

Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers. Quelles causes ? Quels enjeux ?

Danièle Lochak

▶ **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers. Quelles causes ? Quels enjeux ?. S. Barbou des Places et F. Audren. Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?, LGDJ, pp.279-294, 2018, 978-2-275-04672-3. hal-02114280

HAL Id: hal-02114280
https://hal.parisnanterre.fr/hal-02114280

Submitted on 22 Jun 2021

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

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

Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers

Quelles causes, quels enjeux ?

Danièle LOCHAK

Professeur émérite de l'université Paris Nanterre (CREDOF)

Ségolène BARBOU DES PLACES et Frédéric AUDREN (dir.)
Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?
Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit
LGDJ 2018, p. 279-294

Le droit des étrangers est une « matière », ce n'est pas - ou pas encore – une « discipline ». On a affaire à un corpus de règles spécifiques – plus exactement : qui ont un *objet* spécifique, donc à une matière, au même titre que, par exemple, le droit de la famille, le droit de la consommation, le droit de la construction ou le droit des brevets, à ceci près que sa place est beaucoup plus marginale dans les programmes d'enseignement.

Le droit des étrangers a connu des « migrations transdisciplinaires », ayant été successivement revendiqué par – ou rattaché à – des disciplines différentes. Ce défaut d'autonomie est d'ailleurs une des raisons parmi d'autres[1] qui conduirait à lui refuser le label de « discipline ». Pendant longtemps, la « condition des étrangers » est restée dans le giron quasi-exclusif du droit international privé, dont elle constituait une partie substantielle. A mesure que les questions de « police des étrangers » – l'entrée, le séjour, l'éloignement – ont pris le pas sur celles de la jouissance et l'exercice des droits et libertés, le centre de gravité de la matière a basculé vers le droit administratif, avant d'être, plus tard encore, saisie par d'autres disciplines comme le droit constitutionnel et le droit international des droits de l'homme, puis finalement attirée dans l'orbite des droits et libertés fondamentaux[2].

Pour déterminer toutefois plus finement à quel(s) champ(s) disciplinaire(s) le droit des étrangers se rattache – le pluriel est de mise car il peut y avoir pluralité de rattachements – il faut prendre en compte simultanément plusieurs éléments : le corpus des règles applicables et la nature des juridictions appelées à trancher les litiges, d'abord ; la discipline à laquelle appartiennent les auteurs de travaux doctrinaux – articles, ouvrages savants, thèse, ensuite ; les aspects pédagogiques, enfin, à savoir les cours et les manuels dans le cadre desquels la matière est abordée, sinon traitée exhaustivement.

Ces trois dimensions, en effet, ne se recouvrent pas toujours. Si on se fie à la production scientifique, un grand nombre de disciplines se saisissent, quoique de façon inégale, du droit des étrangers : le droit international privé, le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit international et plus spécialement le droit international des droits de l'Homme, le droit pénal, le droit de l'Union européenne… Les revues spécialisées dans ces différents domaines font une place, parfois importante, parfois limitée, aux textes et aux décisions de justice concernant le droit des étrangers, lequel donne lieu à des thèses qui sont elles aussi soutenues dans ces différentes disciplines. Pour autant, la plupart de ces disciplines ne considèrent pas que cette matière appartient directement à leur champ, comme en témoigne le fait qu'elles ne

[1] On renvoie ici aux autres contributions qui se sont attachées à dégager les critères d'une « discipline », notamment Jacques Chevallier : « Qu'est-ce qu'une discipline ? ».

[2] D'un rapide pointage effectué sur environ 80 thèses répertoriées au fichier des thèses et soutenues depuis 1990 sur un sujet se rapportant au droit des étrangers (lorsque l'intitulé n'était pas suffisamment explicite on a pris comme indicateur la spécialité du directeur de thèse) il ressort que la très grande majorité a été soutenue en droit public : droit public interne ou droit européen (près de 20% contiennent dans leur titre une référence à l'Union européenne), quelques-unes seulement en droit international public général, qu'une minorité ressortit au droit privé (droit pénal, droit de la famille, droit social) et une infime minorité au droit international privé.

l'ont pas intégrée dans leurs programmes d'enseignement. C'est finalement dans les manuels de « Libertés » qu'on en traite désormais le plus longuement, tandis qu'inversement beaucoup de manuels de droit international privé ont réduit sa place à la portion congrue quand ils ne l'ont pas purement et simplement abandonnée.

Il faut donc s'interroger sur les facteurs qui déterminent ces migrations. Le plus évident tient aux changements qui affectent la nature des sources du droit des étrangers, mais ces changements eux-mêmes sont indissociables des mutations du regard que la société et les pouvoirs publics portent sur les étrangers et de l'évolution des politiques d'immigration (I). Sur ces facteurs viennent se greffer des enjeux proprement académiques qui peuvent expliquer l'attractivité particulière de la matière pour telle ou telle discipline à un moment donné (II) mais aussi la revalorisation récente du droit des étrangers qui lui permet de figurer aujourd'hui parmi les matières dignes de donner lieu à des travaux scientifiques (III).

I/ Le déplacement du centre de gravité du corpus juridique applicable.

Les migrations transdisciplinaires résultent en premier lieu de l'évolution des questionnements relatifs au statut des étrangers et du déplacement corrélatif du centre de gravité du corpus juridique auquel se rattachent les règles de droit principalement applicables.

Ainsi, à la Révolution, la question de la citoyenneté est première et c'est dans les constitutions – celles de 1791 et 1793 mais aussi de l'an III et de l'an VIII – qu'on trouve les règles régissant l'attribution de la qualité de citoyen : qui sont les citoyens français d'origine, d'une part, comment on devient citoyen français, d'autre part.

Au moment de l'adoption du code civil, la question de la citoyenneté est devenue secondaire, donc *a fortiori* celle des modes d'accès des étrangers à la citoyenneté. Le code civil ne se préoccupe que de « l'état civil » des personnes, par opposition à « l'état politique », fixé par la constitution, comme le rappelle Portalis dans son Discours préliminaire. Il dit comment s'attribue et s'acquiert la qualité de Français – et non plus celle de citoyen –, énumère un certain nombre d'incapacités spécifiques aux étrangers, telle l'incapacité successorale, et pose dans son article 11 un principe de réciprocité diplomatique pour la jouissance des droits civils dont ils ne sont pas expressément privés. C'est donc le droit civil qui se trouve saisi de la question des droits des étrangers ; et c'est entre « civilistes » que se déroulent les controverses doctrinales qui portent principalement sur l'interprétation de cet article 11 et sur lesquelles on reviendra plus loin.

Jusqu'au moment où le droit international privé se constitue en branche autonome – moment qu'on peut dater du milieu du 19e siècle[3]. La matière traitée se rattache au droit privé interne : au droit privé en raison de la nature des questions à résoudre, au droit interne en raison du rôle limité – à l'époque – des sources internationales et du peu d'intérêt des États pour ces litiges privés ; mais son autonomisation est favorisée par la spécificité de ses sources, ce qui conforte l'idée que la question des sources est souvent déterminante dans la façon dont telle ou telle discipline se saisit d'une matière. Comme le relèvent Batiffol et Lagarde[4], si le code civil et le code de procédure civile contiennent quelques articles concernant les conflits de lois et de juridictions et la condition des étrangers, c'est la jurisprudence de la cour de cassation et des juridictions judiciaires du fond – une jurisprudence « abondante et constructive » – qui a dû compenser le caractère fragmentaire et insuffisant des dispositions écrites, apparaissant ainsi pendant longtemps comme la source essentielle du droit international privé.

---

[3] Selon Paul Lagarde, l'expression aurait été utilisée pour la première fois en 1834, et c'est en 1843 que paraît, sous la plume d'un certain Foelix, le premier *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé* dont la troisième et la quatrième éditions, revues et augmentées par Demangeat, paraissent respectivement en 1856 et 1866 (Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, tome 1, 8e éd. 1993, p. 77.

[4] *ibid*., p. 31 et s.

Le droit des étrangers va par la suite entamer sa migration vers le droit public, prioritairement vers le droit administratif. L'importance croissante accordée à la police des étrangers à partir de l'entre-deux guerres se traduit par une explosion de la réglementation et ouvre un large champ de compétence à l'administration. La « police des étrangers » inclut les règles relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement, mais elle englobe dans les faits bien d'autres pans de la condition des étrangers : l'accès au travail – qui suppose une autorisation administrative –, mais aussi la liberté d'expression, le droit syndical ou le droit de grève – dont l'exercice est hypothéqué par la menace de l'expulsion –, sont ainsi appréhendés, comme le sera plus tard le regroupement familial, à travers le prisme des pouvoirs de police. L'application de cette réglementation foisonnante donne naissance à un contentieux administratif certes très réduit au départ, compte tenu des limites que le juge administratif assigne à son propre contrôle sur ce domaine de « haute police », mais qui ira en se développant.

L'intervention du législateur et celle, concomitante, du Conseil constitutionnel, à partir de 1980[5], dans un domaine qui était jusque là régi au mieux par des décrets, mais plus souvent par de simples circulaires, font que le droit constitutionnel à son tour se saisit du droit des étrangers : on a pu ainsi évoquer l'existence d'un « statut constitutionnel des étrangers »[6], inféré de la jurisprudence du Conseil et leur condition va désormais retenir l'attention des constitutionnalistes.

Parallèlement, alors que le droit international public restait relativement muet sur la condition des étrangers – même si cette question a été, dès la naissance du droit des gens, au cœur de controverses doctrinales sur lesquelles on reviendra plus loin –, le déploiement de la protection internationale des droits de l'homme et le développement corrélatif d'une jurisprudence abondante et constructive de la Cour européenne des droits de l'Homme réactive l'intérêt des internationalistes – ou du moins d'une fraction d'entre eux – pour le statut des étrangers dont on reconnaît désormais qu'ils doivent jouir des droits proclamés comme universels.

C'est ainsi qu'au croisement du droit administratif, du droit constitutionnel et du droit international des droits de l'homme surgissent de nouvelles problématiques axées sur les droits et libertés des étrangers. La matière entre alors dans le champ du droit des libertés fondamentales, cette discipline en voie de constitution, encore à la recherche de son identité et de son autonomie[7].

L'impact du droit communautaire est lui aussi de plus en plus manifeste : d'abord sur la condition des ressortissants des États membres, auxquels le Traité de Rome (1957) reconnaît le bénéfice des libertés de circulation et d'établissement et du principe de non discrimination ; puis, plus largement, sur la condition des ressortissants des pays tiers, à la faveur de la « communautarisation » des politiques d'immigration et d'asile décidée par le Traité d'Amsterdam (1999). Il s'agit désormais d'un chapitre important du droit matériel de l'Union européenne : constitué d'une multitude de règlements et directives, il donne lieu à un contentieux abondant devant la Cour de Justice de l'Union dont la jurisprudence joue un rôle capital dans la définition du statut des citoyens comme des non citoyens de l'Union[8].

---

[5] La loi Bonnet du 10 janvier 1980 inaugure le cycle des modifications législatives de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui va se poursuivre ensuite sans discontinuer : lois de 1981, 1984, 1986, 1989, 1993, 1997, 1998, 2003, pour ne citer que les principales réformes de l'ordonnance, auxquelles succèdent les lois de 2006, 2007, 2011, 2012 modifiant le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

[6] Brno Genevois, "Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos dela décision du conseil constitutionnel du 13 août 1993", *RFDA* 1993, p. 871. Voir aussi Justin Kissangoula, *La Constituion française et les étrangers,* LGDJ, 2001.

[7] Voir la contribution de Patrick Wachsmann, « Une discipline performative : les libertés publiques ou fondamentales ».

[8] Plusieurs pages lui sont consacrées dans le manuel de Louis Dubouis et Claude Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6e éd., 2012.

Pour être complet, il faut encore mentionner, bien que le phénomène soit passé pour l'instant relativement inaperçu sur le terrain académique[9], la constitution progressive d'un véritable « droit pénal de l'immigration », liée à la place grandissante attribuée à l'outil pénal dans la gestion de l'immigration[10].

Ainsi, le développement d'un droit des étrangers dont l'objet dépasse de beaucoup la « condition des étrangers » à laquelle s'intéressait classiquement le droit international privé, la diversification du corpus des règles applicables mais aussi des approches et des questionnements, incitent les juristes de nombreuses disciplines à s'intéresser à cette matière ; en fonction de la polarisation sur telle ou telle dimension du statut des étrangers à un moment donné ce droit est attiré prioritairement dans l'orbite de l'une ou l'autre de ces disciplines. Car, comme on l'a rappelé, les transformations qui affectent les sources de la réglementation et contribuent à en déplacer le centre de gravité ne sont pas purement contingentes : elles résultent de la façon dont les étrangers sont appréhendés, des préoccupations dominantes des pouvoirs publics à un moment donné, des tendances de la politique d'immigration dont la législation est à la fois le reflet et l'instrument.

Or le fait marquant, à cet égard, c'est que la place considérable prise par la police des étrangers depuis les années 1930 s'est trouvée encore accentuée par la priorité accordée depuis le milieu de années 1970 à la « maîtrise des flux migratoires » et la lutte contre l'immigration dite clandestine. Et cette polarisation a un impact sur la façon dont les juristes à leur tour appréhendent la matière. Traditionnellement, dans l'optique du droit international privé, la condition des étrangers était envisagée prioritairement sous l'angle de la jouissance des droits et libertés. Aujourd'hui, les questions qui se rapportent à la police des étrangers ont tendance à éclipser toutes les autres, si l'on en juge par le contenu des manuels[11] ou les thèmes des articles portant sur le droit des étrangers.

II/ Les enjeux académiques

Au-delà des facteurs que l'on vient d'évoquer, il faut aussi, pour comprendre ce qui détermine les juristes appartenant à une discipline constituée à s'emparer d'un domaine, à s'approprier un corpus ou au contraire à le rejeter hors de son champ, faire la part des enjeux académiques. Le découpage des matières et leur rattachement à une discipline plutôt qu'à une autre obéissent sans doute au départ à une logique intrinsèque et « objective » que l'on a rappelée plus haut : quel est le corpus dominant ? qui est le mieux placé pour l'analyser, le commenter, l'enseigner compte tenu de la nature des règles qui le constituent et des juridictions compétentes pour les appliquer ? Mais jouent aussi des considérations plus prosaïques incluant aussi bien les jeux d'influence corporatifs et la concurrence entre les disciplines que les nécessités pédagogiques et les contraintes éditoriales. Entre enfin en ligne de compte, dans l'investissement des juristes, l'attrait intellectuel de la matière : la nouveauté des questions posées, l'existence d'une jurisprudence – dont le commentaire est plus excitant pour l'esprit que la simple analyse des textes –, la place pour les controverses.

On se propose de mettre à l'épreuve ces hypothèses à partir de trois « études de cas ». L'idée est de montrer comment l'existence puis l'extinction des controverses doctrinales a pu

[9] Signalons malgré tout que des thèses commencent à être produites sur ce sujet. Voir par exemple Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, soutenue à l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense en décembre 2013.

[10] *Immigration, un régime pénal d'exception*, Gisti, coll. Penser l'immigration autrement, 2012 ; Danièle Lochak, "Un droit pénal de l'immigration", in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honeur de Christine Lazerge*s, 2014.

[11] Voir, par exemple, en ce qui concerne les manuels de "Libertés" : D. Lochak, « Comment on enseigne le droit des étrangers. Petite plongée dans les manuels de "Libertés" », in *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, p. 377-391

jouer un rôle dans l'investissement ou le désinvestissement des civilistes et des spécialistes de droit international public pour les questions touchant à la condition des étrangers, d'une part, comment et sous l'influence de quels facteurs ont été redessinées les frontières du droit international privé, d'autre part.

Controverses autour de la notion de « droits civils »

Alors qu'à la Révolution les étrangers s'étaient vu reconnaître une égalité presque complète avec les Français sur le plan des droits civils, le code civil marque une nette régression en les privant à nouveau d'un certain nombre de droits. Si ce code parle des étrangers, explique Portalis, c'est parce qu'il faut « *marquer jusqu'à quel point ils peuvent, dans les choses civiles, être assimilés aux Français, et jusqu'à quel point ils en diffèrent* ». Cette question mobilise les membres du Corps législatif qui, en ce qui concerne les droits dont les étrangers ne sont pas expressément privés, optent finalement pour un principe de réciprocité : l'article 11 prévoit que « *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* ». Mais l'étendue des droits accordés ou refusés aux étrangers qui ne bénéficient pas de la réciprocité dépend de l'interprétation qu'on donne de la notion de « droits civils ». Cette disposition « sibylline » (Niboyet), va donc donner lieu tout au long du 19e siècle et pendant une bonne partie du 20e à d'amples controverses doctrinales .

Pour Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, 1e éd. 1844, 3e éd., 1865), les « droits civils » doivent s'entendre comme l'ensemble des droits privés reconnus par les lois civiles : ils sont l'apanage du national et déniés par principe à l'étranger sauf disposition expresse ou implicite d'un texte. L'étranger ne peut jouir des droits civils que pour autant que ces droits lui sont concédés par une disposition expresse ou de façon implicite.

Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, T. I, 1e éd., 1838, 6e éd. 1936) proposent d'interpréter la notion de droits civils à la lumière de la distinction de l'ancien droit entre les facultés de droit des gens – considérées comme découlant du droit naturel – et les facultés de droit civil, dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre du droit national et dont l'étranger ne peut jouir à moins qu'il ne remplisse les conditions spéciales posées par la loi.

Demangeat *(Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*, 1844) dont la thèse est reprise par Valette *(Explication sommaire du Code civil*, 1859) estime que l'expression « droits civils » n'est pas synonyme de droits privés et qu'elle a dans l'article 11 le sens de droits limités aux nationaux, par opposition aux droits naturels communs à tous les peuples. Seuls font partie des droits « nationaux » ceux qu'un texte formel refuse aux étrangers. La présomption est donc inversée par rapport à la thèse de Demolombe : dans le silence du législateur, l'étranger jouit de tous les droits privés.

La jurisprudence a consacré successivement les trois solutions avant de se fixer finalement sur la position la plus libérale de Demangeat : en 1948, mettant fin aux controverses doctrinales, la Cour de cassation affirme que « les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ».

Les ouvrages de droit civil sont muets sur cette controverse dont on trouve en revanche l'écho dans les ouvrages de droit international privé où elle est relatée dans une perspective historique.

Les frontières du droit international privé

La question mérite qu'on s'y arrête car c'est un cas assez rare, nous semble-t-il, où l'on voit une discipline s'interroger aussi directement sur ses propres frontières et les auteurs expliciter les raisons pour lesquelles – concernant la question qui nous occupe ici – il faut ou non, selon eux, y inclure la condition des étrangers.

Naguère encore, comme on l'a rappelé en commençant, la condition des étrangers formait une partie substantielle du droit international privé. Ainsi, dans le *Traité de droit international*

privé de Niboyet, dont la première édition remonte à 1938, elle occupe un tome entier - sur les sept que comporte l'ouvrage. C'est encore le cas de la deuxième édition, dont le tome II, entièrement consacré à la condition des étrangers, paraît en 1951. Dans la 8e édition du traité en deux volumes de *Droit international privé* de Henri Batiffol et Paul Lagarde, paru en 1993, 130 pages lui sont consacrées.

Les auteurs expliquent pourquoi la condition des étrangers fait partie du droit international privé : « *Il s'agit des règles qui refusent aux étrangers la jouissance de certains droits reconnus aux Français […]. Son étude d'ensemble ne saurait trouver une place convenable dans aucun chapitre du droit civil ou commercial interne. De plus, la question de condition des étrangers accompagne souvent celle du conflit des lois, ce qui justifie que leur étude relève de la même discipline […]. La condition des étrangers englobe aussi leur situation au regard du droit public : liberté d'entrée et de circulation en France, droits civiques et politiques. Bien qu'il s'agisse d'un problème de droit public interne, ses liens avec la condition privée des étrangers sont suffisants pour justifier une étude d'ensemble* ». Et finalement, « *en regroupant ainsi au sein une même discipline la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridiction, la tradition française donne une réponse d'ensemble à la question de la situation juridique de l'individu dans les relations privées internationales*[12] ».

D'autres auteurs plaident aussi pour le maintien de cette « tradition française », particulièrement extensive lorsqu'on la compare à d'autres : la conception allemande qui n'inclut dans le droit international privé que les conflits de lois, la conception anglo-américaine qui y ajoute les conflits de juridiction ou même la conception des pays latins qui fait entrer dans la discipline la condition des étrangers mais pas la nationalité[13]. Dans le choix de cette conception extensive deux arguments paraissent décisifs aux auteurs cités : d'abord, ces différentes matières ont en commun d'avoir des répercussions sur les relations privées internationales et de prendre en compte l'intérêt des États ; ensuite, elles ont évolué dans le même sens, sous la pression des mêmes événements – et de rappeler ici « *l'établissement en France d'un grand nombre de travailleurs étrangers puis de réfugiés* » qui a eu un impact à la fois sur les lois sur la nationalité et sur la réglementation du séjour des étrangers et a suscité « *une réaction contre une application trop large de la loi nationale aux étrangers* ». Cette justification confirme l'hypothèse formulée plus haut d'une perméabilité des questionnements des juristes à ceux qui nourrissent l'agenda politique.

En dépit de ces plaidoyers pour conserver la condition des étrangers dans le giron du droit international privé, la place qui lui est faite dans les manuels de droit international privé s'est réduite comme peau de chagrin. Dans le meilleur des cas quelques dizaines de pages – sur plusieurs centaines – lui sont consacrées[14], mais parfois quelques pages seulement[15], quand elle n'est pas délibérément passée sous silence. C'est le cas de l'ouvrage de Dominique Bureau et Horatia Muir Watt[16] qui, tout en reconnaissant que la vision large de la matière a une cohérence en ce qu'elle propose une « *appréhension systématique des difficultés nées de la séparation du monde en États* », justifient son éviction par « *le souci de conserver la relative homogénéité que présentent les questions, à forte composante méthodologique, de conflits de lois et de juridictions, par opposition au caractère à la fois très spécifique, institutionnel et*

[12] *op. cit*., p. 16-17

[13] Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, *Précis Dalloz*, 8e éd., 2004, p. 5-19.

[14] À titre d'exemple, la condition des personnes physiques étrangères occupe – encore… - 45 pages sur un peu moins de 800 pages 11e édition du manuel de Pierre Mayer et Vincent Heuzé (Montchrestien, 2014), 70 pages sur plus de 700 dans la 4e édition du manuel de Marie-Laure Niboyet et Géraud Geouffre de La Pradelle (LGDJ, 2013), 40 pages sur 980 dans le manuel de Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières (Précis Dalloz, 10e éd., 2013).

[15] 10 pages sur 800 dans le manuel de Thierry Vignal (Armand Colin, Coll. U, 2005). Les développements sont logiquement encore plus réduits dans les ouvrages moins volumineux.

[16] *Droit international privé*, PUF, Thémis, T. I, 3e éd., 2014.

réglementaire des dispositions qui gouvernent d'une part l'attribution de la nationalité, d'autre part l'entrée et le séjour des étrangers ».

Mais le constat dépasse le cadre des manuels. Si l'on consulte les sommaires récents de la *Revue critique de droit international privé*[17], on constate que la part des articles consacrés à la condition des étrangers – dont la plupart portent au demeurant sur des questions de police : visas, régularisation, éloignement, rétention…, ou sur l'application du droit de l'Union – est très minoritaire. La consultation du fichier des thèses atteste de même, comme on l'a rappelé plus haut, qu'une très faible proportion de celles qui sont consacrées au droit des étrangers (conflits de lois et droit économique exclu) sont inscrites avec des spécialistes de droit international privé labellisés comme tels.

Les causes de cette évolution sont multiples. Les unes sont contingentes, sinon terre à terre, comme les contraintes éditoriales ou la restructuration des cursus qui, avec la multiplication des matières d'une part, la semestrialisation de l'autre, oblige à sacrifier des pans entiers des programmes traditionnels. Dans ce contexte, il est logique que l'on préserve le cœur de la discipline : les conflits de lois et les conflits de juridiction, au détriment de matières plus périphériques comme la condition des étrangers et la nationalité qui ne lui sont rattachées que par contiguïté.

Mais la modification de l'équilibre entre les différents aspects de la condition des étrangers a aussi joué un rôle. Traditionnellement, ce qui a trait au régime administratif, à savoir l'entrée, le séjour et l'éloignement, ne représentait qu'une faible part des développements dont l'essentiel était consacré à la jouissance et à l'exercice des « droits et libertés politiques » et des « libertés privées » ou « droits civils ». Cette part s'est progressivement accrue, pour les raisons qu'on a rappelées plus haut : aujourd'hui les questions liées au séjour occupent une place envahissante tandis que, parallèlement, celles relatives à la jouissance des droits paraissent moins cruciales parce que les différences de traitement fondées sur la nationalité ont tendance à régresser. De surcroît, alors que les questions concernant la jouissance des droits étaient résolues sur la base de règles générales, appliquées et interprétées par les tribunaux, la condition des étrangers est régie aujourd'hui par une réglementation complexe et touffue, issue de règlements et de directives européennes, de lois, de décrets, de circulaires, et dont la mise en œuvre dépend principalement de l'administration. Les spécialistes du droit international privé ne trouvent plus guère dans ce droit qui s'est entièrement « publicisé » de quoi alimenter une réflexion qui leur soit spécifique.

Le droit international public : le statut des étrangers analysé à l'aune de la souveraineté des États

Parce que la condition des étrangers au regard du droit international était régie exclusivement par la coutume, elle n'a donné lieu, pendant longtemps, qu'à des controverses doctrinales. Mais ces controverses étaient fournies : « *depuis les origines de cette discipline juridique*, comme le relève Vincent Chetail, *la condition de l'étranger a constitué un aiguillon du droit international. Elle est longtemps demeurée son thème de prédilection* »[18]. L'admission des étrangers sur le territoire des États a été au cœur des réflexions de la doctrine du droit des gens naissant, tiraillée entre deux conceptions opposées : – l'une, héritière de Vitoria (*De Indis*, 1542) et Grotius (*Mare liberum*, 1609 ; *De jure belli ac pacis*, 1625), faisant prévaloir la liberté de communication sur les prérogatives des États, ; – l'autre, représentée notamment par Vattel (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), proclamant au contraire le droit des États souve-

[17] Notre pointage a porté sur les années 2012 à 2014.

[18] Vincent Chetail, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Vol. II, Bruylant, 2007, p. 23.

rains de défendre l'entrée de leur territoire aux étrangers en fonction de leurs intérêts propres, tout en respectant néanmoins les préceptes du droit naturel.

La doctrine de Vattel a inspiré un grand nombre d'auteurs, qui n'en ont pas toujours repris les nuances. Elle a toutefois suscité, à la fin du 19e siècle, la réaction d'un courant doctrinal affirmant l'existence d'un « droit de communication » dont le fondement réside dans l'interdépendance et la solidarité des États, même si ces derniers ont aussi le droit d'assurer leur propre sécurité[19]. On peut aussi rappeler les thèses de Georges Scelle, énoncées dans son *Précis de Droit des Gens*[20], qui tranchent elles aussi avec la doctrine dominante par l'importance qu'il accorde aux « libertés individuelles et collectives » des étrangers et notamment au « libre établissement » : à ses yeux, le « libre commerce international » est une norme fondamentale du droit des gens, même si les gouvernements peuvent le restreindre pour la préservation d'intérêts étatiques en matière de sécurité ou en matière économique, en matière sanitaire, voire en matière morale.

Un autre débat, essentiellement doctrinal lui aussi, s'est polarisé, à partir du 19e siècle et au début du 20e, autour de la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers[21] : dans la mesure où l'État est le sujet exclusif du droit international, c'est par ce biais – et par ce biais seulement – qu'est appréhendé le traitement qui doit être réservé aux individus. Là encore, la rareté des traités et donc des sources de droit positif laisse une large place aux reconstructions doctrinales sur la base d'un contentieux arbitral qui a tendance à se développer. Si la thèse d'un « traitement international » – et donc l'idée que tout État est tenu d'accorder à l'étranger un traitement minimum issu de la coutume universelle et des principes généraux du droit sous peine d'engager sa responsabilité – a fini par l'emporter, l'affrontement a continué s'agissant de définir le contenu de ce traitement minimum[22].

L'essor du droit international des droits de l'homme, à partir de 1945, va modifier sensiblement la donne. Les conventions internationales obligent les États qui les ont ratifiées à respecter les droits désormais proclamés comme universels en la personne de l'étranger. C'est donc aujourd'hui prioritairement sous l'angle de la protection internationale des droits de l'homme ou du droit des réfugiés que le droit international pose la question des droits des étrangers – avec cet effet paradoxal qu'au moment même où les étrangers sont saisis par le droit international, la discipline semble se désintéresser de la question.

Les manuels et traités de droit international public contemporains contrastent en effet à cet égard avec celui de Georges Scelle pour qui le statut des étrangers représentait une question centrale pour le droit des gens. Très peu de pages lui sont consacrées dans les ouvrages le plus récemment édités[23], souvent il ne fait même l'objet d'aucun développement spécifique et

---

[19] Ce courant s'est exprimé notamment au sein de l'Institut de droit international, instance non gouvernementale à visée scientifique fondée en 1873 pour œuvrer au développement et à l'application du droit international. L'Institut a notamment rédigé en 1892 un projet de règlement réaffirmant le principe de la liberté de circulation et les limites des prérogatives des États qui ne sauraient prohiber l'entrée des étrangers sur leur territoire de manière générale et permanente mais seulement pour des motifs d'intérêt public *« extrêmement graves »*. Ces motifs sont énoncés il est vrai, de façon très large puisqu'ils incluent "une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation", "une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse" et que l'État peut aussi interdire l'entrée à des individus en état de vagabondage, de mendicité ou atteint d'une maladie contagieuse, ou suspect d'infractions graves, etc

[20] *Précis de Droit des Gens*, 2e partie, Sirey, 1934, réimp. Ed. du CNRS, 1995.

[21] Les termes de ce débat sont longuement exposés par Vincent Chetail, *op. cit*., p. 35 et s.

[22] Sur ces controverses, voir par exemple A. von Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers » *RCADI* 1931-III, tome 37, 1932.

[23] Il occupe encore une quinzaine de pages dans le traité de Louis Cavaré, *Le droit international positif* (3e éd. mise à jour par Quéneudec, Pédone, 1967) qui évoque successivement le fondement de la condition des étrangers, le droit à l'admission sur le territoire de l'État, le statut de l'étranger établi sur le territoire et enfin l'expulsion et l'extradition. Dans le manuel de Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public* (Montchrestien, 11e éd., 2014), on trouve, dans le chapitre consacré aux « sujets internes en droit international » des développements sur l'accès au territoire, d'une part (entrée, séjour, éloignement), sur la condition des étrangers, d'autre part. Dans le Traité de Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*

n'est abordé que de façon incidente[24]. Le droit des étrangers devient l'apanage des spécialistes de la protection internationale des droits de l'homme, parfois catalogués avec un certain dédain comme « droits-de-l'hommistes » par le reste de la corporation. Peut-être parce qu'aux yeux des internationalistes ce sont bien les États qui, en dernière analyse et quels que soient les efforts réalisés au plan international pour rendre effectifs les droits de l'Homme, restent maîtres de l'application des règles dont on tente de leur imposer le respect, ce qui invalide l'idée d'une quelconque spécificité du droit international des droits de l'Homme fondée sur la mise en exergue de la reconnaissance aux individus de la qualité de sujets du droit international.

La centralité de la jurisprudence « constructive » de la cour de Strasbourg a pourtant redonné naissance à des controverses susceptibles de stimuler l'intérêt pour la matière : de fait, si le droit international des droits de l'homme souffre d'un manque de reconnaissance à l'intérieur de sa discipline de rattachement principal, son développement a contribué en revanche à revaloriser de façon spectaculaire le droit des étrangers sur le plan académique.

III. La revalorisation du droit des étrangers : vers la constitution d'une discipline ?

Le droit des étrangers était devenu – depuis que les spécialistes de droit international privé s'en sont désintéressés – une spécialité marginale, voire marginalisante. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Sa revalorisation, que confirme le nombre de thèses soutenues sur le sujet et plus encore leur « réception » par le milieu académique, a des causes exogènes : compte tenu de la place qu'occupe l'immigration dans les politiques publiques et des débats auxquels elle donne lieu, les interrogations des chercheurs consonnent avec celles de la société – non sans risque de confusion entre le registre du discours politique ou idéologique et celui du discours scientifique. Mais elle a aussi des causes endogènes au champ juridique. La revalorisation de ce terrain de recherche a été de pair avec la promotion des textes applicables dans la hiérarchie des normes : là où il n'y avait que des pratiques administratives et un contrôle juridictionnel limité de la part du Conseil d'État, il y a désormais des lois, des décisions du Conseil constitutionnel, des conventions internationales, des normes communautaires, une jurisprudence fournie de la Cour de justice de l'Union européenne et surtout de la Cour européenne des droits de l'Homme, une jurisprudence également abondante du Conseil d'État qui intègre l'ensemble de ces nouvelles données – et finalement des questionnements juridiques qui permettent une « montée en généralité » : le contentieux des étrangers a fourni l'occasion de poser et de trancher des questions de principe telles que la portée des directives communautaires, l'applicabilité et l'interprétation des conventions internationales, l'impact de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ; il a été à l'origine d'une série de réformes du contentieux administratif, dont celle des procédures d'urgence avec la création en 2000 du référé liberté et du référé suspension.

Faut-il pour autant souhaiter que le droit des étrangers, fort de cet élan, se constitue en discipline à part entière et autonome ? À titre personnel, nous ne le pensons pas. Ériger le droit des étrangers en discipline « à part », c'est prendre le risque de « naturaliser » la condition « à part » des étrangers, de la faire apparaître comme évidente et naturelle, donc de renforcer sa légitimité. L'existence d'une législation spécifique relative aux étrangers, très largement sous-

---

(LGDJ, 8e éd., 2009), un paragraphe est consacré à « l'affirmation des droits des ressortissants étrangers », où sont évoqués la question du « standard minimum », le liberté de circulation, le cas des réfugiés et apatrides et la mobilité professionnelle.

[24] Dans le manuel dirigé par Denis Alland, *Droit international public* (PUF, coll. Droit Fondamental, 1e éd., 2000), l'étranger est tout juste évoqué dans un développement sur le droit international des droits de l'homme, notamment sous l'angle de l'expulsion et de l'extradition. Dans celui de Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public* (Précis Dalloz, 12e éd., 2014), une subdivision est consacrée au "respect des droits des étrangers" comme illusrtration des limites à l'exercice de la souveraineté et donc axée moins sur les droits des étrangers que sur les prérogatives des Etats.

tendue par une visée répressive de surcroît, conforte déjà l'idée d'une différence radicale entre nationaux et étrangers et contribue à inculquer une certaine image de l'étranger : celle d'un être dangereux, délinquant en puissance, mais aussi fraudeur, polygame, machiste, violent, à qui il convient d'inculquer les « valeurs de la République »[25]. En constituant une discipline spécifique autour de la condition des étrangers, ne risque-t-on pas de redoubler cet effet ? L'hypothèse que nous formulions à propos de l'attitude de la doctrine face à la législation antisémite de Vichy ne vaut-elle pas ici, toutes proportions gardées ? Le fait que le « droit antisémite » ait pu être considéré comme une discipline officiellement consacrée, avec ses spécialistes, ses controverses doctrinales, son répertoire de problèmes et de solutions jurisprudentielles, n'a-t-il pas redoublé les effets de la promulgation d'un statut des Juifs et contribué à faire admettre l'exclusion des Juifs comme normale et conforme à l'ordre naturel des choses ?

Le risque de légitimer la mise à l'écart des étrangers organisée par les textes et l'appareil répressif mis en place pour tenter de juguler l'immigration irrégulière doit d'autant plus être pris au sérieux qu'on constate jusque dans les écrits universitaires une certaine perméabilité aux problématiques imposées par les pouvoirs publics. Cette remarque, issue de l'analyse du contenu des manuels de libertés publiques[26], vaut également pour certains des manuels de droit international privé qui traitent encore de la matière[27]. Il n'est pas rare d'y retrouver, sous couvert du rappel de la *ratio legis*, la reproduction acritique du discours officiel et des poncifs qu'il véhicule[28]. Le lecteur est ainsi imperceptiblement incité à considérer la lutte contre l'immigration clandestine comme inéluctable et la restriction corrélative de certains droits comme légitime.

Il n'en demeure pas moins que le droit des étrangers doit être connu, donc enseigné. Cet enseignement doit s'assigner deux objectifs. Le premier, c'est de former des praticiens compétents, qu'ils soient avocats ou militants associatifs, afin que les droits des étrangers soient défendus avec efficacité, notamment face à l'administration. Cette tâche n'est pas nécessairement du ressort des universités. Le second, qui relève bien de la responsabilité des universitaires, c'est de contribuer au développement d'une capacité de réflexion critique sur ces questions. Et par « critique », nous ne visons pas seulement ni même principalement le commentaire critique de certaines dispositions législatives ou de certaines décisions de justice – une critique ponctuelle n'équivaut-elle pas parfois à légitimer le reste du corpus dans lequel s'inscrit la disposition ou la décision critiquée ?[29] – mais l'effort pour replacer le droit dans son contexte historique et politique, pour insister sur les conditions sociales de production du

---

[25] Pour une démonstration de cette thèse, voir Danièle Lochak, "L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration", *Droit et culture*, hors-série 2011 : « Orient-Occident. Image de soi, image de l'autre ».

[26] Voir D. Lochak, "Comment on enseigne le droit des étrangers…", *op. cit*.

[27] Faut-il assimiler l'étranger au national, se demandent les auteurs d'un ouvrage réédité en 2004 ? Si l'on fait aux étrangers une situation trop dure, expliquent-ils, on risque de les décourager de venir s'établir en France alors que nous avons besoin de main-d'oeuvre étrangère. Mais l'assimilation totale présente aussi des inconvénients, car "l'expérience révèle que les étrangers qui viennent s'établir en France ne sont pas toujours ceux dont nous avons besoin […]. Il est donc nécessaire de procéder à un tri afin d'éliminer ls indésirables et de canaliser les immigrants vers les professions où leur utilité est réelle" (Y. Loussouarn et alii, p. 15).

[28] Tels que la nécessité de lutter contre les mariages de complaisance, ou le « constat » de l'existence de faux réfugiés qui ne fuient pas les persécutions mais recherchent des conditions de vie meilleures et détournent ainsi le droit d'asile pour séjourner en France.

[29] Là encore, nous faisions remarquer, à propos des écrits de la doctrine sous Vichy, que ce qui était critiqué, ce n'était jamais le contenu de la législation elle-même, mais seulement l'interprétation extensive qu'en donnaient l'administration et les tribunaux. Or « *dénoncer les bavures et l'arbitraire dans l'application des textes, n'est-ce pas sous-entendre qu'il y a place pour une application raisonnable, équilibrée, et donc non contestable de ces textes ? N'est-ce pas admettre implicitement leur caractère non problématique, sinon leur légitimité ?* » (D. Lochak, « Écrire, se taire… Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le Genre Humain*, n° 30-31, « Le droit antisémite de Vichy », Le Seuil, 1996.

droit applicable aux étrangers et mettre en regard leur statut juridique avec la place qui leur est assignée dans la société, pour s'interroger sur l'exceptionnalité de ce statut par rapport aux principes de la démocratie et de l'État de droit. Et, s'agissant en somme de déconstruire et de désacraliser le droit, une approche pluridisciplinaire paraît plus pertinente que la prétention de former des experts pointus cultivant leur excellence à l'intérieur des frontières d'une discipline qui se cantonnerait dans le giron exclusif du droit.