¹ consistant à laisser de côté cette dimension, à rabattre cette catégorie sur celle des adultes, considérés (de façon tout aussi discutable) comme n'entrant en relation avec les autres que de façon facultative et secondaire. Seule cette approche peut donner sens à sa définition de la liberté, entendue comme « l'absence

¹ « Il est évident qu'un nouveau-né n'existe pas naturellement comme propriétaire de soi, il ne l'est qu'en puissance. Ce qui pose un problème difficile : à quel moment, de quelle manière un enfant qui grandit acquiert-il son Droit naturel d'être libre et propriétaire de soi ? Graduellement ? Tout d'un coup ? A quel âge ? Et quel critère pour établir ce changement ou cette transition ? » Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 177-178. Tout le chapitre XIV est consacré à l'élucidation de ce problème, et aboutit à la conclusion selon laquelle un enfant devient propriétaire de soi en acte le jour où il le décide et se met à subvenir de lui-même à ses besoins, c'est-à-dire le jour où le fondement interactionnel de sa vie devient moins massivement présent. Ces considérations font écho aux remarques de Locke qui soulignait « que les enfants ne naissent pas dans cet entier état d'égalité, quoiqu'ils naissent pour cet état. Leur père et mère ont une espèce de domination et juridiction sur eux, lorsqu'ils viennent au monde, et ensuite durant quelque temps ; mais cela n'est qu'à temps. Les liens de la sujétion des enfants sont semblables à leurs langes et à leurs premiers habillements, qui leur sont absolument nécessaires à cause de la faiblesse de l'enfance. L'âge et la raison les délivrent de ces liens, et les mettent dans leur propre et libre disposition » (*Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 183). Dans les deux cas, la dimension d'interaction est rabattue sur le modèle de la domination, d'une liberté réduite, et la dépendance est explicitement présentée comme prenant fin avec l'entrée dans l'âge adulte et la pleine « possession » de soi.

de *violence* commise par un homme sur la personne ou la propriété d'un autre »¹ : on mesure ici combien les relations avec les autres sont considérées sur un mode négatif. La liberté consiste uniquement à préserver une sphère individuelle qui leur préexiste, et c'est précisément ici que se situe à nos yeux l'erreur de l'auteur et des libertariens en général.

Rothbard écarterait néanmoins ces objections, que l'on pourrait qualifier d'empiriques ou de généalogiques, en arguant que son objectif n'est pas de rendre compte des conditions factuelles nécessaires au développement d'un individu, mais de délimiter le périmètre de la propriété individuelle, et que, du moment que Robinson peut être considéré comme acteur et maître de ses actes, alors son corps et le résultat de ses actions constituent sa propriété personnelle, au sens où nul autre que lui n'a de droit sur eux. Autrement dit, il sépare consciemment et explicitement le droit de son ancrage empirique : ce n'est pas parce que, de fait, toute vie humaine se constitue sur fond de et par des relations, qu'on ne peut pas définir le sujet de droit comme propriétaire du soi-même. À ses yeux, au contraire, une telle notion s'impose. Preuve en est que, sans elle, on ne parvient plus à réfuter et interdire toute sorte d'ingérences de la part de l'État, ingérences justifiées précisément par le fait que la vie des individus est largement façonnée par ses institutions et services. De là découle l'argumentaire des partisans de l'égalité, argumentaire dans lequel Rothbard ne voit que la défense d'une mainmise indue de la collectivité sur les ressources individuelles. *Quid*, par exemple, d'un État qui, au nom de l'égalité, prétendrait prélever un œil à chaque personne dotée de deux bons yeux pour les greffer sur des aveugles² ? L'impôt, en tant que prélèvement obligatoire, est mis sur le même plan que cette atteinte non consentie à l'intégrité physique. Rothbard y voit un « vol », « la confiscation par la violence de la propriété de leurs sujets par les hommes de l'État »³. La fonction de la notion de propriété de soi est de borner le sujet de droit, de délimiter le périmètre au-delà duquel nul ne peut entrer sans le consentement de l'individu en question, fût-ce au nom de la justice. La notion de propriété de soi et d'un sujet d'abord isolé (en tant que moment logique) fonctionne comme une étape *préalable* à la détermination des règles de droit. Il s'agit d'en déduire un système juridique apte à défendre et préserver le sujet et sa propriété. On part du sujet, logiquement isolé et considéré comme un donné, et on en déduit les traits du système

¹ Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 43.

² L'hypothèse est proposée par Cohen (G. A.), *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 70-71, mais il reprend ce faisant un thème récurrent chez les libertariens, celui de l'atteinte contre l'intégrité physique de l'individu, comme modèle de toute atteinte à la liberté en général.

³ Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 132 sqq. Voir aussi, pour un développement du même genre, Nozick (R.), *Anarchie, État et Utopie*, PUF, 1974, Paris, p. 211.

juridique le plus juste. Ces traits peuvent alors se résumer en une seule formule : le refus de toute interférence non consentie, de toute ingérence dans la sphère de la liberté individuelle.

La puissance de conviction de la notion de propriété de soi est indéniable car elle met en mots et en forme une intuition que nous partageons tous, à savoir que l'atteinte violente portée à l'intégrité physique et morale d'une personne est contraire au droit (et à la morale, même si cela déborde le cadre de notre propos). Toutefois, le modèle de la propriété de soi n'en est pas une expression juridique adéquate dans la mesure où il fausse le statut de cette intuition partagée, en isolant et absolutisant une intuition qui est le fruit d'interactions, justement. En réalité, le modèle même de la clôture du sujet propriétaire est profondément interactionnel, puisqu'il réclame une reconnaissance de la part d'autrui et que toute délimitation n'a de raison d'être que dans le cadre d'une relation avec ce dont on se sépare¹.

Les frontières ne sont pas uniquement des barrières qui séparent mais aussi des points de connexion et de contact. La peau humaine est peut-être l'alternative la plus convaincante à la représentation de la frontière comme mur : elle est perméable, elle change lentement et sans cesse tout en conservant son contour élémentaire, et elle constitue l'origine d'une connexion sensible avec le reste du monde,²

pour le dire avec les mots de Nedelsky, qui a systématisé cette approche relationnelle de la vie humaine et du droit. Seulement, les libertariens, en recourant au modèle de la propriété de soi et du mur plutôt que de la peau, endossent une conception uniquement négative de cette dimension interactionnelle, réduite au rang de réalité logiquement secondaire et toujours menaçante pour l'individu propriétaire.

Qui plus est, si l'on en revient au niveau empirique, on ne peut passer sous silence les absurdités dans lesquelles on tombe lorsqu'on veut définir la liberté humaine comme absence d'interactions non maîtrisées et consenties, précisément parce que les interactions sont la trame même de la vie humaine. David Friedman³ l'illustre par l'exemple du rayon laser et de l'allumette : si mon voisin braque un rayon laser sur ma porte et la consume, tout le monde conviendra qu'il s'agit d'une ingérence dans ma propriété, et qu'elle ne peut donc être admise sans mon autorisation. Mais n'y a-t-il pas une simple différence de degré, et non de nature, avec le cas du même voisin qui craquerait une allumette le soir dans sa cuisine, envoyant ainsi quelques photons toucher ma rétine sans mon consentement ? Ou de l'avion survolant ma

¹ D'où le passage par la robinsonnade, où la clôture est l'effet d'un donné géographique : Robinson est seul sur une île ; c'est cette hypothèse qui permet de naturaliser l'individualisme, en neutralisant la dimension relationnelle de la délimitation.

² Nedelsky (J.), *Law's relations. A relational theory of self, autonomy and law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 107 (nous traduisons).

³ Friedman (D.), *Vers une société sans État*, traduit de l'américain par Liégeois (F.), Les Belles Lettres, « Laisser faire », Paris, 1992, p. 125.

propriété et m'imposant le bruit de son moteur, de l'usine voisine diffusant des particules fines dans l'air qui m'entoure, du passant qui éternue et m'importune par ce son ? La notion d'ingérence ou d'interférence¹ se révèle intenable dans les faits, puisque la vie humaine en est constituée, tissée. Ce que les libertariens refusent, ce sont *certaines* ingérences, celles qui passent un certain seuil de gravité, qui ont des conséquences suffisamment importantes. David Friedman montre donc que la notion d'ingérence est tout simplement inopérante et que définir la propriété et la liberté (confondues dans ce courant) comme l'absence d'ingérence ou d'interférence subie ne tient pas la route. En reprenant cet argument, nous ne souhaitons évidemment pas dénier toute valeur à la liberté et l'intégrité des individus, ni les relativiser, mais simplement montrer l'erreur qu'il y a à *opposer* sujet et interaction, comme le fait le modèle de la propriété de soi. Définir l'individu et ses droits comme un préalable, de façon isolée, sans tenir compte du fait qu'il est toujours déjà en relation, ne peut mener qu'à des apories, car on laisse de côté une dimension constitutive de la vie humaine ; et les apories seront plus graves encore concernant la théorie du droit, car ce qu'on laisse de côté, c'est précisément ce dont le droit est fait, ce qu'il cherche à mettre en forme, à façonner.

L'erreur de raisonnement des libertariens consiste au fond à isoler une donnée, à savoir le sentiment de notre intégrité physique et la conviction que, sur le plan de la morale comme du droit, nous pouvons légitimement la défendre et la revendiquer, de sa condition de possibilité, à savoir l'interaction avec autrui. Sur le plan juridique tout comme sur le plan empirique, c'est l'interaction qui est première et la clôture, la délimitation du sujet, qui est seconde. Le statut de sujet de droit, tout particulièrement, implique une reconnaissance mutuelle. Il est vrai que les conséquences de cette reconnaissance ressemblent fort à ce que désigne la notion de propriété de soi chez les libertariens : elle fait tomber dans l'illégalité ce que les libertariens qualifient d'ingérence ou d'interférence non consentie. C'est la raison pour laquelle il est fort difficile de se déprendre de ce modèle. Mais, selon nous, dire que j'ai un droit particulier sur ma propre personne reviendrait certes à identifier le *contenu* de normes bien formées, c'est-à-dire un certain nombre d'actions interdites à autrui (agressions, violences diverses contre la personne et ses biens), mais non pas à rendre compte de ce qui justifie ces normes. Ce sur quoi nous souhaitons insister, c'est que le droit a pour fonction non pas tant d'autoriser ou d'interdire des actions que de façonner des interactions. Si j'ai un droit particulier sur ma propre personne, c'est donc au sens où des interactions dans lesquelles ma vie et mon intégrité physique sont menacées entrent en contradiction avec la pacification que l'on attend du droit, et non pas au

¹ Ou d'externalité, en termes économiques.

sens où l'on peut de façon satisfaisante définir le sujet de droit comme une sphère qui pourrait, dans un second temps, décider d'entrer ou non en relation. Ce raisonnement nous paraît biaisé à la racine en ce que le droit est justement l'institution humaine qui prend en compte et tente de régenter la dimension interactionnelle de la vie humaine. Dire que le sujet de droit ne peut surgir que par la reconnaissance de ce statut par d'autres sujets de droit, qu'il reconnait lui aussi comme tels, n'implique pas nécessairement que ces autres sujets de droit pourraient attenter à l'intégrité physique de Robinson, bien au contraire.

Ainsi, certaines difficultés posées par la théorie de Rothbard permettent d'éclairer, par contraste, le trait caractéristique du droit dont nous sommes partis, à savoir qu'il porte sur les interactions, sur les relations entre individus. Tel est son matériau, le donné empirique sur lequel il s'applique. Pour s'en convaincre, il suffit de laisser un instant de côté la théorie de Rothbard et d'imaginer le cas d'un individu parfaitement isolé. Il serait absurde, ou métaphorique, d'affirmer que cet individu puisse enfreindre une règle de droit dans de telles circonstances¹. Or si l'on en revient à la définition du droit qu'il adopte, Rothbard lui-même admet cet aspect : « quand nous disons qu'une personne a le Droit de faire certaines choses, nous voulons dire ceci et seulement ceci : qu'il serait immoral que toute autre personne, seule ou en groupe, l'empêche de le faire par l'emploi de la force physique ou la menace de son emploi. »² En somme, la fonction idéologique de la notion de propriété de soi est de minimiser cette dimension interactionnelle, de mettre les interactions au second plan. Rothbard ne nie pas la dimension interactionnelle de la vie humaine et du droit, mais il la réduit au droit de demander à autrui de reconnaître ma propriété de moi-même, c'est-à-dire qu'il fait dépendre la dimension interactionnelle de la reconnaissance préalable d'une propriété première envisagée solitairement. Il défend l'idée selon laquelle il est possible d'envisager dans un premier temps le sujet de droit, puis d'imaginer qu'il entre en relation avec d'autres. On retrouve ici, mot pour mot, l'aporie des théories de la justice évoquées au chapitre précédent.

En réalité, tel est précisément l'objectif du discours de Rothbard (et des partisans de l'atomisme en général) sur le droit : il consiste à mettre la propriété de soi et donc la clôture première du sujet à l'abri de tout examen, de toute discussion, puisqu'il les pose comme des préalables. Cela signifie que tout l'édifice des libertariens est fondé sur une fiction, incarnée

¹ C'est d'ailleurs l'un des critères de distinction entre droit et morale, deux institutions humaines qui régissent la vie en société et dont les normes se confondent souvent dans leur contenu : un individu isolé peut difficilement se concevoir comme sujet de droit et encore plus comme coupable d'une infraction, alors qu'il est sujet moral et pourrait tout à fait adopter un comportement jugé immoral (même si cela dépend évidemment des positions morales que l'on adopte : l'important pour notre propos est de montrer que le droit, en tout cas, ne peut concerner que deux ou plusieurs individus en relation).

² Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 66.

par l'expérience de pensée de la robinsonnade, une hypothèse massivement contraire aux faits (en vertu de laquelle nous sommes des êtres logiquement séparés) qui est pourtant affirmée comme une vérité allant de soi, un postulat. Non seulement Rothbard et ses disciples ne démontrent jamais en quoi une telle fiction est justifiée, mais ils dénieient même purement et simplement son caractère fictionnel. C'est du moins frappant chez Rothbard, où le discours sur Robinson comme propriétaire de soi relève explicitement du discours sur le droit naturel :

en faisant l'examen introspectif de sa propre conscience, la personne découvre en même temps le fait naturel primordial de sa liberté ontologique : liberté de choisir, liberté d'exercer ou non sa faculté rationnelle à propos d'une question quelconque. Bref, le fait de nature qu'est son « libre-arbitre ». Il découvre aussi le fait de nature qu'est le contrôle de son esprit sur son corps et sur ses actions : à savoir le fait de la possession naturelle qu'il exerce sur lui-même.¹

La propriété de soi, avec toutes les conséquences qu'elle emporte, est assénée comme une vérité d'évidence. L'individu-Robinson des libertariens semble venir au monde tout seul et déjà développé, comme Minerve sortant tout armée de la cuisse de Jupiter. Nous avons montré dans la section précédente en quoi, à nos yeux, cette apparente simplification de la réalité humaine était porteuse d'un contresens ; nous faisons maintenant remarquer que ce procédé est soustrait à l'examen rationnel dans la mesure où il est présenté dans les termes du droit naturel. Or la raison d'être argumentative du recours au droit naturel est de placer la propriété de soi au rang de principe : je dois respecter la propriété parce que le fait d'être propriétaire est inhérent à tout individu, c'est un état de fait.

Une telle opération de naturalisation n'a pas simplement pour inconvénient de nous faire basculer dans le registre idéologique, elle a pour conséquence de déjuridiciser le discours dans la mesure où le type de consentement requis de la part du lecteur n'est plus le même. Dans le discours du droit naturel développé par Rothbard, le principe du consentement à la notion de propriété de soi est inhérent à la notion même d'individu, il n'a plus rien de relationnel, et donc de juridique. Je suis propriétaire par nature, c'est un donné qui précède toute interaction. Rothbard parvient ainsi à soustraire ce statut de propriétaire à la négociation juridique, puisqu'il refuse d'admettre son caractère conventionnel. Lorsqu'il présente le sujet de droit comme propriétaire de soi, et comme, pour cette raison seule, justifié à s'approprier toutes les ressources qu'il souhaite sans jamais intégrer à ce processus d'appropriation la moindre considération d'autrui, il déploie un discours qui porte, de son point de vue, sur le fait et non sur le droit. La propriété de soi s'impose littéralement comme la loi de la gravité : Rothbard pose une analogie entre les limites que la nature assigne à mon pouvoir d'agir, qui ne remettent

¹ Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 79.

pas en cause pour autant ma liberté, et les limites que le droit naturel assigne, de même, à mon pouvoir d'agir sans diminuer ma liberté¹ ; et le statut de la propriété de soi (et donc de la propriété en général) est un principe qui structure en retour la notion de relation sur le modèle de l'interférence.

La thèse des libertariens consisterait à se proclamer sujet de droit, seul, dans un premier temps, comme si c'était un fait de nature, puis à revendiquer auprès des autres la reconnaissance de ce statut ; or on voit bien que, pour ne pas se réduire à une simple contrainte physique, cette reconnaissance des autres ne peut être légitimement obtenue qu'à condition de les intégrer dans la définition même du sujet de droit, c'est-à-dire de tisser le sujet de droit d'interactions avec autrui. L'erreur consiste à imaginer des sphères isolées se reconnaissant mutuellement dans un moment logiquement second² ; pour se reconnaître mutuellement, il faudrait au contraire qu'elles abandonnent l'illusion d'être des sphères.

Considérer les interactions comme secondes, c'est manquer ce qu'est le droit, et sombrer dans le modèle de la non-interférence qui est synonyme d'unilatéralité. Inversement, donner une existence juridique à une interaction empirique suppose de faire droit à l'élément de communauté originaire, sur quoi repose la compatibilité des libertés en présence ; c'est chercher à donner une existence à l'inter-action, à la réciprocité³. Penser en termes juridiques implique donc de partir des interactions conçues comme un donné constitutif que le droit ne peut nier,

¹ « Nous avons déjà relevé l'absurdité qu'il y a à prétendre que l'homme n'a pas de libre arbitre sous prétexte qu'il n'a pas le *pouvoir* de passer outre aux lois de sa nature — parce qu'il ne peut franchir les océans d'un seul bond. Il est tout aussi absurde de dire qu'un homme ne serait pas "vraiment" libre dans la société libre parce qu'il n'y serait pas "libre" d'agresser autrui ni de violer sa propriété. Encore une fois, cette critique ne porte pas sur la liberté, mais sur le pouvoir. » (*L'Éthique de la liberté*, op. cit., p. 43).

² La faiblesse de cette approche est illustrée par l'expérience des dix Robinsons proposée par R. Nozick (*Anarchie, État et Utopie*, op. cit., p. 230) : chaque Robinson, échoué involontairement et isolé sur une île, s'approprie des ressources ; la question est de savoir si le Robinson de l'île A peut ensuite revendiquer une part des ressources du Robinson de l'île B au motif que son environnement, non choisi, était moins favorable. Aux yeux de Nozick (et ce serait plus encore le cas de Rothbard), la réponse est évidemment non, car cette revendication serait une ingérence indue dans la propriété du Robinson B mieux doté ; mais cette évidence apparente tient précisément au fait que l'expérience de pensée a préalablement évacué ce qui fait la raison d'être du droit, à savoir l'interaction. Si aucun Robinson ne doit rien aux autres, c'est tout simplement parce que les interactions sont présentées comme extérieures au sujet et secondaires, ce qui revient à dire que la définition du sujet est soustraite à la sphère du droit : il y a droit à partir du moment et dans la mesure où un sujet prétend s'accorder avec d'autres sur une règle commune. Faute de quoi l'on reste dans l'ordre du fait, de la réalité naturelle et non conventionnelle : *de fait*, dans la robinsonnade, Robinson possède (au moins potentiellement) toutes les ressources ; mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il en soit propriétaire, *de droit*, c'est-à-dire qu'il puisse légitimement en refuser l'usage aux autres sans la moindre condition. Le simple passage d'une appropriation de fait à une propriété juridiquement établie implique de prendre en considération les autres sujets de droit.

³ Concrètement, on peut vérifier à quelle logique on a affaire en examinant la répartition des droits et des devoirs entre les différents acteurs impliqués dans une interaction : si l'un a tous les droits et l'autre n'a que des devoirs, ou à peu de choses près, il est probable que l'on soit dans une logique unilatérale où la liberté du premier s'est imposée au second, par le biais de la contrainte plutôt que de la véritable obligation juridique.

car il a précisément pour fonction de les aménager. Pour atteindre cet objectif de pacification des interactions, le droit doit donner un statut à chaque point de vue, à chaque liberté en présence. Cela implique que, même si au niveau empirique et factuel, les interactions peuvent prendre des formes très variables et sont toujours particulières (par opposition à universelles), au niveau juridique cependant, il faut que *toutes* ces interactions particulières soient prises en compte et articulées sans qu'aucune ne soit laissée de côté. Autrement, le droit s'autodétruirait, dans la mesure où, sans pouvoir supprimer ces interactions, qui existent indépendamment de lui, mais les ignorant, il n'offrirait pas de cadre qui rende possible leur déploiement pacifique et verrait donc ressurgir le spectre du règlement violent des différends. Un système juridique qui laisse dans l'ombre certaines interactions les laisse à la merci du rapport de forces et se mine de l'intérieur, parce qu'il manque son objectif de pacification. C'est le point qu'il nous faut préciser à présent.

4. La logique relationnelle comme articulation de l'universel et du particulier

Affirmer qu'un système de droit abouti doit accorder un statut à toutes les interactions ne signifie pas qu'il faille leur accorder à toutes le même statut, ou les mettre sur le même plan¹. La logique relationnelle du droit n'implique pas qu'il faille niveler toutes les interactions.

La vie humaine se déploie à travers la particularisation, la sélection, l'intensification ou le rejet de certaines interactions. Je n'entretiens pas avec mes amis, les membres de ma famille ou mes enfants les mêmes rapports qu'avec mes étudiants, mes voisins, mon médecin traitant, mes compatriotes ou les passants que je croise. La communauté politique, en particulier, est l'une des formes institutionnalisées de ce processus de particularisation (au même titre que la famille, les fréquentations sociales au sens large, les échanges économiques, etc.). Ainsi, si l'on prend cette notion d'interaction au sérieux, on voit l'absurdité qu'il y a à vouloir les niveler toutes, à vouloir les prendre toutes en considération *sous un statut unique*, sous la forme d'un droit ou d'un État mondial par exemple : il est aussi absurde de vouloir universaliser les interactions politiques que de vouloir universaliser les interactions amoureuses ou professionnelles. D'ailleurs, nous avons vu au chapitre précédent que personne, pas même les

¹ Cela ne signifie pas non plus, comme on pourrait le craindre, qu'il faille faire une loi pour normer chaque interaction empirique : il faut et il suffit que soit mis en place un cadre général qui oriente ces interactions dans le sens de leur pacification (comme les conditions de validité du consentement en droit des obligations, par exemple). D'autre part, certaines interactions, entendues au sens faible de rapport entre les hommes, sont supprimées ou interdites par le droit, à savoir celles qui ne relèvent pas d'une logique véritablement relationnelle, comme les agressions de toute nature.

partisans du cosmopolitisme, ne défend une telle universalisation : tous prennent en compte le fait qu'il existe des relations privilégiées, ne serait-ce que par la géographie ou la langue. De ce point de vue, la constitution d'une entité politique particulière, d'un État, donc, vis-à-vis duquel existeraient des étrangers, paraît parfaitement acceptable : ce n'est pas parce que le droit doit prendre en compte toutes les interactions existantes qu'il ne peut pas refléter leur diversité empirique, bien au contraire. Car le droit ne crée pas les interactions, elles constituent pour lui un matériau préexistant. Considérer les choses ainsi permet d'éviter un universalisme abstrait. Bien loin de niveler et d'uniformiser les interactions, le droit, pour remplir correctement sa fonction, doit prendre en compte leur diversité et la préserver. Cette aptitude se reflète d'ailleurs dans la diversité des relations juridiques au sens strict, qui tentent d'épouser la diversité des relations empiriques : contrat de travail ou de bail, mariage, adoption, vente de biens ou de services, procès, etc., sont autant de mises en forme de liens existant déjà, mais dans le sens de leur pacification.

Ainsi, la dimension relationnelle du droit débouche sur deux mouvements en apparence contradictoires (et qui sont aujourd'hui vécus comme une antinomie), mais qui en réalité s'articulent¹ : la fragmentation en propriétés ou communautés (individuelles et étatiques) diverses, d'une part, et l'unification en une communauté originaire de sujets de droit qui seule la rend possible d'autre part. C'est ce que l'affirmation kantienne de la propriété originaire commune met très nettement en lumière dans son analyse du droit de propriété privée :

la possession d'un fonds de terre particulier est un acte de l'arbitre privé sans être pourtant un acte *autoritaire*. Le possesseur se fonde sur la *propriété commune* innée du sol et sur la volonté universelle, correspondant *a priori* à cette propriété commune, que soit licite une *possession privée* de ce sol (parce qu'autrement, des choses franches seraient transformées, en soi et d'après une loi, en choses vacantes)²,

c'est-à-dire qu'on passerait de l'absence d'une propriété privée à son interdiction. Autrement dit, la propriété originaire commune débouche nécessairement sur la particularisation de l'usage, car l'usage qui est fait des ressources ne peut être qu'individuel. La possession commune est le fondement d'un principe distributif. L'élément commun originaire est abstrait et non-empirique, et il a pour seule fonction de permettre une fragmentation et une particularisation dans les faits, il est la trame de fond sur laquelle s'inscrit notre existence particulière :

Kant souligne que la « communauté » qui est le « résultat nécessaire » de notre coexistence sur la terre n'est pas une communauté fondée sur une allégeance, une

¹ On aperçoit la réconciliation possible, sur cette base, entre la figure de l'étranger-intrus et celle de l'étranger-homme qui constituaient les deux pôles de notre balancier.

² Kant (E.), *Doctrine du droit*, in *Œuvres philosophiques...*, op. cit, p. 501 (§6).

identité ou un loi communes ; c'est au contraire une communauté *disjonctive* définie en premier ressort par notre capacité, en tant qu'agents pratiques libres, à interagir et à nous affecter réciproquement. En tant qu'êtres physiquement incarnés, nous ne pouvons faire autrement que nous tenir *quelque part* sur terre et subvenir à nos besoins en utilisant les diverses ressources que nous y trouvons. Cela place l'humanité dans une situation où la liberté d'action (*Willkür*) de chacun est inévitablement opposée à celle de tous les autres. Dans ses notes, Kant décrit cette condition comme celle d'une possession « disjonctive-commune » ou « disjonctive-universelle » (*disjunctiv-allgemeine Besitz*) de la surface de la terre (VRL 23:320-4). Elle est disjonctive en vertu du fait que chacun de nous possède son propre point de vue sur le tout, ce qui, en tant qu'êtres dotés de raison, nous donne la capacité d'interpréter le monde et d'agir et réagir par rapport à ceux que nous croisons. Le caractère disjonctif du *commercium* ne signifie pas nécessairement que nous nous opposons les uns aux autres ou que nous sommes en concurrence, mais il fait référence à l'idée que, en tant que partie prenante au *commercium*, chacun de nous demeure libre d'utiliser son entendement pour émettre des jugements raisonnables et pratiques sur nos relations avec les autres.¹

Traduit en termes non-kantiens, cela revient à dire que l'universel fonde le particulier, mais en lui donnant une forme bien précise, en le façonnant dans le sens de la coexistence des libertés, de *toutes* les libertés. La notion d'interaction permet d'articuler le droit et son universalité d'un côté et la particularité de la communauté politique (comme cadre d'édiction du droit positif) de l'autre. Car, inversement, toute interaction particulière juridiquement normée doit garder en tête ses conditions de possibilité, c'est-à-dire prendre en considération *l'ensemble* des interactions. Cela exclut les décisions unilatérales comme celles d'une caste de privilégiés se répartissant toutes les ressources sans se soucier du sort de ceux qui n'appartiendraient pas à leur cercle. Si ce n'est pas le cas, la reconnaissance de cette interaction juridique par les autres sujets, eux-mêmes non reconnus, est impossible (ou extorquée par la force, entrant ainsi en contradiction avec la fonction même du droit), et ne peut pas relever d'une véritable obligation juridique. C'est ce que nous avons tenté de montrer en commentant les limites de la conception du sujet de droit défendue par Rothbard. La notion d'interaction légitime la particularisation, et notamment, pour le cas qui nous occupe, la formation d'États, mais en la réinscrivant dans une perspective plus large. Certes, le droit ne porte jamais sur les interactions *en général*, mais toujours sur des interactions particulières et limitées. Ce qu'il faut organiser juridiquement, c'est cette relation économique particulière, ce contrat précis, cette manifestation à venir ou cette élection. En ce sens, c'est la particularisation qui est un fait originaire, pas l'universel ; mais pour penser le développement harmonieux de toutes ces

¹ Milstein (B.), « Kantian Cosmopolitanism beyond 'Perpetual Peace': *Commercium*, Critique, and the Cosmopolitan Problematic », *European Journal of Philosophy* n° 21, 2013, p. 118-143, p. 131-132 (nous traduisons).

interactions particulières, il faut les envisager du point de vue du tout, de l'universel. La communauté juridique doit englober tous ceux dont on attend le respect de ses règles et la pacification qu'elles permettent.

De ce point de vue, l'existence de l'État est à la fois justifiée et réinscrite dans un ensemble plus large. On ne peut, comme le font les théoriciens commentés au chapitre précédent, arrêter la réflexion politique et juridique à cette échelle empiriquement la plus sensible qu'est l'État. Il est vrai que le droit comme pacification des interactions suppose une institution, une instance commune. Or depuis l'époque moderne, cette instance commune est l'État, et uniquement l'État¹. Cette monopolisation a permis un progrès immense de l'égalité formelle à l'échelle de cet État, au sens où les catégories de l'ère féodale, comme les ordres et les corporations, furent considérées comme des discriminations. Mais ce que ce chapitre a fait apparaître, c'est la nécessité qu'il y a à déborder sur le plan juridique cette échelle de l'État, car il repose sur tout un réseau d'interactions et de reconnaissances totalement occultées. Nous développerons ce point dans le chapitre suivant, mais on peut, en première approche, proposer une analogie avec la propriété : on ne se rend même plus compte que la propriété implique un droit d'exclure, autrement dit que derrière toute propriété il y a des relations (à la fois négatives, le droit d'exclure, et positives, la protection de ma propriété par l'État et sa reconnaissance par les autres individus), car la propriété est devenue un fait tellement structurant qu'on a oublié ses conditions de possibilité. De même, les « étatistes » se donnent l'État sans prendre en compte ses conditions de légitimité², qui sont sa reconnaissance par les autres parties en présence : nous entendons par là à la fois les autres États (à travers la reconnaissance de la communauté internationale, sans laquelle il est difficile pour un État d'exister durablement) et les individus, citoyens et étrangers. Dans ce contexte, il est nécessaire d'intégrer les étrangers à la communauté des sujets de droit, si l'on veut qu'ils soient *obligés* par nos décisions ; mais prétendre les intégrer juridiquement sans jamais prendre en considération la condition à laquelle leur liberté peut effectivement cohabiter avec la nôtre, cela revient à basculer dans le droit du plus fort. C'est le point qu'il nous reste à développer.

¹ Cf. Torpey (J.), *L'Invention du passeport*, op. cit., passim, et Colliot-Thélène (C.), *La Démocratie sans « démos »*, PUF, Paris, 2010, p. 43-44.

² Bisiaux fait une objection semblable aux partisans de cosmopolitisme : ils se donnent, ils tiennent pour acquise une communauté qu'il faut au contraire construire, la cosmopolitique « ne cesse de se présupposer elle-même » (*Commun parce que divisé. Le monde à l'épreuve de l'étranger*, Éditions rue d'Ulm, Paris, 2016, p. 18) ; inversement, cette remarque vaut tout autant pour les étatistes, qui oublient ce qui rend possible la formation de l'État. Nous renvoyons sur cette question de la délimitation de la communauté pertinente aux analyses du chapitre 4.

III. Application de l'approche relationnelle au droit des étrangers

Dans les faits, le cadre par défaut où se posent les questions de droit n'est pas l'échelle de l'humanité, mais celle de l'État : nous avons souligné au chapitre 4 la tendance à appréhender celui-ci comme une donnée naturelle, s'imposant sans requérir de justification rationnelle. Cela explique pourquoi le droit des étrangers est formulé de façon unilatérale, mais cela ne suffit évidemment pas à garantir sa conformité avec les réquisits de la logique du droit.

1. Un cas révélateur de l'approche unilatérale du droit des étrangers

Un cas récent illustre très nettement la logique unilatérale qui caractérise actuellement le droit des étrangers.

Le 12 octobre 2016, un couple syrien ainsi que leurs trois enfants mineurs en bas âge, vivant à Alep (Syrie), se sont rendus au Liban pour y demander des visas humanitaires auprès de l'ambassade de Belgique, afin de pouvoir se rendre en Belgique et y déposer une demande d'asile. Leur demande est refusée, et lorsque la Cour de Justice de l'UE est saisie de la question, elle valide ce refus¹, affirmant que rien dans le droit européen n'oblige un État à accorder un tel visa à des demandeurs d'asile. Les requérants demandaient un visa au titre de l'article 25 du code des visas, correspondant à ce que l'on appelle des « visas humanitaires »², valables en général uniquement sur le territoire de l'État membre qui les a délivrés. L'approche adoptée par la Cour est tout entière centrée sur cet article. Elle fait valoir, selon un raisonnement particulièrement formaliste, que la demande a été effectuée au titre d'un texte valant pour des visas de court séjour (moins de 90 jours) alors que l'instruction d'une demande d'asile prend bien plus de temps. L'article en question ne s'applique donc pas en l'espèce : les demandes

1 CJUE, 7 mars 2017, *X et X contre État belge*, n° C:2017:173. Une affaire similaire est en attente de décision devant la CEDH (*M. N. et autres c. Belgique*, n° 3599/18)

² 1. Un visa à validité territoriale limitée est délivré à titre exceptionnel dans les cas suivants :

- a)
lorsqu'un État membre estime nécessaire, pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales :
 - i) de déroger au principe du respect des conditions d'entrée prévues à l'article 5, paragraphe 1, points a), c), d) et e), du code frontières Schengen,
 - ii) de délivrer un visa bien que l'État membre consulté conformément à l'article 22 ait émis des objections contre la délivrance d'un visa uniforme, ou
 - iii) de délivrer un visa en raison de l'urgence, sans avoir procédé à la consultation préalable au titre de l'article 22 ;
- Ou
- b)
lorsque, pour des raisons considérées comme valables par le consulat, un nouveau visa est délivré pour un séjour à effectuer pendant la même période de six mois à un demandeur qui, au cours de ladite période, a déjà utilisé un visa uniforme ou un visa à validité territoriale limitée autorisant un séjour de trois mois.

d'asile relèvent des longs séjours, et donc du droit national et du pouvoir discrétionnaire de l'État.

Il est possible de déceler dans cette décision, au-delà de son formalisme étroit, de véritables choix politiques¹ destinés à éviter d'imposer à un État membre la délivrance d'un visa humanitaire en vue de demander l'asile (notons d'ailleurs que la Cour elle-même mentionne à titre d'argument la nécessité de ne pas déstabiliser le système dit de Dublin qui détermine quel État membre est responsable d'une demande d'asile²). D'une part, une telle approche entre en contradiction avec le considérant 29 du code des visas, qui affirme que

le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

en particulier l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Considérer qu'une demande de visa en vue de déposer une demande d'asile relève d'une demande de long séjour sert manifestement à écarter l'application du code des visas, en vertu duquel la délivrance du visa aurait été obligatoire compte tenu de la situation des requérants. Ce raisonnement est d'autant plus contestable que rien n'empêche d'entrer sur un territoire sous couvert d'un visa de court séjour, d'y déposer une demande d'asile et de rester au-delà de la limite de 90 jours en tant que demandeur d'asile, puisque ce statut vaut titre de séjour. L'accent mis sur la finalité de la démarche de la famille syrienne (entrer sur le territoire belge *pour* y demander l'asile) permet à la Cour de requalifier la demande en demande de visa de long séjour³ et d'écarter les obligations énoncées au considérant 29. D'autre part, l'insistance sur la demande d'asile permet de nier toute obligation de la Belgique vis-à-vis des requérants. D'après la Cour, en effet, on a affaire en l'espèce soit à une demande de visa de long séjour, qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'État, soit à une demande d'asile effectuée *dans un consulat*, alors que le droit européen « ne s'applique pas aux demandes d'asile diplomatique ou territorial introduites

¹ Nous rejoignons ici Brouwer qui déplore « une approche plutôt formelle et peut-être motivée par des considérations politiques » (Brouwer [E.], « The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism? », *CEPS Commentary*, 16 mars 2017 [nous traduisons]. URL : <https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-court-justice-humanitarian-visas-legal-integrity-vs-political-opportunism/>).

² Accéder à la requête de la famille syrienne reviendrait en effet à « permettre à des ressortissants de pays tiers d'introduire, en se fondant sur ce code, des demandes de visa ayant pour but d'obtenir le bénéfice d'une protection internationale dans l'État membre de leur choix, ce qui porterait atteinte à l'économie générale du système institué par le règlement n° 604/2013. » (§ 48). JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59.

³ « Les autorités belges ont erronément qualifié les demandes en cause au principal de demandes de visas de courte durée », §50.

auprès des représentations des États membres »¹. Les régimes protecteurs de la demande d’asile et du code des visas sont ainsi écartés. Tant que les individus ne sont pas présents sur le territoire belge ou à ses frontières, l’État en question n’a à leur égard aucune obligation².

C’est pourtant une approche bien différente qu’avait adoptée l’avocat général Mengozzi³ dans ses conclusions sur l’affaire. A ses yeux, parce que le code des visas énonce une obligation *positive* de respecter les droits garantis par la Charte, les États sont tenus de délivrer un visa si leur refus expose le demandeur à des traitements inhumains et dégradants, et il voit dans l’article 25 sur les visas humanitaires la traduction juridique de cette obligation, dont le respect n’impliquerait par conséquent aucune modification du droit européen. Il souligne également que l’article 19 du code des visas prévoit que « à titre dérogatoire, une demande qui ne remplit pas les conditions visées au paragraphe 1 peut être jugée recevable pour des motifs humanitaires ou des raisons d’intérêt national »⁴, ce qui rend le formalisme de la Cour quant à la qualification de la demande de la famille syrienne plus contestable encore. L’article 25 relatif aux visas humanitaires et le point 4 de l’article 19 sur les dispositions dérogatoires sont en effet explicitement présentés et conçus comme des dispositions dérogatoires destinées à mettre en place une soupape permettant une application souple des règles lorsque la situation humanitaire le réclame.

Le gouvernement belge, à l’appui de son refus, soulignait que la conjonction de l’article 25 et de la nécessité de garantir les droits prévus par la Charte pouvait, dans certains cas, emporter une *obligation* pour l’État de délivrer un visa humanitaire, alors même que l’article 25 formule un pouvoir *discrétionnaire* des États membres. Mais ce raisonnement est pour le moins fragile dans la mesure où l’existence même de ce pouvoir discrétionnaire est explicitement destinée à prendre en compte des situations humanitaires exceptionnelles pour mieux garantir les droits des individus. Rien d’étonnant, donc, à ce que, dans certaines situations particulièrement catastrophiques comme celle des requérants en l’espèce⁵, la délivrance du visa

¹ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale (JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95), article 3.

² On peut analyser cet arrêt comme la recherche d’une « manière, pour la Cour, de rejeter la création d’une nouvelle voie légale d’entrée sur le territoire européen. Manière de convertir une présence embarrassante aux portes de l’Europe en une non-présence. » (Azoulai [L.], « Le droit européen de l’immigration, une analyse existentielle », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018/3, p. 519. URL : <https://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RTDEUR/CHRON/2018/0461> »)h.

³ Conclusions de l’avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 7 février 2017 (Affaire C-638/16 PPU X, X Contre État belge), n° 2017-93.

⁴ Code des visas, article 19.4.

⁵ « Il existait des motifs sérieux de croire que le refus de la part de l’État belge de délivrer un visa à validité territoriale limitée inciterait directement les requérants au principal, à défaut de rester en Syrie, à devoir s’exposer, en désespoir de cause, à des souffrances physiques et morales au péril de leur vie afin d’exercer le droit

s'impose à l'État, d'autant que les droits garantis à l'article 4 de la Charte (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) font partie des droits à caractère absolu, dont la protection implique des obligations positives et pas uniquement un devoir d'abstention de la part des États. D'ailleurs, de nombreux États membres utilisent déjà cette disposition pour permettre à des personnes de réclamer une protection internationale¹.

Cet arrêt illustre parfaitement le système actuel : en l'absence d'une présence physique sur son territoire ou à sa frontière², un État n'a aucune obligation vis-à-vis d'un étranger, si ce n'est celle, purement formelle en raison du pouvoir discrétionnaire dont il dispose, d'examiner son dossier de demande de visa. Il est pourtant certain que, en l'espèce, la famille syrienne, une fois sur le territoire belge, se serait vu accorder le statut de réfugié, en raison de la situation à Alep où ils vivaient et du fait qu'ils étaient chrétiens orthodoxes³. Mais tant qu'un individu n'est pas *présent* sur le territoire d'un État donné, on considère que ce dernier n'a à son égard aucune obligation ; or, pour entrer sur le territoire d'un État, l'étranger a besoin de l'autorisation de ce dernier. Ce cercle, qui tient à l'organisation même du droit international, fondé sur l'égale souveraineté des États, c'est-à-dire la mainmise de l'État sur son territoire et sa population, fournit un exemple particulièrement frappant de l'unilatéralité du droit des étrangers, de l'absence de prise en considération du point de vue de l'étranger dans l'élaboration de ces normes.

Ce faisant, le droit des étrangers⁴ se vide de sa force normative. Sa particularité tient en effet à ce qu'il s'adresse à une catégorie dont la liberté n'est pas prise en compte dans

à la protection internationale qu'ils ont réclamée. Qu'un État membre puisse, dans de telles circonstances, s'abstenir de prendre les mesures en son pouvoir visant à éviter d'exposer des ressortissants d'un pays tiers en quête de protection internationale à de tels risques constitue également, selon moi, une violation de l'article 4 de la Charte. » (§125 des conclusions de l'avocat général).

¹ Nous reprenons ici une remarque de Brouwer : « Tout d'abord, même si nous acceptons la référence au domaine actuel de compétence du droit de l'Union, la CJUE néglige le fait que l'article 25 du code des visas lui-même fournit une base légale pour la délivrance de visas humanitaires "en raison d'obligations internationales". Comme le montre le rapport d'Iben Jensen de 2016, plusieurs États membres appliquent effectivement le code des visas pour délivrer un visa à validité territoriale limitée destiné à accorder une protection internationale, et qui est, dans les faits, un permis de résider de longue durée ». (Brouwer (E.), "The European Court of Justice on Humanitarian Visas...", *art. cit.*[nous traduisons]).

² Ou, plus précisément, sous sa juridiction, notion qui peut déborder le cadre du territoire, comme en témoigne l'arrêt *Hirsi* (CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09).

³ La Belgique ayant elle-même reconnu que leur situation était catastrophique, mais refusant justement que la Convention européenne des droits de l'homme puisse fonder une « obligation aux États parties à cette convention d'admettre sur leurs territoires respectifs "les personnes vivant une situation catastrophique" » (§21 de l'arrêt).

⁴ Plus précisément, les remarques qui vont suivre s'appliquent avant tout à la question de l'entrée, et non du séjour : pour ce dernier, nous avons analysé dans le chapitre 3 les avancées rendues possibles par la notion de droits de l'homme, ainsi que leurs limites. Au fond, la notion même de *lien juridique* entre un État et un étranger non présent sur son sol est niée. C'est précisément la raison pour laquelle les pays riches en général et l'Union européenne en particulier mettent aujourd'hui en place de nombreuses dispositions destinées à empêcher l'arrivée

l'élaboration des normes qui pèsent sur eux, et ce, de façon parfaitement assumée. Il semble aller de soi qu'il revient à un État donné de déterminer de façon unilatérale ses règles en matière d'entrée et de séjour des étrangers, sans que ceux-ci soient consultés, puisqu'ils ne sont pas des membres actifs de la communauté politique¹ ; le *Ceseda* exprime la traduction juridique de la volonté souveraine du peuple français et de ses représentants, mise en place au terme de délibérations et de débats où la voix des étrangers est exclue par principe. Ils n'ont pas voix au chapitre, puisque c'est aux Français de déterminer qui ils souhaitent laisser entrer et séjourner sur leur territoire. On peut voir dans ce point de vue un véritable axiome de notre organisation politique et juridique actuelle.

Du fait de la détermination unilatérale du droit des étrangers par le pays d'accueil, on ne demande pas à l'étranger qui veut obtenir un visa ou un titre de séjour d'indiquer les raisons pour lesquelles il souhaite ou a besoin de séjourner dans le pays en question, mais de prouver que cette entrée n'entre pas en conflit avec les intérêts de ce pays. On attend de lui non pas une lettre de motivation exprimant avec éloquence *son* point de vue et ses intérêts, mais uniquement la garantie qu'il ne portera pas atteinte aux intérêts de l'État d'accueil. Son point de vue n'est pas pris en compte lorsque l'administration statue sur sa demande de visa ou de titre de séjour ; les éléments relatifs à sa situation personnelle sont soupesés non pour mesurer l'importance que la décision en question revêt pour lui, mais uniquement pour déterminer s'il constitue ou non une menace à l'ordre public. Seul son statut juridique d'étranger est relevé, ce qui explique qu'il ait besoin de demander une autorisation, au contraire d'un ressortissant ; son point de vue personnel, en revanche, demeure profondément indifférent² et la décision qui sera prise le sera d'un point de vue unilatéral, uniquement en fonction des intérêts de l'État. C'est pourquoi le ressortissant riche et diplômé d'un pays puissant n'aura guère de problèmes à obtenir l'autorisation³ de séjourner pour un énième voyage d'affaire ou de brèves vacances, épisodes qui ne le marqueront que superficiellement, alors que le ressortissant d'un pays pauvre aura le plus grand mal à obtenir le droit pourtant crucial à ses yeux de venir chercher du travail ou demander l'asile. Le seul critère pertinent est l'intérêt de l'État, résumé dans la formule « ordre

d'étrangers sur leur sol (voir chapitre 1) : car le seul fait de la présence d'un individu sur son territoire emporte pour l'État une série d'obligations dont il cherche à se libérer.

¹ Nous avons vu au chapitre 4 la théorisation de ce point de vue par Walzer, Miller et Rawls.

² Une fois présent sur le sol, en revanche, l'intérêt de l'étranger peut prévaloir dans une certaine mesure, comme l'illustre la balance entre ordre public et vie privée et familiale que nous avons analysée dans le premier chapitre s'agissant des procédures d'expulsion.

³ Dans la plupart des cas, il sera même purement et simplement exempté de visa.

public ». Cette unilatéralité explique aussi le goût pour les textes internes, par préférence à la loi, et les illégalismes constatés au chapitre 2.

À cet égard, le droit des étrangers fait figure d'exception : il s'agit de la seule relation juridique qui soit explicitement conçue de façon unilatérale, du point de vue d'un seul des acteurs, ne prenant en compte qu'une seule des libertés en présence. Dans tous les autres cas, quoique de façon plus ou moins manifeste, les points de vue de toutes les parties sont pris en considération, soupesés et traduits, de façon plus ou moins équilibrée, en droits et devoirs réciproques. Entre individus, s'agissant d'un contrat, le fait va de soi ; chacun peut exprimer et faire valoir librement sa conception, et seul le consentement non extorqué donne à l'accord sa force de loi. Cela n'empêche évidemment pas que, dans les faits, certains contrats positifs soient souscrits au détriment d'une des parties ; mais structurellement et officiellement, l'équilibre est un prérequis, et un contrat léonin ou obtenu par des manœuvres dolosives, qui auraient donc biaisé le consentement d'un des partenaires, sera nul et non avenu. De même, un contrat onéreux dont « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » n'est pas valide¹. Dans le cas des relations entre un ressortissant et l'État, cette recherche d'équilibre entre les libertés est moins manifeste, à l'exception du contrat administratif : les actes administratifs sont le plus souvent unilatéraux, donc pris par la puissance publique sans le consentement des administrés ; mais la visée d'ordre public signale qu'y est intégré le bien des citoyens. C'est plus encore le cas dans l'élaboration d'une loi, prise par et pour le peuple français et ses représentants, en vue de l'intérêt général. Même dans le cas des enfants, où l'expression du point de vue de l'intéressé est limitée, sinon impossible, prévaut la notion d'intérêt supérieur qui signale combien son point de vue doit être respecté par les acteurs. Enfin, au niveau international, tous les textes en vigueur sont pris au terme de négociations multilatérales entre représentants des États concernés et ils relèvent donc, structurellement, de la même logique que celle du contrat. Encore une fois, ces remarques ne présument pas le caractère effectivement équilibré du droit positif ; il s'agit simplement de noter que, formellement, la prise en compte de tous les points de vue, c'est-à-dire des libertés des parties en présence, est une exigence du droit, et ce fait ne nous semble pas sans conséquence. Une règle juridique tire sa force obligatoire de la prise en compte de la liberté des sujets qui y sont soumis, prise en compte directe ou médiatisée par l'intérêt général. Par conséquent, une règle édictée explicitement au détriment de celui qui y est soumis ne peut avoir de force obligatoire.

¹ Code civil, article 1169. Avant la réforme du droit des obligations de 2016, c'était la notion de cause qui remplissait une fonction équivalente (ancien article 1131 : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »).

À cet égard, les étrangers font donc figure d'exception ; il s'agit de la seule catégorie de sujets juridiques dont le point de vue, la liberté et le bien soient officiellement indifférents et laissés à l'écart de l'élaboration de la norme. Seule compte la liberté de la communauté du pays d'accueil (ou, bien souvent, de non-accueil).

Cette approche du droit des étrangers est parée d'évidence, du fait de la naturalisation de l'État évoquée plus haut. Mais cette évidence faiblit lorsqu'on rappelle que, bien qu'élaboré de façon unilatérale, c'est-à-dire du seul point de vue de l'État, ce droit entend être respecté par les étrangers auxquels il s'adresse. Il y a là un véritable paradoxe¹ : il nous semble aller de soi que les étrangers doivent respecter des normes de l'élaboration desquelles ils sont pourtant officiellement tenus à l'écart. Ils seraient obligés, liés, par des règles qui ne sont pourtant produites que du point de vue et en fonction de l'intérêt de l'État qui décide ou non de les accueillir.

Car, du point de vue de l'État, ces décisions *obligent* les étrangers : le Ceseda prévoit des sanctions s'ils ne se plient pas aux règles en question. Ainsi, le délit d'entrée irrégulière est puni d'un an de prison et de 3 750 euros d'amende². Par ailleurs, même si l'on ne considère pas l'obligation de quitter le territoire et l'interdiction administrative de retour comme des sanctions, car le point est discuté, le non-respect d'une OQTF est susceptible d'une sanction pénale³. Enfin, il n'est pas anodin qu'un livre entier du Ceseda, sur les neuf qu'il compte, soit consacré à la question des sanctions (même si elles ne concernent pas uniquement les étrangers, mais aussi les transporteurs ou les individus ayant contribué à leur entrée ou séjour irréguliers). Au-delà de ces indices strictement juridiques, le seul fait de considérer comme légitime qu'un État édicte des *lois* (et non pas uniquement des circulaires internes à l'administration) en matière d'immigration implique bien, en contrepartie, le devoir de les respecter de la part de ceux auxquels elles s'adressent. Le droit des étrangers présente donc le paradoxe d'une règle fixée uniquement en faveur d'une des parties, mais qui prétend obliger aussi l'autre, être reconnue comme règle et obéie.

Or si l'on reprend le triptyque énoncé au début de ce chapitre pour classer les différents rapports possibles à la règle juridique, à savoir la contrainte, l'intérêt et l'obligation, on

¹ Nous avons vu au chapitre 4, III comment Abizadeh utilisait ce paradoxe pour faire valoir l'idée que le droit des étrangers des démocraties libérales contemporaines contredit leurs propres principes démocratiques. Mais c'est la logique même du droit qui est contredite, de notre point de vue, indépendamment de la question de son ancrage démocratique.

² Ceseda, article L 621-2.

³ Tout le chapitre IV du livre 6 est consacré aux sanctions liées à la « méconnaissance des mesures d'éloignement ou d'assignation à résidence ».

remarque que l'unilatéralité n'est pas compatible, par principe, avec l'obligation. Au contraire, l'unilatéralité ne peut reposer que sur la contrainte, c'est-à-dire un rapport de forces, ou une convergence contingente des intérêts. Si un individu dit à un autre : « c'est comme ça et pas autrement, parce que je l'ai décidé, fin de la discussion », rien ne liera cette personne à sa décision, rien n'obligera cette personne à se plier librement à sa décision. Son auteur pourra négocier son obéissance ou arracher sa soumission par la menace, mais pas lui faire reconnaître une obligation de la respecter. Autrement dit, par son unilatéralité, le droit des étrangers se mine de l'intérieur, se transforme en un pur rapport de forces et perd sa puissance normative, cette caractéristique de la norme qui oblige, qui force le respect au-delà de l'intérêt et de la contrainte.

2. L'étranger comme membre potentiel

Revenons au paradoxe qui caractérise notre attitude face aux étrangers : il nous semble aller de soi que les étrangers soient à la fois tenus à l'écart des prises de décisions politiques et de l'élaboration du droit, parce qu'ils sont extérieurs à la communauté politique, et obligés de respecter ces mêmes décisions. Or par notre conviction que les étrangers doivent respecter nos lois, y compris et surtout en matière d'immigration, nous reconnaissons, mais de manière uniquement négative (c'est-à-dire unilatérale), une interaction, un lien ; nous constatons une interaction puisque nous exigeons soumission aux lois, mais cette interaction est appréhendée de façon unilatérale, sans aucune prise en compte du point de vue des étrangers. Cette unilatéralité assumée est contraire à la logique même du droit, comme pacification des interactions. Le raisonnement sous-jacent¹ revient à poser unilatéralement l'existence de l'État, de la communauté politique, indépendamment des autres, puis à exiger de ces autres qu'ils respectent nos choix : c'est la définition même du droit du plus fort. Le respect des lois d'un État n'est extorqué que par la force, et le droit et son objectif de pacification des interactions est tenu en échec.

Il faut donc se demander à quelle condition les étrangers peuvent être considérés comme légitimement tenus de respecter l'existence d'un État, et de se soumettre volontairement à ses décisions en matière de migrations. Dans la situation actuelle, au nom de quoi un ressortissant d'un pays défavorisé (qui n'a donc pas *intérêt* à ce que le système de régulation des migrations perdure tel quel) serait-il *obligé*, et non pas seulement *contraint* par nos militaires et douaniers, à respecter les règles régissant l'entrée sur le territoire français, alors même que ces règles sont

¹ Dont Walzer, Miller et Rawls ont fourni une formulation explicite (Chapitre 4, I.).

officiellement fixées sans qu'on ne prenne jamais en compte sa liberté ? Nous soutenons que cette condition est la reconnaissance positive et l'aménagement juridique minimal d'interactions déjà existantes, mais qui ne sont actuellement abordées qu'unilatéralement (selon la formule « respectez nos lois »). Le seul fait de réclamer des étrangers qu'ils respectent nos lois signifie *qu'ils sont intégrés à la communauté juridique* ; mais cette intégration est déniée, et se fait de façon uniquement négative. La communauté étatique et son pouvoir discrétionnaire sont conçus sur le mode atomistique des théories libertariennes. Parce qu'on lui demande quelque chose, l'étranger est toujours déjà membre de la communauté, quoique sur un mode potentiel et non actuel, partiel et non total, juridique et non politique. Considérer qu'on ne lui doit rien (logique unilatérale et non juridique) *et* qu'il doit se plier à nos règles (prétention à valoir comme norme), c'est contradictoire. S'il y a toujours interaction entre une communauté et l'ensemble des étrangers dont elle attend quelque chose, à savoir la reconnaissance de ses lois, cette communauté ne peut légitimement attendre des étrangers la reconnaissance de ses lois qu'à condition de donner toute sa mesure à la logique relationnelle du droit, c'est-à-dire à les autoriser à développer leurs interactions du moment qu'elles ne constituent pas une agression.

Il s'agirait donc d'inverser la logique actuelle pour donner un statut positif aux interactions déjà existantes entre les étrangers et une communauté politique particulière, au lieu d'y mettre unilatéralement un coup d'arrêt comme le fait le droit actuel. Voici, avant d'entrer plus dans les détails au chapitre suivant, quelques exemples de ces interactions qui existent entre les étrangers et un État quelconque : quand un individu se rend dans un État qui n'est pas le sien, il ne le choisit pas au hasard, mais il cherche le plus souvent à rejoindre un membre de sa famille déjà présent, ou un État avec une forte diaspora de sa communauté, ou un État dans lequel une entreprise lui a proposé un emploi, où il pourra étudier, dont il connaît la langue, où une ville s'est déclarée ville-refuge, etc. Autant d'interactions auxquelles le droit des étrangers actuel met un coup d'arrêt, par le biais d'un refus de visa par exemple. Ce que nous allons défendre dans les pages qui suivent ne revient donc pas à un droit de séjour généralisé et inconditionnel, mais à l'aménagement pacifique d'interactions déjà existantes. En revanche, il s'agit bien de faire valoir un droit des étrangers à déployer ces interactions, car ce droit est la condition de légitimité de la particularisation de notre communauté politique, aujourd'hui conçue sur un mode atomistique. De ce point de vue, nous nous inscrivons dans la lignée de ce que Kant baptisait droit de l'hospitalité, et qu'il résumait comme le « droit à ne pas être traité

comme un ennemi »¹. La formule souligne bien qu'autrement, la logique pacificatrice du droit est tenue en échec. Cet échec est patent dans la situation actuelle, à travers la militarisation croissante des frontières et la logique du contrôle et du soupçon qui pèse sur les étrangers et rejaillit même sur les accueillants, analysée dans la première partie : l'État est à l'égard des étrangers dans une situation de guerre larvée. Nous avons souligné dès le deuxième chapitre la proximité qui existe entre la figure de l'étranger et celle de l'ennemi, due au fait que, en tant que ressortissant d'un autre État, la loyauté d'un étranger est sujette à caution. Cette seule remarque suffit à souligner combien le droit des étrangers, en tant que *pacification véritable des interactions entre État et étrangers*, reste à construire.

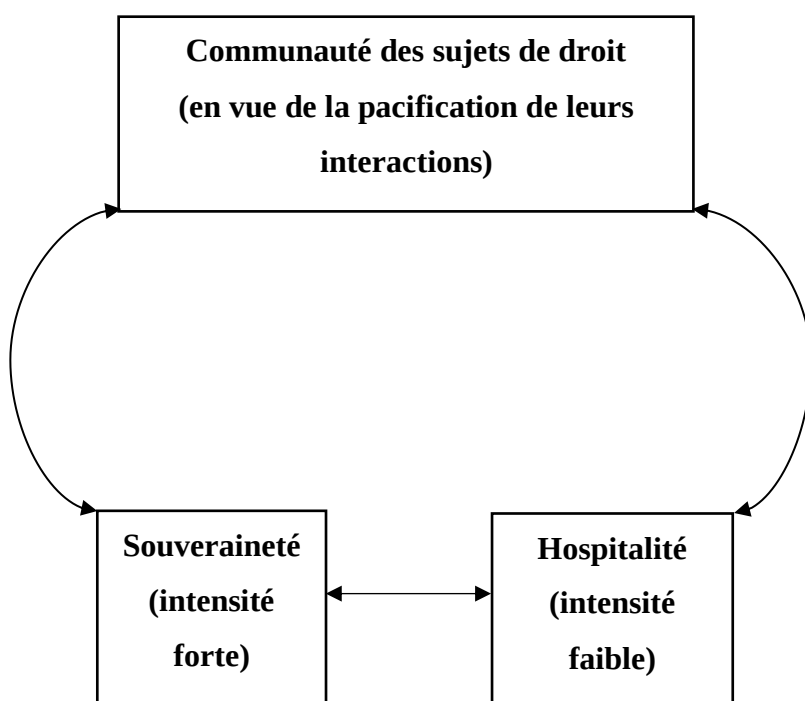
Cette pacification impliquerait de prendre au sérieux l'intégration des étrangers à la communauté *juridique*, fondée sur l'existence d'interactions que les acteurs tentent de normer en vue de leur pacification, pour permettre la coexistence de leurs libertés. Dans les règles du droit des étrangers telles qu'elles sont conçues actuellement, en vertu de leur unilatéralité, seule la liberté de l'État est prise en considération. La souveraineté y est proclamée de façon unilatérale. Nous proposons au contraire de la fonder juridiquement à travers un principe d'hospitalité qui viendrait y inclure une logique relationnelle. La procédure rawlsienne du voile d'ignorance peut se révéler utile ici : faire une place à la logique relationnelle en droit des étrangers pourrait se faire en intégrant aux caractéristiques placées sous voile d'ignorance le fait, moralement arbitraire et lourd de conséquences pour les trajectoires individuelles, de l'appartenance ou de l'extranéité. La liberté des étrangers serait ainsi prise en compte dans les règles déterminées par les acteurs de cette procédure hypothétique. Concrètement, ou sur le plan institutionnel, bien des traductions sont possibles, qui iraient de la représentation politique directe des étrangers sous la forme d'un Parlement élu, comme défendu par Boudou², à une forme indirecte comme le plaidoyer des ONG spécialisées. L'important n'est pas tant la solution institutionnelle retenue que le critère présidant à ce choix, à savoir la capacité à *rendre audibles* les intérêts de la partie représentée, pour garantir leur prise en compte. Pour ne donner qu'un exemple, la représentation des étrangers originaires des pays les plus riches se fait déjà très efficacement par le biais de leur État qui négocie des exemptions de visa ou les protège grâce à la présence consulaire. L'exercice de leur liberté est aisément garanti dans ce contexte. Il s'agit donc de se demander, pour chaque catégorie d'étrangers, et plus spécifiquement pour les plus défavorisés, quel serait le mode de représentation le plus efficace, c'est-à-dire le plus à même

¹ Kant (E.), *Projet de paix perpétuelle*, in *Œuvres philosophiques III*, op. cit., p. 350.

² Chapitre 4, III.

de porter leur point de vue, de mettre au jour sa légitimité, pour sortir de la conception atomistique de l'État souverain qui a cours actuellement. Ce mode (et son acceptabilité politique, notamment) peut varier au gré des circonstances.

L'enjeu du principe d'hospitalité auxquelles ces mesures donneraient forme n'est pas de fonder factuellement la clôture ou la délimitation de la communauté politique : la force peut y suffire. Il ne s'agit que de la fonder en droit, en un sens précis : permettre son fonctionnement pacifié, la rendre compatible avec la liberté des étrangers dont elle réclame le respect de ses lois. Cette pacification passe par la reconnaissance de l'existence d'interactions qui vont au-delà des frontières de la communauté politique, et donc sa réinscription au sein d'un ensemble plus large qui est la condition de légitimité de la particularisation représentée par la souveraineté et son droit d'exclure. En ce sens, la communauté juridique déborde et surtout précède logiquement la communauté politique. Cette dernière doit s'envisager comme l'intensification de certaines interactions sur fond d'un réseau qui la dépasse, et que Kant avait baptisé possession originaire commune. Le droit interne correspond dans cette perspective à la pacification des relations fortes entre concitoyens, et le droit des étrangers à la pacification d'interactions plus faibles. Envisagé ainsi, le principe d'hospitalité d'inspiration kantienne dont nous allons faire découler les règles du droit des étrangers se trouve placé sur le même plan logique que la souveraineté : il permet la prise en compte juridique de toutes les libertés dans un monde marqué par la fragmentation des communautés politiques, donc la compatibilité de la souveraineté avec la liberté de ceux qui en sont exclus. Hospitalité et souveraineté sont envisagées comme deux modalités (de même nature, mais d'intensité différente) d'une même opération consistant à pacifier les interactions, comme l'illustre le schéma suivant :



Dans la perspective kantienne, cette opération de pacification passe par le rappel constant du fait que notre usage individuel ou collectif des ressources du sol (dont l'État est la traduction juridique) ne repose que sur un acte de *privatisation* ou d'*appropriation* contingente, et fait signe vers une communauté de sujets dont on doit pouvoir rationnellement demander l'acquiescement.

Les hommes, ne pouvant se disperser en empruntant une ligne de fuite à l'infini, n'ont pu faire autrement que de se rencontrer ; ils ont dû accepter leur mutuelle cohabitation, et du même coup que, du point de vue du droit, l'occupation du sol soit indifférente. L'un *aurait pu être là* où l'autre, actuellement, se trouve. Si aucun droit ne peut lui ordonner de partir pour que l'autre s'installe à sa place, il lui est tout autant impossible d'interdire à l'autre son territoire, au risque de transformer son droit en *l'abus de la possession exclusive du sol*.¹

Le recours au vocabulaire de l'hospitalité, qui peut à première vue étonner en raison de son inscription dans la sphère domestique, s'éclaire alors. Il s'analyse comme le régime le plus faible d'interaction pacifiée, en ce qu'il maintient l'extériorité de l'hôte, qui n'est pas intégré à la communauté d'accueil, mais sans laisser cette extériorité dégénérer en hostilité. L'expression de « régime faible » signale l'ambiguïté de l'hospitalité, qui a souvent été soulignée.

Derrida, qui est probablement, après Kant, le philosophe qui a le plus réfléchi à cette notion, regrettait ainsi son « impureté éthique », le décalage constant entre la Loi de l'hospitalité (idéale et radicale) et les lois de l'hospitalité (effectives, mais trahissant l'idéal). Toute hospitalité empirique repose sur un paradoxe, ou une trahison : l'ouverture n'y est rendue possible que grâce à la « clôture du chez-soi »². Dans une formulation plus systématique, Saada³ identifie « quatre paradoxes » de l'hospitalité. Le premier tient à l'égalité : l'hospitalité repose sur l'égalité entre tous les êtres humains, puisqu'elle accueille celui qui est dépourvu de droits, qui vient d'ailleurs. Mais elle implique une relation inégalitaire entre celui qui accueille et celui qui est accueilli, puisqu'il revient toujours au premier de décider d'ouvrir ou non sa porte. Le deuxième concerne le temps de l'hospitalité. Cette relation peut être amenée à durer, tout particulièrement en matière d'asile : elle devrait durer aussi longtemps que dure le danger auquel est exposé l'étranger. Mais elle est également intenable en l'état, en raison de l'inégalité sur laquelle elle repose : pour durer, elle doit déboucher sur une inclusion démocratique. Le

¹ Schérer (R.), *Zeus hospitalier. Éloge de l'hospitalité*, La Table ronde, Paris, 2005, p. 66.

² « Pour oser dire la bienvenue, peut-être insinue-t-on qu'on est ici chez soi, qu'on sait ce que cela veut dire, être chez soi, et que chez soi l'on reçoit, invite ou offre l'hospitalité, s'appropriant ainsi un lieu pour accueillir l'autre, ou, pire, accueillant l'autre pour s'approprier un lieu... », Derrida (J.), *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, Paris, 1997, p. 39.

³ Saada (J.), « Institutionalising Hospitality? Cosmopolitanism, Borders, and Refugees », Université de Tallinn, colloque *People on the Move. Migrants, Refugees, and Citizenship Rights*, 7-8 février 2019. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=S68pOGK1l7s>.

troisième paradoxe tient à l'espace de l'hospitalité, qui s'adresse à celui qui vient de l'autre côté de la frontière, à l'autre, donc, ce qui présuppose une différence ; mais l'hospitalité réussie devrait permettre à l'accueilli de franchir véritablement la frontière et l'intégrer à la communauté politique. Enfin, le dernier paradoxe concerne la question de l'institutionnalisation de l'hospitalité, et il résume les trois précédents. Concevoir l'hospitalité comme une vertu privée qui dépend donc de la bonne volonté des individus revient à mettre en péril son universalité revendiquée ; son effectivité repose sur la mise en place d'institutions. Cependant, l'institutionnalisation va toujours de pair avec la formulation de conditions et de restrictions qui ne peuvent que trahir l'idéal même qu'elle doit réaliser. Cette systématisation rend compte de traits que l'on retrouve dans la plupart des analyses consacrées à l'hospitalité, qu'elles soient empiriques ou théoriques. Ainsi, Pitt-Rivers¹ propose une étude de cas dans le contexte de l'Andalousie qui met en lumière le lien et la tension entre les trois pôles de l'hospitalité : la *réciprocité* de la relation, qui n'empêche pas son caractère *asymétrique*, lequel rend nécessaire une logique de *compensation et de désamorçage de l'hostilité*. Dans son ouvrage consacré à la généalogie du motif de l'hospitalité internationale, Cavallar² décrit une même instabilité constitutive des pensées de l'hospitalité en droit international, entre disqualification de l'échelle étatique, impérialisme mal dissimulé et universalisme abstrait. Dans sa genèse et sa défense d'une hospitalité comme « valeur juridique fondamentale », Saraceni³ retrouve lui aussi la tension entre approche maximaliste impuissante et mise en application qui trahit l'idéal dont elle procède.

Un tel constat pourrait nous pousser à abandonner la notion en raison de son instabilité et de son ambiguïté. Mais c'est précisément cette dimension qui la rend précieuse pour une approche juridique. L'hospitalité permet d'échapper à la conception atomistique du « chez soi » et de territoire. Elle s'ancre dans une réalité humaine qui est la particularisation, la prise de possession d'un lieu, mais elle intègre au fonctionnement le plus ordinaire⁴ de ce lieu un principe d'ouverture. Le principe d'hospitalité représente un antidote face à la tendance au fonctionnement unilatéral de la souveraineté étatique. Sans annuler la différence de statut entre membre et non-membre, il rend possible leur cohabitation, la présence et la circulation des

¹ Pitt-Rivers (J.), *Anthropologie de l'honneur. La mésaventure de Sichem*, traduit de l'anglais par Mer (J.), Le Sycomore, Paris, 1983 (chapitre « La loi de l'hospitalité »).

² Cavallar (G.), *The Rights of Strangers. Theories of International Hospitality, the Global Community, and Political Justice since Vitoria*, Ashgate Publishing, Aldershot/Burlington, 2002

³ Saraceni (G.), *Ospitalità. Un valore giuridico fondamentale*, CEDAM, Milan, 2012.

⁴ Pour une analyse détaillée, dans la sphère domestique, de cette inscription de l'hospitalité au sein de l'ordre quotidien, voir Gotman (A.), *Le Sens de l'hospitalité. Essai sur les fondements sociaux de l'accueil de l'autre*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

seconds au sein des premiers. Il fait droit à l'élément essentiel sur lequel repose la communauté politique, à savoir la délimitation de la population et de l'espace entre intérieur et extérieur, mais il l'empêche de se transformer en principe de rejet ou d'hostilité. Cette fonction de neutralisation de l'hostilité jouée par l'hospitalité se retrouve dans toutes les analyses anthropologiques¹ consacrées à la notion, de l'étude étymologique de Benveniste² aux enquêtes d'Agier³. En tant que principe de gestion pacifiée de la différence, l'hospitalité permet donc d'éviter les deux impasses qui constituaient les deux pôles de notre balancier : le rejet de l'étranger-intrus et la défense impuissante de l'étranger-homme.

Conclusion

En résumé, il nous semble nécessaire de modifier radicalement le régime juridique actuellement réservé aux étrangers dans le sens d'une facilitation de leur entrée et de leur séjour. Dans le système actuel, où leur venue est conditionnée à l'autorisation de l'État, le raisonnement adopté consiste à poser l'État dans un premier temps, comme un atome, une sphère close, puis à s'interroger sur le statut à accorder aux étrangers, comme si c'était optionnel. Ce faisant, on adopte un point de vue unilatéral alors même que l'État exige et a besoin de la reconnaissance des étrangers. Ne leur accorder qu'un statut conditionnel, discrétionnaire, subsidiaire revient à

¹ Pour un passage en revue de la littérature anthropologique sur l'hospitalité comme condition de possibilité d'une sociabilité apaisée, voir Boudou (B.), « Éléments pour une anthropologie politique de l'hospitalité », *Revue du MAUSS* n° 40/2, 2012, p. 267-284, et son ouvrage déjà cité, *Politique de l'hospitalité*.

² Dans l'article « hospitalité » de son Vocabulaire des institutions européennes, Benveniste souligne que le mot *hospes* (« hôte » en latin) dérive de l'adjectif *hostis*, qui désigne l'étranger, mais, par différence avec le *peregrinus*, l'étranger de droit romain. Le *peregrinus* s'oppose avant tout au citoyen : il fait référence aux peuples indépendants de Rome. L'*hostis*, en revanche, a donné un verbe, « hostire », qui est, nous apprend Benveniste, textes à l'appui, un synonyme d'*aequare*. L'ensemble des mots de cette famille (*hostorium*, bâton pour égaliser le boisseau, *hostia*, victime destinée à compenser la colère des dieux, *hostus*, quantité de produit obtenue en contrepartie d'une seule opération de pressurage...) fait donc référence à la contrepartie, à la compensation, à l'égalisation. Et Benveniste de souligner que « c'est un fait frappant que dans aucun de ces mots, à part *hostis* (qui a fini par désigner l'ennemi), n'apparaît la notion d'hostilité. » Bien au contraire, « la notion primitive signifiée par *hostis* est celle d'égalité par compensation : l'*hostis* est celui qui compense mon don par un contre-don ». Aussi considère-t-il que, le sens premier du terme étant l'hôte, « le sens, classique, d'"ennemi", a dû apparaître lorsqu'aux relations d'échange de clan à clan ont succédé les relations d'exclusion de *civitas* à *civitas*. ». Le fait même que, le plus souvent, l'hospitalité s'adresse plutôt aux membres de la famille, du clan ou de la communauté religieuse qu'à l'étranger anonyme souligne qu'elle empêche d'appréhender le surgissement de l'autre comme une intrusion ou une agression, sans pour autant réclamer qu'on l'assimile aux membres de la maisonnée. (Benveniste [E.], *Vocabulaire des institutions indo-européennes* tome 1, Les Éditions de Minuit, 1969, Paris, article « Hospitalité », p. 87-101).

³ Voir en particulier, pour le contexte européen contemporain en réaction à la « crise des réfugiés », Agier (M.), *L'Étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Seuil, Paris, 2018. La notion y est entièrement appréhendée comme la « réponse à un problème » bien spécifique : « comment faire de l'étranger mon hôte », et non mon ennemi ?

se limiter à un rapport de forces, à rester en-deçà de ce dont le droit tire sa force normative, en manquant la logique relationnelle qui la fonde. Inversement, nous avons appelé hospitalité, à la suite de Kant, le régime véritablement pacifié de la cohabitation entre l'État et les étrangers, qui repose sur la réinscription de la communauté politique au sein de la communauté plus large des sujets de droit. Faire de l'hospitalité un principe structurel pour le droit international, en facilitant l'entrée et le séjour des étrangers, reviendrait à mettre le système du droit en accord avec son soubassement, en tenant compte des interactions entre les États et les étrangers, qui sont un donné, un fait qu'il convient d'aménager pour les pacifier véritablement.

Chapitre 6. Un principe d'hospitalité pour aujourd'hui

Nos développements du chapitre précédent n'ont rendu compte que de l'armature logique et abstraite du droit, pas de son usage réel. En fondant notre raisonnement sur la *prétention* du droit à pacifier les interactions, nous en sommes restée à un niveau métajuridique, au fondement théorique et discursif du droit, et non au niveau du droit positif. Or nous avons insisté à plusieurs reprises sur le fait qu'il pouvait exister une grande différence entre ce que le droit prétend faire et ce qu'il fait vraiment, entre la théorie et la pratique. Ceci est d'autant plus vrai que « le droit », au sens strict, ne fait rien : ce sont les acteurs qui l'utilisent et qui peuvent donc en faire des usages plus ou moins conformes au discours qui légitime son existence. Il importe de prendre cet écart au sérieux, faute de quoi notre développement normatif demeurerait une vue de l'esprit. Il est vrai que la prétention du droit à pacifier les interactions peut être l'instrument d'une critique du droit positif ; mais il n'en demeure pas moins que, dans les faits, la distance entre la fonction officielle du droit et ses règles positives peut perdurer et s'accroître. L'usage effectif du droit ou au moins de certaines branches du droit, au premier rang desquelles figurent le droit international et le droit des étrangers, en fait plutôt un instrument de légitimation de la domination, qui rend de ce fait plus difficile encore une pacification réelle. Nos remarques du chapitre précédent étaient donc abstraites au sens où elles isolaient le droit de son champ d'application effectif. Pour le dire avec les mots de Giraudoux, « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »¹, et rien ne force le réel à se conformer à la logique du droit, si cohérente soit-elle. Il existe une dichotomie sensible entre la normativité juridique interne et son usage effectif, qui relève plutôt d'un calcul utilitaire du type coût/avantage.

Il s'agit dans ce chapitre de réfléchir à la tension qui existe entre ces deux perspectives sur le droit. La première part de la logique même du droit, et fait valoir de l'intérieur ses objectifs proclamés ; de ce point de vue, qui est celui que nous avons privilégié au chapitre précédent, le droit apparaît comme un instrument de pacification, et le fait que le droit positif n'y soit pas toujours conforme n'est qu'un bémol que nous avons souligné en passant ; inversement, du point de vue réaliste que nous venons d'adopter, c'est-à-dire en partant du droit positif, le droit n'est plus qu'un mode un peu atténué d'expression des rapports de force, et le fait qu'il proclame la paix et l'égalité provoque au mieux un sourire désabusé, au pire de

1 Giraudoux (J.), *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, p. 121.

l'indignation face à son hypocrisie. C'est cette seconde perspective que nous allons approfondir maintenant. Nous commencerons par analyser les phénomènes actuels concrets qui plaident en faveur d'une logique relationnelle dans les rapports entre l'État et les étrangers (I.). Nous verrons qu'ils sont nombreux, mais pourtant insuffisants pour pousser l'acteur étatique à sortir de sa logique de puissance. Face à cet écart persistant entre logique normative et situation réelle, nous devons revenir à notre principe d'hospitalité, pour souligner l'intrication véritable qui existe entre souveraineté et hospitalité (II.). Enfin, nous tenterons de déduire les modalités possibles de son application, c'est-à-dire le régime de droits et de devoirs sur lequel il pourrait déboucher pour les États et les étrangers (III.).

I. Pourquoi prendre en compte les étrangers ?

Nous avons esquissé dans le chapitre précédent les éléments *internes* au droit en vertu desquels le droit positif des étrangers nous semblait privé de toute force normative et ne relever que du rapport de forces ; reste à examiner ce qui, *dans les faits*, peut rendre la mise en forme juridique du rapport entre l'État et les étrangers nécessaire, au sens d'utile même à l'acteur dominant qu'est l'État, sans quoi ce discours demeurera privé de toute portée en-dehors du monde largement imaginaire des juristes et des codes. Y a-t-il, dans la situation actuelle, des éléments qui plaident en faveur de la mise en place d'un véritable statut juridique pour les étrangers, ou le fait qu'il s'agisse d'un point aveugle dans l'édifice du droit ne relève-t-il que d'un déséquilibre théorique dont l'État peut s'accommoder ?

1. L'impossibilité d'une guerre ouverte

Envisageons en première hypothèse, la plus réaliste au sens où ce terme peut être synonyme de cynique, une absence totale d'habillage juridique des relations entre État et étrangers, c'est-à-dire à une guerre ouverte (entendue comme rapport de forces assumé, en l'absence de tout accord sur des règles permettant une coexistence apaisée). Il est immédiatement évident que cette hypothèse ne peut être que théorique : aucun État n'assume explicitement de « faire la guerre » aux étrangers, c'est-à-dire de les repousser brutalement aux frontières sans respecter aucune norme ou de les tuer sans la moindre forme de procès. Ces pratiques peuvent avoir lieu dans les faits, mais elles ne sont jamais *revendiquées comme telles*, car un tel degré de cynisme ne pourrait emporter que l'indignation d'une partie de la population

et de la communauté internationale. Une relation de pur rapport de forces est intenable même pour l'État, car il ne peut assumer que des entorses ponctuelles et soigneusement mesurées au droit international, et donc aux droits de l'homme.

Pour autant, on peut envisager un modèle très proche, incarnée par la politique australienne en matière d'asile, appelée « solution du Pacifique »¹. Nous allons analyser sa mise en œuvre pour montrer que cette politique, si elle se révèle efficace d'un certain point de vue et à court terme, est malgré tout profondément instable parce qu'elle se retrouve rattrapée en permanence par les contraintes qu'imposent les normes de l'État de droit.

Elle consiste à refuser ouvertement la moindre arrivée d'étrangers dépourvus de visas, quelles que soient les circonstances. Il s'agit en quelque sorte de couper toute relation avec les étrangers irréguliers (parmi lesquels sont inclus les demandeurs d'asile) au motif que seule la sélection des étrangers admis permet de leur réserver un accueil digne de ce nom, au-delà de la préservation de la cohérence de la communauté politique. L'objectif affiché est de repousser les indésirables pour mieux accueillir les étrangers acceptables. Les étrangers arrivés sans visa sont comparés à des resquilleurs, mettant en œuvre des moyens illégaux et injustes pour gagner les côtes australiennes par leurs propres moyens au lieu d'attendre dans un camp de réfugiés qu'un visa leur soit octroyé. Ce qui nous intéresse ici, c'est que l'habillage juridique y est minimal, très sommaire et, surtout, ouvertement unilatéral. Il peut se résumer par le slogan retenu par les gouvernements qui ont mis en œuvre cette politique, avec plus ou moins de nuances, depuis 2001 : *no way*, qui exprime le principe selon lequel, si un étranger arrive en Australie sans visa, quel que soit le motif, il n'obtiendra jamais l'autorisation de rester sur le sol australien.

L'origine de cette politique remonte à l'affaire du *Tampa*, du nom d'un cargo norvégien qui, le 26 août 2001, secourut un bateau de pêche indonésien et les 433 migrants afghans et irakiens qui se trouvaient à bord ; il demanda à accoster en Australie, État le plus proche, mais s'en vit refuser l'autorisation. S'ensuivirent une série de tractations diplomatiques menées par le gouvernement australien (libéral) de l'époque avec différents pays de la région, à l'issue desquelles émerge la stratégie consistant à rediriger les migrants vers des centres *offshore* afin de décourager les demandeurs d'asile de venir sur des embarcations de fortune depuis l'Iran, l'Afghanistan ou le sud de l'Asie. Toutes les embarcations interceptées étaient systématiquement refoulées et les passagers débarqués dans des centres d'hébergement pour

¹ Pour une analyse plus développée de cette politique, voir les études de Perera (S.), et notamment *Australia and the Insular Imagination. Beaches, Borders, Boats, and Bodies*, Palgrave MacMillan, New York, 2009.

demandeurs d'asile financés par l'Australie mais situés dans les îles Christmas, sur l'île de Nauru, ou celle de Manus, en Papouasie Nouvelle-Guinée, c'est-à-dire dans des pays indépendants de l'Australie, bien que dominés économiquement. Officiellement, l'examen de demandes d'asile dépendait des autorités locales, et les débarqués avaient le choix entre demander l'asile dans ces pays ou retourner chez eux. Ce type de politique, appelé externalisation, permettait à l'Australie de se dédouaner de toute responsabilité en la matière. En raison de cette fermeture complète, les arrivées par bateaux se sont quasiment taries et sont devenues exceptionnelles. Cette politique sera atténuée à partir de 2007 par le gouvernement travailliste, mais l'arrivée récurrente de bateaux de fortune sur les côtes australiennes en fait un enjeu politique central lors des élections de 2013. Le conservateur Tony Abbott est élu en grande partie sur sa promesse de « stopper les bateaux », comme l'énonce son slogan de campagne. Il met en place une opération de patrouilles en mer menées par des navires militaires, appelée opération « Frontière souveraine », afin d'intercepter tous les navires suspectés de transporter des migrants sans visas pour les reconduire jusqu'aux limites des eaux territoriales indonésiennes ou d'envoyer les migrants interceptés dans les centres de rétention *offshore*, dans la continuité de la Solution du Pacifique.

Malgré tout, cette politique, parfaitement assumée, consistant à revendiquer une approche entièrement unilatérale, demeure difficilement tenable, pour plusieurs raisons. Soulignons d'abord son coût économique — à titre d'exemple, 55 millions de dollars australiens ont été versés au Cambodge pour accueillir en tout et pour tout quatre réfugiés. L'entretien des centres *offshore* et le financement des patrouilles en mer constituent également un poste de dépense important¹. Sur le plan juridique, le nombre de polémiques suscitées par cette politique est considérable, et il mine la viabilité de ces pratiques.

Tout d'abord, elle pose d'inextricables problèmes sur le plan du droit international. En effet, en vertu des principes du droit de la mer, l'Australie est tenue de porter secours aux navires en détresse présents dans ses eaux territoriales ; elle doit également s'assurer, s'il y a parmi eux des demandeurs d'asile, que leur demande soit étudiée. Au lieu de cela, la marine australienne refoule les embarcations hors de ses eaux territoriales. Cela contrevient à la fois au

1 Et ce, alors même que l'Australie est une île particulièrement isolée : la transposition d'une telle politique dans n'importe quel autre pays du monde serait financièrement encore plus insoutenable. En 2013/2014, 342 millions ont été alloués à la surveillance des frontières (Parliament of Australia, *Australian Government spending on irregular maritime arrivals and counter-people smuggling activity*, 2013. URL : https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1314/PeopleSmuggling).

principe de non-refoulement énoncé par la Convention de Genève¹ et à l'interdiction des expulsions collectives. Par ailleurs, la Convention de Genève dispose qu'on ne peut sanctionner un réfugié pour être entré sur le territoire du pays d'accueil sans documents de voyage, c'est-à-dire qu'on ne peut lui reprocher son éventuelle entrée irrégulière². Quand l'Australie affirme avoir affaire à des migrants irréguliers parce qu'ils n'ont pas demandé de visa, elle bafoue ce principe essentiel du droit d'asile, d'autant que l'immense majorité des demandes d'asile débouchent à Nauru et Manus sur l'octroi du statut de réfugié (respectivement 77 et 98 %). Consciente d'enfreindre ainsi la Convention, l'Australie a adopté en 2014 une loi par laquelle elle se dédouane explicitement de ses obligations de non-refoulement³ ; cet article fait primer le critère de l'irrégularité de l'entrée sur tout autre, y compris celui de la demande d'asile. Ce faisant, l'Australie foule aux pieds non seulement les droits des demandeurs d'asile, mais aussi plus généralement un principe essentiel du droit international public qui énonce la primauté de ses règles sur les règles nationales.

Deuxièmement, cette politique bafoue le droit international des droits de l'homme, qui garantit les droits fondamentaux des migrants ; ils ne sont pas respectés dans les centres *offshore*, comme l'indiquent plusieurs rapports⁴ d'Amnesty international, du Parlement

1 Convention de Genève, article 33 : « Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

2 Convention de Genève, article 31 : « Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière ».

3 « Australia's non-refoulement obligations irrelevant to removal of unlawful non-citizens under section 198

(1) For the purposes of section 198 [celle qui établit les mesures d'éloignement], it is irrelevant whether Australia has non-refoulement obligations in respect of an unlawful non-citizen.

(2) An officer's duty to remove as soon as reasonably practicable an unlawful non-citizen under section 198 arises irrespective of whether there has been an assessment, according to law, of Australia's non-refoulement obligations in respect of the non-citizen. » (Migration and Maritime Powers Legislation Amendment (resolving the asylum legacy caseload) (n° 135, 2014).

⁴ A titre d'illustration, nous citons quelques-uns des rapports condamnant la situation à Nauru : Amnesty International, *What We Found on Nauru* (17 December 2012) <http://www.amnesty.org.au/refugees/comments/30726/> ; UNHCR, *UNHCR Monitoring Visit to the Republic of Nauru 7 to 9 October 2013* (26 November 2013) <http://unhcr.org.au/wp-content/uploads/2015/05/2013-12-06-Report-of-UNHCR-Visit-to-Nauru-of-7-9-October-2013.pdf> ; Philip Moss, « Review into Recent Allegations Relating to Conditions and Circumstances at the Regional Processing Centre in Nauru » (Final Report, Department of Immigration and Border Protection, 20 March 2015) <http://apo.org.au/resource/review-recent-allegations-relating-conditions-and-circumstance-regional-processing-centre> ; Senate Select Committee on the Recent Allegations Relating to Conditions and Circumstances at the Regional Processing Centre in Nauru, Parliament of Australia, *Taking Responsibility: Conditions and Circumstances at Australia's Regional Processing Centre in Nauru* (2015) ; Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, Parliament of Australia, *Conditions and Treatment of Asylum Seekers and Refugees at the Regional Processing Centres in the Republic of Nauru and Papua New Guinea: Interim Report* (2016) ; et en Papouasie Nouvelle-Guinée : Human Rights Council, *Report of*

australien et du HCR qui font état de traitements inhumains et de cas de torture, ainsi que des statistiques très inquiétantes relatives aux suicides, y compris de la part d'enfants. Les informations sur les conditions réelles de la vie dans ces centres sont toutefois difficiles à obtenir, car ils sont absolument fermés aux journalistes, mais en août 2016 des documents publiés par le Guardian ont révélé des centaines de cas d'abus sexuels commis sur les réfugiés par les gardiens.

Enfin, la base juridique revendiquée pour la création des centres *offshore* correspond au détournement du principe de la réinstallation, établie par le HCR afin de permettre à des pays riches d'accueillir des réfugiés reconnus comme tels par des États trop pauvres pour leur offrir des conditions d'accueil décentes ; ici, c'est le pays le plus riche de la région qui confie à des pays extrêmement défavorisés le soin de prendre en charge les demandeurs d'asile et les réfugiés qui devraient relever de sa responsabilité. En déclarant Manus et Nauru pays tiers sûrs, l'Australie s'autorise à leur sous-traiter l'examen de ces demandes.

Dans cette politique, les règles juridiques sont explicitement réduites au rang d'instrument destiné à ne servir que les intérêts australiens, et les différents gouvernements revendiquent cette « fermeté ». Face aux multiples critiques suscitées par ses pratiques, et en particulier face aux accusations de traitements inhumains et aux protestations de l'Indonésie tentant de faire valoir sa souveraineté sur ses eaux territoriales, le gouvernement australien répète sans cesse que rien ne fera changer sa politique, qui est destinée à sécuriser ses frontières. Malgré tout, les condamnations internes et internationales répétées liées aux conditions de vie dans les centres ont forcé l'Australie à renoncer une fois de plus à cette stratégie et à faire fermer les centres *offshore*. La Cour constitutionnelle de Papouasie Nouvelle-Guinée a déclaré ces centres contraires aux droits fondamentaux garantis par la Constitution¹ ; de même, le centre de

the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment — Addendum — Observations on Communications Transmitted to Governments and Replies Received, 31st sess, Agenda Item 3, UN Doc A/HRC/31/57/Add.1 (24 February 2016) ; Amnesty International, *Manus Island Is Still Breaking People* (18 July 2014) <http://www.amnesty.org.au/refugees/comments/35068/> ; Amnesty International, *This Is Breaking People : Human Rights Violations at Australia's Asylum Seeker Processing Centre on Manus Island, Papua New Guinea* (December 2013) http://www.amnesty.org.au/images/uploads/about/Amnesty_International_Manus_Island_report.pdf ; Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, Parliament of Australia, *Incident at the Manus Island Detention Centre from 16 February to 18 February 2014* (2014) ; Human Rights Watch, *World Report 2015: Papua New Guinea* <https://www.hrw.org/worldreport/2015/country-chapters/papua-new-guinea> ; UNHCR, « UNHCR Calls for Immediate Movement of Refugees and Asylum-Seekers to Humane Conditions » (Statement, 2 May 2016) <http://unhcr.org.au/wp-content/uploads/2015/05/UNHCRCalls-for-Immediate-Movement-of-Refugees-and-Asylum-Seekers-to-Humane-Conditions-.pdf>. Voir aussi Boochani (B.), *No Friend But the Mountains: Writing from Manus Prison*, Pan MacMillan Australia, Sidney, 2018: il s'agit du témoignage rédigé par un journaliste et écrivain kurdo-iranien enfermé à Manus et transmis par bribes à l'aide de l'application Whatsapp.

¹ *Namah v Pato* [2016] PGSC 13 ; SC1497 (26 April 2016). Pour une analyse détaillée de cet arrêt, de son contexte et de ses implications, voir O'Sullivan (M.), Dastyari (A.), « Not for Export: The Failure of

l'île Christmas, au cœur de nombreuses controverses liées à des émeutes et des morts suspectes en son sein, a été fermé début 2018. La situation est aujourd'hui confuse car l'Australie n'a pas pour autant accepté d'accueillir sur son sol les demandeurs d'asile encore en instance et les réfugiés statutaires, et annonce périodiquement la réouverture de certains centres¹. Cet exemple illustre en quoi une politique aussi ouvertement agressive et contraire aux normes internationales est difficilement tenable, car elle suscite des mobilisations politiques et ternit la réputation du pays². Le cynisme et la brutalité affichés par les gouvernements australiens successifs leur ont certes parfois assuré un soutien populaire, mais ils ont aussi galvanisé leurs opposants. La vie politique est polluée par le bras de fer récurrent entre le Parlement et le gouvernement sur cette question sensible³. Surtout, cette politique complique les relations de l'Australie avec certains États voisins et avec les instances de l'ONU, qui ont condamné publiquement le pays à plusieurs reprises. On assiste à une alternance constante entre deux tendances, celle de la raison d'État ou de la fermeté à tout prix, et celle du droit, qui rattrape périodiquement la première sans jamais parvenir à l'éteindre complètement, comme pour toute mesure d'infra-droit⁴.

En revanche, nombreux sont les pays qui mettent en œuvre une politique assez proche dans les faits, mais tout à fait respectueuse des droits des étrangers en principe, et donc tendanciellement plus stable. Il nous faut à présent envisager les éléments qui vont à l'encontre non plus d'une politique ouvertement hostile et contraire au droit, mais d'une forme de guerre larvée contre les étrangers, qui ne dirait pas son nom mais n'en serait que plus efficace.

2. La stratégie de la guerre larvée et ses difficultés

Cette politique est dans une large mesure celle qui est mise en œuvre actuellement par l'Union européenne et que nous avons étudiée en première partie. Il s'agit donc là aussi d'une politique effective, appliquée depuis des années, entérinée légalement et visiblement amenée à se pérenniser et même à se durcir. Le problème peut alors se résumer comme suit : même en

Australia's Extraterritorial Processing Regime in Papua New Guinea and the Decision of the PNG Supreme Court in *Namah* (2016) », *Monash University Law Review* n° 42-2, 2016, p. 308-228.

¹ En particulier avec la nouvelle victoire de la coalition formée par le Parti libéral et le Parti national aux législatives de mai 2019.

² Voir les rapports cités *supra*.

³ Aujourd'hui, l'efficacité de la politique d'externalisation est fragilisée par la fermeture des centres offshore mais aussi, de l'intérieur, par l'action des parlementaires travaillistes qui sont parvenus, en février 2019, à faire adopter des mesures organisant le transfert de demandeurs d'asile en Australie pour raisons médicales.

⁴ Voir notamment chapitre 2, II.

admettant théoriquement qu'un droit unilatéral perd toute puissance normative, et que, pour être légitimes à réclamer des étrangers qu'ils respectent leurs lois, les États devraient leur accorder un minimum de droits et prendre en considération leur point de vue afin de respecter la structure relationnelle du droit, dans les faits, puisque les États ont les moyens de *contraindre* les étrangers, ils peuvent se passer de cette normativité et n'adopter qu'un vernis juridique destiné à dissimuler un pur rapport de forces. Certes, cela revient pour eux à miner la force normative du droit des étrangers, c'est-à-dire à devoir sécuriser leurs frontières et composer avec la présence d'étrangers irréguliers sur leur sol, mais ces quelques désagréments ne mettent pas véritablement en péril la stabilité politique des gouvernements et semblent donc soutenables, à condition de ne pas être trop visibles. La puissance étatique n'aurait que faire des tensions et frictions avec quelques dizaines ou centaines de milliers d'individus, sur son sol ou à ses frontières. Le cas qui nous intéresse ici est nettement plus difficile que l'exemple australien car, à lire les textes de lois et les déclarations politiques, tout est mis en œuvre pour protéger les étrangers et garantir leurs droits ; en revanche, dans les faits et dans les détails, les textes se révèlent bien moins favorables qu'à première vue, les pratiques illégales sont légions et tout est fait pour tenir les étrangers (du moins ceux dont la présence ne constitue pas un intérêt pour le pays d'accueil) à distance, comme nous l'avons vu avec l'arrêt *X et X contre Belgique*¹. Quels éléments, dans une telle situation, pourraient pousser un État à se mettre plus en conformité avec la revendication officielle du droit, et donc à reconnaître le droit des étrangers à développer pacifiquement leurs interactions dont nous avons développé les principes théoriques au chapitre précédent ?

Nous allons tenter de montrer que cette politique fragilise l'édifice du droit à tous les niveaux, par contaminations successives, pourrait-on dire : du point de vue de l'État à sa frontière d'abord, du point de vue interne à l'État ensuite, et enfin du point de vue des étrangers. Nous montrerons que l'instabilité qui caractérisait la politique australienne et son recours à l'infra-droit s'y manifeste également, car cette politique revient à dénier le fait inévitable des migrations internationales : elle se heurte donc toujours, en dernier ressort, à l'existence d'interactions non pacifiées et à ses conséquences négatives.

a. Le risque de la violence à la frontière

En d'autres termes, n'ayant pas la puissance nécessaire pour faire disparaître les migrations, l'État se trouve réduit à l'alternative suivante : soit il cherche un moyen de les réguler harmonieusement et pacifiquement, soit il a recours à la violence, car les intérêts des

¹ Chapitre 5. III.

étrangers vont venir se heurter aux siens. Cette affirmation n'a rien de théorique : l'absence d'encadrement juridique véritablement pacificateur se fait sentir à travers l'augmentation de la violence aux frontières, en particulier aux frontières de l'Union européenne. Le collectif Migreurop estime à 40 000 le nombre de morts aux frontières européennes depuis 30 ans¹. Quant à la gestion des frontières, elle est de plus en plus ouvertement militarisée : détecteurs de battements de cœur à l'entrée d'Eurotunnel², caméras thermiques de plus en plus nombreuses aux frontières de l'Union Européenne³, navires de guerre et de gardes-côtes patrouillant en Méditerranée, dotés d'équipements militaires⁴. De même, de Mare Nostrum à Triton, les opérations sont de plus en plus axées sur la surveillance, aux dépens du sauvetage. La multiplication des accords de coopération et de formation avec les douaniers et gardes-côtes de pays aussi controversés que la Turquie ou la Libye ne fait qu'accentuer cette militarisation⁵. De même, le coût financier ne fait qu'augmenter : les équipements militaires que nous avons cités ci-dessus sont coûteux, et les budgets de Frontex et des instances européennes de gestion des frontières et de l'immigration sont en hausse constante et marquée⁶.

Cette réalité est d'autant plus inévitable que la mondialisation ne peut qu'augmenter et généraliser le phénomène des migrations. Il est chaque jour plus illusoire d'imaginer que l'État

1 Migreurop, *Atlas des migrants en Europe* (sous la dir. d'O. Clochard), Armand Colin, Paris, 2017, p. 128.

2 <https://www.eurotunnelfreight.com/fr/securite-surete/controles/>.

3 Dont on pourra observer l'utilisation par les gardes-frontière croates dans le documentaire *La Mécanique des flux*, Loubeyre (N.), Pays des Miroirs Productions, Tell Me Films, 2016.

4 Soit actuellement, selon la Cimade, « 21 avions, 27 hélicoptères, 116 navires, des unités de radars mobiles, des détecteurs de vision nocturne mobiles, des outils aériens, des voitures de patrouille, des détecteurs de battement cardiaque » (<https://www.lacimade.org/faq/l-agence-frontex/>). L'Agence Frontex qui coordonne ces opérations ne possède pas ces équipements mais en finance l'usage par les différents agents nationaux, pour un budget actuel de 250 millions d'euros.

⁵ On pourrait en réalité multiplier les exemples, ne serait-ce qu'en mentionnant le coût et la place exponentiels pris dans la vie politique par le mur entre les USA et le Mexique, ou le cas de Ceuta et Melilla : « Seules frontières terrestres entre le Maroc et l'Espagne, les deux villes sont encerclées d'une double clôture de barbelés de 12 kilomètres de long. Miradors où des gardes-frontières sont juchés, arme à la main, câbles souterrains reliés à des capteurs électroniques pour détecter le moindre bruit et mouvement, puissant système d'éclairage, caméras de vision nocturne, triple grillage et hélicoptère équipé de caméras thermiques : tout est fait pour empêcher les migrants de pénétrer sur le sol espagnol. Le coût de la construction de ces barrières s'élève à 33 millions d'euros. » (Jandau [C.], « Ceuta et Melilla : deux enclaves espagnoles au Maroc sous haute tension », *Sud-Ouest*, 25/07/2017, URL : <https://www.sudouest.fr/2017/07/25/ceuta-et-melilla-deux-enclaves-espagnoles-au-maroc-sous-haute-tension-3645134-6109.php>). La pratique des refoulements à chaud a d'ailleurs valu à l'Espagne une condamnation de la part de la CEDH (CEDH, 3 octobre 2017, *N. D. et N. T. c. Espagne*, n° 8675/15 et 8697/15).

⁶ Dans un communiqué du 12 juin 2018, la Commission a proposé de le faire passer de 13 à 34 milliards d'euros (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4106_fr.htm). Pour une analyse du coût des différentes opérations étatiques associées au contrôle de l'immigration, voir le site *The Migrants files* : <http://www.themigrantsfiles.com/>. On peut signaler en particulier les 1,82 milliard d'euros consacrés entre 2007 et 2013 à l'équipement des ports et aéroports européens afin de mieux contrôler les flux de personnes et les 11,3 milliards d'euros dépensés en 15 ans pour renvoyer chez eux plus de 3,3 millions de migrants.

puisse à lui seul réglementer ce phénomène. La mondialisation, ou ce que le sociologue Beck appelle « la cosmopolitisation de la réalité »¹,

créent de nouvelles formes de vie et de communication transnationales, de nouvelles obligations et responsabilités, de nouvelles manières de se voir et de percevoir les autres pour les groupes et les individus. Les pays sont en quelque sorte assiégés et envahis par l'interdépendance globale, par les risques écologiques, économiques et terroristes qui lient ensemble les mondes jusqu'alors séparés des nations développées et sous-développées².

Il est devenu banal de souligner l'intrication des économies et des cultures liée à l'augmentation et à l'accélération des échanges. La caractéristique relationnelle de la vie humaine que Kant rattachait au caractère clos de la Terre est devenue une réalité dont nous faisons chaque jour l'épreuve, à travers la multiplication des contacts et des relations avec des individus situés à l'autre bout de la planète³. C'est un fait désormais bien admis que les interactions vont croissant et s'accéléralant, et qu'en ce sens le cosmopolitisme *empirique*, comme unification factuelle du monde, est achevé :

la globalisation (...), bien qu'elle soit mouvement perpétuel, est déjà accomplie, achevée en chacun des points du monde globalisé. Elle est achevée parce que le monde est constitué par un ensemble de réseaux d'échanges — échanges

¹ Beck (U.), « Nationalisme méthodologique — cosmopolitisme méthodologique : un changement de paradigme dans les sciences sociales », traduit de l'anglais par Boudou (B.), *Raisons politiques* n° 54, 2014, p. 103.

² Beck (U.), « Nationalisme méthodologique... », *art. cit.*, p. 104.

³ Beck fait partie des théoriciens, de plus en plus nombreux, qui soulignent qu'« un nouveau monde social [est] en train de se faire. Sa principale caractéristique est l'interconnexion, ce qui signifie la dépendance et l'interdépendance des individus sur la planète. L'ensemble de l'expérience humaine est potentiellement influencé d'une manière ou d'une autre par l'interconnectivité totale du monde » (Beck (U.), « Nationalisme méthodologique... », *art. cit.*, p. 111). Cette réalité se manifeste dans tous les domaines, en particulier dans le système de consommation et de production, et il l'a plus particulièrement analysée pour la question du risque (Cf. Beck [U.], *La Société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, traduit de l'allemand par Bernardi [L.], Aubier, Paris, 2001). En effet, il voit dans le développement de risques de portée mondiale, comme l'illustrent les épidémies de grippe aviaire ou la crise des *subprimes*, la raison pour laquelle « une perspective cosmopolite » se développe, qui « signifie que les anciens dualismes (intérieur/extérieur, national/international, eux/nous) perdent de leur validité, et que la communauté imaginée du cosmopolitisme devient nécessaire à la survie. Cette perspective d'une "cosmopolitisation forcée" rend possible l'idée que la "fabrique des incertitudes et des insécurités" permise par une société mondiale du risque appelle à la réflexivité transnationale, à la coopération globale et à des réponses coordonnées — même si ces mêmes processus peuvent appeler à l'exact opposé ! » (Beck (U.), « Nationalisme méthodologique... », *art. cit.*, p. 112). D'après l'auteur, cette perspective cosmopolitique est en particulier rendue possible par les médias : la conscience que d'autres individus à l'autre bout du globe suivent les mêmes informations parce qu'ils sont soumis au même risque fournirait l'ancrage empirique de cette conscience cosmopolite. Il est révélateur que, dans l'introduction de son principal ouvrage sur la question, Beck choisisse l'exemple de *conflits*, en l'occurrence le terrorisme et la guerre en Irak, pour illustrer cette idée : « Le fait important aujourd'hui est que la condition humaine elle-même est devenue cosmopolite. Pour illustrer cette thèse, il nous suffit de souligner que l'avatar le plus récent dans la généalogie des risques globaux, la menace terroriste, ne connaît pas non plus de frontières. Il en va de même pour les protestations contre la guerre en Irak. Pour la première fois, une guerre a été traitée comme un événement de politique intérieure mondiale, auquel l'humanité tout entière a pris part simultanément grâce aux mass médias, alors même qu'il menaçait de briser l'Alliance atlantique » (Beck [U.], *The Cosmopolitan Vision*, traduit de l'allemand par Cronin [C.], Polity Press, Cambridge, 2006, p. 2 [c'est nous qui traduisons]). Un certain nombre de problèmes qui restaient jusqu'à présents purement internes deviennent mondiaux, et ce, pas uniquement parce qu'ils ont des répercussions ailleurs sur la planète, mais parce qu'ils deviennent l'objet de discussions et de prises de position partout sur la planète, ce qui ne signifie malheureusement pas qu'ils reçoivent de solution satisfaisante à cette échelle.

marchands, flux financiers, échanges d'information — en « temps réel », un temps réel qui abolit le temps en abolissant les distances. La contemporanéité de tous les événements du monde n'est plus une abstraction nécessaire à l'établissement des chronologies, mais une réalité pour la plus grande partie des individus peuplant ce monde.¹

Cependant, l'espérance cosmopolitique d'une unification politique et institutionnelle du monde est, quant à elle, restée lettre morte, et le réseau d'interconnexions mondiales est d'abord et avant tout économique, suscitant des organisations transnationales prioritairement économiques elles aussi. Cette fragmentation politique qui perdure ne peut que déboucher sur une accélération des mouvements internationaux de populations², liés à plusieurs facteurs³. Le premier est le développement des échanges économiques lui-même, qui débouche le plus souvent sur des migrations légales et encadrées destinées à alimenter le marché du travail. Le second tient aux répercussions de la mondialisation, qui tend à bouleverser les modes de vie de nombreuses sociétés, à déstabiliser leurs structures organisationnelles et à provoquer des conflits liés aux ressources : il entraîne l'émigration de populations jeunes issues de pays défavorisés, qui n'obtiennent généralement pas l'autorisation de circuler. Ce phénomène est donc peu ou mal encadré juridiquement, alors même que la circulation de plus en plus rapide et efficace de l'information et le développement des moyens de transport le rendent toujours plus présent. Il est de moins en moins possible pour l'État de se concevoir de façon insulaire et de nier purement et simplement la circulation internationale d'individus qu'il ne souhaite pas voir séjourner sur son territoire. Ce fait plaide en faveur du principe d'hospitalité que nous défendons. Inversement toutefois, l'absence d'unification politique du monde explique la difficulté qu'il y a à le mettre en place, puisqu'il n'existe guère d'instance capable de lui donner une réalité contraignante ; en ce sens, le réel s'oppose à la logique du droit. On peut considérer avec Balibar que le contraste entre l'unification empirique bien réelle de l'humanité et son absence d'unification normative a signé la mort du cosmopolitisme utopique,

et donc d'un certain *humanisme théorique*, en nous contraignant à reconnaître que l'unification de l'humanité, telle que l'accomplit la mondialisation, ou l'avènement de l'universalité réelle, n'a rien à voir avec la mise en œuvre de valeurs

1 Colliot-Thélène (C.), « L'unité du monde de l'espérance cosmopolitique à la réalité de la globalisation », in Escudier (A.) et al., *Histoires universelles et philosophies de l'histoire*, Presses de Science Po, Paris 2015, p. 348.

2 Les chiffres des Nations-Unies montrent que la circulation internationale a triplé en 50 ans (s'agissant des seules migrations légales) : elle est passée de 77 millions de migrants en 1975, à 120 millions en 1999 et 150 millions au début des années 2000, puis 232 millions en 2013, et enfin 244 millions aujourd'hui.

3 Pour une liste plus exhaustive, voir Wihtol de Wenden (C.), *Faut-il ouvrir les frontières ?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2017, p. 53 sqq. Elle cite « l'interdépendance du monde », l'urbanisation, les déséquilibres démographiques, le changement climatique, les crises et conflits et « l'offre de voyage ».

morales ou culturelles que l'utopie se représente comme son présupposé ou sa conséquence immédiate.¹

Pour autant, il nous semble que cette absence de mise en forme normative satisfaisante de la mondialisation est plus le nom d'un problème pour notre temps qu'un constat définitif : si l'on en revient à notre définition du droit comme réponse apportée par un groupe donné au problème de sa pacification, ce problème se pose désormais à l'échelle mondiale. Il devient de plus en plus nécessaire d'accorder un véritable statut juridique aux étrangers dont la situation est amenée à se généraliser sans cesse davantage. On ne peut que s'accorder avec le diagnostic d'Agier pour qui le migrant, par son expérience du franchissement des frontières (géographiques et juridiques, mais aussi culturelles, linguistiques, etc.), ne représente que « la pointe avancée d'un monde ordinaire en formation »², où le passage des frontières devient de plus en plus courant. La « solution » d'une guerre larvée faite aux étrangers, sous la forme de mesures juridiques unilatérales, ne semble guère praticable sur le long terme, car elle ne peut que se heurter à cette réalité de notre temps qu'est la circulation internationale massifiée : se refuser à lui donner des règles véritablement pacificatrices, c'est se condamner à les abandonner au chaos et à la violence que symbolise la militarisation croissante des frontières évoquée plus haut.

Il n'est d'ailleurs pas certain que cette militarisation des frontières soit l'expression de la puissance souveraine de l'État plutôt que de son affaiblissement. Dans *Murs. Les Murs de séparation et le déclin de la souveraineté*³, Brown analyse ce phénomène, dont la multiplication serait le symptôme de « l'avènement d'un monde post-westphalien ». Pour la philosophe, « c'est l'affaiblissement de la souveraineté étatique, et plus précisément la disjonction entre la souveraineté et l'État-nation, qui a poussé les États à bâtir frénétiquement des murs. »⁴. Le mur serait le signe d'une fragilisation de la souveraineté de l'État par les nouveaux acteurs économiques et juridiques suscités par la mondialisation, face auxquels l'État n'aurait plus les moyens de s'imposer véritablement ; il aurait donc recours, par compensation, à la « pose et l'hyperbole » des murs⁵. Le seul fait d'éprouver le besoin de construire un mur ou de militariser une frontière souligne la difficulté qu'il y a à gérer les flux qui la traversent ; en ce sens, le mur, parce qu'il prétend manifester la puissance de façon hyperbolique, est en réalité un aveu d'impuissance. Cela est d'autant plus vrai qu'il est factuellement impossible de murer toute une

1 Balibar (E.), « Les universels », dans *La Crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx*, Galilée, Paris, 1997, p. 424.

2 Agier (M.), *L'Étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Seuil, Paris, 2018, p. 107.

3 Les Prairies ordinaires, Paris, 2009 (traduit de l'anglais par Vieillecazes [N.]).

4 Brown (W.), *Murs...*, *op. cit.*, p. 17.

5 Brown (W.), *Murs...*, *op. cit.*, p. 102.

frontière et de la surveiller de façon véritablement efficace ; en réalité, les barrières et murs ont avant tout une dimension d'affichage, destinée à signifier à la population que l'État veille, alors même qu'il n'a pas et aura de moins en moins les moyens de contrôler la situation. Compte tenu de cette efficacité limitée, on peut dire que les murs sont

de simples gestes politiques particulièrement coûteux, des manœuvres destinées à amadouer certains électeurs, des signes d'un objet d'inquiétude impossible à contenir. Bref, ils sont aussi utiles au projet de sécurité nationale que la tactique consistant à passer au peigne fin un voyageur choisi au hasard dans l'aéroport de Des Moines. Pour prendre un exemple : l'Opération Gatekeeper a accouché, sur la frontière entre San Diego et Tijuana, de murs de triple épaisseur hauts de plus de quatre mètres, délicieusement rehaussés de senseurs et de technologies de vidéosurveillance, et surveillés par des centaines d'agents de la Border Patrol embarqués dans des jeeps et des hélicoptères. À moins de cinquante kilomètres à l'est, la frontière a, pendant dix ans, été signifiée par une simple barrière délabrée et très facile à escalader, faite de plaques d'acier utilisée par l'Armée de l'Air pendant la guerre du Vietnam.¹

Il est vrai que la focalisation des débats politiques sur la question de la gestion des frontières et des droits des étrangers est souvent dénoncée comme une entreprise destinée à détourner l'attention de la population des problèmes économiques auxquels la puissance publique ne parviendrait plus vraiment à faire face, et ce, alors même que l'endiguement des mouvements de population se révèle tout aussi impossible. Les murs fonctionneraient donc comme un écran de fumée plus que comme une barrière physique :

considérés conjointement, les flux et les barrières qui constituent ce nouveau paysage signalent que le droit et la politique sont dans l'incapacité de gouverner les multiples puissances libérées par la mondialisation et la colonisation caractéristique de la modernité tardive ; le recours au contrôle et au blocage vise à remédier à cette situation d'ingouvernabilité.²

Ainsi, les phénomènes qui contribuent au développement des migrations contribuent d'un même mouvement à la fragilisation de la mainmise de l'État sur son territoire et de sa capacité à avoir une prise réelle sur les conditions de vie de sa population, et la violence croissante dans la gestion des frontières masque mal l'incapacité effective de l'État à stopper ce phénomène qu'il prétend pourtant refuser³.

1 Brown (W.), *Murs...*, *op. cit.*, p. 140.

2 Brown (W.), *Murs...*, *op. cit.*, p. 22.

3 Brown signale très justement que l'impuissance des murs tient en partie à ce qu'ils reflètent la vision westphalienne du monde, désormais caduque, centrée sur les rapports entre États, alors même que les phénomènes auxquels ils sont censés faire face sont d'une toute autre nature : « Loin d'être des moyens de défense contre des invasions *internationales* (menées par d'autres puissances étatiques), les murs du XXI^e siècle sont des réponses à des flux économiques, sociaux et religieux *transnationaux*, c'est-à-dire déconnectés des forces politiques souveraines. Ces nouveaux murs ciblent les mouvements de peuples et de biens qui, très souvent, ne sont pas poussés vers leur destination par des pressions extérieures, mais *aspirés* par une demande interne aux pays d'arrivée, en main-d'œuvre immigrée, en drogue, en armes et en autres marchandises de contrebande » (p. 125-126). On comprend ici combien l'affaiblissement de la souveraineté étatique relève d'un phénomène structurel et

Cette fragilisation sous-jacente de l'État est accentuée par le phénomène des réfugiés climatiques. S'ils se concentrent principalement sur les zones côtières, donnant lieu avant tout à des déplacements internes, certains micro-États du Pacifique sont quant à eux menacés de disparition complète. Pour ne citer qu'un exemple devenu emblématique, l'État de Tuvalu¹ ne s'élève pas à plus de trois mètres au-dessus du niveau de la mer, ce qui le rend très vulnérable. Or le point commun à l'ensemble de ces États (d'ailleurs réunis au sein de l'Alliance of Small Island States [AOSIS]), est qu'ils disposent d'un PIB très faible et ont donc des difficultés à s'adapter au changement climatique. Ainsi,

aujourd'hui, les petites îles du Pacifique abritent environ un million de personnes, toutes promises à un départ forcé de leur pays d'origine pour cause de submersion. Cinq États sont directement concernés par une disparition physique certaine : la Papouasie-Nouvelle Guinée, les îles Marshall, Kiribati, Tuvalu et les États Fédérés de Micronésie.²

Même en s'alignant sur des diagnostics plus optimistes³ qui mettent l'accent sur la capacité de recomposition des îlots et d'adaptation de leurs populations, les transformations climatiques demeurent porteuses d'un risque de salinisation des nappes phréatiques et de redistribution de la carte des terres arables qui ne peut qu'accentuer les mouvements de population actuels. La particularité de ce phénomène est qu'il risque donc, au moins à la marge, de remettre en question l'un des piliers de la souveraineté étatique, à savoir l'existence d'un territoire. Sa gestion dépasse de loin les capacités d'action d'un État, même le plus puissant, de même que celle des migrations qu'il peut induire, et il pourrait placer la communauté internationale face à la situation inédite de disparition de l'assise territoriale de certains de ses membres.

Ainsi, la stratégie de guerre larvée faite aux étrangers par l'État, consistant à prétendre entrer avec eux dans une relation pacifiée juridiquement sans pour autant leur accorder un statut satisfaisant et en mettant tout en œuvre pour les tenir à l'écart, débouche sur l'augmentation de

non conjoncturel, ce qui contribue à nous convaincre que le refus d'encadrer véritablement les migrations ne peut mener qu'à l'échec, c'est-à-dire à leur manifestation débridée et non à leur disparition.

¹ Verhaeghe (L.), « Quels droits pour les réfugiés environnementaux qui perdront leur État ? Le cas de Tuvalu », *Asylon(s)* n° 6, novembre 2008. URL : <http://www.reseau-terra.eu/article853.html>. Pour une analyse plus nuancée, voir Cournil (C.), Gemenne (F.), « Les petits États et territoires insulaires face aux changements climatiques : vulnérabilité, adaptation et développement », *Vertigo* n° 10-3, décembre 2010. URL: <https://id.erudit.org/iderudit/1004065ar>.

² Verhaeghe (L.), « Quels droits pour les réfugiés environnementaux... », *art. cit.*

³ Pour une estimation du nombre d'États concernés par l'hypothèse d'une submersion complète, qui demeure très faible : Piguet (E.), « Des apatrides du climat ? », *Annales de géographie* n° 683, 2012, p. 86-100. Le dernier rapport en date du GIEC est en revanche plutôt alarmant : « Oceans and Cryosphere in a changing climate », septembre 2019. URL : <https://www.ipcc.ch/srocc/home/>

la violence, et non sur la disparition de la circulation internationale. Les murs « incarnent l’effroi plutôt que l’efficacité, et la force plutôt que le droit »¹, et l’on peut considérer que la crispation contemporaine sur la figure de l’étranger tient lieu d’exutoire et d’écran de fumée face à l’incapacité croissante de l’État à maîtriser effectivement le monde qui l’entoure. On rejoint ici le constat du premier chapitre, sur le défi que l’étranger pose à la souveraineté étatique comme emprise sur le territoire et la population, mais ce défi structurel va croissant dans le monde qui est le nôtre, parce que la mobilité internationale devient un phénomène structurant et non plus une exception, alors même que, *juridiquement*, elle continue à être appréhendée comme une *anomalie*. De ce fait,

la première question posée à la souveraineté est le contrôle des frontières. La migration défie la conception wébérienne de l’État, car elle remet en cause la relation entre population, territoire et monopole du pouvoir. La migration est une déterritorialisation des populations, elle introduit la fluidité du passage, l’hybridation des allégeances et les identités multiples, l’intervention éventuelle d’États tiers. (...) Aujourd’hui, l’État-nation est atteint dans sa souveraineté par les migrations irrégulières, dans son identité par des populations hétérogènes et par des minorités, dans sa capacité de gérer lui-même les migrations par des accords régionaux et internationaux. (...) En réalité, la plupart des États démocratiques violent les droits de l’homme et les conventions internationales. Ils tentent d’échapper à ce carcan de droits souvent construits à l’intérieur de systèmes migratoires régionaux (comme l’Union européenne) en externalisant les contrôles des frontières avec des zones tampons (*buffer zones*) et des frontières contrôlées à distance, utilisant leurs voisins, pays de départ ou de transit, comme gardes-frontières, dans des relations souvent bilatérales plus faciles à maîtriser. Mais ils rencontrent des difficultés à influencer les mouvements de populations et la dimension dissuasive de la répression est encore à démontrer, car les facteurs d’appel sont plus puissants que les politiques qui cherchent à les contrer.²

De ce point de vue, l’aménagement pacifique de la situation de l’étranger correspondrait plus à une relégitimation de la souveraineté étatique, qui remplirait enfin sa fonction d’instance autoproclamée de pacification, qu’à son affaiblissement ou à son déni. Statut de l’étranger (que nous nommons hospitalité) et souveraineté (comme mainmise sur un territoire et une population) sont de ce point de vue interdépendants dans les faits tout autant que dans la logique interne du droit. Si l’on en revient à la formule de Kant caractérisant l’hospitalité comme droit à ne pas être traité en ennemi, on se rendra compte que cette pacification bénéficierait autant à l’État qu’à l’étranger, au sens où, face au *fait* des migrations, l’absence d’encadrement juridique est coûteuse pour tous les acteurs.

1 Brown (W.), *Murs*, op. cit., p. 163.

2 Wihtol de Wenden (C.), *La Question migratoire au XXI^e siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Presses de Sciences Po, « Références », Paris, 2014, p. 71.

b. Le problème de l'immigration irrégulière

Compte tenu des éléments que nous venons d'analyser, de la facilitation des échanges et de la circulation au niveau mondial (à la fois sur le plan géographique et sur le plan de l'échange d'informations, qui facilite les déplacements), les États qui ferment leurs frontières, incapables de mettre fin aux mouvements des étrangers qu'ils ne souhaitent pas voir entrer sur leur territoire, se trouvent aux prises avec la présence d'un nombre plus ou moins important d'étrangers irréguliers¹. Notons d'emblée que cela constitue pour le maillage administratif de la population sur lequel repose la souveraineté moderne un point aveugle : les rapports et chiffres sur la question sont rares². Au fond, on peut considérer que l'État et les étrangers présents irrégulièrement vivent dans une situation de méconnaissance réciproque, s'ignorant mutuellement. Nous allons analyser dans cette section les enjeux liés à l'existence d'une telle catégorie de la population.

En premier lieu, il faut souligner que ce phénomène est absolument impossible à supprimer pour une raison simple : quand bien même un contrôle parfaitement efficace serait mis en place aux frontières, et nous avons vu que c'était un défi à peu près insurmontable et absurdement coûteux, on sait que la majorité des étrangers en situation irrégulière sont entrés légalement, puis ont basculé dans une situation irrégulière à la suite de l'expiration de leur visa ou d'un refus de renouvellement de leur titre de séjour. Or, la liste des effets négatifs relatifs à la présence, même faible, d'étrangers en situation irrégulière est longue, au-delà de la détresse humaine qu'elle suscite pour les personnes concernées : nous allons ici nous concentrer sur les effets négatifs sur l'État.

On peut en énumérer trois principaux. Le premier est qu'elle favorise l'économie informelle et l'exploitation de ces populations à la merci d'employeurs sans scrupules. Les étrangers sans papiers ne sont évidemment pas les seules catégories de la population à être contraintes d'accepter ce type d'emplois, mais ils sont particulièrement vulnérables de ce point

1 Une des rares évaluations fiables du nombre d'étrangers en situation irrégulière en France peut se faire sur la base du nombre de bénéficiaires de l'Aide médicale d'État, couverture médicale minimale accessible sous condition de ressources à toute personne résidant en France depuis plus de trois mois. En 2010, environ 270 000 personnes en ont bénéficié (Cordier [A.], Salas [F.], *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'Aide médicale d'État*, 2010 [IGF]), contre environ 310 000 en 2013 (Rapport du Sénat, *Projet de loi de finances pour 2018 : Santé*). Deux remarques doivent toutefois nuancer ces estimations : la première est que les chiffres du second rapport contredisent ceux du premier pour l'année 2010 (228 000 contre 270 000....) et que le rapport spécifique de l'IGF souligne que la principale difficulté concernant l'AME est le risque du non recours (nous y reviendrons).

2 On pourra se reporter, du côté du Sénat, à Masson (P.), Balarello (J.), *Commission d'enquête sur les régularisations d'étrangers en situation irrégulière*, 1998 et Othily (G.), Buffet (F. N.), *Immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine* (rapport de commission d'enquête, 2006). Par ailleurs, les préfetures sont tenues de communiquer les chiffres des interpellations d'étrangers en situation irrégulière, mais, compte tenu du faible taux d'exécution des procédures d'éloignement, ils ne signifient pas grand-chose si ce n'est une volonté d'affichage politique.

de vue. Un deuxième risque correspond au fait que l'existence d'une population aussi vulnérable favorise le développement de réseaux mafieux et augmente donc certaines formes de criminalité organisée. Par ailleurs, la précarité que subit ce public suscite également un risque sanitaire pour l'ensemble de la population lorsque les étrangers en question, atteints d'une maladie grave et éventuellement contagieuse, n'osent pas se rendre chez un médecin ou dans un hôpital de peur d'être arrêtés. Théoriquement¹, toute personne résidant irrégulièrement en France depuis plus de trois mois et disposant de faibles revenus est éligible à une couverture maladie minimale, l'AME ; la condition de durée de résidence peut même être levée en cas d'urgence ou de danger particulier². Toutefois, on peut noter que les conditions d'accès et de couverture des soins sont plus restrictives que son équivalent pour les personnes résidant régulièrement en France, la CMU ; l'ouverture des droits est par ailleurs conditionnée à l'acquittement d'un droit de timbre de 30 euros, et les démarches destinées à ouvrir ou renouveler les droits à l'AME relèvent souvent du parcours du combattant³. Dans son rapport de 2010, l'IGF elle-même souligne le « risque d'un renoncement aux soins faute d'insertion et d'inscription dans les démarches d'accès à une protection sociale » car « la complexité de l'accès aux droits et l'inquiétude ressentie vis-à-vis d'un environnement souvent perçu comme hostile font que les bénéficiaires potentiels ne recourent à l'AME qu'en cas de forte nécessité »⁴. La précarité que subissent les étrangers en situation irrégulière a des répercussions non négligeables, et pose à cet égard un véritable défi pour la souveraineté étatique entendue comme instance de contrôle et de maintien de l'ordre sur un territoire donné.

Par ailleurs, du point de vue juridique, la présence de ces étrangers en situation irrégulière provoque deux types de dysfonctionnements. La première est l'existence de ce que l'on appelle les « ni-ni », pour « ni régularisables, ni expulsables ». Ce sont des individus qui ne

1 « Tout étranger résidant en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce code a droit à l'aide médicale de l'État », Code de l'action sociale et des familles, article L251-1.

2 Code de l'action sociale et des familles, article L254-1 : « Les soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître et qui sont dispensés par les établissements de santé à ceux des étrangers résidant en France sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale et qui ne sont pas bénéficiaires de l'aide médicale de l'État en application de l'article L. 251-1 sont pris en charge dans les conditions prévues à l'article L. 251-2 ».

3 Pour des analyses de cas concrets, voir Gabarro (C.), « Les demandeurs de l'aide médicale d'État pris entre productivisme et gestion spécifique », *Revue Européenne des Migrations Internationales* n° 28-2, 2012, p. 35-56 et Chappuis (M.), « Accès aux soins : le parcours du combattant des étrangers en situation précaire. Les constats de l'Observatoire de l'accès aux soins de Médecins du Monde », *Après-demain*, 2012, p. 24-26. L'association Médecins du monde publie en effet régulièrement des rapports détaillés et alarmants sur cette question de l'accès effectif aux soins pour les étrangers en situation irrégulière.

4 Inspection générale des finances, Cordier (A.), Salas (F.), *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'Aide médicale d'État*, 2010, p. 3.

peuvent prétendre à la régularisation de leur séjour, soit parce qu'ils sont présents depuis trop peu de temps sur le territoire français, soit parce qu'ils ne peuvent prouver qu'ils répondent aux conditions posées pour la régularisation ; ils ne sont pas pour autant expulsables soit parce que leur pays d'origine se trouve dans une situation qui rendrait une procédure d'éloignement contraire à l'article 3 de la CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), soit parce qu'il refuse de les accepter sur son sol. En effet, si le faible taux d'exécution des mesures de reconduite à la frontière fait souvent l'objet d'indignations médiatiques, on omet la plupart du temps d'en expliquer les raisons : prouver la nationalité d'une personne dépourvue de papiers est souvent un défi, et les États d'origine prouvée ou supposée ne sont pas toujours disposés à délivrer le laissez-passer consulaire nécessaire à la reconduite¹. Cette situation correspond en quelque sorte à des limbes juridiques, évidemment dramatiques sur le plan personnel, et problématiques pour la mainmise que l'État prétend avoir sur sa population et sur son territoire ; elle nuit également à la bonne intégration de ces étrangers au sein de la population. Le second problème, qui est le corollaire du premier, est la gestion difficile des régularisations. D'un côté, la régularisation s'impose comme une nécessité après un certain laps de temps, notamment au nom du droit à la vie privée et familiale, lorsqu'un étranger en situation irrégulière a tissé des liens forts avec des personnes dont le séjour est autorisé, ou plus simplement lorsqu'il a passé de nombreuses années sur le territoire : au bout d'un certain temps, dont l'appréciation demeure éminemment discrétionnaire, on peut considérer que le fait vient s'imposer au droit, que la présence prolongée ne peut plus guère être disqualifiée juridiquement sans absurdité. Cependant, bien que les critères soient fluctuants, et appliqués avec plus ou moins de rigueur, à l'exception des régularisations pour motifs familiaux², ils imposent toujours au moins cinq ans de résidence et la preuve d'un travail

1 En moyenne, le taux de délivrance dans les délais est passé de 36,9 % en 2012 à 51 % en 2016/2017. On peut faire deux remarques à ce sujet : d'une part « on observait des taux très disparates par pays, pouvant aller jusqu'à 91 % pour l'Albanie, mais restant très faibles pour d'autres pays comme le Mali (11 %) » ; d'autre part, l'augmentation générale est due au fait que les autorités françaises et européennes mettent en place « une approche ciblée et bilatérale » avec les pays les plus récalcitrants. (source : Dumont [P.-H.], *Avis présenté au nom de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2019*, 2018, p. 35). Or, dans les faits, cette « approche » prend la forme d'un chantage à l'aide au développement : le montant des aides dépend de la docilité du pays en question, et d'une manière générale, l'aide est de plus en plus fléchée vers le contrôle des frontières, au détriment du soutien effectif à la population. Pour une analyse récente de ce phénomène, voir La Cimade, Collectif Loujna-Tounkaranké et Migreurop, *Coopération UE-Afrique sur les migrations. Chronique d'un chantage. Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union européenne*, 2017, et El Qadim (N.), « Lutte contre l'immigration irrégulière et conditionnalité de l'aide au développement », *Migrations Société* n° 171, 2018, p. 109-125, qui examine les obstacles pratiques à cette politique de conditionnalité.

2 Qui ne sont pour autant pas dépourvues d'arbitraire. Ainsi, la circulaire n° INTK0600058C du 13 juin 2006 relative aux mesures à prendre à l'endroit des ressortissants étrangers dont le séjour en France est irrégulier et dont au moins un enfant est scolarisé depuis septembre 2005 (BO du ministre de l'Intérieur n° 2006-6 du 15 janvier 2007), déterminait six critères cumulatifs : résidence habituelle depuis deux ans de l'un des parents,

régulier (par définition illégal...). Le coût humain de ces critères est donc très lourd ; surtout, s'agissant de mesures discrétionnaires et régies par voies de circulaires, elles n'offrent pas de droits au sens strict aux étrangers. En effet,

elle laisse (...) une grande liberté à l'administration et ne permet aucune contestation ni aucun contrôle juridictionnel des critères qu'elle pose. Parmi les différents types de circulaires, celles qui visent à une régularisation sont des circulaires interprétatives dénuées de tout caractère impératif. Ce ne sont donc pas des mesures susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de légalité. Ainsi, la régularisation par circulaire permet une totale maîtrise gouvernementale des critères posés par le texte puisque aucun juge ne peut venir sanctionner une non-conformité avec le principe de légalité et la hiérarchie des normes (Constitution, traités, etc.) ou une incompétence. Aucun contrôle non plus ne peut être fait sur son application.¹

Cela est d'autant plus vrai que le taux d'acceptation varie considérablement d'un département à l'autre. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une circulaire de 2012² est venue apporter une liste de critères censés valoir au niveau national pour harmoniser et rationaliser les pratiques ; toutefois, le Conseil d'État a confirmé que les étrangers satisfaisant à ces critères ne pouvaient se prévaloir de ce texte comme ouvrant *droit* à une régularisation, car elle demeure à la discrétion du préfet³. Elle ne constitue qu'une « mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit »⁴ et l'application de la circulaire ne fera donc l'objet que d'un contrôle minimal.

En outre, le fait de se présenter spontanément en préfecture, armé d'un document d'identité, pour demander à être régularisé n'est pas sans danger pour le requérant : certaines préfectures n'hésitent pas à interpellier ces étrangers pour prendre à leur égard un arrêté d'OQTF⁵. En un sens, cet arbitraire s'impose puisque la régularisation concerne par définition les étrangers qui ne peuvent pas faire valoir de droit à un titre de séjour ; mais l'on sait aussi que cette situation est bien souvent produite par le verrouillage de la politique d'immigration

scolarisation effective de l'enfant, naissance en France de l'enfant ou résidence habituelle en France, absence de lien de l'enfant avec son pays d'origine, preuve de la contribution effective des parents à l'éducation de l'enfant et réelle volonté d'intégration des familles.

1 Cournil (C.), « La régularisation, une pratique injuste et inefficace », *Plein droit* n° 76-1, 2008, p. 46.

2 Circulaire n° INTK1225185C du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour présentées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

3 C. E., 4 février 2015, Ministre de l'intérieur c/M. B... A..., n° 383267, 383 268.

⁴ C. E., 4 février 2015, Ministre de l'intérieur c/M. B... A...

5 Certes, la pratique des convocations dites « déloyales » permettra au juge d'annuler la procédure, mais, dans le cas où l'étranger se présente de lui-même, ou si le motif de la convocation est sans ambiguïté, la procédure sera jugée régulière (Circulaire JUS/D/06/30 020/C & CRIM.06.5/ EI-21.02.2006 du 21 février 2006 *relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponse pénale*). Pour un point de vue ethnographique sur ces convocations-pièges et leur interdiction, voir Le Courant (S.) « Le poids de la menace. L'évaluation quotidienne du risque d'expulsion par les étrangers en situation irrégulière », *Ethnologie française* n° 45, 2015, p. 123-133.

économique ainsi que par la précarité et l'incertitude qui pèsent sur le renouvellement des titres de séjour. En d'autres termes, de telles mesures prétendent remédier à la précarité qu'elles ont-elles-mêmes créée par une autre forme de précarité, et elles découlent de façon nécessaire de l'écart qui existe entre la réalité des flux migratoires et les règles qui prétendent y mettre fin, c'est-à-dire de l'absence d'encadrement juridique adéquat de la situation des étrangers défavorisés aujourd'hui.

Chacun de ces phénomènes représente un défi pour le maintien de l'ordre public, fonction cardinale de l'État. Toutefois, on sait que ce défi peut également représenter une chance sur le plan de la politique intérieure, car la revendication d'une politique de maîtrise de l'immigration et de fermeture des frontières remporte généralement un certain succès dans l'opinion publique. L'immigration irrégulière présente un coût humain, mais également un bénéfice politique : entre les deux, le choix est vite fait. Ces dysfonctionnements, quoique véritablement problématiques, ne constituent donc pas en soi un aiguillon suffisamment puissant en faveur d'une réforme du droit des étrangers ; mais ils ont, plus indirectement, deux conséquences dommageables pour l'État, qui sont les contestations de la part de la société civile et, à travers leur dénonciation de l'instrumentalisation du droit, la perte de confiance dans l'édifice juridique et donc la fragilisation potentielle des normes dans leur ensemble.

c. La contamination interne

Sans entrer dans le détail des mouvements, initiatives, réseaux, associations et collectifs divers suscités par la volonté de remettre en question le traitement infligé aux étrangers, il nous suffira de souligner que la stratégie de guerre larvée provoque en retour une mobilisation, certes plus ou moins forte et audible, au sein des États qui la mettent en œuvre. Or, ce qui nous intéresse dans ce phénomène, c'est qu'il ne prend pas simplement la forme de l'expression d'un désaccord politique, si virulent soit-il, mais d'une action bien plus profonde contre les pratiques étatiques, qui va jusqu'à la désobéissance civile. Cette tendance s'explique en partie par le fait que, parce que les lois adoptées tendent concrètement à dénier des droits pourtant officiellement reconnus aux étrangers, leur contestation peut assez couramment déboucher, au terme d'un processus plus ou moins long, sur une victoire en justice. La stratégie de la guerre larvée, dans son principe même, consistant à édicter des normes qui ne sont pas respectées dans la pratique, met en péril l'assise politique de l'État, puisqu'elle ouvre la porte à sa condamnation régulière¹ par les instances gardiennes du droit, et non uniquement par des citoyens ordinaires, si

¹ Ce qui ne signifie pas pour autant que l'État renonce à ces pratiques : voir les analyses de la rétention et de la zone d'attente au chapitre I, II.

nombreux soient-ils. Nous avons abordé ce phénomène dans la première partie, mais nous allons l'analyser plus en détails à l'aide de deux exemples.

Le premier exemple est incarné par l'agriculteur Cédric Herrou, militant désormais emblématique¹ de la mobilisation de nombreux citoyens de la vallée de la Roya² contre les pratiques des douaniers français consistant à refouler les migrants vers l'Italie. Son action a commencé comme celle de la plupart des autres habitants de la vallée engagés pour la même cause³ : par une rencontre de hasard avec des migrants perdus sur les routes de cette enclave française en territoire italien, et qu'il accepte de conduire jusqu'à Menton, avant d'en héberger chez lui. S'ensuit une saga judiciaire dont il serait fastidieux de retracer chaque étape mais dont nous pouvons retenir les deux faits suivants : d'une part, le préfet des Alpes-Maritimes a été condamné à plusieurs reprises pour atteinte au droit d'asile⁴, et le Conseil constitutionnel a finalement donné raison (partiellement, du moins), aux opposants au « délit de solidarité ». En l'espèce, Herrou et Mannoni faisaient appel contre leur condamnation à de la prison avec sursis pour avoir transporté des migrants irréguliers ; ces actions illégales étaient revendiquées par eux, comme par l'ensemble des citoyens engagés, au nom de la solidarité élémentaire consistant à ne pas laisser errer des étrangers perdus dans une région montagneuse et peu densément peuplée. Le terme de « délinquants solidaires » était souvent employé pour les désigner, afin de souligner en quoi l'illégalité de leurs actions entraînait en conflit avec les principes même de la République, et donc de les légitimer au nom de la désobéissance civile. Or, le fait que le Conseil constitutionnel ait reconnu qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national. »⁵ et que les exemptions aux condamnations pénales pour délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers prévues par l'article L622 du Ceseda étaient insuffisamment protectrices car « l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite », vide d'une grande partie de leur substance les actions menées par l'État contre ces individus.

1 Voir le documentaire de Toesca (M.), *Libre*, SaNoSi Productions, 2018, qui retrace son action et ses démêlés avec les autorités depuis 2015 jusqu'à la reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe de fraternité. On pourrait également citer les actions menées par P.-A. Mannoni et M. Landry, qui leur ont également valu des déboires judiciaires répétés, mais c'est au nom de C. Herrou qu'est désormais associé le principe de fraternité.

2 Voir notamment les associations Habitat et citoyenneté et Roya citoyenne (<http://www.habitatetcitoyennete.fr/> et <https://www.roya-citoyenne.fr/>).

3 Voir en particulier le reportage de Duplessy (J.), Champagne (A.), « Les Passeurs d'humanité », *Témoignage chrétien*, hiver 2019 p. 83-91.

4 Voir les ordonnances citées au chapitre 2, II.

5 C. C., 6 juillet 2018, QPC, *M. Cédric H. et autre - Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger*, n° 2018-717/718.

Autrement dit, tant les pratiques de refoulement à chaud menées à la frontière franco-italienne que la criminalisation de ceux et celles qui aident les migrants à gagner les grandes villes de la région pour y déposer une demande d'asile ont été sanctionnées par les autorités judiciaire et administrative. La stratégie consistant à mener une guerre larvée contre les migrants, en ne respectant pas dans les faits les droits que les textes leur reconnaissent pourtant, n'est guère viable pour l'État, du moins un État démocratique et de droit comme la France, puisque des instances de contrôle viennent bien vite le sommer de mettre fin à ces pratiques. Cela ne signifie aucunement, notons-le, que ces arrêts soient suivis d'un changement effectif dans le traitement réservé aux étrangers : la situation à la frontière franco-italienne n'a en réalité guère changé, et la multiplication des ordonnances de tribunaux semble dépourvue de prises sur la gestion policière. On pourrait faire le même constat désabusé s'agissant de la situation à Calais. Pour autant, cela ne signifie pas que ces condamnations judiciaires soient absolument inoffensives ; elles sont symboliquement et politiquement lourdes de conséquences pour un État qui prétend respecter le droit, justement. Elles font éclater le conflit toujours latent entre logique de puissance ou de raison d'État et logique juridique analysé au chapitre 2. On pourra mieux cerner cet aspect à l'aide du deuxième exemple que nous avons retenu, et qui concerne l'action d'une association d'aide aux étrangers, le GISTI.

Il s'agissait pour les juristes, avocats ou membres de la haute administration qui ont fondé le GISTI (Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés) en 1972 de hausser au niveau du droit un « problème considéré traditionnellement comme ne relevant pas vraiment du droit »¹, c'est-à-dire de mettre au service de la défense des immigrés une arme alors exclusivement employée pour les contrôler, de façon d'ailleurs très informelle. L'objectif était de retourner le droit contre ceux qui le font, de le mettre au service des étrangers et non de l'administration, afin d'ouvrir le champ de ce qui serait vraiment un droit *des* étrangers, un droit respectueux de leurs droits fondamentaux.

Concrètement, cette action a pris deux formes : la publication des circulaires administratives et le recours en justice. Les circulaires internes à l'administration avaient à l'époque une force normative sans avoir besoin d'être publiques : leur publication était donc en soi un travail de dénonciation et de contestation, au-delà de l'objectif consistant à donner aux défenseurs des étrangers une connaissance précise des règles qui leur étaient opposées. En effet, mettre sur la place publique la manière dont l'administration, en interne, interprétait et appliquait les lois revenait à souligner les éventuelles distorsions de la norme et l'arbitraire qui

1 Israël (L.), « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, n° 62, 2003, p. 116.

régnait dans ces pratiques¹. La seconde stratégie a consisté en de nombreux recours en justice, qui ont abouti à plus de quatre-vingts arrêts, dont deux seront inscrits au GAJA² et un grand nombre au recueil Lebon³. Cette stratégie était en soi novatrice, au sens où elle rompait avec la pratique du « secours juridique » initiée par la Ligue des droits de l'homme, qui privilégiait le recours gracieux ou hiérarchique et tentait de « minimiser autant que possible les effets politiques au-delà de la résolution des cas individuels »⁴. Il suffit de regarder la liste des droits aujourd'hui reconnus aux étrangers pour constater que leur origine est très largement jurisprudentielle et issue de mobilisations politiques de la part de certains acteurs de la société civile. Aujourd'hui, la plupart des associations de défense des droits des étrangers n'hésitent plus à intenter des recours. On peut voir dans cette généralisation du recours au droit la preuve d'une efficacité réelle, quoique indirecte et toujours fragile, de cette stratégie ; elle permet d'obtenir une existence médiatique pour la cause des étrangers, d'une part, mais aussi et surtout de combattre l'État sur son propre terrain, à l'aide de ce qui, par excellence, est son arme et son instrument. Cette guérilla juridique permet au moins d'améliorer certaines situations individuelles et complique pour l'État le maintien de ses pratiques illégales. Plus généralement, ce que Lochak a dénoncé sous le nom d'infra-droit signale la difficulté qu'il y a pour un État non ouvertement autoritaire à piétiner ses propres principes. Mettre au jour des pratiques ponctuelles contraires aux principes du droit revient à affirmer qu'elles font en fait subir au droit *en général* une dévaluation, en raison de la « transparence du droit à la politique »⁵ qu'elles

1 « Leur caractère officieux [des circulaires] — qui empêchait par définition tout recours — était contesté, ainsi que leur contenu puisqu'elles édictaient de fait des règlements, ce qui ne relevait pas normalement du pouvoir des ministres qui les produisaient. Hormis la contestation devant la juridiction administrative, une autre forme de lutte particulièrement intéressante consistait donc tout simplement à publier ces circulaires, afin de briser l'absurdité qui faisait qu'il existait des règles que les gens — en l'occurrence les immigrés — devaient respecter sans possibilité de les connaître. La volonté de rendre ces textes publics s'inscrivait donc dans un raisonnement typiquement juridique selon lequel une règle n'est opposable que si elle est connue. Ces circulaires, obtenues grâce aux contacts — bien sûr officieux — du GISTI dans la haute administration, étaient ainsi rendues plus conformes aux règles mêmes du droit par l'intervention de l'association. », Israël (L.), « Faire émerger le droit des étrangers... », *art. cit.*, p. 140.

2 Notamment l'arrêt du C. E. du 8 décembre 1978 qui consacre au titre des « principes généraux du droit » le droit à vie familiale normale.

3 Parmi lesquels l'arrêt du 24 novembre 1978 consacrant la primauté de la convention internationale, celui du 27 septembre 1985 consacrant le délai d'un jour franc en matière d'éloignement (C. E., 27 septembre 1985, n° 54114, GISTI), celui de la même date sanctionnant le régime d'exception dans les DOM, celui du 21 avril 1997 sanctionnant certaines dispositions de la circulaire Pasqua (C. E., 21 avril 1997, GISTI, n° 158919), celui du 23 avril 1997 affirmant le lien entre droit à la sécurité sociale et régularité du séjour (C. E., 23 avril 1997, GISTI, n° 163043).

4 Israël (L.), *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, p. 66. L'auteure retrace l'émergence de pratiques plus offensives avec la création de collectifs d'avocats contestant en justice la légitimité de la colonisation, et montre comment cet usage offensif du droit sera dynamisé par la répression exercée contre les acteurs de Mai 68.

5 Lochak (D.), « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, n° 5, mai 1976 (numéro spécial), p. 205.

laissent apparaître. Parce qu'il dépouille le droit de sa fonction protectrice face à l'arbitraire, l'infra-droit met en péril la notion même d'État de droit.

Pourtant, le bilan concret, au-delà de ces victoires de prétoire, peut être considéré comme maigre et

on a malgré tout le sentiment que, dans l'ensemble et sur le long terme, la jurisprudence a accompagné plus qu'elle n'a vraiment canalisé la précarisation du droit au séjour, la fragilisation de la protection accordée aux demandeurs d'asile, l'accroissement des pouvoirs de l'administration et de la police.¹

Nous l'avons vu au chapitre 2 avec l'exemple de la rétention administrative : la condamnation en justice d'une pratique contraire à la loi peut déboucher non pas sur son abandon, mais tout simplement sur sa légalisation *a posteriori*, et ce mouvement est constant dans le cas du droit étranger. En ce sens, toute victoire est aussi une défaite aux yeux des militants, puisqu'elle constitue pour l'État un aiguillon l'amenant à raffiner et complexifier son édifice normatif, afin de masquer plus efficacement l'écart entre les droits proclamés et les pratiques effectives

Ainsi, on constate que la faiblesse relative de l'État face au phénomène des migrations, la violence croissante aux frontières, le point aveugle de l'immigration irrégulière et les mobilisations de la société civile pour « défendre en justice la cause des étrangers »² ne suffisent pas à faire basculer le droit des étrangers dans une logique moins unilatérale. On assiste à une alternance de mesures exprimant la raison d'État, de contestation politique et judiciaire de ces mesures, et de leur modification à la marge pour réduire l'écart avec les réquisits de l'ordre juridique. En dernier ressort, ces éléments, qui manifestent l'absence d'un droit des étrangers véritablement pacificateur, se révèlent insuffisamment problématiques pour pousser l'État à encadrer de façon plus équilibrée le statut juridique des étrangers. La stratégie de guerre larvée s'expose certes à des critiques et des contestations permanentes, qui ne sont pas dénuées d'efficacité ponctuelle, mais elle parvient à se pérenniser au prix d'ajustements constants. Le décrochage entre logique réaliste et logique normative ne se résorbe pas, malgré toutes les difficultés auxquelles la première se trouve confrontée.

Face à ce constat, la nécessité d'un principe d'hospitalité n'est qu'augmentée : seul un réaménagement profond de la souveraineté et du droit d'exclusion qu'elle revendique pourrait

1 Lochak (D.), « Défendre la cause des étrangers en justice », intervention faite dans le cadre d'un colloque organisé par le GISTI le 15 novembre 2008, et mise en ligne sous le titre « Défendre la cause des étrangers : portée et limite de l'arme contentieuse », URL : <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=defendreetrangers>.

² Pour reprendre le titre d'une intervention (déjà citée) de Lochak.

amener à une véritable prise en compte du point de vue des étrangers dans l'élaboration des normes juridiques. Car le fait de la circulation internationale, régulière ou irrégulière, demeure, et appelle un encadrement juridique adapté. Cependant, la résilience de la logique de guerre larvée, dont nous venons d'analyser quelques illustrations, risque de mettre en péril tout projet de restructuration du droit des étrangers. Se pose alors la question de l'application pratique du principe d'hospitalité : si l'État, dans sa conception atomistique de la souveraineté, se montre si créatif quand il s'agit de préserver l'unilatéralité de ses règles à l'égard des étrangers, une transformation radicale et coûteuse de ces mêmes règles semble d'emblée condamnée à l'échec. Il s'agit donc, dans les deux sections qui suivent, de revenir à la définition de ce principe et de s'interroger sur sa mise en œuvre concrète.

II. L'hospitalité comme principe juridique

Beck exprime en termes éloquents cette tension entre tentation de puissance et nécessité de l'hospitalité :

Le cosmopolitisme/la cosmopolitisation n'exclut pas les nations, il/elle les inclut. Mais la dualité entre national et cosmopolite existe bel et bien dans la perspective nationale. Cette idée est généralement source de malentendu. Celui qui essaie d'échapper à la perspective nationale affirme que la dichotomie entre national et cosmopolite est exclusive (ou bien/ou bien) ; mais il ne voit pas ce que la perspective cosmopolite prend pour acquis, à savoir que l'articulation entre national et cosmopolite est inclusive (et/et). Aucune nation ne se présente comme équivalente à l'humanité. L'idée que les nations rêvent d'intégrer tous les Hommes est hors de propos, ne serait-ce que parce que chaque nation présuppose la dualité entre national et international. Le cosmopolitisme non plus ne cherche pas à créer une communauté mondiale, à la manière des Chrétiens qui imaginaient convertir toute la planète. Au contraire, le cosmopolitisme signifie que toutes les nations, toutes les religions, tous les groupes ethniques, toutes les classes, etc. sont et se considèrent comme obligés de constituer une communauté destinée à assurer leur survie, étant donné le développement de la civilisation et son potentiel autodestructeur.¹

La tentation de mener une pure politique de puissance témoigne d'un statocentrisme ou, dans les termes de Beck, d'une logique exclusive, dont il est difficile de se déprendre car notre perception de la réalité se fait le plus souvent à travers le filtre de l'État, même si l'essor des phénomènes transnationaux tend à en atténuer la prégnance. Ce statocentrisme explique pourquoi le principe d'hospitalité n'est pas reconnu dans le système juridique actuel et est dépourvu de toute institution destinée à en garantir l'effectivité. Aujourd'hui, l'hospitalité n'est

1 Beck (U.), « Nationalisme méthodologique... », *art. cit.*, p. 117.

ni un terme juridique technique ni un concept politique classique¹ ; il s'agit plutôt d'un terme éthique qui énonce une valeur, associée le plus souvent à la sphère domestique et privée. Telle est d'ailleurs précisément, nous semble-t-il, la raison pour laquelle la notion d'hospitalité est fréquemment employée pour dénoncer le mauvais accueil réservé par les États aux migrants : le passage au registre *éthique* est rendu nécessaire par l'absence relative de devoirs *juridiques* des États envers les étrangers. Parce que le système juridique actuel ne fait pas obligation aux États de procurer des voies légales d'entrée aux migrants, quels que soient les motifs de leur mobilité, le vocabulaire de l'hospitalité sert à faire valoir un devoir moral des États en la matière². En ce sens, démontrer l'existence d'un principe d'hospitalité comme corollaire de la souveraineté étatique et de son principe de clôture revient à quitter le sol de l'empirie pour se hausser au niveau d'un droit purement théorique, qui semble ne rien nous dire de la réalité. Le changement est d'autant plus difficilement envisageable que, nous l'avons souligné à de nombreuses reprises, tout l'édifice juridique actuel est centré sur les États, et que l'étranger constitue de ce point de vue un véritable point aveugle.

Cependant, si la perspective étatique tend à invisibiliser le principe d'hospitalité, à s'affirmer dans une logique unilatérale et de puissance, elle ne fait que souligner en creux par ces pratiques-mêmes le besoin d'un aménagement juridique et l'intrication véritable qui existe entre souveraineté et hospitalité. À ce titre, nous souscrivons pleinement à l'analyse d'Agier envisageant ce qu'il est convenu d'appeler « la crise des migrants » plutôt comme une « crise des États-nations face à la mobilité »³ qui manifeste l'absence d'encadrement satisfaisant de ce phénomène de plus en plus prégnant, et rend donc nécessaire l'invention d'une hospitalité juridique. On pourra mieux cerner comment nous comprenons cette relation entre hospitalité et

1 Bien que le sens institutionnel et collectif de la notion soit aussi ancien que le terme lui-même, sa dimension politique n'est pas aussi nette : nous nous appuyons ici sur la définition qu'en propose Rey dans son *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1992 : apparu vers 1206, « le mot désigne l'hébergement gratuit et charitable qui correspond à l'accueil des voyageurs, des indigents, dans les couvents, dans les hospices et hôpitaux (...). Au XVI^e siècle, il est réemprunté, dans le contexte antique, pour "droit réciproque de protection et d'abri, parallèlement à l'emploi général pour 'fait de recevoir, loger, nourrir quelqu'un sans contrepartie', et, par extension 'bon accueil' ».

2 Pour une analyse critique de ce décrochage de la sphère politique à la sphère éthique, voir les analyses de Bessone (M.), « Le vocabulaire de l'hospitalité est-il républicain ? », *Éthique publique*, n° 17, 2015 URL : <http://ethiquepublique.revues.org/1745> : « Dans le langage de la philosophie publique républicaine, si les citoyens français sont gouvernés au nom d'exigences politiques de *justice*, les étrangers, eux, relèvent uniquement d'obligations éthiques d'*hospitalité*. En d'autres termes, le traitement de l'immigration par l'hospitalité traduit la tentative de découpler pour les étrangers ce qui est associé pour les citoyens, le politique et l'éthique – ce qui a pour effet d'exclure les étrangers de la sphère légitime du politique ». Toutefois, les appels à inscrire l'hospitalité dans le corpus juridique sont nombreux : Voir en particulier Agier (M.), *L'Étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Seuil, Paris, 2018, p. 141-142, Wihtol de Wenden (C.), « Vers un droit universel à la mobilité », *Migrations Société* n° 121, 2009, p. 39-43, ou encore Delmas-Marty (M.), « Faire de l'hospitalité un principe », *Le Monde*, 12/04/2018.

3 Agier (M.), *L'Étranger qui vient...*, *op. cit.*, p. 10.

souveraineté par analogie avec la façon dont Balibar a envisagé la relation entre égalité et liberté dans ses écrits sur ce qu'il a appelé « la proposition de l'égaliberté » : même si ces deux notions peuvent paraître à première vue entretenir une relation de concurrence mutuelle, où (comme dans le modèle du balancier analysé en introduction) préserver l'une, c'est affaiblir l'autre, il montre que ces deux principes, loin d'être en concurrence, se fondent mutuellement et fonctionnent comme les deux faces d'une même médaille. Les opposer revient à adopter un raisonnement abstrait consistant à considérer comme deux moments logiquement indépendants et successifs des réalités profondément solidaires. Il considère que le moment révolutionnaire, à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a affirmé la « réversibilité des deux termes »¹ d'égalité et de liberté.

L'innovation révolutionnaire consisterait donc en son identification des deux concepts (...) Si on veut bien la lire à la lettre, la Déclaration dit en fait que l'égalité est identique à la liberté, est égale à la liberté, et inversement. Chacune est exacte « mesure » de l'autre. (...). Ce qui la sous-tend n'est pas la découverte intuitive ou la révélation d'une identité des idées d'Egalité et de Liberté, ne serait-ce que parce que celles-ci sortent complètement transformées de leur expérience révolutionnaire. Mais c'est la découverte historique, qu'on peut tout à fait dire expérimentale, que leurs extensions sont nécessairement identiques. En clair, que les situations dans lesquelles elles sont présentes ou absentes l'une et l'autre sont nécessairement les mêmes. Ou encore, que les conditions historiques (de fait) de la liberté sont exactement les mêmes que les conditions historiques (de fait) de l'égalité.²

On retiendra deux éléments de ces remarques : le premier est l'ancrage historique de ce discours, qui montre en quoi les termes du problème politique et juridique varient au fil des circonstances : de même, ce que nous allons déployer dans les pages qui suivent vaut pour notre époque, et non pas de façon anhistorique. Deuxièmement, on peut procéder par analogie pour saisir la relation entre souveraineté (au sens de la mainmise d'un État sur une population et un territoire, et surtout du droit d'exclusion qui en est le corollaire) et hospitalité. Les deux notions ne s'opposent pas, dans la mesure où l'hospitalité présuppose la fermeture ou plutôt la *délimitation* de la communauté, mais la réinscrit dans la perspective plus large des interactions en général. L'hospitalité n'est que le nom que nous donnons à l'aménagement pacifié du fait incontournable de la circulation internationale, fait qui *rend visible*, négativement, le soubassement juridique dont la souveraineté, comme clôture de la communauté politique, a besoin. L'ancrage normatif de ce principe tient tout autant à l'examen du monde qui nous entoure, où la circulation internationale prend sans cesse de l'ampleur et crée des tensions

1 Balibar (E.), « La proposition de l'égaliberté » in *La Proposition de l'égaliberté*, PUF, Actuel Marx, Paris, 2012, p. 67.

2 Balibar (E.), « La proposition de l'égaliberté », *art. cit.*, p. 68-70.

nouvelles, qu'à l'examen de la logique interne du droit, en vertu de laquelle toute interaction doit être normée pour être pacifiée : l'hospitalité fait à la fois figure d'idéal régulateur et de nécessité triviale pour régler des problèmes aigus.

La question qui se pose consiste alors, si l'on prend au sérieux l'écart existant entre le système actuel et celui que nous défendons, à déterminer quelles sont les transformations à opérer, et si elles sont de l'ordre du possible.

1. *Prémisses actuelles du principe d'hospitalité*

En réalité, on peut trouver même dans le système juridique international certaines prémisses du principe d'hospitalité, notamment dans l'ébauche de ce qu'il est convenu d'appeler la « gouvernance mondiale des migrations »¹.

Il nous faut apporter d'emblée un bémol à cette thèse : comme l'ensemble des règles du droit international, cette ébauche prend une forme contractuelle, celle de traités et pactes que signent uniquement les États volontaires. On peut reprendre ici la distinction posée par Chemillier-Gendreau entre la loi et le contrat : le second n'est que la confrontation d'intérêts privés et relève donc en dernier ressort du droit du plus fort, alors que la loi suppose le dépassement de cette confrontation en vue de l'élaboration de valeurs communes. Dans notre vocabulaire, seule la seconde serait pleinement relationnelle. Ainsi,

dans une société de nature politique, bien qu'il existe un principe de liberté contractuelle (« *Je peux, avec un partenaire consentant, me lier par contrat sur n'importe quel objet* »), celui-ci a pour limite le fait que certains objets sont déclarés illicites par la loi. L'illicéité ainsi affirmée sert de limite à la liberté contractuelle (« *Mon assureur ne peut m'assurer pour mes contraventions éventuelles au code de la route, car je ne peux passer outre aux conséquences d'un acte illicite par les termes d'un contrat* »). Et l'exigence que des actes de nature contractuelle soient subordonnés à d'autres règles qui seraient communes à tous est l'exemple de ce qui structure une société. Sans doute, en droit international, est-il aujourd'hui admis qu'un contrat puisse être nul pour contrariété avec une norme de droit impératif général (*jus cogens*). Cela constitue un projet de structuration de l'ordre juridique au sein de la société internationale, mais il correspond à si peu de situations concrètes qu'il n'y a là que les balbutiements encore informes de valeurs communes. La société mondiale est faite d'entités séparées, poursuivant chacune son propre intérêt et restant ainsi étrangère à la notion d'intérêt commun.²

1 Ainsi définie par Beaujeu (M.) : « un traitement des migrations internationales conforme à la réalité mondiale de ces déplacements et associant étroitement les différentes parties prenantes des phénomènes migratoire », dans « Vers une gouvernance mondiale des migrations : enjeux, réalités et perspectives », *Migrations et Société* n° 121, 2009, p. 147.

2 Chemillier-Gendreau (M.), *De la guerre à la communauté universelle. Entre droit et politique*, Fayard, Paris, 2013, p. 194-195.

Il n'y a donc pas de structuration de la société internationale sous la forme d'une loi, malgré son interconnexion croissante, parce que les valeurs communes n'y sont qu'au stade du « balbutiement ». Dans la perspective de l'auteure, c'est le principe de souveraineté qui empêche l'émergence de ces valeurs communes ; toutefois, elle s'en tient à une analyse de la souveraineté comme affirmation unilatérale de la mainmise d'un pouvoir sur un territoire et une population. Considérée sous cet angle, il est clair que du droit au sens fort que nous lui donnons, comme aménagement réciproque des inter-actions *comme telles*, ne peut guère surgir entre les États. Chacun prétend se déployer sans prendre les autres en compte, sauf lorsqu'il y est forcé, sous la forme du contrat : l'espace de la loi est d'emblée fermé. Toutefois, nous avons tenté de montrer qu'une telle approche de la souveraineté relevait d'un contresens sur ce qu'est le droit, et que les conséquences concrètes de ce contresens, à savoir le risque de conflits entre les États et les étrangers, étaient aujourd'hui plus sensibles que jamais. Dans cette perspective, l'émergence de valeurs communes ne relève plus tant du consensus miraculeux que de la nécessité impérieuse. Or, s'agissant de la gestion des migrations en droit international, on peut constater deux tendances contradictoires qui résument parfaitement les deux faces de notre problème.

En effet, si l'on observe même superficiellement la manière dont le droit international contemporain fait place à la question de la circulation internationale, on ne pourra que remarquer que cet enjeu est cruellement absent des thèmes abordés au G7 ou au G20, par exemple, c'est-à-dire qu'il ne fait guère partie de la liste des sujets de préoccupation officielle¹, et qu'il n'existe pas d'organisme international chargé de proposer des pistes pour le régenter de façon unifiée. À l'exception du HCR en charge de la question des réfugiés, il n'existe pas d'instance de l'ONU dédiée à ces questions : l'Organisation internationale des migrations est à l'origine une ONG indépendante (certes désormais plus étroitement associée à l'ONU). C'est là une singularité révélatrice de l'approche souverainiste qui prévaut en la matière : les États y gardent la main et ils répugnent manifestement à voir l'ONU s'emparer de ce sujet. Il est vrai que, depuis 2006, le *Global Migration Group*, créé sous l'impulsion du secrétaire général de l'ONU Kofi Annan, rassemble 14 agences de l'ONU, comme l'Unesco et l'Unicef, ainsi que l'OIM et la Banque mondiale, afin de travailler spécifiquement sur le sujet des migrations. Mais cet assemblage hétéroclite de comités spécialisés témoigne d'une réelle difficulté à faire émerger ce sujet dans son unité et sa singularité, et en particulier à ne pas le rabattre sur la question du développement. Ainsi, même si, depuis les années 2000, on assiste à l'émergence

1 Même si une inflexion se fait jour depuis 2015 et la « crise des migrants » en Europe.

de ce que Pécoud a qualifié de « discours international sur les migrations »¹, il est à ses yeux grevé de deux biais, qui expliquent que la liberté de circulation ne soit jamais envisagée au sein de ces institutions :

le premier est un biais utilitariste, qui n'aborde pas la mobilité comme un droit mais comme une stratégie (de réduction de la pauvreté dans les pays de départ, ou de croissance dans les pays de destination). Pour reprendre un terme du jargon des OI, les migrations devraient être correctement « gérées » afin de produire des effets optimaux. La liberté de se déplacer est donc subordonnée aux conséquences économiques de ces déplacements. Le second est un biais sédentariste, qui accepte (voire encourage) la mobilité, mais sans remettre en cause le lien entre les migrants et leur pays d'origine. Même mobiles, les individus demeurent des citoyens de leur État : s'ils le quittent, c'est pour y revenir, ou du moins pour favoriser son développement.²

Autrement dit, et cela est directement lié à la place centrale occupée par les États sur la scène du droit international, la mobilité interétatique est envisagée comme une *anomalie à résorber* par la solidarité et le développement économique ; les migrations sont abordées comme des problèmes à « gérer » (le terme est omniprésent) plutôt que comme un droit à promouvoir ou un phénomène à encadrer sans nécessairement tenter de le diminuer. En témoigne le dernier texte en date, qui fut pourtant, inflexion notable, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 19 décembre 2018, intitulé « pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières »³, qui met sur le même plan lutte contre les discriminations, secours aux migrants empruntant des voies dangereuses, lutte contre les causes de la migrations et facilitation des reconduites et retours vers les pays d'origine.

Au-delà de ce cas particulier, on ne peut que constater le très faible nombre de textes internationaux destinés à régir le statut des étrangers. Alors que rapports et analyses sont pléthoriques, l'encadrement normatif spécifique est presque inexistant. Il est d'ailleurs frappant, si l'on met ce constat en regard avec la situation effective réservée aux étrangers en France et ailleurs, de constater combien les analyses d'Arendt⁴ sur le manque d'effectivité des droits de l'homme sont pertinentes : parce que les étrangers ne sont titulaires « que » des droits de l'homme, sans que leur statut soit encadré de façon plus précise, leurs droits fondamentaux sont tendanciellement fragilisés. Ce relatif vide juridique contraste avec le nombre de textes édictés par les Comités de l'Onu pour promouvoir les droits de catégories spécifiques ciblées en raison

1 En particulier les *World Migration reports* publiés par l'OIM.

2 Pécoud (A.), « Liberté de circulation et gouvernance mondiale des migrations », *Éthique publique* n° 17-1, 2015. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1749> .

3 ONU, 11 décembre 2018, « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières ». URL : <https://www.un.org/fr/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>.

⁴ Chapitre 3, I.

de leur vulnérabilité, comme les enfants¹, les femmes² ou les personnes handicapées³. S'agissant des étrangers, et si l'on laisse de côté le cas particulier des réfugiés, pour lesquels le contexte d'après-guerre a beaucoup joué, le texte le plus ambitieux est la Convention sur les droits des travailleurs migrants et de leurs familles⁴, mais elle n'a été ratifiée que par des États de départ et non de destination. Ainsi, l'organisation internationale du statut des étrangers est paralysée par la prédominance de la figure de l'État souverain, et l'on semble retomber sur l'aporie entre souveraineté et hospitalité.

Pour autant, s'en tenir à un tel constat serait trop schématique, car les textes appelant à une gouvernance mondiale des migrations participent malgré tout d'un mouvement de « construction des migrations en bien public mondial »⁵. Ils promeuvent certes une approche multilatérale qui demeure centrée sur les États et sur le modèle du contrat, mais ils tentent de faire émerger les conditions d'une « bonne mobilité », c'est-à-dire d'une mobilité qui soit favorable à tous les acteurs impliqués. On peut voir dans ce type d'approche des tentatives pour faire émerger des valeurs communes dans le mode d'appréhension de la question des migrations et donc pour dépasser peut-être un jour l'approche contractuelle au profit de l'édiction d'une norme ayant un statut plus fondamental. Par ailleurs,

le rapport publié en 2006, juste avant l'ouverture du Dialogue de haut niveau des Nations unies sur les migrations et le développement, intitulé Mondialisation et interdépendances : migrations internationales et développement, appréhende les migrations en tant qu'effets directs de la mondialisation et pose clairement le paradoxe que constituent la réalité mondiale de ces mouvements de populations et l'absence de mécanismes de régulation globale. L'argument avancé est alors que, tout comme la mondialisation, les migrations constitueraient un fait sociologique qu'il serait vain de vouloir ignorer.⁶

L'ambiguïté des acquis du discours sur la gouvernance mondiale des migrations peut se résumer à travers l'ambivalence des connotations associées au terme de « gestion » :

La première concerne le caractère inévitable des migrations : s'il est nécessaire de gérer les migrations, c'est parce que ces dernières sont une caractéristique incontournable des sociétés humaines, qu'on le veuille ou non ; en ce sens, *gestion* se distingue de *contrôle*, terme qui suppose que les États puissent, s'ils le souhaitent, fermer leurs frontières de façon hermétique. Mais la gestion suppose tout de même une certaine dose de contrôle : un phénomène géré est un phénomène

¹ Convention relative aux droits de l'enfant, 1989.

² Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), 1979.

³ Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2006.

⁴ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1990.

⁵ Wihtol de Wenden (C.), *La Question migratoire au XXI^e siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Presses de Sciences Po, « Références », Paris, 2014, p. 205.

⁶ Beaujeu (M.), « Vers une gouvernance mondiale des migrations... », *art. cit.*, p. 149.

sous contrôle, qui ne risque pas d'échapper à la capacité de régulation des états ; gestion est donc un terme rassurant, qui laisse entendre que les États gardent la main.

En troisième lieu, ce terme rassure aussi en ce qu'il exclut le chaos et les abus qui caractérisent aujourd'hui les réalités migratoires ; des migrations bien gérées sont à cet égard dans l'intérêt des États, mais aussi des migrants eux-mêmes.¹

Une telle analyse souligne ce que les projets de gouvernance mondiale des migrations ont de décevant et de prometteur à la fois : dans les faits, « les États gardent la main », mais il s'agit de penser les migrations dans l'intérêt aussi « des migrants eux-mêmes » et non plus uniquement des États : ce changement de perspective correspond, potentiellement, à l'abandon de la logique unilatérale qui caractérise aujourd'hui le droit des étrangers au profit d'une approche plus relationnelle. Ainsi, même si l'acquis normatif est très pauvre, certains éléments sont peut-être en place pour permettre un changement d'approche sur la question, qui mettrait véritablement souveraineté et hospitalité sur le même plan.

Sur le plan de la construction d'une approche juridique de l'hospitalité, en revanche, tout reste à faire.

2. L'hospitalité juridique

Il nous faut revenir ici sur l'écart entre le sens juridique que nous tentons de donner à l'hospitalité et les insuffisances associées à sa conception éthique. En effet, Bessone a, après d'autres, souligné en quoi appréhender l'hospitalité comme un principe moral maximaliste la vidait en dernier ressort de toute force effective :

si l'accueil des étrangers relève d'une exigence inconditionnelle, de l'éthique maximaliste du saint ou du héros, alors il est justifiable que nous ne parvenions pas tous à remplir ses exigences. Nous ne pouvons pas être coupables de « *ne pas accueillir toute la misère du monde* » car ce serait une exigence surrogatoire relevant d'une logique sacrificielle, d'un « *altruisme extrémiste* ». ²

On retrouve ici les difficultés posées par la maximisation de la figure individuelle de l'étranger défendue par Le Blanc et Cusset³. Plus profondément, il est pertinent de souligner que l'hospitalité privée est une relation profondément inégalitaire dont la transposition dans le domaine politique reviendrait à entériner l'opposition et la hiérarchisation entre « eux » et « nous ». Dans cette relation, en effet,

1 Pécoud, (A.), « Une nouvelle "gouvernance" des migrations ? Ce que disent les organisations internationales », *Mouvements* n° 93-1, 2018, p. 41-50. URL : <https://www-cairn-info.proxy.rubens.ens.fr/revue-mouvements-2018-1-page-41.htm>.

2 Bessone (M.), « L'(in)achèvement de l'hospitalité », *Esprit*, 2018/7, p. 161.

³ Chapitre 3, III.

se trouvent face à face des sujets au statut ontologique très différent : c'est un agent collectif, un « nous » déjà constitué par le mythe du contrat social républicain qui se trouve placé en position d'accueillant ; les étrangers à la fois individualisés et désincarnés sont placés en position d'accueillis dans ce corps collectif. (...) L'inégalité est un préalable théorique de toute pratique d'hospitalité. Il y a bien une ambiguïté constitutive dans la notion d'hospitalité : tout se passe comme s'il y avait bien un territoire « à nous », sur lequel nous sommes « chez nous » et dont les frontières peuvent s'ouvrir, devraient s'ouvrir plus largement, pour laisser entrer des étrangers désireux de s'y insérer.¹

Cette remarque nous semble tout à fait valable pour la majorité des approches fondées sur l'hospitalité envers les étrangers, qui relèvent en fait du modèle du balancier et tombent dans l'aporie entre l'affirmation de la souveraineté, du « chez nous » et son affaiblissement forcément problématique au nom, en dernier ressort, d'un principe *éthique* qui a du mal à s'imposer politiquement.. On peut également se référer à l'histoire conceptuelle de la notion : Baker² analyse la relation instable, toujours fluctuante, entre droit de communication ou d'hospitalité et droit de propriété chez Vitoria, Grotius et Vattel, montrant que chacun de ces auteurs, à sa façon, accordait une primauté à l'un des deux termes de cette relation. Cela résume assez précisément la difficulté qu'il y a à sortir véritablement de la logique du balancier pour penser ensemble souveraineté et hospitalité. Mais c'est aussi, précisément, ce qui nous fait défendre l'approche spécifiquement kantienne de l'hospitalité. Contrairement aux apparences, sa conception toute négative de l'hospitalité rend possible un remaniement en profondeur de la définition du « chez nous » ou de la souveraineté. Pour de nombreux commentateurs, l'hospitalité kantienne se comprend comme suit :

les étrangers ont droit d'essayer de faire communauté sans pour autant qu'il y ait un devoir de répondre positivement à leur requête. Or, si l'offre peut se heurter à une fin de non-recevoir, il n'est pas évident que la distinction entre la visite et l'installation tienne très bien. Dans un cas comme dans l'autre, *l'interaction est conditionnée par l'attente de la réponse de celui qui accueille*. L'hospitalité suppose donc seulement une régulation de la méfiance infondée : elle maintient la prérogative de l'accueillant tout en accordant le bénéfice du doute à l'étranger. Le droit d'hospitalité kantien *n'est donc en rien une subversion de la souveraineté des États au nom du droit des étrangers*.³

Un tel diagnostic nous semble relever d'une mécompréhension de la conception kantienne de l'hospitalité, dans la mesure où celle-ci ne « maintient » et justifie la souveraineté qu'en la reconfigurant en profondeur : elle n'est fondée que dans l'exacte mesure où elle

1 Bessone (M.), « Le vocabulaire de l'hospitalité est-il républicain ? », *art. cit.*

2 Baker (G.), « Right of entry or right of refusal? Hospitality in the law of nature and nations », *Review of International Studies*, n° 37/3, 2011, p. 1423-1445.

3 Boudou (B.). « Au nom de l'hospitalité : les enjeux d'une rhétorique morale en politique », *Cités* n° 68, 2016, p. 36 (nous soulignons).

accorde une véritable place aux étrangers. Derrière son apparence toute négative, l'hospitalité kantienne endosse une fonction fondationnelle, et c'est en ce sens que nous entendons le « *principe d'hospitalité* » que nous défendons. Ce qui fait sa valeur fondationnelle, c'est qu'elle étaye la revendication du droit d'exclusion souveraine des États tout en accordant un statut juridique aux interactions avec les étrangers comme tels¹. La mainmise de l'État sur son territoire ne peut se concevoir sans accorder à l'étranger un droit de visite, que nous comprenons comme droit d'interagir pacifiquement, car autrement la propriété ou la mainmise étatique, imposées unilatéralement à l'étranger, ne relèveraient que du fait et non du droit. C'est donc, dans le système kantien, de la propriété originaire commune que découle la nécessité d'un droit à l'hospitalité. Nous en retenons deux éléments : le premier est que l'hospitalité, de ce point de vue, s'impose logiquement, comme une clé de voûte sans laquelle le système serait bancal, et c'est en cela qu'elle a valeur de *principe* ; le second est que ce droit est un droit *résiduel*, la trace d'un moment logiquement premier (celui de la communauté originaire recouverte par la fragmentation en États) mais *pas pour autant subsidiaire*, bien au contraire. Le commentaire de Baker est éclairant sur ce statut à la fois résiduel et principiel (au sens de fondateur, de nécessaire pour penser la propriété ou, dans nos termes, la souveraineté) de l'hospitalité :

C'est peut-être pour cette raison que Kant désigne le droit d'hospitalité dans *La Paix perpétuelle* comme « le droit de l'étranger », puisque, dans la mesure où il partage la propriété originaire avec nous, l'étranger dispose d'un certain droit résiduel sur notre territoire, une autorité, qui s'exprime dans le droit limité d'hospitalité dont il dispose : « car tous les hommes ont le droit de se proposer comme membres de la société des autres en vertu de leur droit à la possession originaire commune de la surface de la Terre ». L'hospitalité kantienne passe ainsi de la justification du commerce mondial à quelque chose de bien plus radical : « la (re)distribution des revendications de propriété ». Dans une telle interprétation, l'une des critiques que fait Derrida au droit d'hospitalité kantien — à savoir qu'il présuppose le lieu de l'accueil — rate sa cible. (...) L'hospitalité kantienne se présente comme une limite pour les titres de propriété, dans la mesure où tout à la fois elle reconnaît leur nature provisoire en l'absence d'un contrat social mondial et fournit les conditions (la communication mondiale) grâce auxquelles un tel contrat pourrait surgir.²

En tant que principe distributif, l'hospitalité rend possibles la propriété privée et la souveraineté étatique, comme mainmise sur un territoire et pouvoir d'exclusion, mais en les réinscrivant dans un ensemble plus large sans considération duquel leur droit demeurerait précaire. L'hospitalité comprise en un sens juridique correspond à la prise en compte de la

¹ C'est-à-dire sans rabattre leur statut sur leur nationalité d'origine.

² Baker (G.), « Right of entry or right of refusal? », *art. cit.*, p. 1440 (nous traduisons).

liberté des étrangers dans un système reposant sur la fragmentation en États séparés et, envisagée ainsi, elle fait cruellement défaut aujourd'hui à l'édifice du droit.

En résumé, du point de vue du droit international contemporain, l'hospitalité est à la fois le symptôme du problème et une solution possible. Symptôme du problème en ce qu'elle n'est aujourd'hui ni un principe politique ni une notion juridique, alors qu'elle est omniprésente dans le débat sur la place qu'il faut accorder aux étrangers : cela signale que nous ne disposons pas de catégorie politique ou juridique adéquate pour saisir cet enjeu. Et solution possible si on en fait une catégorie juridique, justement, si on la sort du cadre strictement moral.

L'objectif principal de ces remarques sur le statut principiel de l'hospitalité était de souligner que nous ne défendons pas, ou plutôt pas directement, un droit individuel à l'hospitalité : il ne s'agit pas ici d'ajouter un nouveau-venu à la liste déjà longue des droits de l'homme, parce qu'une telle approche nous fait inévitablement retomber, nous l'avons vu au chapitre 3, dans le modèle du balancier. Pour autant, il va de soi que, l'objectif étant de définir un véritable régime de droits pour les étrangers, la traduction concrète du principe d'hospitalité devra déboucher pour eux sur des possibilités nouvelles. La notion d'hospitalité, en tant que recherche d'interaction, ne nous semble pas devoir être abordée comme un droit individuel qui s'oppose à l'État, et encore moins selon une logique du laisser-faire, de l'autorégulation des mouvements migratoires par les fluctuations économiques, mais comme le soubassement juridique de la délimitation de la communauté politique. Toutefois, du point de vue de l'individu, l'hospitalité prendra bien la forme d'un ensemble de droits consistant à mettre en œuvre des interactions aujourd'hui stoppées. Reste désormais à déterminer la forme concrète que cela peut prendre, pour en mesurer la faisabilité.

III. Du principe aux droits

Dans la perspective kantienne, le droit à l'hospitalité signifie ne pas traiter les étrangers en ennemis ; dans notre analyse, cela signifie que le principe d'hospitalité consistera avant tout à leur accorder le droit de développer leurs interactions du moment qu'elles n'entrent pas en contradiction avec la logique pacificatrice du droit, c'est-à-dire qu'elles ne nient pas l'existence de la communauté politique installée sur le territoire où ils arrivent. Ce droit à déployer des interactions pacifiées structure tellement notre système juridique national que l'on ne le perçoit plus vraiment : par défaut, c'est-à-dire en l'absence de menace pour l'ordre public, d'agression

ou d'intention hostile, les interactions entre les citoyens sont libres, elles ne relèvent pas d'un contrôle *a priori* de la part des autorités étatiques, mais uniquement d'un régime de sanction *a posteriori* en cas d'infraction. Le principe est celui du laisser-faire, en sachant que, en cas de dérapage, l'appareil judiciaire est là pour rétablir un équilibre qui aurait été brisé. Ce que nous proposons s'agissant de l'hospitalité est proche : il s'agit de passer d'un régime d'autorisation préalable à un régime de sanction, à la seule condition que les interactions proposées par les étrangers ne soient pas elles-mêmes unilatérales, c'est-à-dire contraires aux lois en vigueur au sein de la communauté politique déjà constituée, exactement comme c'est le cas pour les citoyens et les étrangers une fois présents sur le territoire national : il s'agit d'atténuer la rupture constituée de ce point de vue par la frontière. Aujourd'hui, le système des visas incarne par excellence le soupçon qui pèse sur les étrangers, ou du moins sur certains d'entre eux (ce qui accentue encore l'arbitraire du système) : la première manifestation concrète du principe d'hospitalité consisterait donc en l'abandon du système des visas, qui met unilatéralement un coup d'arrêt à nombre d'interactions tentées par les étrangers.

À vrai dire, au sein même du territoire, la circulation, comme *condition première de l'interaction*, a longtemps fait l'objet de restrictions et de contrôles, comme nous l'avons montré dans les deux premiers chapitres ; son ouverture a requis un profond nivellement administratif et politique interne. Au sens strict, il ne s'agit pas, dans la proposition que nous défendons ici, de procéder à un nivellement de même nature ni de même intensité. En effet, nous ne disqualifions pas l'existence d'une partition entre nationaux (ou plutôt, dans la perspective qui nous intéresse ici, citoyens) et étrangers, au sens où elle permet la mise en place d'une communauté politique close mettant en œuvre des choix contingents et particuliers. De ce point de vue, il nous paraît légitime que l'accès à la citoyenneté, c'est-à-dire à la possibilité de prendre part aux décisions collectives, demeure tributaire d'un accord préalable de la part de ses membres¹. Tout notre propos a pour but de rendre compte des conditions de possibilité et de légitimité d'une telle clôture de la communauté politique, qui nous semble nécessaire à la démocratie : pour être rationnellement acceptable par ceux qui en sont exclus et ne pas reposer sur un pur coup de force, elle ne peut les traiter *a priori* en ennemis, et donc leur refuser tout accès au territoire sans prendre en compte leur point de vue. C'est en ce sens que nous entendons l'expression de « membres potentiels » que nous avons employée au chapitre

¹ Cela ne signifie d'ailleurs pas nécessairement que cet accès soit difficile et restrictif : l'exemple de la Révolution française, où furent déclarés citoyens les individus non nationaux qui s'étaient ralliés au projet politique révolutionnaire, prouve que cette condition d'accord préalable peut tout à fait se conjuguer avec la fluidité des catégories, si l'on adopte un modèle de constitution d'une communauté politique comme fondée sur un projet commun plus que sur un héritage commun, voire une filiation.

précédent : le fait que les étrangers ne fassent pas partie de la communauté politique relève d'une contingence historique et géographique, au sens où la délimitation des territoires nationaux n'a rien de naturel ou de nécessaire, et où le lieu de naissance d'un individu relève du hasard. Garder cela en tête permet de comprendre la profondeur de la remarque kantienne réduisant l'hospitalité au droit à ne pas être traité en ennemi, parce qu'il n'y a pas de différence *de nature* entre le citoyen et l'étranger : tous deux, à partir du moment où ils entrent en interaction, appartiennent à une même communauté juridique, dont la traduction positive consiste à laisser se faire les interactions non menaçantes pour la communauté politique.

Il peut être utile, de ce point de vue, de revenir aux réflexions engagées par Balibar sur la notion de démocratisation des frontières. En déployant ce thème, il part d'un paradoxe très proche de celui de l'unilatéralité que nous avons souligné s'agissant du droit des étrangers, consistant à souligner que

si les frontières sont instituées, elles doivent aussi être considérées comme des *institutions-limites*, elles représentent un cas extrême de l'institutionnalisation, essentiellement antinomique. Car, en principe au moins, il faudrait qu'elles demeurent stables tandis que toutes les institutions se transforment, il faudrait qu'elles donnent à l'État la possibilité de contrôler les mouvements et les activités des citoyens sans faire l'objet elles-mêmes d'aucun contrôle. Elles sont en somme le point où, même dans les États les plus démocratiques, le statut du citoyen rejoint à nouveau la condition de « sujet », et où la participation politique fait place au règne de la police. Elles sont la *condition absolument non-démocratique*, ou « discrétionnaire », *des institutions démocratiques*.¹

Nous avons déjà exposé ce constat selon lequel les frontières, comme délimitation du périmètre de la communauté, constituent un point aveugle pour le système juridique et son soubassement politique. Ce qui nous intéresse ici, c'est la piste qu'il propose pour dépasser cet état de fait : il s'agit de faire émerger un « droit de cité », comme

libération résolue du droit de séjour et de travail. Ses indispensables régulations ne peuvent résulter que de la négociation et de la reconnaissance des intéressés comme interlocuteurs valables, légitimement habilités à expliquer leur situation, formuler des demandes et proposer des solutions.

On se rend compte alors que le droit de cité, et au-delà la citoyenneté, ne se concèdent pas seulement d'en haut, mais se construisent, pour une part essentielle, d'en bas.²

On retrouve ici les éléments qui seront au cœur de cette section : la démocratisation des frontières, qui correspond de notre point de vue à sa mise en conformité avec les principes du

1 Balibar (E.), « Frontières du monde, frontières de la politique », *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La Découverte Paris, 2001, p. 174.

2 Balibar (E.), « Le droit de cité ou l'apartheid », *Nous, citoyens d'Europe ?*, op. cit., p. 89.

droit puisqu'elle doit reposer sur la « réciprocité »¹, passe par le bas, c'est-à-dire qu'elle se constitue à *même les interactions factuelles*, en partant d'elles au lieu de les régenter abstraitement et unilatéralement, les empêchant du même coup de se déployer pacifiquement. Il s'agit de faire confiance à l'activité des individus concernés², de libérer leur puissance d'agir, en régulant cette activité afin d'éviter qu'elle nuise aux autres lorsque c'est nécessaire, et en considérant que « ses indispensables régulations ne peuvent résulter que de la *négociation* et de la reconnaissance des intéressés comme interlocuteurs valables »³. Traduit en ces termes, le programme de « démocratisation » des frontières est tout sauf une métaphore, et il va bien au-delà de la simple revendication d'un droit des citoyens à observer et contrôler les pratiques de gestion de la frontière, ce qui reviendrait encore à l'aborder d'un point de vue strictement interne ; il s'agit au contraire de diminuer sa puissance discriminante, donc d'atténuer la rupture qui se produit dans les États démocratiques entre souveraineté populaire à l'intérieur et gestion policière à l'extérieur.

Dans cette section, nous allons analyser d'abord le versant négatif, c'est-à-dire le caractère antidémocratique des frontières, qui met un coup d'arrêt arbitraire à la plupart des interactions tentées par les étrangers, puis nous élaborerons quelques pistes positives, consistant à accorder aux étrangers le droit à déployer leurs interactions pacifiques.

1. Le contre-exemple actuel du confinement des étrangers dépourvus de visa

Le système en vigueur aujourd'hui consiste à imposer des statuts aux étrangers, avec des régimes de droits et (surtout) de devoirs correspondants, bien souvent déconnectés de la réalité vécue par les personnes concernées, parce qu'ils ne reflètent que le point de vue de l'État d'accueil. L'exemple le plus manifeste en est le système Dublin, qui détermine l'État européen responsable d'une demande d'asile : le critère par défaut est qu'est responsable l'État de première entrée sur le sol européen. Outre que cela introduit d'immenses déséquilibres entre les États membres, puisque l'Italie, Malte et la Grèce se retrouvent surchargées, on mesure l'arbitraire qu'un tel système peut représenter aux yeux d'un demandeur d'asile fraîchement

1 « La démocratisation des frontières, institutions essentielles à l'existence des États mais profondément antidémocratiques elles-mêmes, ne peut provenir que du développement de la *réciprocité* dans l'organisation de leur franchissement et de leur protection » par opposition à leur gestion actuelle en vertu de laquelle « les États ont tendance à traiter [les personnes] comme objets passifs d'un pouvoir discrétionnaire », in « Le droit de cité ou l'apartheid ? », *art. cit.*, p. 91.

2 On peut trouver deux exemples de l'expression juridique de cette activité : la Charte de Lampedusa, rédigée en 2014 (URL : http://www.lacartadilampedusa.org/pdf_carta/charte%20franccais.pdf), et la Convention internationale sur les droits des travailleurs migrants et de leur famille, déjà citée.

3 Balibar (E.), « Le droit de cité ou l'apartheid », *art. cit.*, p. 89.

débarqué : ce système ne tient aucun compte de son parcours¹. Certes, le principe de réunification familiale vient nuancer le critère du pays d'entrée ; mais ce n'est qu'une modulation secondaire apportée à une logique d'ensemble qui impose aux individus leur État d'accueil en ne tenant aucun compte de leurs interactions réelles ou possibles avec les différents États membres, comme la maîtrise de la langue, la présence de membres de la famille plus lointains ou d'une diaspora, etc. Or, dans un tel système, ce que l'on met à mal, c'est très précisément la possibilité pour les individus concernés de s'intégrer véritablement dans leur État d'accueil, d'y devenir des membres actifs, puisqu'on écarte comme non pertinents, au nom d'une approche anonyme et administrative, les éléments mêmes sur lesquels ils pourraient s'appuyer dans ce but. On ne peut que souscrire au diagnostic posé par Agier :

tout se passe comme s'il fallait inventer pour cette altérité un extérieur du monde qui maintienne en vie physique ceux qui s'y trouvent sans reconnaître leur existence sociale. C'est la forme contemporaine de *l'exil intérieur*. Il décrit un parcours long, pénible, souvent dangereux, allant d'un quartier marginalisé à un camp, à un centre de rétention ou à un campement en forêt, ceux qui s'y trouvent passant aussi d'une catégorie institutionnelle à une autre – clandestin, demandeur d'asile, déplacé interne, réfugié ou sans-papiers – sans trouver la sortie vers une place et une reconnaissance dans une société ou une ville d'accueil. (...) La place symbolique de cet étranger est celle d'un étranger *global* au sens où, ne trouvant de place nulle part, son altérité reste inexplorée : le mur qui le tient à l'écart empêche toute expérience de cette altérité.²

Plus généralement, nous allons voir en quoi l'ensemble de la politique actuelle destinée aux étrangers arrivés sans visa, sous couvert d'accueillir ces publics vulnérables, les confine en réalité dans des centres spécialisés qui les isolent de la société dans laquelle ils devraient pourtant s'intégrer. L'approche que nous défendons s'oppose radicalement avec celle actuellement mise en œuvre, qui consiste de plus en plus à isoler les étrangers, ou plutôt les demandeurs d'asile³, du reste de la population, en multipliant les structures *ad hoc* et spécialisées : CADA, hotspots, centre de premier accueil, camps « humanitaires » de Paris et Grande-Synthe.

Nous nous concentrerons sur le cas le plus emblématique de la politique européenne, à savoir celui de « l'approche par les *hotspots* » préconisée par la Commission européenne pour

¹ L'objectif même de la mise en place de ce système étant d'éviter ce qu'on appelle l'*asylum shopping*, c'est-à-dire des demandes multiples déposées par les individus dans différents États européens en fonction de critères purement personnels ; si l'objectif d'éviter le dépôt de plusieurs demandes simultanées se justifie pleinement, l'interdiction faite aux demandeurs d'asile de choisir leur État d'accueil se conçoit plus difficilement.

² Agier (M.), « Frontières de l'exil. Vers une altérité biopolitique », *Hermès, La Revue* n° 63, 2012/2, p. 90-91.

³ Dans la mesure où les étrangers munis de visa, déjà passés par le filtre de la sélection souveraine, ne sont pas concernés par ces dispositions.

faire face aux « afflux migratoires exceptionnels »¹. Il ne s'agit que d'un dispositif parmi d'autres, mais il témoigne avec une acuité particulière du processus d'« encampement du monde »² qui a débuté dans les États du Sud sous la forme des camps de réfugiés devenus de véritables villes³ et s'est désormais propagé en Europe. La fonction des *hotspots*, propres au contexte européen, était d'organiser la relocalisation des demandeurs d'asile, c'est-à-dire leur répartition entre les États membres, dans une logique de « partage du fardeau » qui non seulement a échoué faute de solidarité entre les États, mais prouve à quel point les individus concernés sont déshumanisés et traités comme des entités passives que l'on peut stocker indifféremment dans un lieu ou un autre. Dans ces centres, les autorités des États d'entrée dans l'espace Schengen, essentiellement la Grèce et l'Italie, procèdent à l'enregistrement des demandes et à leur examen préalable, parfois assistées des experts de l'EASO⁴ venus en renfort (dont l'action demeure assez imprécise et fait l'objet de polémiques⁵). Les deux premiers centres ont été ouverts à Lampedusa puis à Lesbos⁶.

Supposés permettre une meilleure prise en charge des réfugiés et un renvoi plus efficace des migrants économiques, les *hotspots* sont emblématiques de la rhétorique sécuritaire-humanitaire qui guide les politiques européennes en matière de migrations : l'expulsion des uns est présentée comme une condition nécessaire à l'accueil des autres et, réciproquement, les dispositifs de contrôle sont légitimés par la mise en place de mesures d'assistance. Suivant cette logique, le terme *hotspot* participe à une représentation euphémisée du dispositif. Traduit initialement par « point d'accès » avant d'être systématiquement repris en anglais, il met l'accent sur les opportunités ouvertes par ces dispositifs sans les préciser, ce qui laisse entrevoir

1 Commission européenne, *L'approche des hotspots pour gérer des afflux migratoires exceptionnels*, 9 septembre 2015. URL : https://ec.europa.eu/files/background-information/docs/2_hotspots_fr. pour une analyse de l'émergence de cette politique de mise à l'écart dans le contexte européen et français, voir Clochard (O.) et Laacher (S.), « Vers une banalisation de l'enfermement des étrangers dans l'Union européenne », *Bulletin de l'Association de Géographes Français*, n° 83-1, 2006, p. 121-136.

2 Agier, (M.), « L'encampement du monde », *Plein droit*, n° 90-3, 2011, p. 21-24.

3 Pour des études de cas sur la question, voir Le Cour Grandmaison (O.), Lhuillier (G.), Valluy (J.), *Le retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo...*, Autrement, Paris, 2007 et Agier (M.) (dir.), *Un monde de camps*, La Découverte, Paris, 2014. Il distingue « trois traits qu'on retrouve à des degrés divers dans les situations étudiées : l'extraterritorialité, l'exception et l'exclusion » (p. 19).

4 Sigle anglais pour le Bureau européen d'appui en matière d'asile : <https://www.easo.europa.eu/>.

5 « L'ECCHR [Centre européen pour les droits constitutionnels et humains] relève que, outrepassant les limites du mandat de l'agence, ses fonctionnaires exercent de facto un pouvoir décisionnel dans le traitement des demandes d'asile. Rappelant que le BEAA [sigle français désignant l'EASO] « ne dispose d'aucune compétence en ce qui concerne la prise de décisions par les autorités des États membres compétentes en matière d'asile concernant les demandes individuelles de protection internationale », il note qu'en pratique les autorités grecques suivent les « recommandations » du BEAA sans poser aucune question directe aux requérants, et sont en réalité liées non seulement aux méthodes d'instruction et à la conduite des entretiens par le BEAA, mais aussi à l'avis qu'il rend sur l'admissibilité, ou non, des personnes à la procédure d'asile en Grèce. » Rodier (C.), « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l'homme* n° 13, 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3375>

6 Pour une analyse très détaillée de l'histoire de ce centre et de son fonctionnement actuel, avec une description précise de toutes les étapes de la longue procédure d'enregistrement, voir « Lesbos. L'identification et le tri aux frontières de l'Europe », in Bouagga (Y.) (dir.), *De Lesbos à Calais : comment l'Europe fabrique des camps*, Le Passager clandestin, Bibliothèque des Frontières, Lyon, 2017, p. 25-46.

un large spectre de possibilités (accès aux soins, à une structure, à un statut, à des droits) tout en occultant leurs dimensions contraignantes.¹

Car dans les faits, c'est bien la dimension d'enfermement qui prévaut, surtout avec l'abandon sans tambour ni trompette du programme de relocalisation au sein de l'Union, en raison de la mauvaise volonté des États membres. On assiste donc à la rétention d'individus en dehors de tout cadre officiel, l'accueil se muant progressivement en enfermement sans que des voies de recours soient ouvertes². Par ailleurs, depuis l'accord de mars 2016 passé avec la Turquie, l'une des fonctions assurées par ces centres consiste à préparer le retour des migrants ne relevant pas de l'asile dans ce pays opportunément jugé sûr³.

Au-delà de la diversité des situations locales et des étiquettes qui leur sont imposées, ce qui nous intéresse particulièrement, c'est l'effet paradoxal d'enfermement et de confinement provoqué par des structures pourtant présentées comme des structures d'accueil. A cet égard, on peut dresser un parallèle avec la politique réservée aux gens du voyage : les structures baptisées « aires d'accueil » se sont retournées en zones de confinement et de contrôle de ces populations, désormais tenues à l'écart du reste de la population par l'effet même de la loi destinée à mieux les accueillir⁴. Dans les deux cas, on assiste à la création d'un espace spécifique qui, sous couvert de faire une place, isole et enferme certains publics dans une gestion sécuritaire. Or, un tel phénomène est lourd de conséquences, dans la mesure où il rend impossible toute interaction avec la population et le territoire français : enfermés dans leurs centres, les seules interactions que peuvent déployer les migrants sont celles qui les unissent à d'autres étrangers ou à l'administration. On mesure ainsi combien cette politique de confinement, sous couvert humanitaire, nuit au principe d'hospitalité en brisant le cercle des interactions individuelles et institutionnelles qui ne peuvent se tisser qu'au fil de contacts directs et supposent donc, à titre de condition de possibilité, la liberté de mouvement tant aux frontières que sur le territoire national.

1 Tassin (L.), « Le mirage des *hotspots*. Nouveaux concepts et vieilles recettes à Lesbos et Lampedusa », *Savoir/Agir*, n° 36, 2016, p. 41.

2 Pour plus d'informations, voir la carte publiée par Migreurop, « Le détournement progressif de l'approche hotspot en Italie », 15 novembre 2018. URL : <http://www.migreurop.org/article2902.html>. La CEDH a tout récemment condamné la Grèce pour violation du droit à la liberté et à la sûreté, considérant que le droit au recours contre les décisions d'expulsion et de rétention de 50 requérants a été violé (CEDH, 3 octobre 2019, Kaak et autres c. Grèce, n° 34215/16).

3 Cet accord a d'ailleurs eu pour effet de démultiplier la saturation déjà extrême dans ces centres, puisque la procédure de demande d'asile doit être menée jusqu'au bout au sein du centre avant que le demandeur ne puisse en sortir, vers l'UE ou vers la Turquie.

4 Gotman (A.), « L'hospitalité façonnée par le droit : la loi Besson sur l'accueil et l'habitat des gens du voyage », in Gotman (A.), (dir.), *Villes et Hospitalité...*, *op. cit.*, p. 199-234.

2. Quelques pistes concrètes pour une mise en œuvre du principe d'hospitalité

a. Un exemple déjà existant : le regroupement familial

Pour imaginer à quoi pourrait ressembler en pratique une mise en œuvre du principe d'hospitalité, il est possible de partir d'un élément déjà existant et qui prend pour origine, selon la logique que nous défendons, une interaction dans laquelle l'étranger est impliqué : il s'agit du « droit au respect d'une vie privée et familiale », garanti par l'article 8 de la CEDH, qui implique notamment que les français et étrangers résidant en France puissent faire venir leur conjoint ou leurs enfants mineurs. Ce droit a été élevé par le Conseil d'État au titre de principe général du droit en 1978¹.

Concrètement, trois cas doivent être distingués pour la mise en œuvre de ce droit : selon que le demandeur² est français, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou ressortissant d'un pays tiers. Dans le premier cas, la délivrance du titre de séjour (visa valant titre) est automatique et il « ne peut être refusé à un conjoint de Français qu'en cas de fraude, d'annulation du mariage ou de menace à l'ordre public. Le visa de long séjour est délivré de plein droit au conjoint de Français qui remplit les conditions prévues au présent article. »³. Il s'agit d'ailleurs du seul cas où une liste *limitative* des motifs de refus est prévue par la loi. On aura toutefois, au fil des pages précédentes, appris à se méfier de ce genre de formulations, la notion de « menace pour l'ordre public » étant suffisamment floue pour laisser à l'administration une marge de manœuvre non négligeable. ; de même, les refus au nom de l'absence de preuves suffisantes de la réalité de la vie commune sont courants, sans qu'il soit possible de trouver des chiffres précis sur la question⁴. S'agissant des ressortissants d'un État membres, les conditions requises concernent les ressources du foyer, qui doivent être au moins égales au SMIC. Enfin, pour les étrangers extra-communautaires⁵, les conditions actuelles sont de 18 mois de résidence régulière en France pour le requérant, des ressources suffisantes au prorata du nombre de personnes accueillies et un logement convenable, qui peut faire l'objet d'une vérification par les services de la mairie. Si toutes ces conditions, relativement restrictives, sont remplies, une carte de séjour sera délivrée de plein droit sous réserve, comme

1 C. E., Ass., 8 décembre 1978 — G.I.S.T.I., CFDT et C.G.T, Rec. Lebon p. 493.

2 C'est-à-dire l'individu qui demande à faire venir des membres de sa famille non encore admis au séjour.

3 Ceseda, article L211-2-1.

4 On trouvera quelques analyses de cas dans « Délivrance des visas aux conjoints de Français : l'amour au ban public », *Plein droit*, n° 80-1, 2009, p. I-VIII et une description des obstacles administratifs dans le rapport d'observation de la Cimade, « Visa refusé. Enquête sur les pratiques des consulats de France en matière de délivrance de visa » (2010) p. 39 *sqq.*

5 Ceseda, article L411.

toujours, d'absence d'atteinte à l'ordre public ou de polygamie¹. Cette procédure peut être longue et difficile pour les familles, alors qu'il n'est que très exceptionnellement possible d'obtenir (de façon discrétionnaire, et en général subordonnée à l'intérêt supérieur de l'enfant) une régularisation sur place². Par ailleurs, outre la réserve d'ordre public, une marge de pouvoir discrétionnaire est reconnue à l'administration dans la mesure où le regroupement peut être refusé si « le demandeur ne se conforme pas aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil. ». Enfin, on constate des difficultés récurrentes liées à la réticence de l'administration à admettre les documents fournis par les demandeurs et leur famille, très souvent tenus pour faux, ce qui a valu à la France une condamnation de la part de la CEDH³. Un dernier cas mérite d'être signalé, en vertu duquel la carte « vie privée et familiale » peut être délivrée

à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, qui n'entre pas dans les catégories précédentes ou dans celles qui ouvrent droit au regroupement familial, dont les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus, sans que la condition prévue à l'article L. 313-2 soit exigée. L'insertion de l'étranger dans la société française est évaluée en tenant compte notamment de sa connaissance des valeurs de la République.⁴

Il faut ici souligner un point d'importance : comme dans le cas de l'expulsion analysée au premier chapitre, c'est le critère de l'extranéité qui prime sur tout le reste. En effet, à des situations similaires (mariage ou naissance d'un enfant) correspondront des régimes juridiques différents, alors même qu'il s'agit dans tous les cas de respecter un seul et même droit, celui qui garantit la vie privée et familiale. Ainsi, un français pourra faire venir sa famille sans autre condition que le respect de l'ordre public, alors qu'un ressortissant de l'Union européenne devra justifier de certaines ressources et qu'un ressortissant d'un pays tiers devra en plus prouver qu'il

1 La mise sur le même plan de l'atteinte à l'ordre public et de la polygamie est absolument constante dans ces textes.

2 Depuis 2006, le non-respect de la procédure de regroupement familial peut même justifier le refus de la part de l'administration de verser certaines prestations familiales (voir Bruggeman [M.] « Prestations familiales et non-respect du regroupement familial : le droit français jugé conforme à la convention. CEDH 1^{er} octobre 2015, n° 76860/11 et 51354/13, Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France », *Droit, Santé et Société* n° 2, 2016, p. 25-29).

3 Dans 3 arrêts du 10 juillet 2014 : CEDH, 10 juill. 2014, *Mugenzi c. France*, n° 52701/09, *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10 et *Senigo Longue et autres c. France*, n° 19113/09. Pour une analyse de ces décisions, voir Lefranc (C.), « Souplesse, célérité et effectivité doivent être garanties par les États dans le cadre des procédures de regroupement familial », *Revue des droits de l'homme*, 30 septembre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/882>.

4 Ceseda, article L313-11.

dispose d'un logement adéquat : on voit dans cet éventail de dispositions différenciées que leur raison d'être n'est pas le bien-être des familles, puisqu'une famille de français pourra vivre dans 20 m², mais la restriction du droit à la vie familiale s'agissant des étrangers « les plus étrangers », en quelque sorte, c'est-à-dire les familles de ressortissants non communautaires. Toutefois, même si, en pratique, le bilan est très mitigé, on constate que la logique des textes reflète dans une certaine mesure les interactions existantes : le *fait* qu'un français ou un étranger a tissé des liens familiaux avec une personne qui n'aurait théoriquement pas accès au territoire national vaut droit au séjour. Il s'agit là, dans le droit positif, et avec l'exception de l'asile, du seul cas où la situation de l'étranger s'impose, au moins officiellement, à l'administration, c'est-à-dire que le point de vue de l'étranger est pris en compte *comme tel* et peut emporter délivrance d'un titre de séjour. Aussi, malgré l'omniprésence de la réserve d'ordre public dans les textes qui le régissent, il nous semble que le droit à la vie privée et familiale présente une piste intéressante quant à la façon dont le droit des étrangers pourrait être appréhendé. Inversement, dans l'immense majorité des cas, au lieu de prendre acte d'une interaction déjà existante ou naissante, le droit positif y met fin au nom de la souveraineté et de l'ordre public ; cette approche nous semble dommageable pour l'ensemble de l'édifice juridique, et l'exemple du regroupement familial permet d'appréhender en quoi elle est dépassable sans requérir de bouleversements majeurs dans le système du droit.

b. Le rôle des acteurs non étatiques

Inversement, nous pouvons envisager trois types d'interactions auxquelles le droit actuel met un coup d'arrêt, ou plus précisément trois types d'acteurs mobilisés dans l'accueil des étrangers mais qui se heurtent à la résistance de l'État : les villes, les communautés religieuses ou les diasporas, et certains citoyens.

Le mouvement de mobilisation le plus structuré est probablement celui des villes qui se sont déclarées villes refuges ou villes d'accueil, en désaccord explicite avec les politiques menées au niveau national ; bien que le mouvement soit aussi virulent aux États-Unis avec les *sanctuary cities* s'insurgeant contre la politique d'expulsions de sans-papiers décidée par Trump, nous nous en tiendrons au contexte européen, plus proche de nous. Ces initiatives furent suscitées par la « crise des migrants » et la volonté de montrer que l'accueil était une voie possible ; le principal réseau à l'échelle européenne fut créé en septembre 2015, lorsque les maires de Barcelone, Paris, Lesbos et Lampedusa lancèrent un appel pour la constitution d'un réseau de villes-refuge. Au-delà de la diversité empirique des initiatives, du nom retenu et des valeurs qui leur servent de fondement, on constate que « la mobilisation d'une "tradition

d'hospitalité urbaine" devient le socle d'une mise en réseau des villes-refuge dans un contexte de revendication d'autonomie des pouvoirs municipaux, notamment là où les institutions étatiques font défaut »¹, à la fois de la part de villes déjà confrontées à la présence de migrants, comme Grande-Synthe ou Lampedusa, mais aussi de villes historiquement moins concernées par le phénomène, à l'image de Valence.

Ce qui nous intéresse spécifiquement dans cette floraison de villes d'accueil, c'est le fait que beaucoup de leurs représentants font explicitement référence aux politiques étatiques en matière d'immigration, ou plutôt à leur absence, c'est-à-dire à leur approche uniquement sécuritaire des migrations. La plupart du temps, il s'agit essentiellement de dire que, les étrangers étant présents, il convient de les accueillir du mieux qu'on peut, parce qu'une logique d'expulsion et de « décampement » perpétuelle ne peut offrir qu'une illusion de solution à court-terme. Or, il n'est pas étonnant que de tels arguments soient portés prioritairement par des acteurs locaux, puisque « c'est bien à l'échelle de la cité que se concrétisent les formes de cohabitation, que la citoyenneté et ses privilèges "abstraits" se transforment en "citadinité", en conditions de résidence, en pratiques concrètes d'inclusion ou d'exclusion, que la théorie identitaire se crispe en rejet xénophobe ou s'ouvre à l'altérité »², c'est-à-dire que la ville est par excellence le lieu des interactions, bien plus que l'État qui relève d'une entité plus abstraite. Pour reprendre la formule d'I. Joseph, « avant d'être citoyens, nous sommes mitoyens et c'est dans cette proximité distante avec l'étranger que nous apprenons à donner un sens commun à la notion du monde. »³. L'essor des villes-refuges nous permet de relativiser d'une nouvelle manière l'échelon étatique, ce prisme à travers lequel est sans cesse appréhendé le phénomène migratoire : la communauté étatique est une communauté imaginaire, ce qui ne signifie pas qu'elle soit dépourvue d'effectivité ou de manifestations concrètes, mais qu'elle peut conduire à essentialiser ou durcir des oppositions que les faits dénouent avec une fluidité parfois étonnante. Comme le souligne Agier⁴, s'il est contradictoire dans les termes qu'un État se conçoive à l'échelle du monde, l'idée d'une ville-monde, quant à elle, n'a rien d'imaginaire. Dans le cas de l'accueil des étrangers, les villes (ou plutôt, certaines villes, car il ne faut pas, inversement, sous-estimer la méfiance d'une partie de la population à l'égard des étrangers, fussent-ils réfugiés) sont les preuves concrètes de ce que l'aménagement pacifié des interactions entre la communauté politique et les étrangers ne relève pas de l'utopie. Et l'on peut contester

1 Furri (F.), « Villes-refuge, villes rebelles et néo-municipalisme », *Plein droit*, n° 115-4, 2017, p. 4.

2 Furri (F.), « Villes-refuge, villes rebelles et néo-municipalisme », *art. cit.*, p. 5.

3 Joseph (I.), « Le migrant comme tout venant », in Delgado Ruiz (dir.), *Ciutat i immigració*, Centre de Cultura Contemporània, Barcelona, 1997, p. 182.

4 Agier (M.), *L'Étranger qui vient...*, *op. cit.*, p. 89.

la légitimité qu'a l'État de mettre un coup d'arrêt à ces initiatives locales : de notre point de vue, il s'agit d'interactions pacifiques et non menaçantes auxquelles le droit n'a donc pas de raison valable de s'opposer, bien au contraire, surtout que c'est bien au niveau des villes que se joue la question de l'accueil *effectif*, plus qu'au niveau de l'État.

Il ne s'agit pas pour autant d'idéaliser les pratiques mises en œuvre par les villes mobilisées¹, qui ont pu parfois relever de l'affichage, ou d'une approche humanitaire en dernier ressort assez dirigiste et peu respectueuse des parcours individuels, ainsi que susciter certaines oppositions locales² ; mais elles rappellent, de façon balbutiante, qu'il existe un espace possible pour l'accueil des étrangers sans que soit mise en péril la communauté déjà constituée. Le projet de ces villes consiste généralement à

proposer une forme d'hospitalité qui prenne en compte le contexte de son territoire quitte à s'écarter des règles et des normes. Cette flexibilité, cette capacité d'adapter l'accueil dans une perspective « commune » selon une logique de solidarité réciproque dans laquelle la présence des exilés n'est pas enserrée dans un schéma purement gestionnaire ou strictement humanitaire, est l'exemple même de la ville-refuge. Mais elle constitue aussi une ligne de tension, du point de vue de l'institution nationale, dans la mesure où elle met en évidence les capacités d'auto-organisation des territoires et, notamment, leur capacité à articuler des formes de résistance et de solidarité quand le pouvoir étatique affirme qu'on ne peut pas accueillir toute la misère du monde.³

Ceci explique une tendance récurrente, de la part des autorités étatiques, à reprendre la main sur ces initiatives locales, la plupart du temps pour les orienter vers un sens plus sécuritaire et humanitaire. Les cas de Grande-Synthe et de Paris sont exemplaires à cet égard. Dans le cadre de leur reprise par l'État, on assiste en réalité à un retour en force de la logique du confinement que nous avons analysée plus haut :

ces politiques donnent l'impression d'être orchestrées pour susciter des réactions de rejet et de repli identitaire chez les citoyens/citoyennes qui se voient imposer la présence de centres d'accueil et d'exilés propulsés sur leur territoire, par la force ou par une gestion automatisée et irréfléchie, dans une déclinaison purement logistique de l'humanitaire sans humanité (centres d'accueil extraordinaire en Italie, centres d'accueil et d'orientation en France). Tout se passe comme si les corps des migrants, réifiés et transformés en « instrument politique », constituaient une « arme » pour légitimer l'emprise étatique et la logique sécuritaire et pour dissuader

¹ Pour des études de cas, voir Bontemps (V.), Makaremi (C.), Mazouz (S.) (dir.), *Entre accueil et rejet. Ce que les villes font aux migrants*, Le Passager clandestin, Lyon, 2018.

² Pour l'analyse d'un cas concret, à savoir l'occupation de l'ex-lycée Jean Quarré dans le XIX^e arrondissement de Paris du 31 juillet au 23 octobre 2015, qui fut tolérée par la maire de Paris mais autogérée et, de ce fait, a fait face à des difficultés d'organisation pratique et une partition des habitants entre soutiens et opposants, voir Coutant (I.), « Le lycée, les migrants, le quartier, les habitants », *Plein droit* n° 115-4, 2017, p. 15-18.

³ Furri (F.), « Villes-refuge, villes rebelles... », *art. cit.*, p. 6.

l'articulation de formes d'autonomie, d'autogestion et d'expérimentation hors des préconisations de l'institution.¹

On peut donc schématiser les choses ainsi : face aux politiques de rejet et de confinement mises en œuvre par la majorité des États « d'accueil », certaines villes décident de promouvoir un autre choix et de mettre en place des réseaux de solidarité et des structures de véritable accueil (en théorie, du moins). Mais nombre de ces initiatives tombent à terme sous la mainmise de l'État qui les vide de leur dimension d'ouverture et les transforme en centres spécialisés qui occupent de fait une fonction de contrôle et de confinement. Ce qui est intéressant dans ce schéma, c'est que l'acteur le plus hospitalier est celui qui est le plus confronté, dans les faits, à la présence de migrants et aux défis posés par leur prise en charge, alors qu'on pourrait imaginer que ce serait l'inverse. Autrement dit, l'idée d'une politique d'hospitalité, c'est-à-dire de la mise en œuvre concrète du principe d'hospitalité, ne relève pas de l'utopie ou de l'idéal inatteignable : elle est pratiquée, sous des formes toujours variées, au gré des circonstances, par nombre de villes et villages européens. Ainsi,

les villes deviennent de fait les premiers agents de soin et de soutien des migrants, faisant à la fois peser sur elles de nouvelles responsabilités mais leur conférant également un nouveau pouvoir symbolique face à l'État. Parfois les villes font davantage que ce que recommandent les politiques publiques étatiques, allant jusqu'à des formes de désobéissance, notamment dans les États déjà largement décentralisés. Dans un même mouvement, à défaut d'autonomie juridique, les villes légitiment leur action par des campagnes publiques (comme la diffusion du hashtag *#citieswelcomerefugees* ou les labels « villes sanctuaires » ou « ville des droits de l'homme »). Elles mobilisent un vocabulaire symbolique – sanctuaire, hospitalité – qui pourrait fonctionner comme « signalement vertueux » (*virtue signalling*) mais qui permet effectivement de produire un territoire plus hospitalier.²

Dans ce processus, on voit à l'œuvre l'intrication des échelons de gestion administrative et politique, ce qui invite à repenser la question de l'articulation des niveaux juridiques des principes d'hospitalité et de souveraineté : peut-être la solution à ce problème apparemment insoluble est-elle déjà sous nos yeux, dans l'effervescence des initiatives, que le droit n'aurait plus qu'à épouser et façonner afin d'insuffler un peu de fluidité entre les différents acteurs.

Un autre exemple d'interaction factuelle entre la communauté politique et les étrangers dépourvus de visa présents sur son sol nous est fourni par la question du droit d'asile dans les églises. Il s'agit là d'une très vieille tradition chrétienne, elle-même héritée de l'asile grec, et qui était largement tombée en désuétude à mesure que l'État moderne s'est constitué comme instance de juridiction (au sens étymologique de celui qui dit le droit) exclusive, mais qui

1 Furri (F.), « Villes-refuge, villes rebelles... », *art. cit.*, p. 5.

2 Boudou (B.), « De la ville-refuge aux *sanctuary cities* : l'idéal de la ville comme territoire d'hospitalité », *Sens-Dessous* n° 21-1, 2018, p. 84.

connaît un renouveau notable¹ à mesure que la question des étrangers s'impose comme un problème à résoudre dans l'imaginaire collectif. Le discours² destiné à justifier ces initiatives est intéressant en ce qu'il évite, parfois au prix de certaines circonvolutions, le vocabulaire de la désobéissance civile ou de la résistance aux politiques publiques ; il met plutôt l'accent sur l'idée d'un respect de l'esprit des lois nationales, destinées à défendre les droits de l'homme, et qui serait ponctuellement mis à mal par la lettre des lois de rejet des immigrés et plus particulièrement des demandeurs d'asile. Concrètement, il s'agit le plus souvent d'empêcher l'éloignement des déboutés de l'asile ou des demandeurs sous le coup d'une procédure Dublin, au motif que cela menacerait leur vie ou que les liens qu'ils ont tissés au niveau local doivent prédominer sur les règles européennes. On retrouve ici l'opposition entre les normes étatiques abstraites et générales et les acteurs locaux confrontés à des cas individuels et engagés au quotidien dans les pratiques d'accueil : là encore, le principe d'hospitalité trouve une application concrète et relativement pacifiée. On pourrait également citer, dans la même veine, le réseau de soutien constitué par les différentes diasporas, réseaux informels d'entraide, d'échange d'informations, qui ne sont pas toujours exempts de logiques de domination ou d'exploitation mais représentent un vecteur potentiellement puissant d'intégration et d'accueil effectifs.

Le dernier exemple que l'on peut retenir concerne l'engagement individuel de citoyens. On ne compte plus les réseaux, sites, associations³ destinés à mettre en relation des particuliers désireux d'accueillir chez eux des migrants et les étrangers ayant besoin d'un toit. Ici encore, la mise en œuvre harmonieuse de ces interactions ne va pas de soi. Gotman⁴ analyse très minutieusement les modes de gestion de cette relation si particulière, qui impose d'aménager le quotidien du foyer sans le bouleverser ouvertement. À ce titre, l'hospitalité privée peut être une épreuve pour l'hôte accueillant comme pour l'hôte accueilli : « Les lois de l'hospitalité sont lourdes à porter à la fois pour l'hôte et pour l'hôte, c'est normal ! »⁵, s'exclame une des personnes interviewées par la sociologue. On pourra notamment se reporter aux chapitres intitulés « La territorialisation de l'hôte » et « La construction et la régulation des altérités », qui montrent de façon très précise et documentée comment se négocient la préservation de

1 En moyenne 500 cas recensés chaque année en Allemagne, pays européen le plus concerné par le phénomène et présentant le plus de réseaux structurés en vue de la défense de cette tradition : <https://www.kirchenasyl.de/aktuelles/>.

2 Voir le blog *Asyl in der Kirche*, cité *supra*.

3 A titre d'exemple, on peut citer l'association Singa (<https://www.singafrance.com/>) et le Jesuit Refugee Service (<https://www.jrsfrance.org/>).

4 Gotman (A.) (dir.), *Le Sens de l'hospitalité...*, op. cit., p. 272.

5 Gotman (A.) (dir.), *Le Sens de l'hospitalité...*, op. cit., p. 272.

l'intimité et l'évitement des conflits liés aux différences culturelles ou d'éducation. D'une manière générale, cet ouvrage livre un splendide panorama décrivant comment les interactions se bricolent au jour le jour, comment une relation s'aménage à même la situation, tout à l'inverse du droit qui impose ses catégories et ses règles de l'extérieur. C'est en ce sens qu'il nous semble nécessaire de partir des interactions elles-mêmes, du moment qu'elles sont pacifiques et volontaires : même minoritaires, elles recèlent des trésors d'inventivité qui sont autant de pistes et de preuves par les faits que l'accueil est possible. Le système québécois du parrainage citoyen constitue également un exemple, cette fois-ci sanctionné par l'État, de la manière dont les interactions individuelles pourraient représenter le soubassement ou l'origine empirique d'un droit de séjourner.

Il s'agirait au fond de mettre en forme juridiquement ce que Deleixhe appelle « l'évènement de la rencontre »¹, et dont il montre qu'il n'est pas dépourvu de conséquences politiques, « d'abord parce qu'elle inverse la distribution traditionnelle des rôles entre gouvernants et gouvernés autour des enjeux migratoires »², dans la mesure où elle repose sur une initiative citoyenne, et parce que « la pratique d'une hospitalité domiciliaire, immédiate et citoyenne, ne débouche pas nécessairement sur une "éthicisation" de la question, ou sur une dépolitisation de son enjeu »³. Elle constitue au contraire le lieu de naissance de nombreux engagements et revendications politiques, alors même qu'elle naît d'une « mobilisation citoyenne à visée humanitaire, qui se réclame apolitique, qui invoque sans cesse une conception éthique de l'hospitalité et qui substitue à la pratique étatique de l'asile la pratique à moyenne échelle d'un accueil privé »⁴. D'après l'auteur, ce paradoxe apparent, qui dément les critiques adressées à la métaphore de l'hospitalité au nom de son ancrage éthique et de la dépolitisation de l'accueil qu'elle entraînerait, tient précisément à la nature moralement mixte ou impure de l'hospitalité : loin de relever du don pur et absolu, comme le veut la conception radicale de Derrida, l'hospitalité concrète relève d'un échange et d'une relation, c'est-à-dire d'une négociation entre les acteurs impliqués, qui relève souvent d'une épreuve, à tous les sens du terme. Et cette épreuve a la valeur d'un évènement qui transforme en profondeur ses acteurs : « c'est à l'épreuve de cette relation que les hébergeurs auront été amenés à décentrer leur regard sur l'enjeu de la migration et à investir pleinement le champ politique au nom de l'hospitalité »⁵.

1 Titre d'un article récent : « L'évènement de la rencontre. La Plateforme citoyenne de soutien aux réfugiés en Belgique », *Esprit*, 2018/7, p. 130-138.

2 Deleixhe (M.), « L'évènement de la rencontre... », *art. cit.*, p. 132.

3 Deleixhe (M.), « L'évènement de la rencontre... », *art. cit.*, p. 135.

4 Deleixhe (M.), « L'évènement de la rencontre... », *art. cit.*, p. 135.

5 Deleixhe (M.), « L'évènement de la rencontre... », *art. cit.*, p. 138.

Même et surtout lorsqu'elle ne coule pas de source, lorsqu'elle crée des frictions, suscite des difficultés, implique des remaniements, l'hospitalité offre une piste pour penser et aménager pacifiquement les relations entre l'État, ou en l'occurrence ses citoyens, et les étrangers.

Plus généralement, il est notable que, dans tous les cas que nous venons de citer, les initiatives viennent d'acteurs non étatiques, et ce sont la plupart du temps des interactions auxquelles l'État met rapidement un coup d'arrêt : cela illustre à la fois, s'il en était encore besoin, l'absence d'un principe juridique d'hospitalité dans le système contemporain et la résistance des États en la matière, et l'existence de pistes concrètes pour penser sa mise en œuvre.

c. Le temps de l'hospitalité

Il s'agirait donc de partir des interactions existantes, à quelque niveau qu'elles émergent, c'est-à-dire sans accorder comme aujourd'hui un primat absolu à l'échelle de l'État. Tel est le trait principal que nous retenons des réflexions kantiennes :

Il fait du droit subjectif à l'hospitalité, entendu au minimum comme un droit de visite en territoire étranger et de libre participation aux activités de la société civile, le noyau normatif du droit cosmopolitique et, partant, du cosmopolitisme juridique dans son ensemble. Ce statut prépondérant du droit à l'hospitalité découle du fait que ce dernier a pour mérite de court-circuiter l'étatisme qui prévaut dans les relations internationales par la mise en contact immédiate de citoyens issus de différentes communautés politiques. Autrement dit, si l'hospitalité joue un rôle primordial dans le projet cosmopolitique, c'est parce qu'elle permet que se communiquent capillairement les normes juridiques préalables à la pacification des relations internationales selon un mouvement ascendant et polycentrique qui part des communautés politiques locales pour remonter vers la Société des Nations. En rendant possible l'intensification des interactions entre sociétés étrangères par l'intermédiaire de ses migrants selon une logique transnationale qui échappe à la souveraineté étatique, le droit à l'hospitalité permet au projet cosmopolitique d'échapper au schème autoritaire de sa construction verticale selon un plan pyramidal et lui substitue le schème démocratique de la dispersion horizontale de ses normes.¹

Dans une certaine mesure, une telle approche diminue la virulence de la question de l'encadrement institutionnel de l'hospitalité, et de sa traduction dans la hiérarchie des normes juridiques, puisqu'il s'agit de partir de ce qui existe déjà, des interactions empiriques, au lieu de bâtir un principe abstrait. Toutefois, on sait que Kant distinguait explicitement le droit de visite du droit de résidence. Bien qu'il n'explique guère le critère permettant de distinguer l'un de l'autre, cette distinction a souvent été comprise en termes temporels : le droit de visite serait

1 Deleixhe (M.), « L'hospitalité, égalitaire et politique ? », *REVUE Asylon(s)* n° 13, novembre 2014 - Septembre 2016, URL : <http://www.reseau-terra.eu/article1326.html>.

temporaire, le droit de résidence, quant à lui, serait durable, mais tributaire d'une autorisation de l'État d'installation.

Il nous semble néanmoins que, indépendamment de l'exégèse du texte kantien, il peut être utile d'y substituer une distinction entre participation active à la communauté politique, sous la forme de la citoyenneté, qui continuerait à dépendre d'une autorisation de la communauté, et droit d'entrer en interaction avec cette communauté, sous la forme d'un statut progressif qui viendrait s'étoffer au fil du temps. Ce sur quoi nous souhaitons mettre l'accent, ce faisant, c'est que le principe d'hospitalité définit un statut relativement pauvre et donc, nécessairement, *provisoire* : il s'agit de ménager une place selon des modalités qui ne peuvent durer, qui sont destinées à déboucher soit sur le départ de l'hôte, soit sur son assimilation. L'une des richesses de la notion d'hospitalité, indépendamment du statut juridique que nous essayons de lui donner ici, tient à ce qu'elle fait signe vers sa propre disparition : elle a valeur d'étape dans un parcours individuel ou collectif. Son apport pour notre propos consiste en la reformulation du rapport entre souveraineté et droits des étrangers qu'elle rend possible ; mais le risque serait de s'en tenir à l'octroi d'un statut extrêmement précaire et limité, au nom d'une libre circulation érigée en valeur *pour elle-même*. Nous entendons au contraire libérer la circulation en tant qu'elle est la *condition* nécessaire au déploiement d'interactions riches et pacifiées ; abordé ainsi, le statut juridique auquel elle correspond devrait évoluer au fil du temps, à même les interactions, notamment concernant l'intégration au système de solidarité et de prestations sociales. Le temps tient ici lieu d'échelle de conversion des interactions, en quelque sorte :

la légitimité de la revendication à faire partie du corps citoyen dépend des attachements que l'on y développe. Ainsi, à mesure qu'un étranger crée des relations avec les gens et les institutions, la valeur morale de son intégration croît. La citoyenneté n'est ainsi pas un simple statut que l'on acquiert une fois remplies des conditions juridiques, c'est l'action ou la performance, « *à la manière d'un(e) citoyen(ne)* », qui produit l'appartenance, donc la légitimité à être légalement citoyen. Or, étant donné qu'il est difficile de mesurer des intensités d'attachement, de peser exactement et d'évaluer la valeur des différents critères (par exemple, l'apprentissage de la langue, le mariage, les amitiés, la participation à des activités sociales informelles, etc.), la durée de séjour sert de mesure par procuration. Le plus longtemps un individu reste, le plus de chances il a de développer ces attachements sociaux, économiques et politiques, la plus légitime est sa revendication à l'intégration légale.¹

¹ Boudou (B.), « La durée des frontières », *Esprit*, juillet-août 2018. URL : <https://esprit.presse.fr/article/benjamin-boudou/la-duree-des-frontieres-41604>.

On peut s'appuyer ici sur la proposition de Shachar défendant un *jus nexi*, destiné à sortir de la « loterie de la naissance »¹, pour reprendre le titre d'un de ses ouvrages, et à s'ajouter aux *jus sanguinis* et *jus soli*, ces deux modes traditionnels d'acquisition de la citoyenneté. Elle le définit comme « un principe d'acquisition de l'appartenance [*membership*] fondé sur les liens authentiques »², c'est-à-dire sur la proximité effective avec la communauté et non sur la transmission héréditaire d'un statut. Une perspective assez comparable est défendue par Bauböck³ avec sa proposition d'une citoyenneté des parties prenantes [*stakeholders*], qui accorde le droit de vote aux individus effectivement concernés par l'avenir d'une communauté⁴ ; dans les deux cas, il s'agit d'aligner le statut juridique sur les interactions empiriques, et non l'inverse. C'est du moins l'aspect qui nous intéresse ici, parce qu'il nous semble qu'un tel raisonnement est bien plus conforme à la logique du droit que celui qui a cours aujourd'hui. Ces auteurs se concentrent sur la question du droit de vote et de la citoyenneté, et ne remettent pas en question le pouvoir discrétionnaire de l'État à ses frontières : il s'agit pour eux de mettre fin aux situations de non-recoupement entre résidence et citoyenneté (cas des expatriés et « *denizenship* »⁵, c'est-à-dire des résidents de longue durée, très intégrés, et qui ne se voient pas pour autant accorder le droit de vote en vertu des règles d'acquisition de la citoyenneté). Leurs propositions valent essentiellement pour des étrangers présents régulièrement et n'interrogent pas en tant que telle, en amont, la question de l'entrée, mais leur cadre d'analyse fondé sur les liens réels peut s'y appliquer.

Dans cette perspective, il peut être utile de revenir au statut reconnu aux ressortissants de l'Union européenne⁶ : nous avons vu que la liberté de circulation des personnes y est complète pour les séjours inférieurs à trois mois. Au-delà, pour pouvoir continuer à séjourner, il faut justifier de ressources suffisantes ; si cette condition est remplie toutefois, le ressortissant en question ne peut voir son séjour remis en question que sous condition du respect du principe

¹ Shachar (A.), *The Birthright Lottery. Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Harvard, 2009.

² Shachar (A.), *The Birthright Lottery...*, *op. cit.*, p. 164 (nous traduisons).

³ Bauböck (R.), « Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting », *Fordham Law Review* n° 75, 2007, p. 2393-2447. Il s'intéresse toutefois plus aux problèmes posés par le droit de vote que les expatriés conservent.

⁴ « Seuls les individus considérés comme parties prenantes d'une communauté politique parce que leur épanouissement personnel dépend de l'avenir de cette communauté peuvent prétendre à la citoyenneté. Ils sont parties prenantes si cette communauté est chargée collectivement de sécuriser les conditions de leur bien-être politique et de garantir l'exercice de leurs droits et libertés fondamentales » (Bauböck (R.), « Global justice, freedom of movement and democratic citizenship », *European Journal of Sociology* n° 50, 2009, p. 1-31 (nous traduisons).

⁵ Le terme a été employé en ce sens par Hammar (T.) (*Democracy and the nation state : aliens, denizens, and citizens in a world of international migration*, Routledge, London, 2017).

⁶ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004.

de proportionnalité¹. Dans certaines conditions, le droit de séjour perdure par rapport à son motif d'origine : ainsi, les travailleurs (qui n'ont d'ailleurs pas besoin d'autorisation pour exercer une profession au sein de l'Union européenne) peuvent bénéficier du chômage après un an de travail, ou séjourner sans activité s'ils sont malades, et les étudiants peuvent devenir salariés au terme de leur formation sans formalités particulières. Enfin, après cinq années de résidence stable et régulière, leurs droits sont égaux à ceux des nationaux, y compris en matière de droits sociaux. Ce système est donc construit selon une logique *d'élargissement progressif* des droits dans le temps. Il nous semble, dans une large mesure, refléter le principe d'hospitalité comme droit à ne pas être traité en ennemi dans la mesure où il est fondé sur un régime répressif et non sur un régime préventif. La spécificité du régime réservé aux ressortissants de l'Union tient à ce que, s'ils remplissent les conditions prévues, leur séjour est autorisé par défaut, sans qu'aucune démarche ne soit requise pour l'exercer. Ils ne sont donc tenus de demander ni visa ni titre de séjour : ce dernier, s'ils en font la demande, ne leur octroie pas de droit, mais ne fait qu'énoncer un droit existant préalablement. Le droit au séjour n'est « pas subordonné à l'édiction préalable d'une décision reconnaîtive individuelle. Il n'est donc nul besoin d'une décision administrative, en l'occurrence du préfet, pour que ce droit produise ses effets (...) le titre constate seulement l'existence de ce droit au moment de la décision »². Si l'on ajoute à cela la plus grande facilité pour les ressortissants de l'Union de passer d'un statut à l'autre (d'étudiant à salarié, par exemple), la protection plus importante contre l'expulsion et la plus grande facilité à faire venir sa famille ou obtenir un droit de séjour permanent, on mesurera combien de tels acquis, s'ils étaient étendus à l'ensemble des étrangers, permettraient de faciliter le déploiement des interactions. Cet exemple, enfin, a le mérite, parce qu'il existe déjà,

1 Article 121-1 : « sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, tout citoyen de l'Union européenne, tout ressortissant d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse a le droit de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois s'il satisfait à l'une des conditions suivantes :

1° S'il exerce une activité professionnelle en France ;

2° S'il dispose pour lui et pour les membres de sa famille tels que visés au 4° de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale, ainsi que d'une assurance maladie ;

3° S'il est inscrit dans un établissement fonctionnant conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur pour y suivre à titre principal des études ou, dans ce cadre, une formation professionnelle, et garantit disposer d'une assurance maladie ainsi que de ressources suffisantes pour lui et pour les membres de sa famille tels que visés au 5° afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale ;

4° S'il est un descendant direct âgé de moins de vingt et un ans ou à charge, ascendant direct à charge, conjoint, ascendant ou descendant direct à charge du conjoint, accompagnant ou rejoignant un ressortissant qui satisfait aux conditions énoncées aux 1° ou 2° ;

5° S'il est le conjoint ou un enfant à charge accompagnant ou rejoignant un ressortissant qui satisfait aux conditions énoncées au 3° ».

² Circulaire n° IMIM1000116C du 10 septembre 2010 relative aux Conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille.

quoiqu'à une échelle réduite, de prouver que le principe d'hospitalité n'est pas une utopie mais peut devenir réalité sans requérir de bouleversements majeurs.

Conclusion

Le bilan de ce chapitre permet de mettre en lumière un paradoxe : la mobilisation des acteurs non-étatiques, des individus ou des municipalités, notamment, mais aussi le rôle joué par les diasporas, associations et Églises, fournissent autant de traductions concrètes de ce que pourrait être un principe d'hospitalité. Le point commun à toutes ces pratiques est en effet qu'elles déploient les interactions préexistantes et tentent pour ce faire de mettre en place un cadre propice. Cependant, ces pratiques naissent la plupart du temps en dehors de la sphère du droit, et elles s'opposent même parfois au droit positif : en témoignent le feuilleton judiciaire dont Cédric Herrou est devenu, malgré lui, le protagoniste, ou la tentation manifestée par l'État de reprendre la main sur les politiques locales lorsqu'elles sont (ou paraissent) trop accueillantes, comme à Grande-Synthe ou à Paris. Sur le plan du droit, en effet, nous l'avons vu dans la première section, la stratégie de la guerre larvée demeure la règle, et l'État manifeste à l'égard des pratiques hospitalières une résistance protéiforme et tenace. Aussi, en dépit de sa formulation, qui peut paraître utopique, le principal défi pour la réalisation du principe d'hospitalité semble être de modifier l'équilibre actuel entre les acteurs, bien plus que de bouleverser radicalement les pratiques. L'inventivité portée par l'échelon local fournit un antidote contre les effets délétères de la concentration de la réflexion politique au niveau de l'État, et le monopole revendiqué par ce dernier dans l'édiction des normes juridiques.

Conclusion

À la lumière des développements de la seconde partie, les dysfonctionnements et illégalismes récurrents en droit des étrangers, qui ont constitué notre point de départ, s'éclairent d'un jour nouveau. Ils ne correspondent pas à de simples cahots ponctuels dans la marche de la machine juridique. Le chapitre 2 nous avait déjà donné l'occasion de souligner comment un raisonnement fondé sur la raison d'État permettait, en cas de dévoilement de ces pratiques extra-juridiques au public, de les légaliser *a posteriori*, jetant ainsi le soupçon sur la protection que l'État de droit prétend représenter pour les droits subjectifs. L'analyse que nous avons menée au chapitre 5 permet de comprendre la récurrence de ces phénomènes dans le domaine du droit des étrangers : elle est due au fait que ce corpus de normes manifeste un décrochage, une rupture par rapport à la logique du droit elle-même, et non uniquement à l'égard des normes de l'État de droit ou d'une société libérale.

Sa difficulté à garantir de véritables droits subjectifs aux étrangers, à encadrer l'exercice de la puissance publique et à respecter la hiérarchie des normes ne se comprend véritablement que si on la met en rapport avec l'unilatéralité qui caractérise le droit des étrangers : cette unilatéralité le fait basculer dans un régime de contrainte, et l'empêche de se hisser au niveau de l'obligation proprement juridique, car nous avons montré que celle-ci implique la prise en compte du point de vue de tous ceux qui y sont soumis. Cela explique que l'habillage juridique cède lorsqu'il devient trop pesant pour la puissance publique et son impératif de maintien de l'ordre public et du contrôle des étrangers : parce que la prise en compte des intérêts, droits et points de vue des étrangers - que la conciliation entre ordre public et vie familiale et privée, par exemple, est censée exprimer dans les textes-, se révèle, en réalité, profondément extérieure à la logique d'édiction de ces normes, qui est fondamentalement unilatérale : il s'agit des règles que la communauté politique souveraine décide, dans un splendide isolement, d'appliquer à ceux qui n'en font pas partie. Cela explique également la tendance du droit des étrangers à adopter la forme de la circulaire, c'est-à-dire d'une note interne à l'administration, plutôt que de la loi qui, elle, s'adresse directement à ceux dont elle réclame l'obéissance : ce phénomène reflète l'absence structurelle de prise en compte des étrangers dans l'édiction des normes auxquelles on leur demande pourtant de se conformer. Cela explique également la technicité et l'opacité de ce droit, son durcissement constant de réforme en réforme, les difficultés persistantes pour assurer l'effectivité de l'accès au juge et l'omniprésence de la marge

discrétionnaire : tous ces éléments témoignent de ce que le droit des étrangers, tout en prétendant constituer une obligation juridique, relève en dernier ressort de la contrainte externe. C'est l'extériorité des étrangers au corps des nationaux et donc, implicitement, aux normes que la puissance publique se doit de respecter vis-à-vis d'eux, qui explique la permanence de pratiques qui, à l'égard de tout autre public que les étrangers, feraient scandale. Le modèle du balancier nous a servi à rendre compte de ce déséquilibre structurel manifesté par ce corpus de normes en faveur de la souveraineté étatique, y compris dans ses manifestations les plus abruptes.

C'est ce diagnostic qui nous a amenée à soutenir que, pour se hisser véritablement à la hauteur d'une règle juridique, le droit des étrangers devrait intégrer un principe relationnel, seul à même d'*obliger* les étrangers à respecter ses normes. Nous avons montré que, par leur simple adoption de la forme juridique, ces dernières manifestent que la communauté politique qui les édicte attend des étrangers qu'ils les respectent, et se sent légitime à leur adresser des normes. Il y a dans cette attente l'aveu d'une interaction entre la communauté politique et ses étrangers, interaction que nous avons tenté de prendre au sérieux afin de remédier à la fragilisation des droits subjectifs des étrangers induite par le modèle du balancier. La communauté juridique ne peut que déborder la communauté politique ; ce fait, ou plutôt son absence de prise en considération, explique le paradoxe situé au cœur du droit des étrangers, à qui l'on demande de respecter et de tenir pour légitimes des normes qui sont pourtant adoptées sans que leur point de vue soit jamais pris en compte. Face à ce constat, nous avons tenté de montrer la nécessité de reconsidérer le droit des étrangers à la lumière de sa fonction revendiquée, à savoir la pacification des interactions. Nous avons souligné que la conception atomistique du sujet de droit et de la communauté politique ne pouvait que faire basculer le droit des étrangers dans un régime de contrainte : la situation actuelle à la frontière franco-italienne n'en constitue qu'un exemple parmi bien d'autres. Plus généralement, la militarisation des frontières et la violence croissante des rapports entre les États même les plus libéraux et démocratiques et les étrangers est une réalité structurante de notre époque. Elle va de pair, nous l'avons vu dans le dernier chapitre, avec la place grandissante occupée par les migrations internationales. Les deux phénomènes sont évidemment liés : l'absence de schéma permettant de dénouer l'opposition entre souveraineté de l'État et droits individuels des étrangers ne peut que déboucher, face à l'accroissement de leur circulation, sur l'accroissement corrélatif de la violence, qui n'est que l'effet de notre rapport unilatéral aux étrangers.

Nous avons également tenté, dans les dernières pages de ce travail, de discerner les facteurs empiriques qui militent en faveur d'une meilleure prise en compte du point de vue des

étrangers, qui rendent la stratégie de la guerre larvée trop coûteuse pour les États et peuvent faire espérer une réforme plus favorable aux droits subjectifs. Nous avons proposé des pistes concrètes de traduction du principe d'hospitalité, qui ne constituent pas une proposition de réforme, mais une manière de souligner que sa mise en œuvre ne requerrait pas de bouleversements majeurs. Pour autant, le constat de la distance entre théorie et pratique s'impose cruellement. Nous ne sommes pas parvenue à franchir le fossé entre la logique interne au droit et les faits, parce que le réel ne se plie pas de lui-même aux réquisits de la rationalité juridique. Notre réflexion dans les deux derniers chapitres a relevé de la philosophie du droit : les propositions auxquelles elle a abouti relèvent d'une décision politique, qui déborde le cadre d'un travail de recherche. Il nous semble toutefois que cette décision s'impose en vertu même des valeurs auxquelles la communauté politique des citoyens français se plaît à se référer, et que le paradoxe de la gestion antidémocratique des frontières de notre démocratie ne peut être indéfiniment laissé dans l'ombre. Nous espérons simplement que notre étude contribuera à éclairer la délibération politique en soulignant l'existence d'un rapport de pouvoir entre les nationaux et les étrangers qui est rarement interrogé comme tel.

À travers cette étude sur le droit des étrangers, nous espérons aussi avoir contribué à montrer que le droit peut constituer un objet de choix pour la réflexion philosophique, car il permet de faire coopérer des types d'analyse et de réflexion qui dialoguent souvent peu : la *philosophie du droit*, la *philosophie sociale* et la *philosophie politique*.

Le droit au sens large, c'est-à-dire entendu comme ensemble de textes, de procédures de décision et de pratiques d'application, offre en effet un point d'entrée privilégié dans l'organisation politique et sociale d'une époque. Il en exprime les structures de façon concentrée et explicite, puisqu'il procède par catégorisation, c'est-à-dire par la formulation des représentations qui sous-tendent notre rapport au monde. L'analyse de ces catégories est notamment l'objet traditionnel de la *philosophie du droit*, qui analyse leur fonctionnement, le type de raisonnement sur lequel elles reposent, et l'armature générale du système juridique qu'elles fournissent.

Mais ce faisant, elle demeure en grande partie aveugle aux effets réels du droit, aux pratiques par lesquelles il est mis en œuvre, à son degré d'emprise effective sur les acteurs : tout ce qui ne relève pas de la loi ou de la jurisprudence des plus hautes cours constitue souvent un angle mort dans les études de philosophie du droit. Ce type d'analyse peut en revanche être pris en charge avec succès par la *philosophie sociale*, pour qui le dialogue avec la sociologie

est structurant ; il permet de rendre compte du droit comme pratique sociale, du droit vécu, qui est parfois très éloigné du droit énoncé dans les textes.

Enfin, *la philosophie politique* peut s'emparer du discours juridique, parce que ce dernier met en avant son artificialité, son caractère conventionnel, dans la mesure où les textes de droit (les lois comme la jurisprudence) sont toujours des *décisions*, présentées comme telles, et donc ouvertes à la contestation ; mais qu'il est aussi porteur d'un puissant effet d'entérinement et d'inertie, qui peut aller, comme pour la partition entre national et étranger, jusqu'à la naturalisation pure et simple.

Cette étude du droit revêt une importance d'autant plus grande que, parce qu'il entend façonner le réel, le transformer pour le mettre en conformité avec la volonté des acteurs, le droit offre un pont vers une *approche évaluative et critique* qui ne définit pas de l'extérieur, ou en surplomb, des normes de justice et d'organisation politique, mais qui analyse de l'intérieur la conformité du droit positif avec ses propres prétentions. Le droit dans nos sociétés contemporaines a en effet pour particularité tout à fait inédite de prétendre être issu de délibérations démocratiques non faussées, respecter l'égalité entre les individus et promouvoir leur liberté et leur puissance d'agir ; ces objectifs constituent autant d'outils critiques que l'on peut retourner contre le droit positif. Nous nous permettons à cet égard d'appliquer à l'objet « droit » ce que Haber écrit de l'objet « État » - étant entendu que le premier correspond dans une large mesure au discours produit par le second :

Parler de l'ambiguïté de l'État (...), ce n'est pas désavouer la critique comme mouvement de pensée capable de nous faire comprendre ce qui se passe dans le présent. C'est dire que la critique, avec l'État, se heurte à une résistance, à un objet qui, historiquement, présente des facettes multiples, un objet dont le rapport à des valeurs que nous souhaitons voir progresser et sur la base desquelles nous critiquons (telles que la justice ou l'épanouissement humain) n'est ni clair ni constant. C'est donc dire que la critique peut et doit se réinventer en fonction d'un tel objet. Il existe des conceptions faibles et des conceptions fortes de l'ambiguïté. Une conception faible se borne à affirmer que tel ou tel phénomène (l'État, le capitalisme, la modernité, par exemple) comporte des aspects positifs et des aspects négatifs qu'il est facile d'énumérer et de distinguer, alors qu'une conception forte se montre plus sceptique sur notre capacité à opérer des distinctions nettes : puisque tout change et s'entrelace, la confusion n'est pas appelée à se dissoudre d'elle-même, de sorte qu'il faut l'affronter sans barguigner.¹

Ambiguïté, voire ambivalence, et nécessité pour la critique de « se réinventer » face à cet objet : ce constat est éminemment valable pour le droit, qui est à la fois un outil puissant de légitimation et un espace de délibération et de contestation. Par différence avec l'assise que la

¹ Haber (S.), « La critique de l'étatisme hégélien chez le jeune Marx. Limites et actualité d'une polémique », *Droit et Philosophie* n° 10, novembre 2018, p. 296-297.

coutume, la nature ou une autorité quelconque peuvent offrir à un système d'organisation sociale, le droit moderne ne prétend découler que de la volonté générale, de l'accord entre les libertés. Ce faisant, il offre aux acteurs dominants un mécanisme de légitimation de la répartition effective des ressources, à travers l'invisibilisation des coups de force sur lesquels elle repose toujours en dernier ressort. Mais, inversement, la référence, même mensongère, à un consensus a pour effet potentiel de fragiliser toute organisation sociale en y inscrivant la possibilité d'une contestation, puisqu'elle est censée découler d'une décision commune sur laquelle les acteurs peuvent donc appeler à revenir. C'est ce qui explique que l'on puisse parler de « l'arme du droit »¹ comme d'un outil dont les dominés peuvent s'emparer avec un certain succès. D'un autre côté, ces succès, lorsqu'ils existent, relèvent souvent du miracle, car l'ouverture affichée par les normes juridiques à leur contestation constitue dans une large mesure un écran de fumée, en ce que le droit a aussi pour fonction de décider souterrainement de ce qui, dans les revendications des acteurs, sera ou non audible : le périmètre de la discussion est ainsi toujours décidé d'avance. Nous en avons vu un exemple concret avec les pratiques de rétention : pratiques d'abord illégales, donc fondées sur un pur coup de force de la part de l'administration, et au sujet desquelles le débat politique et juridique s'est ensuite concentré exclusivement sur les modalités de leur encadrement, sur le délai et les modalités de prolongation, sur le droit au recours, etc. Si ces encadrements sont évidemment préférables aux pratiques clandestines qui avaient cours auparavant, la focalisation de la délibération sur ces enjeux ponctuels souligne, en creux, que l'existence même de la rétention n'est pas mise en question, et que le débat juridique a justement pour fonction d'occulter cette question. Plus généralement, en enserrant le réel dans un réseau de normes et de catégories, le droit oriente la manière dont les questions politiques se posent, dans quels termes elles sont formulées. De ce point de vue, le droit constitue donc un puissant mécanisme d'invisibilisation de certains enjeux.

Pour autant, ce mécanisme ne peut jamais fonctionner complètement, puisque son procédé consiste à nommer, à désigner cela même qui est du même coup légitimé. Si la partition entre national et étranger est naturalisée, gravée dans le marbre, par l'opération qui la constitue et manifeste ainsi sa contingence, alors une attention portée aux catégories du droit fournit un programme de travail fécond pour une analyse critique des fausses évidences sédimentées. Le droit fonctionne ainsi comme « un stabilisateur des relations de domination », mais qui doit toujours être renouvelé car, « en figeant les dominations, il ne peut manquer d'intégrer les effets

¹ Pour reprendre le titre de l'ouvrage d'Israël (L.), *L'Arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009.

des conflits. Il implique donc une forme de tension ou de rapport solidifiée, mais seulement de façon approximative »¹. Appliqué au droit, cette lecture souligne qu'il se présente comme une fiction à la fois légitimante et fragilisante pour les rapports de pouvoir, d'injustice ou de domination : parce qu'il prétend coordonner les intérêts d'acteurs égaux, ou, pour reprendre la terminologie que nous avons empruntée à Kant, faire cohabiter les libertés, le droit est porteur d'un idéal qui souligne en permanence l'inadéquation de ses propres normes. Analysé ainsi, il ouvre la voie à un discours critique qui « s'autorise ici non pas de principes, de normes ou d'un idéal que forgerait le philosophe, mais de principes et de normes qui sont portés et promus par l'ordre social lui-même »².

Malgré cette ambivalence, la lecture désabusée du droit comme voile jeté sur des rapports de forces manifeste une pertinence toujours renouvelée. Il est clair que la dimension d'entérinement prévaut dans les faits sur la mise en avant de l'artificialité et donc de la possibilité d'une contestation. En réalité, et c'est ce qui en fait un sujet d'intérêt pour la philosophie politique et la philosophie sociale, le droit est porteur d'un double effet d'occultation : la tendance à énoncer sur le mode du fait et à entériner des normes qui sont en réalité produites par des acteurs et dont on peut donc interroger la légitimité, nous l'avons vu ; mais aussi la prétention illusoire à valoir de façon générale et universelle, c'est-à-dire un silence pudique gardé sur l'effectivité de ces normes.

Car chacun sait, par expérience personnelle, que ce qui est énoncé dans un texte de loi (et qui est d'ailleurs souvent tout bonnement incompréhensible à la lecture pour un citoyen non formé) ne dit pas grand-chose de son mode d'application réel. Lire la norme, en comprendre le sens explicite, ne revient pas du tout à savoir comment elle est effectivement mise en œuvre. Cet écart est particulièrement prégnant en droit des étrangers, où l'opacité induite par la technicité des textes et leur renouvellement permanent se redouble, nous l'avons vu, de la marge d'appréciation réservée aux acteurs publics. Mais cet écart entre la norme et son application est toujours présent, pour deux raisons au moins : d'abord parce qu'il est inhérent à la question de la mise en rapport d'une règle générale et d'un cas particulier ; mais aussi parce que le droit est appliqué par des acteurs pris dans une configuration qui les amène parfois à s'écarter de la norme, à tolérer des illégalismes ou, au contraire, à adopter une approche rigoriste. Nous prendrons deux exemples, volontairement situés aux deux extrémités de la chaîne du droit. Le

¹ Haber (S.), « La critique de l'étatisme hégélien.. », *art. cit.*, p. 299

² Fischbach (F.), *Manifeste pour une philosophie sociale*, La Découverte, Paris, 2009, p. 77

premier est fourni par l'arrêt *Dame Lamotte*¹ dans lequel le Conseil d'État interprète une disposition législative énonçant que la décision administrative attaquée « ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire » comme n'excluant pas le recours pour excès de pouvoir ; interprétation « créative »², pour laquelle le droit, toujours plein de ressources, a inventé une catégorie révélatrice : *contra legem*. Et à l'autre bout de la chaîne juridique, les pratiques *contra legem* sont légions : nous en avons croisé quelques exemples au chapitre 2, avec les analyses sur le droit au guichet des préfectures et la rétention administrative au poste de Menton-Garavan. Mais tout piéton sait que la priorité qui lui est reconnue au passage clouté existe *de jure* plus que *de facto* ; tout contractuel de la fonction publique sait que les obligations de l'employeur relatives à la signature du contrat de travail et aux délais de mise en paiement sont quotidiennement bafouées ; le « droit au logement » proclamé par les textes est lui aussi un droit de papier ; l'article 931 du Code civil, en vertu duquel « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité », n'est, lui non plus, guère respecté par les acteurs.

Ce jeu entre la norme textuelle et sa mise en pratique³ a été maintes fois souligné ; mais derrière cette évidence tout simple se cachent des enjeux politiques essentiels pour garantir le caractère effectivement *protecteur* du droit : son accessibilité (compliquée par la technicité du vocabulaire, qui amène les acteurs à ne pas toujours appliquer la règle, par ignorance ou par mauvaise volonté) et le contrôle des acteurs en charge de son application. C'est à cet échelon que s'opèrent des mécanismes d'interprétation, de négociation, d'adaptation plus ou moins favorables à ceux qui sont soumis à la règle⁴. Et c'est à ce niveau également que se joue véritablement l'impact que le droit réussit ou non à avoir sur les vies qu'il est censé organiser, protéger, mettre en forme. C'est donc par cet aspect de réalité sociale et d'ensemble de pratiques, aspect souvent délaissé par les juristes, que le droit peut intéresser la philosophie sociale, car il permet d'identifier les pratiques effectives que désignent les mots de la philosophie politique et juridique : État, loi, souveraineté, administration, etc. Ces pratiques font d'ores et déjà l'objet d'analyses empiriques de la part de sociologues, d'ethnologues et

¹ C. E., Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949

² Qui vient à l'appui de la « théorie réaliste de l'interprétation » défendue par Troper (in Troper (M.), *La Théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris, 2001).

³ Que Carbonnier intègre à la catégorie du « non-droit », et qu'il résume ainsi, pour le cas de la publicité hyperbolique : « Le droit dit aux vendeurs : « soyez transparents » ; le non-droit aux acheteurs : « ne soyez pas si bêtes » » (in *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 323).

⁴ Pour une étude de cas, voir Weller (J.-M.), « La disparition des bœufs du Père Verdon. Travail administratif ordinaire et statut de la qualification », *Droit et société* n° 67, 2007/3. Il propose d'intégrer à la sociologie du droit « les activités proprement dites, celles qu'on doit réaliser pour traiter une affaire, instruire un dossier, imaginer une plaidoirie, rédiger un jugement, avec ce qu'elles engagent de technicité, d'ingéniosité et d'imagination » (p. 714).

d'historiens, et nous en avons cité d'éminents représentants dans les pages qui précèdent. C'est donc par son ambition de poser un *diagnostic critique* que la philosophie sociale peut constituer un apport précieux. En effet, ce qui se joue dans les pratiques du droit, ce sont souvent des mécanismes d'invisibilisation, derrière la mise en forme revendiquée. On peut interpréter le langage du droit comme une vaste opération d'euphémisation, qui occulte la violence parfois bien réelle des pratiques qu'il fonde : le droit des étrangers nous en a fourni des exemples particulièrement éloquents à travers ses « OQTF », ses « régularisations humanitaires », ou sa façon de soupeser vie privée et familiale et ordre public. Si la philosophie sociale se donne pour tâche de

réinvestir une démarche théorique qui prétend moins dire ce qui doit être ou ce qui est « de droit », qu'elle n'entend d'abord faire le diagnostic de « ce qui ne va pas » dans la société telle qu'elle est et de ce qui, dans l'ordre social existant, non seulement fait obstacle à l'épanouissement de la plupart des individus, mais leur impose des formes de vie profondément dégradées et mutilées,¹

alors la sphère du droit offre un terrain de recherche privilégié, si on l'aborde par une approche « micro », qui intègre les expériences effectives du droit et ce qui se joue concrètement dans l'application des normes. Montrer ce qui est effectivement en jeu derrière les règles générales et les termes apparemment neutres constitue une opération critique importante, que l'analyse interne des juristes, même lorsqu'elle prend position sur le bien-fondé de telle norme ou interprétation, ne suffit pas à mener. Il faut pouvoir entrer dans la logique interne des textes, sans s'y laisser enfermer, en s'autorisant de la distance qu'une approche pluridisciplinaire rend possible.

Enfin, et nous tenons à clore sur cette note peut-être moins largement admise, l'analyse du phénomène juridique nous paraît féconde pour mettre en lumière et en mots le tissu relationnel qui constitue la trame de la vie humaine. Si l'on reprend la typologie proposée par Fischbach entre l'individu vu par la philosophie politique, « indépendant et autonome, considéré comme un agent rationnel et libre, conscient de son intérêt propre, capable de se donner des buts et de déterminer les meilleurs moyens de les réaliser » et l'individu tel qu'il est abordé par la philosophie sociale, comme un être « relationnellement constitué et compris comme étant d'abord un être naturel, c'est-à-dire un être de besoins », « affecté » et faisant « d'abord l'expérience de sa propre dépendance essentielle à l'égard des autres, et donc un être qui se rapporte aux autres d'abord sur le mode du besoin »², alors on voit le paradoxe à ce que

¹ Fischbach (F.), *Manifeste pour une philosophie sociale*, op. cit., p. 10.

² Fischbach (F.), *Manifeste pour une philosophie sociale*, op. cit., p. 49-50.

l'étude du droit, dont le matériau est constitué par les *relations*, ait été aussi massivement prise en charge par la première et délaissée par la seconde. Il nous semble que, si l'on prend sa fonction au sérieux, le droit ne peut que considérer les êtres humains comme toujours déjà en relation, puisqu'il entend façonner leurs interdépendances multiples dans le sens d'une cohabitation pacifiée. Envisagé ainsi, son étude permet de progresser dans la compréhension de la relationalité humaine. Elias regrettait la pauvreté du langage et des représentations dont nous disposons pour rendre compte de cet aspect pourtant essentiel à notre existence, et notre difficulté à « rompre avec la pensée sous forme de substances isolées et passer à une réflexion sur des rapports et des fonctions »¹. Les métaphores du filet et de la danse auxquelles il a recours en sont à ses yeux des approximations toujours insuffisantes :

il n'est aucune image, en vérité, qui donne une impression suffisante de l'importance que revêtent les relations entre les hommes pour la marque de l'individu ; il n'est rien d'autre que de se plonger dans la nature et la structure de ces relations pour arriver à se représenter avec quelle intensité et quelle profondeur l'interdépendance des fonctions humaines lie l'individu ; rien qui donne en un mot un reflet plus clair de l'intégration des individus dans une société.²

Construire une grammaire de la relationalité, c'est l'apport essentiel que nous attendons de la philosophie du droit (entendue au sens large que nous avons esquissé dans ces pages). Si le droit positif participe dans une large mesure de l'appauvrissement individualisant de nos discours et de nos représentations, par sa prétention à faire surgir un monde commun où tout est matière à discussion entre acteurs égaux, il représente aussi un antidote possible : idéal toujours mensonger, sans cesse trahi, mais qu'il nous revient de porter malgré tout.

¹ Elias (N.), *La Société des individus*, Pocket, Paris, 2018, p. 55.

² Elias (N.), *La Société des individus*, Pocket, Paris, 2018, p. 55.

Bibliographie

DICTIONNAIRES ET BASES DE DONNÉES

- Benveniste (E.), *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Les Éditions de Minuit, 1969, Paris
- Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 6ème édition, PUF, Paris, 1987
- Rey (A.), Tomi (M.), Hordé (T.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1992
- Dictionnaire permanent : droit des étrangers* [en ligne], Éditions législatives
- EUR-Lex (droit européen)
- Légifrance (droit français)
- Encyclopaedia Universalis*

SITES INSTITUTIONNELS ET ASSOCIATIFS

- Anafé : <http://www.anafe.org/>
- Association Roya citoyenne : <https://www.roya-citoyenne.fr/>
- Blog “Asyl in der Kirche” : <https://www.kirchenasyl.de/>
- Bureau européen d’appui en matière d’asile : <https://www.easo.europa.eu/>
- Cimade : <https://www.lacimade.org/>
- Gisti : <https://www.gisti.org/spip.php?page=sommaire>
- Eurotunnel : <https://www.eurotunnelfreight.com/fr/securite-surete/controles/>
- Global Migration Group : <https://globalmigrationgroup.org/>
- Jesuit Refugee Service : <https://www.jrsfrance.org/>
- Habitat et Citoyenneté : <http://www.habitatetcitoyennete.fr/>
- Migreurop : <http://www.migreurop.org/>
- Ministère de l’Intérieur, Direction générale des étrangers en France : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/La-Direction-generale/Presentation>
- MOM (Migrants outremer) : <http://www.migrantsoutremer.org/>
- OFII : <http://www.ofii.fr/>
- OFPRA : <https://www.ofpra.gouv.fr>
- Singa : <https://www.singafrance.com/>
- The Migrants Files : <http://www.themigrantsfiles.com/>

TEXTES JURIDIQUES

Textes internationaux

- Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (1789)
- Charte des Nations Unies (1945)
- Déclaration universelle des droits de l’homme (1948)
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)
- Convention de Genève relative au statut des réfugiés (1951) et son protocole annexe de 1967

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), et protocole n° 4

Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (1969)

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)

Convention relative aux droits de l'enfant (1989)

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990)

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière (3 octobre 1997)

Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006)

Charte de Lampedusa (2014)

Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières » (2018)

Textes européens

Traités

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, version consolidée) (2008). JO C 326 du 26.10.2012, p. 47–390.

Charte européenne des droits fondamentaux (2000). JO C 326 du 26.10.2012, p. 391–407.

Règlements

Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas). JO L 243 du 15.9.2009, p. 1–58

Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59

Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen). JO L 77 du 23.3.2016, p. 1–52.

Règlement (UE) 2018/1726 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011. JO L 295 du 21.11.2018, p. 99–137.

Règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. JO L 303 du 28.11.2018, p. 39–58.

Directives

Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial. JO L 251 du 3.10.2003, p. 12–18.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale. JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte). JO L 180 du 29.6.2013, p. 96–116.

Autres

Conclusions de la présidence — Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999. URL : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

Conseil européen, Le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne (2005/C 53/01). JO C 53 du 3.3.2005, p. 1–14.

Commission européenne, Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 Final, 6 juin 2007, n° 52007DC0301

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : « Frontières intelligentes : options et pistes envisageables », (Doc. COM [2011] 680 final), 25 octobre 2011, n° 52011DC0680

Conseil européen, Le programme de Stockholm — Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens (2010/C 115/01). JO C 115 du 4.5.2010, p. 1–38.

Résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté de l'Union européenne à vendre [2013/2995(RSP)]. JO C 482 du 23.12.2016, p. 117–118.

Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014. URL : www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata

Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Le programme européen en matière de sécurité » (COM[2015] 185 final), 28 avril 2015, n° 52015DC0185.

Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un Agenda Européen en matière de Migration » (COM[2015] 240 final), 3 mai 2015, n° 52017DC0558.

Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil européen et au Conseil, « Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'agenda européen en matière de migration » (COM[2015] 490 final), 23 septembre 2015, n° 52015DC0490.

Conseil européen, Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016. URL : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM[2016] 270 Final), 4 mai 2016, n° 52016PC0270(01).

Commission européenne, L'approche des hotspots pour gérer des afflux migratoires exceptionnels, 9 septembre 2015. URL : https://ec.europa.eu/files/background-information/docs/2_hotspots_fr

Commission européenne, communiqué de presse du 27 septembre 2017, « État de l'Union 2017 – La Commission présente les futures étapes d'une politique migratoire et d'asile de l'Union plus solide, plus efficace et plus juste ». URL : https://ec.europa.eu/luxembourg/news/%C3%A9tat-de-lunion-2017-%E2%80%93-la-commission-pr%C3%A9sente-les-futures-%C3%A9tapes-dune_fr

Commission européenne, communiqué de presse du 12 juin 2018. URL : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4106_fr.htm

Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne (COM/2019/12 final), 23 janvier 2019, n° 52019DC0012

Communiqué de presse du Conseil européen, 20 juin 2019, « Un nouveau programme stratégique 2019-2024 ». URL : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/>

Textes français

Codes et lois

Constitution de 1958 et Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Code civil

Code de la sécurité intérieure

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Code de l'action sociale et des familles

Code de procédure pénale

Code des relations entre le public et l'administration

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

Loi n° 71-569 du 15 juillet 1971 relative au territoire des Terres australes et antarctiques françaises

Loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 dite Bonnet relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance 452658 du 02-11-1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national de l'immigration

Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

Loi n° 83-1046 du 8 décembre 1983 modifiant le code de la nationalité française et le code électoral et supprimant les incapacités temporaires frappant les personnes ayant acquis la nationalité française

Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte

Ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis-et-Futuna

Ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française

Ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration,

Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile

Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté

Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie »

Textes réglementaires

Décret n° 2018-385 du 23 mai 2018 portant expérimentation de certaines modalités de traitement des demandes d'asile en Guyane

Arrêté du 18 janvier 2008 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse

Arrêté du 10 mai 2010 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire européen de la France

Arrêté du 21 septembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « gestion des étrangers en situation irrégulière » (GESI)

Arrêté du 23 octobre 2015 relatif au questionnaire de détection des vulnérabilités des demandeurs d'asile prévu à l'article L. 744-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Circulaires n° 72.40 du 24 janvier 1972 du ministre de l'Intérieur et n° 1.72 du ministre du Travail, de l'emploi et de la population du 23 février 1972 concernant les conditions d'établissement en France des travailleurs étrangers

Circulaires du Secrétariat d'État auprès du Ministre de l'Intérieur, en date des 5 juillet 1974, 9 juillet 1974, 9 août 1974 et 27 décembre 1974 suspendant provisoirement l'introduction en France des familles des travailleurs étrangers

Circulaire n. 74-628, en date du 30 novembre 1974, du Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur, et la circulaire n. 21-74, en date du 30 novembre 1974, du Secrétaire d'État auprès du Ministre du Travail relatives aux conditions de séjour et d'emploi des ressortissants des pays d'Afrique au Sud du Sahara autrefois sous administration française

Circulaires du 11 août 1981 de régularisation des travailleurs étrangers

Circulaire du 17 mai 1985 relative aux demandes exceptionnelles au séjour présentées par des étrangers dont la demande d'asile a été définitivement rejetée

Circulaire du 23 juillet 1991 sur les déboutés du droit d'asile ont ensuite tour à tour été rejetées

Circulaire n° INTK0600058C du 13 juin 2006 relative aux mesures à prendre à l'endroit des ressortissants étrangers dont le séjour en France est irrégulier et dont au moins un enfant est scolarisé depuis septembre 2005

Circulaire n° JUS/D/06/30 020/C & CRIM.06.5/ EI-21.02.2006 du 21 février 2006 relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponse pénale

Circulaire DPM/DMI2 n° 2007-75 du 22 février 2007 relative au groupement familial)

Circulaire du 7 janvier 2008 prise en application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007 relatif à la délivrance de cartes de séjour portant la mention salarié au titre de l'admission exceptionnelle au séjour

Circulaire n° IMI/M/09/00054C du 5 février 2009 relative aux conditions d'admission au séjour des étrangers victimes de la traite des êtres humains ou du proxénétisme coopérant avec les autorités administratives et judiciaires

Circulaire n° IMIM1000116C du 10 septembre 2010 relative aux Conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne, des autres États parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse, ainsi que des membres de leur famille

Circulaire n° INTK1225185C du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour présentées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

Circulaire n° JUSF1314192C du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation

Circulaire n° INT/K/15/17035/J du 13 juillet 2015. Mise en œuvre de la réforme de l'asile.

Instruction n° INTV1525995J du 2 novembre 2015 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'asile

Ministère de l'Intérieur, « Venir vivre en France », p. 3-5. URL : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Accueil-et-accompagnement/Le-livret-d-information-Venir-vivre-en-France>

Autres

Migration and maritime powers legislation amendment (resolving the asylum legacy caseload) Act 2014 (no. 135, 2014) (Australie)

Namah v Pato [2016] PGSC 13 ; SC1497 (26 April 2016) (Papouasie Nouvelle-Guinée)

ARRÊTS

Juridictions internationales et régionales

CPJI et CIJ

CPJI, 3 mars 1928, Affaire de la compétence des tribunaux de Danzig

CPJI, 30 août 1934, Concessions Mavrommatis en Palestine

CIJ, 24 mai 1980, L'affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran

CEDH

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81

CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92

CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90
 CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93
 CEDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00
 CEDH, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, n° 46410/99
 CEDH, 26 avril 2007, *Grebemedhin c. France*, n° 25389/05
 CEDH, 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03
 CEDH, 23 septembre 2010, *Bousarra c. France*, n° 25672/07
 CEDH, 21 janvier 2011, *M. S. S. c./ Belgique et Grèce*, n° 30696/09
 CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09
 CEDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, n° 52701/09
 CEDH, 10 juillet 2014, *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10
 CEDH, 10 juillet 2014, *Senigo Longue c. France*, n° 19113/09
 CEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10
 CEDH, 3 octobre 2017, *N. D. et N. T. c. Espagne*, n° 8675/15 et 8697/15
 CEDH, 3 octobre 2019, *Kaak et autres c. Grèce*, n° 34215/16
 CEDH, affaire en cours d'examen, *M. N. et autres c. Belgique*, n° 3599/18

CJCE/CJUE

CJCE, 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala/Freistaat Bayern*, n° C85/96
 CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, n° C184/99
 CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop*, n° C224/98
 CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, n° C456/02
 CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02
 CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar contre London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, n° C209/03
 CJUE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze*, C22/08 et C23/08
 CJUE, 5 mars 2011, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, n° C434/09
 CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, n° C34/09.
 CJUE, 21 décembre 2011, n° C411/10 & C493/10
 CJUE, 22 mai 2012, n° C348/09
 CJUE, Grande Chambre, 6 novembre 2012, *K. c. Bundesasylamt*, n° C245/11
 CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, C378/12
 CJUE, 16 janvier 2014, *M. G.*, n° C400/12
 CJUE, 17 juillet 2014, *Thi Ly Pham c./ Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, n° C474-13
 CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, n° C333/13.
 CJUE, 13 septembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c/ Administración del Estado*, n° C-165/14
 CJUE, 7 mars 2017, *X et X contre État belge*, n° C2017:173
 Conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 7 février 2017 (Affaire C-638/16 PPU *X, X contre État belge*) n° C:2017:93

Juridictions françaises

Conseil Constitutionnel

C. C., 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions*

d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration, n° 79-109 DC

C. C., 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, n° 89-261 DC

C. C., 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n° 89-269 DC

C. C., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325 DC

C. C., 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* n° 92-307 DC

C. C., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC

C. C., 6 juillet 2018, QPC, *M. Cédric H. et autre - Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger*, n° 2018-717/718

Conseil d'État

C. E., 8 décembre 1853, *Dame de Solms*, Rec. p. 1037

C. E., 14 mars 1884, *Michel Morphy*, Rec. p. 213

C. E., 2 août 1836, *Naundorf*, Rec. p. 379

C. E., 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855

C. E., 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 17 520

C. E., Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, n° 86949

C. E., 18 mars 1955, *Hamou Ben Brahim*

C. E., 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/ X*, n° 94108,

C. E., 16 janvier 1970, n° 68919

C. E., 13 janvier 1975, *Da Silva et CFDT*, n° 90 193, 90 194, 91 288

C. E. Ass., 21 janvier 1977, n° 01333

C. E., Ass., 7 juillet 1978, *Syndicat des Avocats de France*, n° 10830, 10 569

C. E., 24 novembre 1978, *CGT, GISTI et a.*, n° 98340

CE, 24 novembre 1978, *CGT et autres, Association culturelle des travailleurs africains en France et autre*, n° 98339

C. E., Ass., 8 décembre 1978 - *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097, 10 677, 10 679

C. E., 27 septembre 1985, n° 54114, *GISTI*

C. E., 13 novembre 1985, n° 65827

C. E., 2 décembre 1988, n° 72686

C. E., 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ Lévy*, n° 78113

C. E., 19 novembre 1990, n° 94235

C. E., 10 avril 1992, *Aykan*, n° 75006

C. E., 12 octobre 1992, n° 127572

C. E., 5 mai 1993, n° 127645

C. E., 7 juin 1993, n° 127669

C. E., 22 juin 1994, n° 128160

C. E. 21 avril 1997, *GISTI*, n° 158919

C. E. 23 avril 1997, *GISTI*, n° 163043

C. E., 6 juin 2007, n° 292076

C. E., réf., 21 septembre 2007, n° 309497

C. E., 19 octobre 2007, *B et A*, n° 306821

C. E., 1er avril 2008, n° 313711

C. E., 23 oct. 2009, *Gisti*, n° 314397
 C. E., 7 avril 2010, n° 316625
 C. E., 7 avril 2010, n° 301640
 C. E., 24 août 201, n° 327036
 C. E., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827
 C. E., 8 février 2012, n° 337992
 C. E., 8 avril 2013, n° 364558
 C. E., 15 janvier 2014, n° 36555
 C. E., 12 février 2014, n° 365644
 C. E., 18 juin 2014, n° 366307
 C. E., 9 juillet 2014, n° 382145
 C. E., 30 janv. 2015, *Département des Hauts-de-Seine et autres*, n° 371415, 371 730, 373 356
 C. E. réf, 9 juillet 2015, n° 391392
 C. E., 19 janvier 2015, *Mme X c. Min. de l'Intérieur*, n° 375373
 C. E., 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/ M. B... A...*, n° 383267, 383 268
 C. E., réf., 5 juillet 2017, n° 411575
 C. E., 23 octobre 2017, n° 374106
 C. E. réf., 11 avr. 2018, n° 418027

Autres juridictions françaises

- Ordre judiciaire

Cass. civ., 27 juillet 1948, Lefait, n° 48-37523
 Cass. civ., 31 janvier 1984, n° 82-16373
 Cass. civ., 27 septembre 2017, n° 1130
 Cass. civ., 11 juillet 2018, n° 834
 TGI de Bobigny, 15 juin 2017, n° 17/04674
 TGI Bobigny, 2 juillet 2014, n° 14/003581

- Ordre administratif

CAA de Bordeaux, 31 juillet 2007, n° 06BX00167
 CAA Lyon, 25 janvier 2011, n° 10LY01078
 CAA Versailles, 11 décembre 2012, n° 11VE04126
 CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04395
 TA Nice, 31 mars 2017, n° 1701211
 TA Nice, 8 juin 2017, n° 1702161
 TA Nice, 4 septembre 2017
 TA Nice, 22 janvier 2018 n° 1800195
 TA Nice, 23 février 2018, n° 1800702
 TA Nice, 2 mai 2018, n° 1801843
 TA de Paris, ordonnance du 13 février 2019, n° 1902037/9

- Autorités administratives indépendantes

Décision 2017-211 du 6 octobre 2017 relative à l'ouverture de l'annexe du tribunal de grande instance de Bobigny pour la présentation au juge des libertés et de la détention des étrangers maintenus en zone d'attente

Défenseur des droits, Décision du défenseur des droits 2018-100, (25/04/2018)

RAPPORTS

Sur la politique australienne

Amnesty International, *What We Found on Nauru* (17 December 2012). URL : <http://www.amnesty.org.au/refugees/comments/30726/>

UNHCR, *UNHCR Monitoring Visit to the Republic of Nauru 7 to 9 October 2013* (26 November 2013). URL : <http://unhcr.org.au/wp-content/uploads/2015/05/2013-12-06-Report-of-UNHCR-Visit-to-Nauru-of-7-9-October-2013.pdf>

Philip Moss, « *Review into Recent Allegations Relating to Conditions and Circumstances at the Regional Processing Centre in Nauru* » (*Final Report, Department of Immigration and Border Protection, 20 March 2015*). URL : <http://apo.org.au/resource/review-recent-allegations-relating-conditions-andcircumstance-regional-processing-centre>

Senate Select Committee on the Recent Allegations Relating to Conditions and Circumstances at the Regional Processing Centre in Nauru, Parliament of Australia, *Taking Responsibility: Conditions and Circumstances at Australia's Regional Processing Centre in Nauru* (2015)

Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, Parliament of Australia, *Conditions and Treatment of Asylum Seekers and Refugees at the Regional Processing Centres in the Republic of Nauru and Papua New Guinea: Interim Report* (2016)

Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment — Addendum — Observations on Communications Transmitted to Governments and Replies Received*, 31st sess, Agenda Item 3, UN Doc A/HRC/31/57/Add.1 (24 February 2016)

Amnesty International, *Manus Island Is Still Breaking People* (18 July 2014). URL : <http://www.amnesty.org.au/refugees/comments/35068/>

Amnesty International, *This Is Breaking People: Human Rights Violations at Australia's Asylum Seeker Processing Centre on Manus Island, Papua New Guinea* (December 2013). URL : http://www.amnesty.org.au/images/uploads/about/Amnesty_International_%20Manus_Island_report.pdf

Parliament of Australia, *Australian Government spending on irregular maritime arrivals and counter-people smuggling activity*, 2013. URL : https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1314/PeopleSmuggling

Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, Parliament of Australia, *Incident at the Manus Island Detention Centre from 16 February to 18 February 2014* (2014)

Human Rights Watch, *World Report 2015: Papua New Guinea*. URL : <https://www.hrw.org/worldreport/2015/country-chapters/papua-new-guinea>

UNHCR, “*UNHCR Calls for Immediate Movement of Refugees and Asylum-Seekers to Humane Conditions*” (Statement, 2 May 2016). URL : <http://unhcr.org.au/wp-content/uploads/2015/05/UNHCRCalls-for-Immediate-Movement-of-Refugees-and-Asylum-Seekers-to-Humane-Conditions-.pdf>

Sur le contexte français

Rapports d'associations

La Cimade, « *Visa refusé. Enquête sur les pratiques des consulats de France en matière de délivrance de visa* », 2010

GISTI, témoignage sur l'engorgement des PADA :
<https://www.gisti.org/spip.php?article5573>

Unicef France, « La protection de l'enfance doit s'exercer aussi à la frontière franco-italienne » (13/12/2016)

Amnesty International, « Des contrôles aux confins du droit » (février 2017)

Forum Réfugiés, « Pour une pleine application du droit d'asile à la frontière italienne » (24/04/2017)

La Cimade, Collectif Loujna-Toungaranké, Migreurop, « Coopération UE-Afrique sur les migrations. Chronique d'un chantage. Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union européenne » (2017)

Médecins du monde, « Rapport de l'observatoire de l'accès aux droits et aux soins en France » (2018)

Intersos, « I minori stranieri non accompagnati lungo il confine Nord italiano » (31 janvier 2018)

OXFAM-France, « Nulle part où aller » (14/06/2018)

Anafé, « Persona non grata. Conséquences des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne » (janvier 2019)

La Cimade, « La loterie de l'accès à la procédure d'asile en Île-de-France » (2019).
URL : <https://www.lacimade.org/acces-procedure-asile-idf/>

Human Rights Watch, « France : des enfants migrants privés de protection » (5/09/2019)

Rapports institutionnels

Masson (P.), Balarello (J.), *Commission d'enquête sur les régularisations d'étrangers en situation irrégulière*, 1998

Othily (G.), Buffet (F. N.), *Immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine* (rapport de commission d'enquête, 2006)

Délibération HALDE n° 2007-370 du 17 décembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*

Inspection générale des finances, Cordier (A.), Salas (F.), *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'Aide médicale d'État*, 2010

Inspection générale de l'administration (Battesti [J.-P.], Ahrweiller [M.]), *Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfetures et sous-préfetures*, décembre 2014, n° 14-124/14-073/01

Fekl (M.), *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France. Mise en œuvre du titre pluriannuel de séjour, amélioration de l'accueil en préfecture et contrôle juridictionnel de la rétention et de l'éloignement, Rapport au Premier ministre*, 14 mai 2013

Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur la situation des personnes migrantes à la frontière franco-italienne : missions dans les Hautes-Alpes et les Alpes-Maritimes – mars-avril 2018 – adoption à l'unanimité* (1/07/2018)

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur la situation des migrants à la frontière franco-italienne* (19/06/2018)

Contrôle général des lieux de privation de liberté, *Rapport de la deuxième visite de la PAF Menton* (05/06/2018)

Rapport du Sénat, *Projet de loi de finances pour 2018 : Santé*

Dumont (P.-H.), *Avis présenté au nom de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2019*, 2018

Défenseur des droits, *Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer*, 13 mai 2019

ÉTUDES HISTORIQUES, ANTHROPOLOGIQUES ET SOCIOLOGIQUES

Ouvrages

- Agier (M.) (dir.), *Un monde de camps*, La Découverte, Paris, 2014
- Anderson (B.), *L'Imaginaire national : réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte, Paris, 1996
- Beaud (O.), *La Puissance de l'État*, PUF, Paris, 1994
- Beaune (C.), *Naissance de la nation France*, Gallimard, Paris, 1985
- Beck (U.), *The Cosmopolitan Vision*, traduit de l'allemand par Cronin (C.), Polity Press, Cambridge, 2006
- Beck (U.), *La Société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, traduit de l'allemand par Bernardi (L.), Aubier, Paris, 2001
- Bernardot (M.), *Camps d'étrangers*, Éditions du Croquant, Bellecombe-en-Auge, 2008
- Bigo (D.), *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1996
- Blanc-Chaléard (M.-C.), Douki (C.), Dyonet (N.), Milliot (V.) (dir.), *Police et Migrants, France - 1667-1939*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001
- Cerutti (S.), *Étrangers. Étude d'une condition d'incertitude dans une société d'Ancien Régime*, Bayard, Paris, 2012
- Colas (D.), Emri (C.), Zylberbergg (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, PUF, Paris, 1991
- Dubois (V.), *La Vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, Economica, « Études politiques », Paris, 2003
- Elias (N.), *La Société des individus*, Pocket, Paris, 2018
- Fassin (D.), Rechtman (R.), *L'Empire du traumatisme. Enquête sur la condition de victime*, Flammarion, Paris, 2007
- Fischer (N.), *Le Territoire de l'expulsion. La rétention administrative des étrangers et l'État de droit*, ENS Éditions, Lyon, 2017
- Gellner (E.), *Nations et nationalisme*, Payot, Paris, 1983
- Gotman (A.), *Le Sens de l'hospitalité. Essai sur les fondements sociaux de l'accueil de l'autre*, Presses Universitaires de France, 2001, Paris
- Gotman (A.), (dir.), *Villes et Hospitalité. Les Municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004
- Hammar (T.), *Democracy and the Nation State : Aliens, Denizens, and Citizens in a World of International Migration*, Routledge, London, 2017
- Hobsbawm (E. J.), *Nations et Nationalismes depuis 1870. Programme, mythe, réalité*, Gallimard, Paris, 1992
- Israël (L.), *L'Arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009
- Laurens (S.), *Une politisation feutrée. Les hauts-fonctionnaires et l'immigration en France, 1962-1981*, Belin, Paris, 2009
- Noiriel (G.), *Population, immigration et identité nationale en France, XIX^e-XX^e siècle*, Hachette, Paris, 1992
- Pitt-Rivers (J.), *Anthropologie de l'honneur. La mésaventure de Sichem*, traduit de l'anglais par Mer (J.), Le Sycomore, Paris, 1983
- Rask Madsen (M.), *La Genèse de l'Europe des droits de l'homme. Enjeux juridiques et stratégies d'État (France, Grande-Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010
- Razac (O.), *Histoire politique du barbelé*, Flammarion « Champs Essais », Paris, 2009

- Sayad (A.), *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Le Seuil, Paris, 1999
- Sen (A.), *Poverty and Famines*, Clarendon Press, Oxford, 1981
- Sen (A.), Drèze (J.), *Hunger and Public Action*, Clarendon Press, Oxford, 1989
- Slama (S.), *Le Privilège du national. Étude historique de la condition civique des étrangers en France*, [éditeur : s. n.], 2003
- Thiesse (A.-M.), *La Création des identités nationales. Europe XVIII e-XX e siècle*, Seuil, Paris, 1999
- Torpey (J.), *L'Invention du passeport. État, citoyenneté et surveillance*, Belin, Paris, 2005
- Van Espen (Z.), *Dissertatio de intercessione sive interventione episcoporum pro reis apud principes et magistratus civiles et de confugientibus ad ecclesias, sive de immunitate locali seu asylo templorum*, Louvain, 1721
- Weller (J.-M.), *L'État au guichet. Sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics*, Desclée de Brouwer, « Sociologie économique », Paris, 1999
- Wihtol de Wenden (C.), *La Question migratoire au XXI^e siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Presses de Sciences Po, « Références », Paris, 2014
- Wihtol de Wenden (C.), *Faut-il ouvrir les frontières ?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2017

Articles

- Agier (M.), « L'encampement du monde », *Plein droit* n° 90-3, 2011, p. 21-24
- Agier (M.), « Frontières de l'exil. Vers une altérité biopolitique », *Hermès, La Revue* n° 63, 2012/2, p. 88-94,
- Agier (M.), « Espaces et temps du gouvernement humanitaire », *Pouvoirs* n° 144, 2013, p. 113-123
- Beaujeu (M.), « Vers une gouvernance mondiale des migrations : enjeux, réalités et perspectives », *Migrations Société* n° 121, 2009, p. 147-158
- Bernardot (M.), « Le pays aux mille et un camps. Approche socio-historique des espaces d'internement en France au XX^e siècle », *Cahiers du CERIEM* n° 10, p. 57-76
- Bernardot (M.), « Permanence des camps et renouveau de la théorisation sur le confinement des étrangers », in Kobelinsky (C.) et Makaremi (C.) (dir.), *Enfermés dehors. Enquête sur le confinement des étrangers*, Éditions du Croquant, Bellecombe-en-Auge, 2009, p. 105-121
- Bertrand (V.), « La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique », *Connexions* n° 80-2, 2003, p. 137-154
- Bigo (D.), Bocco (R.), Piermay (J.-L.), « Logiques de marquage : murs et disputes frontalières », *Cultures et Conflits* n° 73, 2009, p. 7-13
- Blum Le Coat (J.-Y.), Catarino (C.) et Quiminal (C.), « Les gens du voyage : errance et prégnance des catégories », in Gotman (A.), dir., *Villes et Hospitalité. Les Municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004, p. 157-177
- Boudou (B.), « Éléments pour une anthropologie politique de l'hospitalité », *Revue du MAUSS* n° 40/2, 2012, p. 267-284
- Boudou (B.), « De la ville-refuge aux *sanctuary cities* : l'idéal de la ville comme territoire d'hospitalité », *Sens-Dessous* n° 21-1, 2018, p. 83-89
- Boudou (B.), « La durée des frontières », *Esprit*, juillet-août 2018. URL : <https://esprit.presse.fr/article/benjamin-boudou/la-duree-des-frontieres-41604>

Ceyhan (A.), « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration. Vers une gestion électronique des “personnes à risque” », *Réseaux* n° 159-1, 2010, p. 131-150

Chappuis (M.), « Accès aux soins : le parcours du combattant des étrangers en situation précaire. Les constats de l'Observatoire de l'accès aux soins de Médecins du Monde », *Après-demain*, 2012, p. 24-26.

Chetail (V.), « Théorie et Pratique de l'asile en droit international classique : Étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *Revue Générale de Droit International Public* n° 115, 2011, p. 625-652

Clochard (O.) et Laacher (S.), « Vers une banalisation de l'enfermement des étrangers dans l'Union européenne », *Bulletin de l'Association de Géographes Français* n° 83-1, 2006, p. 121-136

Cuttitta (P.), « Le monde-frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé », *Cultures et Conflits* n° 68, 2007, p. 61-84

d'Halluin (E.) « Entre expertise et témoignage. L'éthique humanitaire à l'épreuve des politiques migratoires », *Vacarme* n° 34, 2006, p. 112-117

Denis (V.), « Administrer l'identité », *Labyrinthe* n° 5, 2000, p. 25-42

El Qadim (N.), « Lutte contre l'immigration irrégulière et conditionnalité de l'aide au développement », *Migrations Société* n° 171, 2018, p. 109-125

Fassin (D.), « Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers », *Sciences sociales et santé* n° 19, 2001, p. 5-34

Furri (F.), « Villes-refuge, villes rebelles et néo-municipalisme », *Plein droit* n° 115-4, 2017, p. 3-6

Gabarro (C.), « Les demandeurs de l'aide médicale d'État pris entre productivisme et gestion spécifique », *Revue Européenne des Migrations Internationales* n° 28-2, 2012, p. 35-56.

Joseph (I.), « Le migrant comme tout venant », in Delgado Ruiz (dir.), *Ciutat i immigració*, Centre de Cultura Contemporània, Barcelona, 1997, p. 177-188

Kitts (A.), « Mendicité, vagabondage et contrôle social du Moyen-Âge au XIX^e siècle : état des recherches », *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008, p. 37-56

Le Courant (S.), « Ce que fait la politique de contrôle de l'immigration. De l'étranger menotté au clandestin », *Champ pénal* n° VII, 2010. URL : <http://champpenal.revues.org/7889>

Le Courant (S.) « Le poids de la menace. L'évaluation quotidienne du risque d'expulsion par les étrangers en situation irrégulière », *Ethnologie française* n° 45, 2015, p. 123-133

Le Courant (S.), « Expulser et menacer d'expulsion, les deux facettes d'un même gouvernement ? Les politiques de gestion de la migration irrégulière en France », *L'Année sociologique* n° 68, 2018, p. 211-232

Noiriel (G.), « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses* n° 13, 1993, p. 3-28

Noiriel (G.), « Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot “nationalité” au XIX^e siècle », *Genèses* n° 20, 1995, p. 4-23

Noiriel (G.), « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^{ère} à la III^e République », *Genèses* n° 30, 1998, p. 77-100

Pécoud (A.), « Liberté de circulation et gouvernance mondiale des migrations », *Éthique publique* n° 17-1, 2015. URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1749>

Pécoud, (A.), « Une nouvelle “gouvernance” des migrations ? Ce que disent les organisations internationales », *Mouvements* n° 93-1, 2018, p. 41-50.

Piguet (E.), « Des apatrides du climat ? », *Annales de géographie* n° 683, 2012, p. 86-100

Rask Madsen (M.), « “La Cour qui venait du froid.”. Les droits de l’homme dans la genèse de l’Europe d’après-guerre », *Critique internationale* n° 26-1, 2005, p. 133-146

Piquet (A.) « Europol et la “sécuritisation” des migrations irrégulières », *Migrations Société*, n° 165-3, 2016, p. 131-150

Rodier (C.), « Le faux semblant des hotspots », *La Revue des droits de l’homme* n° 13, 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3375>

Rosental (P. – A.), « Migrations, souveraineté, droits sociaux. Protéger et expulser les étrangers en Europe du XIXe siècle à nos jours », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2011/2, p. 335-373

Sahlins (P.), « Sur la citoyenneté et le droit d’aubaine à l’époque moderne. Réponse à Simona Cerutti », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* n° 63, 2008/2, p. 385-398

Spire (A.), « Rétention : une indignation oubliée », *Plein droit* n° 50, 2001/3, p. 20-22

Spire (A.), « L’application du droit des étrangers en préfecture », *Politix* n° 69, 2005, p. 11-37

Spire (A.), « L’asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique », *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 169, 2007, p. 4-21

Spire (A.), « Histoire et ethnographie d’un sens pratique : le travail bureaucratique des agents du contrôle de l’immigration », in Arborio (A.-M.) (dir.), *Observer le travail*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2008, p. 61-76

Spire (A.), « “Échapper à l’impôt ?” La gestion différentielle des illégalismes fiscaux », *Politix*, n° 87, 2009, p. 143-165

Spire (A.), « L’État de droit à l’épreuve des pratiques de guichet », intervention à la Fondation Mémoire Albert Cohen, URL : <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=guichet>

Torpey (J.), « Aller et venir : le monopole étatique des “moyens légitimes de circulation” », *Cultures & Conflits* n° 31-32, printemps-été 1998. URL : <http://conflits.revues.org/547>

Weller (J.-M.), « La disparition des bœufs du Père Verdon. Travail administratif ordinaire et statut de la qualification », *Droit et société* n° 67, 2007/3, p. 713-755

ÉTUDES JURIDIQUES

France

Ouvrages

Aubin (E.), *Droit des étrangers*, Gualino, Paris, 2009

Gisti, *Singularités du droit des personnes étrangères dans les Outre-mer*, janvier 2018

Jault-Seseke (F.), Corneloup (S.), Barbou des Places (S.), *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, Thémis droit, Paris, 2015

Julien-Laferrière (F.), *Droit des étrangers*, PUF, Paris, 2000

Koubi (G.) (dir.), *La littérature grise de l’administration : La grammaire juridique des circulaires*, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2015

Lochak (D.), *Étranger : de quel droit ?*, PUF, Politique d’aujourd’hui, Paris, 1985

Parrot (K.), *Carte blanche. L’État contre les étrangers*, La Fabrique, Paris, 2019

Vandendriessche (X.), *Le droit des étrangers*, Dalloz, Paris, 2012

Articles

Barbou des Places (S.), « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *Asylon(s)* n° 4, mai 2008 (Institutionnalisation de la xénophobie en France. URL : <http://www.reseau-terra.eu/article762.html>

Barbou des Places (S.), « Les étrangers “saisis” par le droit. Enjeux de l'édification des catégories juridiques de migrants », *Migrations Société* n° 128, 2010, p. 1-15

Bisiaux (S.-A.), Doisy (M.), « Les visas de transit aéroportuaire imposés par la France : état des lieux et enjeux (Anafé) », juillet 2017. URL : http://www.anafe.org/IMG/pdf/note_sur_les_vta_imposes_par_la_france_-_etat_des_lieux_et_enjeux.pdf

Chevallier (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 58-70

Collectif, « Délivrance des visas aux conjoints de Français : l'amour au ban public », *Plein droit* n° 80-1, 2009, p. I-VIII

Cournil (C.), « La régularisation, une pratique injuste et inefficace », *Plein droit* n° 76-1, 2008, p. 44-47

Demagny (B.), Slama (S.), « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 29, 19 juillet 2010, p. 43-48

Fischer (N.), Smadja (D.), « L'état d'exception et les silences de la loi », *Raisons politiques* n° 9, 2003/1, p. 97-112

Frayse (A.), Laneelle (E.), Hammadi (Y.), Lagorsse (C.), Mben (R.), « Le parcours des étrangers malades en France », *Actualités Droits-Libertés*, 18 janvier 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5977>

Genevois (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *Revue française de droit administratif*, 1993/5, p. 871-901

Gotman (A.), « L'hospitalité façonnée par le droit : la loi Besson sur l'accueil et l'habitat des gens du voyage », in Gotman (A.), (dir.), *Villes et Hospitalité, les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2004, p. 199-234

Izambert (C.), « Sida et immigration : quelles luttes pour quels droits ? », *La Vie des idées*, 6 novembre 2014. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Sida-et-immigration-quelles-luttes.html>

Julien-Laferrière (F.), « La rétention des étrangers aux frontières françaises », *Cultures & Conflits* n° 23, 1996, p. 7-43

Julinet (S.), « Zones d'attente : une gestion policière », *Plein droit* n° 50, juillet 2001. URL : <http://www.gisti.org/spip.php?article4155>

Klausser (N.), « La régularisation pour soins des étrangers : symptômes d'une pathologisation d'un droit de l'homme », *La Revue des droits de l'homme* n° 17. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2890>

Lefranc (C.), « Souplesse, célérité et effectivité doivent être garanties par les États dans le cadre des procédures de regroupement familial », *Revue des droits de l'homme*, 30 septembre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/882>

Lochak (D.), « Observations sur un infra-droit », *Droit social* n° 5, mai 1976, p. 43-49

Millard (E.), « La Constitution ignore les étrangers », *Plein droit* n° 94, 2012/3, p. 14-17

Pujalte (C.), « Conclusions du commissaire du gouvernement Christian Pujalte », *L'avocat et les juridictions administratives*, Presses Universitaires de France, « Questions judiciaires », Paris, 2014, p. 381-402

Slama (S.), « Le statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers », 2013.
URL:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjYgd7ns8vkAhUPA2MBHeA9BVwQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fhal.archives-ouvertes.fr%2Fhal-01949566%2Fdocument&usg=AOvVaw0wYcdZjNs07lkAxFKWUeh7>

Stirn (B.), « Ordre public et libertés publiques », intervention lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit les 17 et 18 septembre 2015, 17 septembre 2015. URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques>

Tchen (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *Petites affiches* n° 61, 22/05/1995

Union européenne

Ouvrages

Balleix (C.), *La Politique migratoire de l'Union européenne*, La Documentation française, Paris, 2013

Chetail (V.) (dir.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill, Leiden/Boston, 2016

Dembour (M. B.), *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, Oxford, 2015

Moreno-Lax (V.), *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017

Néraudau d'Unienville (E.), *L'ordre public et le droit des étrangers en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2006

Preuss-Laussinotte (S.), *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, LGDJ. Paris, 2000

Articles

Azoulai (L.), « The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law », *EUI Working Paper Law*, 2014/14. URL : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/33293>

Azoulai (L.), « Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018/3. URL : <https://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RTDEUR/CHRON/2018/0461>

Barbou Des Places (S.), « Droit communautaire de la liberté de circulation et droit des migrations : où est la frontière ? », *Mélanges en l'hommage de Philippe Manin*, LGDJ, Paris, 2010, p. 319-334. URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01614093>

Barbou Des Places (S.), « Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne : des affinités sélectives ? », in Boutayeb (C.) et Barbou des Places (S.) (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, Paris, 2011, p. 218-244

Barbou des Places (S.), « Homme actif cosmopolite ou bon père de famille ? Le bénéficiaire de la libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », Séminaire du département POLICY de l'Institut Convergences Migrations, 12 mars 2019. URL : <https://soundcloud.com/user-806315081/homme-actif-cosmopolite-ou-bon-pere-de-famille-le-beneficiaire-de-la-libre-circulation>

Barrot (J.), « Avant-propos. Justice, liberté et sécurité, fondements de la citoyenneté européenne », *Revue française d'administration publique* n° 129, 2009/1, p. 5-8

Benlolo-Carabot (M.), « Liberté de circulation des citoyens européens : “Raisons impérieuses de sécurité publique”, protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité, et justice », *Actualités Droits-Libertés*, 1^{er} juin 2012. URL : <https://revdh.wordpress.com/2012/06/01/liberte-de-circulation-des-citoyens-europeens-art-28-de-la-directive-200438ce-raisons-imperieuses-de-securite-publique-protection-contre-leloignement-et-espace-de-libert/>

Benlolo-Carabot (M.), « La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne », *Pouvoirs* n° 165, 2018/2, p. 65 -79

Bigo (D.), « Un espace de sécurité, de liberté et de justice ? », in Dehousse (R.) (dir.), *Politiques européennes*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, p. 331-352

Boublil (E.), Wolmark (L.), « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », *La Revue des droits de l'homme* n° 13, 5 janvier 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3502>

Brouwer (E.), « The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism? », *CEPS Commentary*, 16 mars 2017. URL : <https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-court-justice-humanitarian-visas-legal-integrity-vs-political-opportunism/>

Carlier (J.-Y.), Busschaert (G.), « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? », *Reflets et perspectives de la vie économique* n° 52, 2013/4, p. 9-18

Duez (D.), « Libre circulation, contrôles aux frontières et citoyenneté », *Belgeo* n° 2, 2015. URL : <https://journals-openedition-org.faraway.parisnanterre.fr/belgeo/16701> \l « quotation »

Gatti (M.), « La marginalisation du pouvoir législatif dans la politique migratoire de l'Union européenne : défis pour l'Etat de droit », *RDLF* 2019 chron. n°40, 2019. URL : http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-marginalisation-du-pouvoir-legislatif-dans-la-politique-migratoire-de-lunion-europeenne-defis-pour-letat-dedroit/?fbclid=IwAR2Twat23Kos_P6esSvLUAwPWnKRmgJCDxXyeDcWutehzbuobNIXaKGiJU

Julien-Laferrière (F.), « La communautarisation de la politique migratoire », *Migrations Société* n° 116, 2008/2, p. 59-71

Lyon-Caen (G.), « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, p. 693-695

Pataut (E.), « L'invention du citoyen européen », *La Vie des Idées*, 2 juin 2009. URL : <https://laviedesidees.fr/L-invention-du-citoyen-europeen.html>

Pataut (E.), « Intégration et solidarité : quelles valeurs pour la citoyenneté ? », *Chronique citoyenneté* 2014, p. 7. URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01348933/document>

Pouly (C.), « L'eupéanisation du droit d'asile : 2003-2016 », *Migrations Société* n° 165, 2016/3, p. 107-124

Preuss-Laussinotte (S.), « L'Union européenne et les technologies de sécurité », *Cultures & Conflits* n° 64, 2006, p. 97-109

Slama (S.), « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit* n° 111-4, 2016, p. 49-56

Weil (P.), Auriel (P.), « L'asile politique et l'Union européenne. Propositions pour sortir de l'impasse : le volontariat avant la contrainte, et l'internationalisation si celle-ci est envisagée. », *La Revue des droits de l'homme*, 14 septembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4657>

Droit international

Ouvrages

- Carrillo Salcedo (J.-A.), *Droit international et souveraineté des états : cours général de droit international public*, RCADI, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1996
- Chemillier-Gendreau (M.), *De la guerre à la communauté universelle. Entre droit et politique*, Fayard, Paris, 2013
- Dominicé (C.), *L'Émergence de l'individu en droit international public*, Graduate Institute Publications, Genève, 1997. URL: <http://books.openedition.org/iheid/1341>
- Dominicé (C.), *L'Ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Genève, 2014
- Dugard (J.), *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Document (Commission du droit international) A/CN.4/506 et Add.1, 7 mars et 20 avril 2000
- Dupuy (P.-M.), *L'Unité de l'ordre juridique international*, RCADI n° 297, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2002
- Grisel (G.), *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2010
- Nollez-Goldbach (R.), *Quel homme pour les droits ?*, CNRS Éditions, Paris, 2015
- Parry (C.), *Some considerations upon the protection of individuals in international law*, RCADI n° 90, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1956
- Reale (E.), *Le droit d'asile*, RCADI n° 63, Brill Nijhoff, Leiden, Boston 1938
- Scelle (G.), *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey, Paris, 1932
- Scelle (G.), *Précis du Droit des gens. Principes et systématique II*, Paris Sirey, 1934
- Scelle (G.), *Règles générales du droit de la paix*, RCADI n° 46, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 1933

Articles

- Berlia (G.), « Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique. », *Annuaire français de droit international* n° 3, 195, p. 63-72
- Bruggeman (M.), « Prestations familiales et non-respect du regroupement familial : le droit français jugé conforme à la convention. CEDH 1^{er} octobre 2015, n° 76860/11 et 51354/13, Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France », *Droit, Santé et Société* n° 2, 2016, p. 25-29
- de Frouville (O.), « La cour pénale internationale : une humanité souveraine ? », *Les Temps modernes* n° 610, sept-oct-nov 2000, p. 257-288
- de Frouville (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales* n° 120, Tome XXXIX, 2001, p. 101-144
- Dupuy (P.-M.), « L'individu et le droit international – Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international », *Archives de Philosophie du droit* n° 32, 1987, p. 119-133
- Flauss (J.-F.), « Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in Chetail (V.), Flauss (J.-F.) (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 50 ans après : bilan et perspective*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 91-131
- Garibian (S.), « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *Annuaire français de droit international* n° 54, 2008, p. 119-141
- Haggenmacher (P.), « L'ancêtre de la protection diplomatique : les représailles de l'ancien droit (xiie-xviii siècles) », *Relations internationales* n° 143/3, 2010, p. 7-12
- Lourme, (L.) « Quelle réalité politique pour la notion de "citoyenneté mondiale" ? », in Lourme (L.) (dir.), *Le nouvel âge de la citoyenneté mondiale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p. 7-12

Margueritte (T.), Prouvèze (R.), « Le droit international et la doctrine saisis par le fait : la diversification des sujets du droit international sous l'effet de la pratique », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série mars 2016, p. 160-189

Scelle (G.), « Le problème de l'apatridie devant la Commission du Droit international de l'ONU », *Die Friedens-Warte* n° 52, 1953/55, p. 142-153

Sperduti « G. », « La personne humaine et le droit international », *Annuaire français de droit international* n° 7, 1961, p. 141-162

Sudre (F.), « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in Fulchiron (H.) (dir.), *Les Étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, E. J. A, Paris, 1999, p. 61-82

Tzevelekos (V.-P.), Lixinski (L.), « Towards a Humanized International "Constitution"? » *Leiden Journal of International Law* n° 29, 2016, p. 343-364

Wihtol de Wenden (C.), « Vers un droit universel à la mobilité », *Migrations Société* n° 121, 2009, p. 39-43

ÉTUDES DE CAS

Ouvrages

Bouagga (Y.) (dir.), *De Lesbos à Calais : comment l'Europe fabrique des camps*, Le Passager clandestin, Bibliothèque des Frontières, Lyon, 2017

Bontemps (V.), Makaremi (C.), Mazouz (S.) (dir.), *Entre accueil et rejet. Ce que les villes font aux migrants*, Le Passager clandestin, Lyon, 2018

Brugère (F.), Le Blanc (G.), *La Fin de l'hospitalité*, Flammarion, Paris, 2017

Didiot (M.), *Biopolitique et barrières frontalières. Le cas des frontières de l'Inde*. (soutenue en 2015, non publiée), URL : <http://www.theses.fr/2015REIML018>

Le Cour Grandmaison (O.), Lhuillier (G.), Valluy (J.), *Le Retour des camps ? Sangatte, Lampedusa, Guantanamo...*, Autrement, Paris, 2007

Migreurop, *Atlas des migrants en Europe* (sous la dir. d'O. Clochard), Armand Colin, Paris, 2017

Panzani (A.), *Une prison clandestine de la police française (Arenc)*, Maspéro, Paris, 1975

Perera (S.), *Australia and the Insular Imagination. Beaches, Borders, Boats, and Bodies*, Palgrave MacMillan, New York, 2009.

Verdier (R.) (dir.) *Jean Carbone. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2012

Articles

Cournil (C.), Gemenne (F.), « Les petits États et territoires insulaires face aux changements climatiques : vulnérabilité, adaptation et développement », *Vertigo* n° 10-3, décembre 2010. URL : <https://id.erudit.org/iderudit/1004065ar>

Coutant (I.), « Le lycée, les migrants, le quartier, les habitants », *Plein droit* n° 115-4, 2017, p. 15-18

Deleixhe (M.), « L'évènement de la rencontre. La Plateforme citoyenne de soutien aux réfugiés en Belgique », *Esprit*, 2018/7, p. 130-138

Duplessy (J.), Champagne (A.), « Les Passeurs d'humanité », *Témoignage chrétien*, hiver 2019 p. 83-91

Gjergji (I.), « L'infradroit des étrangers : le gouvernement par circulaires et la gestion administrative des mouvements migratoires en Italie », *Migrations Société*, n° 147-148, 2013, p. 53-70

Herrera (C. M.), « Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* n° 21, 2005/1, p. 113-137

Iserte (M.), « Enquête en “zone d'attente réservée” de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle : vers une gestion sécuritaire des “flux migratoires” », *Cultures & Conflits* n° 71, automne 2008, p. 31-53

Israël (L.), « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, n° 62, 2003, p. 115-143

Jandau (C.), « Ceuta et Melilla : deux enclaves espagnoles au Maroc sous haute tension », *Sud-Ouest*, 25/07/2017, URL : <https://www.sudouest.fr/2017/07/25/ceuta-et-melilla-deux-enclaves-espagnoles-au-maroc-sous-haute-tension-3645134-6109.php>

La Cimade, « L'Agence Frontex », URL : <https://www.lacimade.org/faq/l-agence-frontex/>

Lochak (D.), « Défendre la cause des étrangers en justice », intervention faite dans le cadre d'un colloque organisé par le GISTI le 15 novembre 2008, et mise en ligne sous le titre « Défendre la cause des étrangers : portée et limite de l'arme contentieuse », URL : <http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=defendreetrangers>

Makaremi (C.), « Vies “en instance” : le temps et l'espace du maintien en zone d'attente. Le cas de la “Zapi 3” de Roissy-Charles-De-Gaulle », *REVUE Asylon(s)* n° 2, octobre 2007. URL : <http://www.reseau-terra.eu/article664.html>

Migreurop, « Le détournement progressif de l'approche hotspot en Italie », 15 novembre 2018. URL : <http://www.migreurop.org/article2902.html>

O'Sullivan (M.), Dastyari (A.), « Not for Export: The Failure of Australia's Extraterritorial Processing Regime in Papua New Guinea and the Decision of the PNG Supreme Court in Namah (2016) », URL : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3028025 » \l « #

Tassin (L.), « Le mirage des *hotspots*. Nouveaux concepts et vieilles recettes à Lesbos et Lampedusa », *Savoir/Agir* n° 36, 2016, p. 39-45

Teule (C.), « Accord UE-Turquie : Le troc indigne », *Plein droit* n° 114, 2017, p. 23-26

Verhaeghe (L.), « Quels droits pour les réfugiés environnementaux qui perdront leur État ? Le cas de Tuvalu », *REVUE Asylon(s)* n° 6, novembre 2008. URL : <http://www.reseau-terra.eu/article853.html>

PHILOSOPHIE POLITIQUE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

Ouvrages

Agamben (G.), *Moyens sans fins. Notes sur la politique*, Payot et Rivages, Paris, 1995

Agamben (G.), *Homo sacer I. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, Paris, 1997

Agier (M.), *L'Étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Seuil, Paris, 2018

Arendt (H.), *Les Origines du totalitarisme*, traduit de l'anglais par Leiris (M.), Gallimard Quarto, Paris, 2002

Augustin, *La Cité de Dieu*, traduit du latin par Moreau (L.) et Eslin (J.-C.), Éd. du Seuil, “Points sagesses”, Paris, 1994

Becker (G. S.), *The Challenge of Immigration – a Radical Solution*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2011

- Balibar (E.), *L'Europe, l'Amérique, la guerre. Réflexions sur la médiation européenne*, La Découverte, Paris, 2005
- Balibar (E.), *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La Découverte Paris, 2001
- Balibar (E.), *La Proposition de l'égaliberté*, PUF, Actuel Marx, Paris, 2012
- Beitz (C. R.), *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, Princeton, 1999
- Benhabib (S.), *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- Boudou (B.), *Le Dilemme des frontières. Éthique et politique de l'immigration*, Éditions EHESS, Paris, 2018
- Brown (W.), *Murs. Les Murs de séparation et le déclin de la souveraineté*, traduit de l'anglais par Vieillecazes (N.), Les Prairies ordinaires, Paris, 2009
- Beck (B.), *World at Risk*, Polity Press, Cambridge, 2009
- Carbonnier (J.), *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014
- Carens (J.), *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- Chevallier (J.), *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2010
- Cohen (G. A.), *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- Cusset (Y.), *Prendre sa part de la misère du monde. Pour une philosophie politique de l'accueil*, La Transparence, Paris, 2010
- Deleixhe (M.), *Aux bords de la démocratie. Contrôle des frontières et politique de l'hospitalité*, Classiques Garnier, Paris, 2016
- Derrida (J.), *De l'hospitalité, A. Dufourmantelle invite J. Derrida à répondre*, Paris, Calmann-Lévy, 1997
- Derrida (J.), *Adieu à Emmanuel Levinas*, Galilée, Paris, 1997
- Fischbach (F.), *Manifeste pour une philosophie sociale*, La Découverte, Paris, 2009
- Foucault (M.), *Surveiller et Punir*, Gallimard "Tel", Paris, 1975
- Foucault (M.), *"Il faut défendre la société". Cours au Collège de France (1975-1976)*, Gallimard, Paris, 1997
- Foucault (M.), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Gallimard, Paris, 2004
- Friedman (D.), *Vers une société sans État*, traduit de l'américain par Liégeois (F.), Les Belles Lettres, "Laisser faire", Paris, 1992
- Hart (H. L. A.), *Le Concept de droit*, traduit de l'anglais par van de Kerchove (M.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005
- Hobbes (T.), *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit de l'anglais par Tricaud (F.), Sirey, Paris, 1983
- Kant (E.), *Critique de la raison pure*, traduit de l'allemand par Barni (J) et Archambault (P.), GF Flammarion, Paris, 1976, p. 241
- Kant (E.), *Œuvres philosophiques III*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1986
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Bruylant/LGDJ, Paris, 1999
- Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *Le Pouvoir de la raison d'État*, PUF, Paris, 1992
- Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *La Raison d'État : politique et rationalité*, PUF, Paris, 1992
- Le Blanc (G.), *Dedans, dehors. La Condition d'étranger*, Seuil, Paris, 2010
- Locke (J.), *Traité du gouvernement civil*, traduit de l'anglais par Mazel (D.), GF Flammarion, Paris, 1984

- Mezzadra (S.), Neilson (B.), *La Frontière comme méthode ou la multiplication du travail*, L'Asymétrie, Toulouse, 2019
- Miller (D.), *On Nationality*, Clarendon Press, Oxford, 1995
- Miller (D.), *Strangers in our midst. The political philosophy of immigration*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2016
- Nedelsky (J.), *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- Nozick (R.), *Anarchie, État et Utopie*, traduit de l'américain par d'Auzac de Lamartine (E.), PUF, 1974, Paris
- Nussbaum (M.), *Frontiers of justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2006
- Perelman (C.) (dir.), *Les Antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965
- Pogge (T. W.), *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1989
- Rawls (J.), *Théorie de la justice*, traduit de l'américain par Audard (C.), Éditions du Seuil, Paris, 1987
- Rawls (J.), *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1999
- Rothbard (M.), *L'Éthique de la liberté*, traduit de l'américain par Guillaumat (F.) et Lemieux (P.), Les Belles Lettres, Paris, 1999
- Rousseau (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, Paris, 1992
- Rousseau (J.-J.), *Du Contrat social*, GF Flammarion, Paris, 2001
- Schérer (R.), *Zeus hospitalier. Éloge de l'hospitalité*, La Table ronde, Paris, 2005
- Shachar (A.), *The Birthright Lottery. Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Harvard, 2009
- Troper (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001
- Walzer (M.), *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit de l'américain par Engel (P.), Seuil, Paris, 2013

Articles

- Abizadeh (A.), "Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders", *Political Theory* n° 36-1, 2008, p. 37-65
- Abizadeh (A.), "Democratic Legitimacy and State Coercion: A Reply to David Miller", *Political Theory* n° 38/1 2012, p. 121-130
- Abizadeh (A.), "Démocratie, nation et ethnie : le problème des frontières", *Raison publique*, 18 décembre 2013. URL : <https://www.raison-publique.fr/article665.html>
- Alexy (R.), "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris* n° 16- 4, décembre 2003, p. 433-449
- Archibugi (D.), "From the United Nations to Cosmopolitan Democracy", in Archibugi (D.), Held (D.) (dir.), *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 121-162
- Balibar (E.), « Qu'est-ce qu'une 'frontière' ? », in Caloz-Tschopp (M.-C.), Clévenot (A.) (dir.), *Asile, Violence, Exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective*, Cahiers de la Section des Sciences de l'Éducation, Genève 1994, p. 335-343
- Balibar (E.), "Les universels", *La Crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx*, Galilée, Paris, 1997, p. 421-453
- Bauböck (R.), "Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting", *Fordham Law Review* n° 75, 2007, p. 2393-2447
- Bauböck (R.), "Global justice, freedom of movement and democratic citizenship", *European Journal of Sociology* n° 50, 2009, p. 1-31

Beck (U.), “Nationalisme méthodologique — cosmopolitisme méthodologique : un changement de paradigme dans les sciences sociales”, traduit de l’anglais par Boudou (B.), *Raisons politiques* n° 54, 2014, p. 103-120

Bessone (M.), “Le vocabulaire de l’hospitalité est-il républicain ?”, *Éthique publique* n° 17, 2015 URL : <http://ethiquepublique.revues.org/1745>

Bessone (M.), “L’(in)achèvement de l’hospitalité”, *Esprit*, 2018/7, p. 157-165

Bourdieu (P.), “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche en sciences sociales* n° 64, septembre 1986 (*De quel droit ?*), p. 3-19

Carens (J.), “Étrangers et citoyens : un plaidoyer en faveur de l’ouverture des frontières”, *Raisons politiques* n° 26, 2007/2, p. 11-39

Colliot-Thélène (C.), “L’unité du monde de l’espérance cosmopolitique à la réalité de la globalisation”, in Escudier (A.) (dir.), *Histoires universelles et philosophies de l’histoire*, Presses de Science Po, Paris 2015, p. 339-362

Deleixhe (M.), “L’hospitalité, égalitaire et politique ?”, *REVUE Asylon(s)* n° 13, novembre 2014 - Septembre 2016, URL : <http://www.reseau-terra.eu/article1326.html> »

Delmas-Marty (M.), « Faire de l’hospitalité un principe », *Le Monde*, 12/04/2018

Fraser (N.), « Transnationalizing the Public Sphere », *Theory, Culture and Society* n° 24/3, 2007 (traduit de l’anglais par Vaudable [Y.]). URL : <http://eipcp.net/transversal/0605/fraser/fr.html>

Genard (J.-L.), « Pourquoi l’hospitalité ? », *SociologieS*, Mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/6918>

Held (D.), « Democracy and the new international order », in Archibugi (D.), Held (D.) (dir.), *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 96-120

Hornberger (J. G.), « Immigration Socialism versus Freedom and the Free Market », FFF, 7 mai 2010. URL : <https://www.fff.org/explore-freedom/article/immigration-socialism-freedom-free-market/>

Lazzeri (C.), « Le gouvernement de la raison d’État », in Lazzeri (C.), Reynié (D.) (dir.), *Le pouvoir de la raison d’État*, PUF, Paris, 1992, p. 91-134

Le Blanc (G.), « Politiques de l’hospitalité », *Cités*, n° 46/ 2, 2011, p. 87-97

Lefort (C.), « Droits de l’homme et politique », in *L’Invention démocratique*, Fayard, Paris, 1994, p. 45-83

Lochak (D.), « Droit et non droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l’épreuve du totalitarisme. », *Cahiers du CURAPP*, « *L’Institution* », 1981, p. 125-184

Manin (B.), « Comment promouvoir la délibération démocratique ? Priorité du débat contradictoire sur la discussion », *Raisons politiques* n° 42, 2011, p. 83-113

Miller (D.), « Why Immigration Controls Are Not Coercive: A Reply to Arash Abizadeh », *Political Theory* n° 38/1, p. 111-120

Miller (D.), « Territorial Rights: Concepts and Justification », *Political Studies* n° 60, 2012, p. 252-268

Pogge (T. W.), « Cosmopolitanism and Sovereignty », *Ethics* n° 103-1, 1992, p. 48-75

Pogge (T. W.), “An egalitarian law of peoples”, *Philosophy and Public Affairs* n° 23-3, 1994, p. 195-224

Pryor (D.), « Auction visas to build a better immigration system », *CAPX*, 15 Mars 2018. URL : <https://capx.co/auction-visas-to-build-a-better-immigration-system/>

Ricoeur (P.), « Étranger, moi-même », in *L’Immigration : défis et richesses* Semaines Sociales de France, Bayard Éditions, Centurion, Paris, 1998, p. 93-106

Saada (J.), « Institutionalising Hospitality? Cosmopolitanism, Borders, and Refugees », Université de Tallinn, colloque *People on the Move. Migrants, Refugees, and Citizenship Rights*, 7-8 février 2019. URL : <https://www.youtube.com/watch?v=S68pOGK1l7s>

Commentaires

Baker (G.), « Right of entry or right of refusal? Hospitality in the law of nature and nations », *Review of International Studies* n° 37/3, 2011, p. 1423-1445

Boudou (B.), « L'hospitalité relève-t-elle de la politique ? *Dedans, dehors. La condition d'étranger* de Guillaume Le Blanc, Paris, Seuil, 2010. *Prendre sa part à la misère du monde. Pour une philosophie politique de l'accueil* d'Yves Cusset, Paris, La Transparence, 2010) », *Raisons politiques* n° 42, 2011, p. 187-195

Boudou (B.), « Au nom de l'hospitalité : les enjeux d'une rhétorique morale en politique », *Cités* n° 68, 2016, p. 33-48

Braz (A.), *Droit et Éthique chez Kant : l'idée d'une destination communautaire de l'existence*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2005

Bisiaux (S.-A.), *Commun parce que divisé. Le monde à l'épreuve de l'étranger*, Éditions rue d'Ulm, Paris, 2016

Cavallar (G.), *The Rights of Strangers. Theories of International Hospitality, the Global Community, and Political Justice since Vitoria*, Ashgate Publishing, Aldershot/Burlington, 2002

Colliot-Thélène (C.), *La Démocratie sans « démos »*, PUF, Paris, 2010

Glover (R. W.), « Eyes wide shut. The Curious Silence of The Law of Peoples on Questions of Immigration and Citizenship », *Eidos* n° 14, 2011, p. 10-49

Goyard-Fabre (S.), *La Philosophie du droit de Kant*, Vrin, Paris, 1996

Haber (S.), « Kant et le concept positif de paix : pour une reconstruction contemporaine », in Robelin (J.) (dir.), *Kant anti-kantien*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 2004, p. p. 87-107

Haber (S.), « La critique de l'étatisme hégélien chez le jeune Marx. Limites et actualité d'une polémique », *Droit et Philosophie* n° 10, novembre 2018, p. 283-302

Keck (F.), « Les usages du biopolitique », *L'Homme* n° 187-188, 2008, p. 295-314

Milstein (B.), « Kantian Cosmopolitanism beyond 'Perpetual Peace': Commmercium, Critique, and the Cosmopolitan Problematic », *European Journal of Philosophy* n° 21, 2013, p. 118-143

Pasquier (E.), *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Classiques Garnier, Paris, 2012

Pasquier (E.), « Hans Kelsen, la poursuite des criminels de guerre et la structure interétatique », in Grangé (N.), Ramel (F.) (dir.), *Le droit international selon Hans Kelsen, Criminalités, responsabilités, normativités*, ENS éditions, Lyon, 2018, p. 71-90

Raptopoulos (T.), « Le positivisme analytique », *Droit & Philosophie* n° 6, 2014, p. 199-252

Saraceni (G.), *Ospitalità. Un valore giuridico fondamentale*, CEDAM, Milan, 2012

Unger (M.), « La démocratie hors les murs. À propos de : Martin Deleixhe, *Aux bords de la démocratie*, Garnier », *La Vie des Idées*, 10 février 2017. URL : <https://laviedesidees.fr/La-democratie-hors-les-murs.html>

ŒUVRES LITTÉRAIRES ET CINÉMATOGRAPHIQUES

Boochani (B.), *No Friend But the Mountains: Writing from Manus Prison*, Pan MacMillan Australia, Sidney, 2018

Giraudoux (J.), *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935

Loubeyre (N.), *La Mécanique des flux*, Pays des Miroirs Productions, Tell Me Films, 2016

Kourkouta (M.), Giannari (N.), *Des spectres hantent l'Europe*, Survivance Productions,
2016
Toesca (M.), *Libre*, SaNoSi Productions, 2018

Index

A

Abizadeh (A.) · 234, 235, 236, 237, 238, 281, 375, 376
Agamben (G.) · 87, 373
Agier (M.) · 96, 140, 288, 301, 315, 328, 329, 334, 364, 365, 373
Alexy (R.) · 11, 375
Amnesty International · 294, 362, 363
Anafé · 70, 98, 103, 353, 363, 368
Anderson (B.) · 31, 364
Archibugi (D.) · 216, 217, 375, 376
Arendt (H.) · 114, 121, 126, 127, 319, 373
Association Roya citoyenne · 353
Asyl in der Kirche · 49, 337, 353
Aubin (E.) · 74, 367
Augustin · 247, 373
Auriel (P.) · 134, 370
Azoulai (L.) · 179, 180, 181, 184, 277, 369

B

Baker (G.) · 322, 323, 377
Balarello (J.) · 305, 363
Balibar (E.) · 106, 125, 229, 230, 231, 300, 301, 316, 326, 327, 374, 375
Balleix (C.) · 369
Barbou des Places (S.) · 20, 26, 66, 76, 83, 183, 184, 367, 368, 369
Barrot (J.) · 182, 370
Bauböck (R.) · 341, 375
Beaud (O.) · 23, 25, 364
Beaujeu (M.) · 317, 320, 365
Beaune (C.) · 31, 364
Beck (U.) · 299, 314, 364, 374, 376
Becker (G. S.) · 220, 221, 373
Beitz (C. R.) · 209, 215, 374
Benhabib (S.) · 217, 374
Benlolo-Carabot (M.) · 61, 181, 182, 370
Benveniste (E.) · 288, 353
Berlia (G.) · 165, 166, 371
Bernardot (M.) · 87, 364, 365
Bertrand (V.) · 37, 38, 365
Bessone (M.) · 315, 321, 322, 376

Bigo (D.) · 40, 108, 364, 365, 370
Bisiaux (S.-A.) · 70, 274, 368, 377
Blanc-Chaléard (M.-C.) · 24, 62, 364
Blum Le Coat (J.-Y.) · 38, 365
Bocco (R.) · 108, 365
Bontemps (V.) · 335, 372
Boochani (B.) · 295, 377
Bouagga (Y.) · 329, 372
Boublil (E.) · 136, 370
Boudou (B.) · 10, 152, 194, 231, 232, 284, 288, 299, 322, 336, 340, 365, 374, 376, 377
Bourdieu (P.) · 84, 376
Braz (A.) · 257, 377
Brouwer (E.) · 86, 276, 278, 365, 370
Brown (W.) · 301, 302, 304, 374
Brugère (F.) · 147, 148, 372
Bruggeman (M.) · 332, 371
Buffet (F. N.) · 305, 363
Busschaert (G.) · 180, 370

C

Carbonnier (J.) · 251, 252, 350, 372, 374
Carens (J.) · 207, 208, 209, 222, 223, 224, 225, 226, 374, 376
Carlier (J.-Y.) · 180, 370
Carrillo Salcedo (J.-A.) · 371
Catarino (C.) · 38, 365
Cavallar (G.) · 287, 377
CEDH · 58, 59, 60, 63, 73, 76, 97, 115, 116, 117, 118, 121, 122, 123, 131, 135, 161, 275, 278, 298, 307, 330, 331, 332, 358, 359, 371
Cerutti (S.) · 23, 25, 364, 367
Ceyhan (A.) · 107, 108, 366
Champagne (A.) · 310, 372
Chappuis (M.) · 306, 366
Chemillier-Gendreau (M.) · 317, 371
Chetail (V.) · 49, 51, 124, 134, 366, 369, 371
Chevallier (J.) · 79, 80, 91, 368, 374
Cimade · 83, 298, 307, 331, 353, 362, 363, 373
CJUE · 53, 60, 61, 70, 135, 141, 142, 179, 180, 183, 184, 275, 278, 359
Clochard (O.) · 298, 329, 366, 372
Cohen (G. A.) · 259, 265, 367, 374
Colas (D.) · 228, 364

Colliot-Thélène (C.) · 300, 376

Conseil constitutionnel · 12, 26, 27, 28, 29, 31, 52, 73, 75, 89, 90, 119, 120, 310, 359, 360, 368

Conseil d'État · 11, 12, 55, 56, 57, 58, 62, 63, 67, 70, 71, 72, 73, 77, 81, 82, 89, 92, 93, 101, 102, 119, 130, 131, 132, 308, 312, 331, 350, 360, 361

Contrôleur général des lieux de privation de liberté · 102, 307, 363

Corneloup (S.) · 20, 26, 66, 76, 83, 367

Cornu (G.) · 80, 353

Cournil (C.) · 303, 308, 368, 372

Coutant (I.) · 335, 372

Cusset (Y.) · 127, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 321, 374, 377

Cuttitta (P.) · 109, 366

D

Dastyari (A.) · 295, 373

de Frouville (O.) · 161, 162, 172, 173, 371

Défenseur des droits · 78, 79, 99, 102, 119, 132, 361, 363

Deleixhe (M.) · 10, 206, 207, 228, 230, 231, 232, 233, 338, 339, 372, 374, 376, 377

Delmas-Marty (M.) · 315, 376

Dembour (M.-B.) · 115, 116, 117, 118, 369

Denis (V.) · 33, 34, 105, 366

Derrida (J.) · 286, 323, 338, 374

Doisy (M.) · 70, 368

Dominicé (C.) · 162, 168, 371

Douki (C.) · 24, 364

Dubois (V.) · 86, 364

Duez (D.) · 182, 370

Dugard (J.) · 168, 169, 371

Duplessy (J.) · 310, 372

Dupuy (P.-M.) · 160, 161, 171, 371

Dyonet (N.) · 24, 364

E

EASO · 329

El Qadim (N.) · 307, 366

Elias (N.) · 352, 364

Emri (C.) · 228, 364

Eurotunnel · 298, 353

F

Fasin (D.) · 134, 138, 140, 141, 364, 366

Fekl (M.) · 82, 363

Fischbach (F.) · 349, 351, 374

Fischer (N.) · 87, 88, 89, 91, 105, 364, 368

Flauss (J.-F.) · 124, 371

Forum Réfugiés · 102, 363

Foucault (F.) · 108, 254, 374

Fraser (N.) · 228, 229, 376

Frayssé (A.) · 132, 368

Friedman (D.) · 266, 374

Furri (F.) · 334, 335, 336, 366

G

Gabarro (C.) · 306, 366

Garibian (S.) · 167, 371

Gellner (E.) · 31, 364

Gemenne (F.) · 303, 372

Genard (J.-L.) · 153, 376

Genevois (B.) · 28, 368

Giannari (N.) · 7, 378

Giraudoux (J.) · 290, 377

Gisti · 92, 311, 312, 313, 360, 363, 373

Gjergji (I.) · 92, 373

Global Migration Group · 318, 353

Glover (R. W.) · 206, 377

Gotman (A.) · 38, 287, 330, 337, 364, 365, 368

Goyard-Fabre (S.) · 257, 377

Grisel (G.) · 113, 371

H

Haber (S.) · 256, 347, 349, 377

Habitat et Citoyenneté · 353

Haggenmacher (P.) · 166, 371

HALDE · 78, 363

Hammadi (Y.), · 132, 368

Hart (H. L. A.) · 247, 374

HCR · 48, 124, 294, 295, 318, 362

Held (D.) · 216, 217, 375, 376

Herrera (C. M.) · 163, 373

Hobbes (T.) · 172, 218, 219, 242, 243, 244, 249, 250, 374

Hobsbawm (E. J.) · 31, 364

Hornberger (J. G.) · 222, 376

Human Rights Watch · 102, 295, 362, 363

I

Inspection générale de l'administration · 82, 363
Inspection générale des finances · 306, 363
Intersos · 102, 363
Iserte (M.) · 53, 373
Israël (L.) · 67, 311, 312, 348, 364, 373
Izambert (C.) · 133, 368

J

Jandau (C.) · 298, 373
Jault-Seseke (F.) · 20, 26, 66, 76, 83, 367
Jesuit Refugee Service · 337, 353
Joseph (I.) · 334, 366
Julien-Laferrière (F.) · 45, 96, 367, 368, 370
Julinet (S.) · 95, 368

K

Kant (E.) · 172, 205, 208, 210, 213, 240, 244, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 272, 273, 283, 284, 285, 286, 289, 299, 304, 322, 323, 324, 326, 339, 340, 349, 374, 377
Keck (F.) · 108, 377
Kelsen (H.) · 155, 163, 164, 168, 374, 377
Kitts (A.) · 37, 366
Klausser (N.) · 132, 368
Kobelinsky (C.) · 87, 365
Koubi (G.) · 92, 367
Kourkouta (M.) · 7, 378

L

Laacher (S.) · 329, 366
Lagorsse (C.) · 132, 368
Laneelle (E.) · 132, 368
Lazzeri (C.) · 91, 99, 374, 376
Le Blanc (G.) · 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 321, 372, 374, 376, 377
Le Cour Grandmaison (O.) · 329, 372
Lefort (C.) · 125, 376
Lefranc (C.) · 332, 368
Lhuillier (G.) · 329, 372
Lixinski (L.) · 172, 372
Lochak (D.) · 9, 64, 65, 74, 92, 93, 94, 312, 313, 367, 368, 373, 376

Locke (J.) · 242, 243, 249, 264, 374
Loubeyre (N.) · 298, 377
Lourme (L.) · 170, 371
Lyon-Caen (G.) · 32, 40, 370

M

Makaremi (C.) · 87, 97, 335, 365, 372, 373
Manin (B.) · 11, 178, 369, 376
Margueritte (T.) · 163, 372
Masson (P.) · 305, 363
Mazouz (S.) · 335, 372
Mben (R.) · 132, 368
Médecins du Monde · 306, 366
Mezzadra (S.) · 106, 375
Migreurop · 298, 307, 330, 353, 363, 372, 373
Millard (E.) · 28, 368
Miller (D.) · 16, 188, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 207, 208, 209, 216, 217, 224, 234, 235, 236, 279, 282, 375, 376
Milliot (V.) · 24, 364
Milstein (B.) · 257, 273, 377
Ministère de l'Intérieur · 30, 42, 43, 54, 62, 65, 75, 81, 87, 92, 95, 96, 99, 132, 307, 357
MOM · 104, 353
Moreno-Lax (V.) · 54, 369

N

Nedelsky (J.) · 266, 375
Neilson (B.) · 106, 375
Noiriel (G.) · 24, 34, 36, 66, 228, 364, 366
Nollez-Goldbach (R.) · 5, 52, 113, 114, 124, 141, 161, 371
Nozick (R.) · 258, 265, 270, 375
Nussbaum (M.) · 205, 375

O

OFII · 39, 43, 81, 83, 132, 133, 353
OFPRA · 43, 82, 353
Othily (G.) · 305, 363

P

Panzani (A.) · 89, 372
Parrot (K.) · 74, 367
Parry (C.) · 166, 371

Pasquier (E.) · 163, 164, 377
 Pataut (E.) · 183, 185, 370
 Pécoud (A.) · 319, 321, 366
 Perelman (C.) · 11, 375
 Perera (S.) · 292, 372
 Piquet (A.) · 40, 367
 Pitt-Rivers (J.) · 287, 364
 Pogge (T. W.) · 209, 210, 211, 212, 213, 214,
 215, 218, 219, 226, 375, 376
 Pouly (C.) · 45, 370
 Preuss-Laussinotte (S.) · 40, 369, 370
 Prouvèze (R.) · 163, 372
 Pryor (D.) · 221, 376
 Pujalte (C.°) · 56, 368

Q

Quiminal (C.) · 38, 365

R

Raptopoulos (T.) · 248, 377
 Rask Madsen (M.) · 116, 364, 367
 Rawls (J.) · 16, 188, 201, 202, 203, 204, 205,
 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216,
 217, 218, 219, 279, 282, 375
 Razac (O.) · 108, 109, 364
 Reale (E.) · 50, 371
 Rechtman (R.) · 138, 140, 141, 364
 Rey (A.) · 18, 315, 353
 Reynié (D.) · 91, 99, 374, 376
 Ricoeur (P.) · 13, 376
 Rodier (C.) · 329, 367
 Rosental (P.- A.) · 30, 37, 42, 43, 367
 Rothbard (M.) · 259, 262, 263, 264, 265, 268,
 269, 270, 273, 375
 Rousseau (J.-J.) · 242, 252, 253, 254, 375

S

Saada (J.) · 286, 376
 Sahlins (P.) · 25, 367
 Saraceni (G.) · 287, 377
 Sayad (A.) · 133, 365
 Scelle (G.) · 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161,
 163, 164, 167, 168, 169, 172, 241, 242, 371,
 372, 373

Schérer (R.) · 286, 375
 Sen (A.) · 204, 365
 Singa · 337, 353
 Slama (S.) · 24, 74, 92, 94, 131, 365, 368, 369,
 370
 Smadja (D.) · 88, 368
 Spire (A.) · 82, 83, 84, 85, 86, 89, 367
 Stirn (B.) · 12, 369
 Sudre (F.) · 116, 372

T

Tassin (L.) · 330, 373
 Tchen (V.) · 30, 71, 369
 Teule (C.) · 54, 373
 The Migrants Files · 353
 Thiesse (A.-M.) · 31, 365
 Toesca (M.) · 310, 378
 Torpey (J.) · 31, 32, 33, 34, 35, 274, 365, 367
 Troper (M.) · 350, 375
 Tzevelekos (V.-P.) · 172, 372

U

Unger (M.) · 230, 377

V

Valluy (J.) · 329, 372
 Van Espen (Z.) · 49, 365
 Verdier (R.) · 252, 372
 Verhaeghe (L.) · 303, 373

W

Walzer (M.) · 16, 188, 189, 190, 191, 192,
 193, 194, 195, 196, 201, 202, 203, 207, 208,
 209, 212, 216, 217, 279, 282, 375
 Weil (P.) · 134, 370
 Weller (J.-M.) · 86, 350, 365, 367
 Wihtol de Wenden (C.) · 300, 304, 315, 320,
 365, 372
 Wolmark (L.) · 136, 370

Z

Zylberbergg (J.) · 228, 364

Table des matières

Résumé de la thèse	3
Remerciements	5
Introduction	7
Présentation de la première partie	17
Chapitre 1. L'étranger face à la souveraineté	18
I. Une définition négative.....	18
II. Une extériorité structurante	22
1. L'étranger comme clé de voûte de la souveraineté étatique	22
2. L'étranger comme point aveugle du système juridique	26
III. L'étranger comme menace pour la souveraineté	32
1. L'équivalence entre souveraineté étatique et contrôle	32
2. La traduction institutionnelle de la volonté de contrôle.....	42
IV. Un régime juridique préventif et fondé sur le contrôle.....	48
1. Le miracle avorté de la convention de Genève	49
2. Une mesure emblématique : l'expulsion.....	54
Conclusion.....	64
Chapitre 2. « Étrangers : de quel droit ? »	65
I. Un régime dérogatoire et restrictif.....	65
1. La prérogative souveraine, ou le règne de la faveur	66
2. Les droits subjectifs à l'épreuve de l'ordre public	73
II. L'État de droit et ses étrangers	79
1. Le droit au guichet	80
2. La raison d'État face à l'État de droit	87
III. L'ubiquité de la frontière	94
1. Frontiérisation et espaces d'exception	95
2. La fonction différentielle de la frontière	105
Conclusion.....	110
Chapitre 3. La voie des droits de l'homme	111
I. L'étranger, un homme comme les autres ?	112
1. Le national, titulaire prioritaire des droits de l'homme	112
2. L'absence de droits de l'homme spécifiques aux étrangers.....	122

II.	Le dévoiement humanitaire des droits de l'homme des étrangers.....	128
1.	Du droit à la faveur	128
2.	La déformation du titulaire des droits de l'homme.....	139
III.	L'approche individuelle et ses limites en matière de migrations	142
IV.	L'individu comme sujet actif du droit international	154
1.	Un droit de recours individuel devant les juridictions internationales ? ...	154
2.	L'individu sans l'État.....	165
	Conclusion.....	174
	Bilan de la première partie	175
	Présentation de la seconde partie.....	186
	Chapitre 4. Frontières de la justice, justice aux frontières	187
I.	La communauté naturalisée	187
1.	Walzer ou le diagnostic privé d'effets	189
2.	Miller ou la communauté rêvée	194
3.	Rawls ou le point aveugle	201
II.	Le biais sédentariste des approches cosmopolitiques.....	209
1.	L'impossible renoncement à l'État	209
2.	Les ambivalences de l'humanité comme communauté politique	218
III.	Une solution possible : la démocratisation des frontières ?.....	227
1.	Le brouillage de la distinction citoyens-étrangers	228
2.	La lutte contre la contrainte aux frontières	233
	Conclusion.....	238
	Chapitre 5. Le droit hors les murs	239
I.	La normativité du droit	240
1.	L'hypothèse du non-droit.....	241
2.	La notion d'obligation.....	246
II.	Logique unilatérale et logique relationnelle	250
1.	La logique relationnelle du droit	250
2.	Réponse à l'objection du droit du premier occupant	258
3.	Réfutation de la conception atomistique du sujet de droit	262
4.	La logique relationnelle comme articulation de l'universel et du particulier 271	
III.	Application de l'approche relationnelle au droit des étrangers	275
1.	Un cas révélateur de l'approche unilatérale du droit des étrangers	275

2. L'étranger comme membre potentiel	282
Conclusion.....	288
Chapitre 6. Un principe d'hospitalité pour aujourd'hui	290
I. Pourquoi prendre en compte les étrangers ?	291
1. L'impossibilité d'une guerre ouverte	291
2. La stratégie de la guerre larvée et ses difficultés	296
II. L'hospitalité comme principe juridique.....	314
1. Prémisses actuelles du principe d'hospitalité.....	317
2. L'hospitalité juridique.....	321
III. Du principe aux droits	324
1. Le contre-exemple actuel du confinement des étrangers dépourvus de visa 327	
2. Quelques pistes concrètes pour une mise en œuvre du principe d'hospitalité 331	
Conclusion.....	343
Conclusion.....	344
Bibliographie	353
Index.....	379
Table des matières	383