



HAL
open science

Comment on enseigne le droit des étrangers. Petite plongée dans les manuels de ” Libertés ”

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. Comment on enseigne le droit des étrangers. Petite plongée dans les manuels de ” Libertés ” . Mélanges François Julien-Laferrière, Bruylant, pp. 377-391, 2011, 978-2-8027-2990-7. hal-01710157

HAL Id: hal-01710157

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01710157>

Submitted on 15 Feb 2018

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

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

Comment on enseigne le droit des étrangers.

Petite plongée dans les manuels de « Libertés »

par Danièle Lochak

Professeur émérite à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense

In *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruylant, 2011, pp. 377-391

Il fut un temps où les recherches sur l'immigration étaient peu valorisées et peu valorisantes au sein de l'université. Le droit des étrangers était lui-même devenu – depuis que les spécialistes de droit international privé s'en étaient désintéressés – une spécialité marginale, voire marginalisante. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Cette revalorisation a sans doute 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 il y a aussi des causes endogènes à chaque champ disciplinaire. Concernant le droit, on peut faire l'hypothèse que la hiérarchie des matières juridiques est indexée, d'une part, sur la place des textes applicables à leur objet dans la hiérarchie des normes et, d'autre part, sur les opportunités qu'elles offrent d'une « montée en généralité ». Le fait que là où il n'y avait que des pratiques administratives et une jurisprudence peu abondante et d'un intérêt limité compte tenu d'un contrôle juridictionnel minimum il y a désormais des lois, des décisions du Conseil constitutionnel, des conventions internationales, de la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme, explique l'intérêt nouveau pour le droit de l'immigration et sa valorisation sur le plan académique (pour le dire plus crûment, une thèse dans ce domaine permet, comme une autre, de « faire carrière »). D'autant que le contentieux des étrangers a souvent 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, les conditions du référé suspension ou du référé liberté, etc...

Les transformations intervenues dans le champ de la recherche ont-elles leur pendant du côté de l'enseignement ? Pour répondre sérieusement à cette question il faudrait se livrer à une enquête systématique portant sur l'ensemble des enseignements qui traitent du droit des étrangers dans l'ensemble des facultés de droit. Tâche évidemment impossible. Limitant notre ambition, nous avons choisi de diriger le projecteur vers un aspect particulier de l'enseignement du droit des étrangers en analysant la façon dont les manuels de « Libertés publiques » (ou toute autre appellation équivalente) présentent ce droit aux étudiants. C'est bien entendu une perspective très réductrice : elle conduit à éliminer de l'échantillon les ouvrages spécialisés, même à finalité pédagogique¹ ; elle ne rend pas compte des enseignements qui traitent de la matière, notamment au sein des masters « droits de l'homme » ou « droits fondamentaux » qu'on a vu se multiplier au cours des dernières années ; enfin et surtout elle fait l'impasse sur l'enseignement oral. Or la distance est grande entre ce qu'on dit aux étudiants dans un amphithéâtre et ce qui est écrit dans un manuel, qu'il s'agisse de l'ampleur des développements consacrés aux questions abordées (toujours plus restreints dans le cadre d'un cours) ou de la façon de traiter ces questions (l'oral laisse plus de liberté que l'écrit).

Malgré toutes ces réserves, cette plongée dans les manuels de « Libertés » (nous nous autoriserons désormais ce raccourci) n'est pas dépourvue d'intérêt. Outre que le corpus a

¹ À commencer par le *Droit des étrangers* de François Julien-Laferrière (PUF, Droit fondamental, 2000), mais aussi le *Traité du droit de l'asile* de Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly (PUF, Droit fondamental, 2002), ainsi que des ouvrages de dimension plus modeste comme *Le droit des étrangers* de Xavier Vandendriessche (Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2005).

l'avantage de présenter une relative homogénéité et de se prêter par conséquent aux comparaisons, le choix n'est pas arbitraire, puisque c'est dans le cours de troisième année de licence, dont l'appellation officielle a été pendant longtemps « libertés publiques » avant de devenir « droit des libertés fondamentales », qu'est abordé – quand il l'est – le droit des étrangers.

Du « DIP » aux « libertés publiques »

On constate à cet égard un glissement du « centre de gravité » de la matière qui n'est pas sans incidence sur la façon dont elle est présentée. Jadis – et même encore naguère –, 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, il est vrai...).² Dans la 8^e édition du traité en deux volumes de *Droit international privé* de Henri Batiffol et Paul Lagarde, paru en 1993, 130 pages lui sont consacrées. Par la suite, la part réservée à la condition des étrangers dans les manuels s'est réduite comme peau de chagrin³.

Les causes de cette évolution sont multiples. Les unes sont contingentes, comme les contraintes éditoriales ou la restructuration des programmes qui a abouti à la multiplication et à la semestrialisation des matières enseignées. D'autres raisons tiennent à la conception de la discipline, dont le cœur est constitué par les conflits de lois et les conflits de juridiction et à laquelle la condition des étrangers (et la nationalité) ne sont rattachées que par contiguïté⁴. Mais il est probable que 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 représentaient qu'une très 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 ». Aujourd'hui, les questions liées au séjour, statut de réfugié inclus, ont pris une place croissante alors que, parallèlement, les questions relatives à la jouissance des droits paraissent, à tort ou à raison, moins cruciales dès lors que les différences de traitement fondées sur la nationalité ont tendance à régresser.

Dans ces conditions, le centre de gravité du droit des étrangers bascule : vers le droit administratif, au départ, avant d'être saisi par le droit constitutionnel et le droit international public par le biais des conventions relatives aux droits de l'homme. S'échappant du giron du droit international privé, il est attiré dans l'orbite des libertés publiques et des droits fondamentaux.

D'où l'intérêt d'examiner comment les manuels de libertés saisissent le droit des étrangers et la place qu'ils lui accordent : sous quelle(s) rubrique(s) ils abordent la question, quels aspects de la condition des étrangers ils examinent, jusqu'à quel degré de précision va l'exposé du droit positif, quel type de commentaire accompagne le cas échéant cet exposé ?

² C'est encore le cas de la deuxième édition, dont le tome II, entièrement consacré à la condition des étrangers, paraît en 1951. La condition des étrangers inclut à la fois celle des personnes physiques et celle des personnes morales, la seconde question occupant environ le tiers de l'ouvrage.

³ Il s'agit d'un constat global : un pointage plus fin fait apparaître une réalité plus nuancée. La condition des étrangers occupe 80 pages sur 700 (dont 45 pour la condition des personnes physiques) dans la 5^e édition du manuel de Pierre Mayer (Montchrestien, 1994), 80 pages sur 700 dans le manuel de Marie-Laure Niboyet et Gérard Geouffre de La Pradelle (LGDJ, 2007), 60 pages sur 980 – dont 40 consacrées aux personnes physiques – dans le manuel de Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières (Précis Dalloz, 8^e éd., 2004). Mais elle n'occupe que 10 pages sur 800 dans celui de Thierry Vignal (Armand Colin, Coll. U, 2005), 3 pages sur 300 dans le manuel de Daniel Gutman (Dalloz, Cours, 5^e éd. 2007), 6 pages sur 260 dans celui de Françoise Monéger (Litec, Objectif droit, 2001), 15 pages sur 380 dans celui de Patrick Courbe (Armand Colin, 2^e éd., 2003). Enfin, elle est passée sous silence, pour les raisons explicitées plus loin, dans l'ouvrage de Dominique Bureau et Horatia Muir Watt (PUF, Thémis, 2007).

⁴ Dans l'exposé de ce que recouvre la notion de « droit international privé », les auteurs prennent toujours soin d'expliquer pourquoi la nationalité et la condition des étrangers en font partie, en précisant qu'il s'agit là d'une conception extensive de la matière. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, tout en rappelant que, dans la tradition universitaire française, la matière englobe la nationalité et la condition des étrangers, font le choix d'écarter ces deux questions, trop hétérogènes par rapport à la matière des conflits.

Le corpus analysé [voir encadré] n'est pas loin d'être exhaustif en ce qui concerne les manuels pris en compte. En revanche, nous n'avons pas entrepris une comparaison systématique des éditions successives d'un même ouvrage, bien que ceci eût été certainement éclairant, s'agissant surtout des plus anciens. La disparité des dates de parution des ouvrages oblige par ailleurs à une certaine prudence lorsqu'il s'agit d'en comparer les contenus.

1. **Georges Burdeau**, *Les libertés publiques*, LGDJ, 3^e éd. 1966, 422 p.
2. **Robert Charvin, Jean-Jacques Sueur**, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, Objectif droit, 3^e éd., 2000, 319 p.
3. **Claude-Albert Colliard, Roseline Letteron**, *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2005, 569 p.
4. **Jean-Paul Costa**, *Les libertés publiques en France et dans le Monde*, Editions STH, 1986, 271 p.
5. **Louis Favoreu et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2002, 530 p.
6. **Jacques Fialaire, Eric Mondielli**, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, 558 p.
7. **Arlette Heymann-Doat et Gwénaële Calvès**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, coll. Systèmes, 9^e éd., 2008, 288 p.
8. **Jean-Jacques Israël**, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, 596 p.
9. **Gilles Lebreton**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 7^e éd. 2005, 550 p.
10. **Jean Morange**, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd. 1995, 434 p.
11. **Jean Morange**, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. Droit fondamental, 2007, 278 p.
12. **Henri Oberdorff**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Armand Colin, Compact, 2003, 314 p.
13. **Henri Oberdorff**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, Manuel, 2008, 474 p.
14. **Pierre-Henri Prélôt**, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette supérieur, 2007, 317 p.
15. **Laurent Richer**, *Les droits de l'homme et du citoyen*, Economica, 1982, 407 p.
16. **Jean Rivero**, *Les libertés publiques 2. Le régime des principales libertés*, Thémis, 4^e éd. 1989, 400 p.
17. **Jean Rivero, Hugues Moutouh**, *Libertés publiques, T. II*, 7^e éd. 2003, 269 p.
18. **Jacques Robert, Jean Duffar**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7^e éd. 1999, 906 p.
19. **Patrick Wachsmann**, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 6^e éd., 2009, 730 p.

Le droit des étrangers : un problème de circulation

La part consacrée aux étrangers varie de deux [11] à plusieurs dizaines de pages, dans des manuels dont le nombre de pages global est lui-même, il est vrai, très inégal. Nous avons repéré un seul cas où la question ne fait l'objet d'aucun développement spécifique [8]. Dans la très grande majorité des manuels, l'essentiel des questions ayant trait au droit des étrangers est abordé dans une sous rubrique de la liberté d'aller et venir. S'y ajoutent en général un développement spécifique dans l'exposé du régime des contrôles d'identité et un autre relatif aux publications étrangères dans le chapitre sur la liberté de la presse. Plus rarement, la rétention et le maintien en zone d'attente sont évoqués comme exemples de privation de liberté en dehors d'une procédure pénale.

Certains manuels abordent toutefois le statut des étrangers sous un angle différent. Par exemple comme une illustration des limites aux libertés publiques touchant des individus en raison de leur appartenance à une catégorie de personnes : nomades, femmes, militaires, étrangers [2, 10] ou, dans une optique proche, comme un aspect des limites de l'État de droit, qui « n'existe pas pour tout le monde », et notamment pas pour certaines catégories d'exclus qui subissent des limitations aux libertés, tels les étrangers, les victimes du racisme ou les femmes [15]. Ou encore comme un exemple de « l'homme en souffrance », catégorie qui inclut ceux qui sont diminués (les handicapés), relégués (les homosexuels, les détenus), différents (les étrangers, précisément, mais aussi les autochtones des DOM-TOM et les tziganes) et qui, marginalisés, sont privés des droits et libertés reconnus aux autres membres de la société [2]. Parfois, mais plus rarement qu'on aurait pu l'imaginer, le cas des étrangers est étudié à propos du principe d'égalité, pour en illustrer la mise en application, les aménagements ou les limites [11, 13, 19]. Enfin, dans un ouvrage dont la conception est atypique à bien d'autres égards, la question des étrangers n'est pas abordée en tant que telle mais à l'occasion de déve-

loppements sectoriels portant soit sur la question générale des titulaires des droits fondamentaux, soit sur des droits spécifiques [5].

Si l'on revient à la tendance dominante qui consiste à rattacher le régime des étrangers à la liberté d'aller et venir ou à l'un de ses équivalents (liberté de se déplacer liberté de circuler), on peut s'interroger sur la pertinence d'un tel choix. Certes, à l'heure où les défenseurs des droits des étrangers revendiquent pour les migrants une liberté de circulation qui leur est refusée, un tel rattachement pourrait sembler logique... et cohérent avec cette revendication, puisqu'il signifie implicitement que ce qui caractérise la condition des étrangers, ce sont justement les restrictions à cette liberté. Force est pourtant de constater qu'il est artificiel et conceptuellement peu satisfaisant de ramener la condition des étrangers à la seule liberté d'aller et venir : le choix ainsi opéré obéit à l'évidence surtout à des considérations de commodité. La liberté de circulation transfrontière – et donc la question des visas et plus généralement des conditions d'entrée sur le territoire français – font sans aucun doute partie de la liberté d'aller et venir. Le droit au séjour et les mesures d'éloignement s'y rattachent déjà moins aisément. Y inclure le droit au regroupement familial ou le droit au travail, *a fortiori* le droit d'asile est pour le coup très réducteur. Enfin, l'inventaire des droits reconnus ou refusés aux étrangers – que peu de manuels dressent, il est vrai – dépasse par hypothèse la question de la liberté d'aller et venir qui est *une* liberté parmi d'autres.

La prépondérance de la police des étrangers

Traditionnellement, dans l'optique du droit international privé, la condition des étrangers était envisagée prioritairement, on l'a dit, sous l'angle de la jouissance des droits et libertés. Le statut administratif de l'étranger a pris une place croissante dans l'exposé de la matière, à mesure que se sont durcies les conditions de l'entrée et du séjour en France et que la réglementation est devenue plus complexe.

Aujourd'hui, cet aspect semble avoir éclipsé tous les autres : non seulement dans la perception spontanée qu'on a du droit des étrangers, dans la mesure où les débats autour de l'immigration sont centrés quasi exclusivement sur la maîtrise des flux migratoires, mais aussi dans les préoccupations des juristes telles que les reflètent les manuels analysés.

Si l'on excepte les quelques développements consacrés par la quasi-totalité des manuels au régime des publications étrangères, qui ne touche d'ailleurs que très marginalement les étrangers en tant que personnes physiques⁵, on trouve très peu – et parfois pas du tout – d'éléments du régime juridique applicable aux étrangers autres que les règles relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement. Souvent, l'exposé des règles applicables (au moment de la parution du manuel) est précédé d'un rappel plus ou moins détaillé de l'évolution de la législation et de son caractère fluctuant. Les principales rubriques sont donc l'entrée en France, le séjour en France, l'éloignement – avec souvent des développements substantiels sur l'extradition. Le droit d'asile – ou le statut des réfugiés, selon les cas – est traité soit sous l'une de ces rubriques, soit de façon spécifique. La part respective accordée à chacune de ces questions est variable, mais on constate que, sauf exception, la description des différents titres de séjour et des conditions de leur obtention est assez peu développée, bien qu'il s'agisse là d'un élément clef de la gestion de l'immigration et que la nature du titre de séjour influe sensiblement sur les droits de son titulaire.

Les autres aspects de la condition juridique des étrangers sont traités, lorsqu'ils le sont, de façon assez lapidaire. Il faut toutefois tenir compte de ce que ces aspects sont parfois évoqués à l'intérieur de développements consacrés à telle ou telle liberté : le plus souvent comme on l'a déjà mentionné, la liberté de la presse, la liberté d'association, les contrôles d'identité,

⁵ Parmi les arrêts phares en la matière – Sté Olympia Press, Maspero, Ekin... – aucun ne met en jeu les entraves qui résulteraient du décret-loi de 1939 pour la liberté d'expression de personnes physiques de nationalité étrangère résidant en France.

mais aussi la liberté du mariage [14] ou l'internement administratif [3]. Cette solution est systématisée dans un des ouvrages, qui propose une typologie des solutions retenues en droit français et en droit comparé en fonction des différents types de droits (droits libertés, droits garanties, droits participation, droits créances) et de la situation régulière ou irrégulière de l'étranger, avant de décrire plus en détail la situation des étrangers au regard de certains de ces droits dans les subdivisions qui leur sont consacrées [5].

Ce choix de la brièveté se justifie sans doute, aux yeux des auteurs, par l'affirmation, souvent réitérée, qu'en dehors du droit de vote les différences de traitement sont peu nombreuses ou encore que l'égalité est la règle pour les étrangers en situation régulière, sous réserve des prérogatives attachées à la citoyenneté. Cette présentation conduit cependant à faire l'impasse sur les droits qui continuent à être refusés aux étrangers et notamment sur les emplois dits « fermés ». D'autres manuels vont un peu plus loin dans l'inventaire des droits mais de façon cursive, plus dans l'optique de caractériser une situation diminuée que d'en analyser les éléments [2]. On relève aussi une tendance assez fréquente, lorsqu'est abordée la condition des étrangers, à abandonner le terrain du droit pour se livrer à des considérations de type sociopolitique sur le racisme, l'intégration, l'assimilation (on y reviendra plus loin). Un seul manuel consacre des développements substantiels à l'analyse des droits reconnus, refusés ou restreints, comme illustration du principe d'égalité et de ses limites, avec des références à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme [19].

La méthode d'exposé

Si certains manuels – par la force des choses, ce sont en général les plus volumineux – consacrent plusieurs dizaines de pages au statut des étrangers, ce qui permet de décrire de façon relativement complète et précise la réglementation, avec des références à la jurisprudence, le caractère foisonnant de la matière oblige la plupart des auteurs à faire des choix et à exposer le droit applicable de façon très synthétique. L'exercice est difficile. Si certaines de ces synthèses sont réussies, il arrive parfois que la volonté de faire bref influe négativement sur la rigueur de l'information livrée aux lecteurs. En tout état de cause, les spécialistes « pointus » de la matière trouveront inévitablement qu'il eût mieux valu mettre l'accent sur tel aspect qui a été omis ou traité rapidement que sur tel autre dont l'intérêt est plus limité. Ou encore que l'énoncé brut de la règle, qui fait abstraction des conditions dans lesquelles elle est appliquée, donne une vision tronquée ou déformée de la réalité. De fait, la référence aux pratiques se réduit souvent, faute de place et là encore avec des exceptions, à des remarques générales sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration, dont on se plaint aussi à souligner qu'il est réduit par les avancées du contrôle du juge.

Cette dernière remarque pourrait, il est vrai, s'appliquer à la quasi-totalité des manuels, quelle que soit la branche du droit concernée. L'inconvénient paraît toutefois plus marqué dans le champ du droit de l'immigration, non seulement parce que la distance y est particulièrement grande entre la règle telle qu'elle est écrite et la règle telle qu'elle est appliquée, mais plus encore parce que des règles apparemment libérales ou de bon sens prennent une coloration très différente lorsqu'on s'aperçoit que leur application se heurte dans les faits à des obstacles infranchissables, débouchant sur l'impossibilité de faire valoir les droits formellement accordés.

De la description au commentaire

Un certain nombre de manuels se cantonnent strictement dans la description du droit positif – description dont on vient de voir qu'elle peut être plus ou moins précise, plus ou moins détaillée, inclure ou non les éléments de jurisprudence. Mais cette attitude est minoritaire, car il est finalement rare que les auteurs s'abstiennent de tout commentaire.

Il peut s'agir de commentaires portant sur un point de droit précis : critique ponctuelle d'une disposition en vigueur ou approbation de telle solution législative ou jurisprudentielle. Sont par exemple critiquées la durée excessive du maintien en zone d'attente ou en rétention [9], l'insuffisance des garanties offertes en cas de refus de renouvellement de la carte de séjour [*id.*] ou encore les sanctions contre les transporteurs, qui risquent d'entraver l'exercice du droit d'asile [6, 9, 10] dès lors la crainte de s'exposer à des amendes les incite à ne pas laisser embarquer de demandeurs d'asile.

Face à ces critiques on trouve aussi, éventuellement dans le même ouvrage, la reproduction de certains poncifs : la nécessité de lutter contre les mariages de complaisance, par exemple, qui justifie le resserrement des conditions mises à la délivrance des titres de séjour aux conjoints de ressortissants français. Un auteur se félicite même de ce que le Conseil d'État ait « heureusement » trouvé une parade relativement efficace à cette manœuvre en permettant au préfet de rejeter une demande de titre de séjour s'il estime qu'il y a fraude [9]. Le « constat » de l'existence de faux réfugiés qui ne fuient pas les persécutions mais sont à la recherche de conditions de vie meilleures revient avec une grande constance, y compris sous la plume d'auteurs par ailleurs très critiques sur la condition faite aux étrangers et même sur la politique d'asile [2, 4, 9, 13]. Il en résulte, lit-on ici et là, une augmentation du nombre des demandes, l'asile étant devenu un moyen utilisé pour séjourner en France, et la baisse du taux d'acceptation des demandes par l'OFPPA.

D'autres commentaires, plus généraux, visent à donner des éléments de contexte. On trouve ici aussi bien des considérations philosophico-politiques sur la condition des étrangers que la reproduction acritique du discours officiel de justification de la législation en vigueur.

Le statut des étrangers est volontiers présenté sous la forme de la délicate mais nécessaire conciliation entre des exigences opposées. Ce statut traduirait « une hésitation de nature proprement philosophique [...] entre l'idéologie universaliste de 1789, héritée du christianisme et des Lumières, et les valeurs – moins généreuses mais pas forcément méprisables pour autant – du nationalisme » [9]. Il manifesterait « la permanence d'une tradition d'hospitalité » qui ne doit toutefois pas sacrifier « les exigences de la sûreté de l'État qui s'oppose à ce que le territoire devienne un réceptacle des indésirables des autres pays » [1].

Parmi les éléments de contextualisation de la législation et pour expliquer son évolution, notamment depuis 1974, les auteurs mettent en avant les facteurs économiques (le chômage et la protection de la main-d'œuvre nationale ou, au contraire, le besoin de main-d'œuvre immigrée) ainsi que des facteurs politiques [1, 3, 4, 15, 16, 17, 19]. Parmi les facteurs qui expliquent la sévérité des lois et, plus largement, les pratiques considérées comme critiquables sont mentionnés les considérations électorales, l'alternance au pouvoir, mais surtout l'impact du racisme et de la xénophobie, éventuellement relié à l'influence de l'extrême droite. Les étrangers sont « des boucs émissaires commodes », en butte à des « manifestations plus ou moins habilement camouflées de racisme », autant de phénomènes favorisés par les partis extrémistes [19]. Il existe un « racisme ordinaire » qui fait que les étrangers sont souvent victimes de comportements discriminatoires en matière de logement, d'embauche, de crédit. Ce racisme plus ou moins ouvert s'alimente pour s'auto justifier de l'importance des étrangers dans la population délinquante, bien que celle-ci s'explique aisément par des raisons socioprofessionnelles ou économiques [4]. La crise a renforcé l'hostilité latente contre les étrangers accusés contre l'évidence de prendre des emplois aux Français alors qu'ils occupent des emplois dont les Français ne veulent pas, on constate la montée de la xénophobie dans les agglomérations qui ont accueilli d'importants groupements d'immigrés tout naturellement attachés à un style de vie propre [16]. Alors que les conditions pour l'intégration sont réunies, le processus est bloqué par la pratique des institutions et le climat de la société traversée par des courants racistes et xénophobes stimulés par l'extrême droite [2].

Le rappel non distancié de la *ratio legis*

À côté de ces expressions de compassion à l'égard des victimes de comportements stigmatisés comme contraires aux principes démocratiques, on retrouve aussi, parfois dans les mêmes manuels, la reproduction d'un discours officiel beaucoup plus offensif à l'égard des étrangers. Derrière ce rappel non distancié de la *ratio legis* il est difficile de ne pas donner à lire une adhésion au moins implicite à la politique d'immigration qui sous-tend la législation.

Le discours officiel, jusqu'à il y a quelques années, mettait en avant un double objectif : intégrer les étrangers en situation régulière et lutter contre l'immigration clandestine (on sait qu'il repose désormais sur l'opposition entre l'immigration subie et l'immigration choisie). Dans un manuel publié en 1986, on lit ainsi que la France a adopté une politique qui consiste à la fois à freiner les entrées en faisant la chasse aux travailleurs clandestins, aux faux touristes et aux faux étudiants, d'un côté, à faciliter l'insertion des étrangers, de l'autre, ou encore à aider au départ ceux qui le souhaitent. Cette politique, relève l'auteur, « apparaît à la fois respectueuse des droits des étrangers [dont la condition est pourtant traitée par lui au chapitre des « exclus des libertés publiques »...] et soucieuse des intérêts démographiques, économiques, sociaux et d'ordre public de notre pays ». Dans cette perspective, la carte de résident « vise à mieux intégrer les étrangers en situation régulière », « alors que, au contraire, l'immigration clandestine, véritable fléau qui s'accompagne le plus souvent d'une exploitation des immigrants clandestins par des patrons sans scrupules est de plus en plus pourchassée » [4]. Un auteur souligne la nécessité de « rechercher les voies et les moyens de la maîtrise de l'immigration, notamment irrégulière » avant de rappeler les objectifs des lois de 2003 et 2006 dans les termes mêmes où ils ont été explicités par leur promoteur, expliquant notamment que la seconde vise à « organiser le principe de l'immigration choisie » en créant à cet effet une « carte de séjour portant la mention compétences et talents » [13].

C'est encore dans les termes du discours officiel qu'est évoqué l'impératif d'intégration. Commentant les distinctions opérées entre les catégories d'étrangers en matière d'obtention de la carte de résident : ceux qui ont le droit de l'obtenir, les autres n'ayant que la possibilité de solliciter son octroi discrétionnaire par le préfet, un auteur approuve cette distinction en faisant valoir que les premiers « sont en effet ceux qui sont bien intégrés dans la société française, il paraît donc normal de leur reconnaître un droit à la carte de résident », tandis que les autres, qui résident en France depuis cinq ans, sont dans une situation qui laisse penser qu'ils sont en voie d'« intégration républicaine » de sorte qu'il est raisonnable de permettre à l'administration de ne leur accorder le titre sollicité qu'après examen de leur situation individuelle [9]. Le syntagme « intégration républicaine » est mis entre guillemets mais n'est pas autrement commenté. Un autre auteur gratifie en revanche d'un « (sic !) » (qui risque de n'être pas très explicite pour les étudiants) la formule qui exclut du regroupement familial celui qui « ne se conforme pas aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » [14].

De l'intégration on passe à l'évocation d'un thème lui aussi très à la mode et tout aussi convenu : le risque des dérives communautaristes et l'opposition – même si les termes utilisés peuvent varier – entre le « modèle républicain » à la française et le communautarisme à l'anglo-saxonne. « Le choix, dès lors qu'on écarte une politique de rejet à la fois inhumaine et irréaliste, est entre l'acceptation d'une société multi ethnique où chaque groupe conserverait sa spécificité, solution incompatible avec le maintien de l'unité nationale, et une politique d'assimilation progressive » [16]. La France, lit-on encore, contrairement à d'autres pays à la démarche plus communautaire, a une politique d'intégration en adéquation avec la logique et la philosophie de la République [13]. Les facteurs qui poussent au communautarisme ne sont toutefois pas vus de façon uniforme. Pour les uns, c'est la façon dont les étrangers sont traités et marginalisés juridiquement et sociologiquement qui favorise un repli identitaire [2]. Pour d'autres, ce sont les pratiques trop éloignées des valeurs fondamentales de la République,

notamment dans le domaine des mœurs qui font obstacle à l'intégration : la polygamie, la répudiation, l'excision... [13].

*

La question est finalement de savoir ce que les étudiants sont susceptibles de retenir de la présentation qui leur est proposée du droit des étrangers, mais aussi quelles pistes de réflexion plus larges on peut tenter de leur ouvrir à travers ce droit et au-delà de ce droit.

La description neutre et apparemment objective du droit positif, on l'a assez dit, produit des effets de naturalisation et de légitimation. Si l'on se borne à rendre compte du statut des étrangers dans les termes mêmes où l'a fait le législateur, on prend le risque de donner à voir comme naturels non seulement la condition diminuée des étrangers mais l'arsenal répressif qui s'est progressivement mis en place pour tenter de juguler l'immigration irrégulière. Ou encore de conforter la vision d'une population immigrée dont la capacité d'intégration est problématique, qui pratique la polygamie et l'excision, qui a recours à large échelle aux mariages ou aux reconnaissances de paternité de complaisance : telle est bien, en effet, l'image qui se dégage *a contrario* de l'accumulation des conditions mises à la délivrance des titres de séjour.

Une contextualisation de la législation paraît dès lors indispensable pour parer à ce risque. À condition, bien sûr, que sous prétexte d'explicitier l'intention du législateur – tâche qui peut être utile à la compréhension des textes – elle ne se limite pas à reproduire le discours officiel. Insister sur le caractère évolutif et fluctuant de la législation, rappeler les conditions sociales de production du droit applicable aux étrangers permet de mettre en lumière sa dimension fortement politique et de rappeler le caractère contingent des choix du législateur. Mais il paraît plus nécessaire encore d'inciter les étudiants à confronter la législation avec les principes de valeur supérieure dont le cours de libertés ambitionne de leur faire comprendre l'importance : la liberté, l'égalité, le droit de vivre en famille, le droit au travail, le droit à l'instruction, le droit d'asile... et de les pousser à s'interroger sur le caractère proportionné et raisonnable des restrictions apportées à ces droits, y compris au nom de la souveraineté étatique ou de la fidélité au « modèle républicain ».

Il y a un autre aspect de la question qui est encore peu évoqué dans les manuels : la communautarisation des politiques d'immigration et d'asile. Or elle mérite qu'on lui prête attention non seulement parce qu'elle affecte directement la condition des ressortissants des pays tiers mais aussi parce qu'elle offre une piste de réflexion plus générale sur le sort des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne et sur l'efficacité – très relative – des moyens de contrôle mis en place pour en assurer le respect.

Enfin, il paraît difficile, dans ce domaine, de laisser dans l'ombre les pratiques – celles de la police, des préfectures, des consulats... – qui transforment une législation rigoureuse en porte ouverte sur l'arbitraire. Certes, le juge est là qui peut être saisi. Mais à cet égard le droit des étrangers peut justement être l'occasion de rappeler que l'existence d'un contrôle juridictionnel ne suffit pas à garantir le respect des droits et libertés inscrits dans la loi. D'abord parce que le comble de l'État de droit n'est pas la possibilité de saisir un juge en cas de violation de la loi mais la propension spontanée de l'administration à ne pas la violer. Ensuite parce que la protection apportée par le juge n'est réelle que si le justiciable peut compter sur un procès équitable, ce qui est de moins en moins le cas à mesure que, pour faire face à un « contentieux de masse » qui engorge les juridictions et allonge les délais de jugement au-delà du raisonnable, on met en place des procédures qui ne préservent pas les droits de la défense et généralisent le juge unique. Quant à cette cerise sur le gâteau de l'État de droit qu'est la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'est bien entendu qu'un mirage inaccessible pour l'écrasante majorité des étrangers.

À défaut de proposer une recette toute faite ou une solution clés-en-mains, on peut tomber d'accord sur un objectif qui vaut pour l'ensemble des matières juridiques à forte imprégnation politique ou idéologique : développer l'*esprit* critique des étudiants, les inciter à ne pas considérer le droit positif comme un ensemble de règles évidentes et au-delà de toute contestation, sans pour autant chercher à leur imposer la *vision* critique de la législation qui découle des convictions personnelles de l'enseignant ou, en l'occurrence, de l'auteur.