HAL
open science

Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination

Danièle Lochak

To cite this version:

Danièle Lochak. Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination. Philippe Dewitte. Immigration et intégration. L'état des savoirs, Editions La Découverte pp. 310-319, 1999, 2-7071-2956-9. hal-01750296

HAL Id: hal-01750296

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01750296

Submitted on 29 Mar 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.

« Les droits des étrangers : entre égalité et discrimination »

par Danièle Lochak

in Ph. Dewitte (dir.), *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, La Découverte, 1999, pp. 310-319

Comme toutes les législations contemporaines, la législation française oscille entre un principe universaliste d'égalité, qui conduit à proscrire les discriminations entre étrangers et nationaux, et un principe réaliste de souveraineté - et de protectionnisme - étatique, qui aboutit à réserver un certain nombre de droits et prérogatives aux seuls citoyens français. Sans doute la jouissance des libertés publiques, qui sont la concrétisation des droits de l'homme dont tout individu peut se prévaloir, devrait-elle être normalement reconnue intégralement à l'étranger comme au national. Mais une série de facteurs viennent contrarier l'application de ce principe. Les différences de traitement entre nationaux et étrangers peuvent s'expliquer de plusieurs façons :

– en vertu du principe de la souveraineté étatique, aucun Etat n'est tenu de laisser entrer et résider sur son territoire quiconque n'est pas son ressortissant. Ceci a pour conséquence de soumettre l'exercice par l'étranger des droits qui lui sont reconnus à une double condition suspensive et résolutoire : il ne peut en effet les exercer qu'à partir du moment où il a été admis à résider sur le territoire français et aussi longtemps qu'il est autorisé à y demeurer ;

– dans la mesure, ensuite, où l'Etat-nation réserve aux nationaux l'exercice de la citoyenneté, les étrangers sont exclus par là même d'un ensemble de droits qu'on considère comme étant liés à la citoyenneté - les droits politiques et les droits « civiques » ;

– enfin, l'idée qu'il faut protéger la collectivité nationale contre les risques que peuvent lui faire courir la présence ou l'influence étrangères, tant sur le plan de l'ordre public qu'en matière économique, conduit souvent à restreindre l'accès des étrangers à certains droits ou avantages - autrement dit, à pratiquer une forme de préférence nationale..

L'évolution du droit français tend pourtant vers une assimilation croissante des étrangers aux nationaux et donc vers une plus grande égalité des droits dans la plupart des domaines. Cette tendance, qui résulte pour partie de l'impact des conventions internationales, s'explique par une conception plus exigeante des droits de l'homme : l'existence de discriminations fondées sur la nationalité apparaît de moins en moins comme une chose naturelle, surtout lorsque sont en cause les droits fondamentaux. A cela s'ajoute le fait que les étrangers ne sont plus « de passage » dans les pays où ils résident, mais y sont pour la plupart installés durablement : les restrictions apportées à leurs droits ont donc des conséquences plus graves, et elles sont moins aisées à justifier.

Un certain nombre de restrictions subsistent néanmoins : limitées lorsque sont en cause les droits et libertés qui s'exercent dans la sphère privée, substantielles quoique souvent méconnues dans la sphère économiques et sociale, plus importantes encore lorsque les libertés s'exercent dans la sphère publique, *a fortiori* dans la sphère politique.

Les droits et libertés dans la sphère privée

Pour tout ce qui touche à la sphère privée, la condition des étrangers est pratiquement alignée sur celle des nationaux (sous réserve de l'application de la loi nationale en matière de statut personnel, qui peut produire, on le sait, des effets discriminatoires sur

la condition des femmes). Les lois qui subordonnent l'exercice d'un droit à une condition de nationalité sont désormais extrêmement rares en matière civile.

Les étrangers jouissent en principe dans les mêmes conditions que les Français des libertés individuelles fondamentales : de la liberté d'aller et venir, du droit à la sûreté, du droit au respect de la vie privée, du droit de propriété, du droit de fonder une famille… Mais l'exercice de ces libertés est souvent soumis en pratique à des restrictions découlant de l'incidence des règles régissant l'entrée et le séjour des étrangers.

Ainsi, la liberté de circulation transfrontière est entravée par l'exigence du visa. La liberté de circuler à l'intérieur du territoire français et d'y choisir librement sa résidence est limitée par le droit qu'a le ministre de l'Intérieur d'interdire à un étranger de résider dans certains départements ou encore d'assigner à résidence celui qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière. Les étrangers, contrairement aux Français, sont tenus de déclarer aux autorités tout changement de résidence. Ils peuvent faire l'objet de contrôles d'identité en dehors des conditions prévues par le code de procédure pénale. Si le droit de ne pas être détenu arbitrairement s'applique à eux comme aux nationaux, ils peuvent être placés en rétention administrative - et donc privés de liberté - en dehors de toute procédure pénale et même en l'absence de toute infraction pénale, dès lors qu'ils sont sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé (expulsion, reconduite à la frontière, interdiction du territoire français).

La liberté de se marier est en principe entière, mais l'obsession de la fraude liée à l'obsession de la maîtrise des flux migratoires a conduit à placer le mariage des étrangers sous haute surveillance dès qu'il est susceptible d'engendrer un droit au séjour ; quant au droit pour les époux - et plus généralement pour les familles - de vivre ensemble, il est sévèrement restreint et parfois même vidé de sa substance par les entraves mises au regroupement familial d'une part, par les mesures d'éloignement d'autre part. Il est admis, en effet, que le droit au respect de la vie privée et familiale proclamé par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme doit se concilier avec les impératifs de l'ordre public et de la maîtrise des flux migratoires. C'est du reste aussi la liberté de ne pas se marier qui est contestée aux étrangers dès lors que le concubinage ne confère aucun droit au séjour.

La sphère économique et sociale

Dans la sphère des droits économiques et sociaux, on constate un contraste très net entre la liberté économique, d'un côté, entendue comme le droit d'exercer une activité lucrative, qui est extrêmement encadrée, et donc limitée, par une série de règles contraignantes, et l'ensemble des droits sociaux, de l'autre, où à l'inverse l'assimilation aux nationaux est la règle et ne connaît que très d'exceptions.

Le droit au travail

Paradoxalement, la liberté économique était mieux garantie aux étrangers au XIXè siècle, où le droit de gagner sa vie apparaissait comme un droit naturel dont les étrangers devaient nécessairement bénéficier, qu'elle ne l'est aujourd'hui. Mais à partir de la fin du XIXè siècle des restrictions de plus en plus importantes ont été mises au travail des étrangers, dicté parfois par la crainte de l'influence étrangère et des préoccupations d'ordre public, mais beaucoup plus souvent par la volonté de protéger l'activité économique des nationaux contre la concurrence étrangère.

Aujourd'hui, en dépit de l'affirmation du préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines… », la liberté de

travailler n'est pas vraiment reconnue aux étrangers. En effet, ils ne peuvent exercer de profession salariée sans être en possession d'une autorisation de travail, délivrée et renouvelée discrétionnairement par l'administration, en fonction de la situation de l'emploi ; et la règle est la même pour l'exercice des professions non salariées qui suppose la détention d'une carte d'exploitant agricole ou d'une carte de commerçant ou d'artisan.

Il ne faut pas perdre de vue ce point de départ, même si dans la pratique ces contraintes ont été considérablement allégées pour la très grande majorité des étrangers résidant en France : en effet, ce régime rigoureux n'est pas applicable aux ressortissants de la Communauté européenne, et, depuis 1984, les titulaires d'une carte de résident sont dispensés de solliciter aussi bien une autorisation de travail qu'une carte de commerçant ou d'artisan.

Mais de cette libéralisation ne résulte qu'une liberté tronquée. Car le nombre de professions et d'emplois interdits aux étrangers n'a cessé de s'accroître depuis la fin du XIXè siècle et se comptent actuellement par millions.

Les emplois interdits

Les étrangers sont exclus au départ de tous les emplois de fonctionnaires - qu'il s'agisse de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale ou encore hospitalière - puisque le droit d'accéder à la fonction publique, considéré comme un attribut de la citoyenneté, est réservé par principe aux nationaux. Le refus de confier à un étranger des fonctions qui l'associent à l'exercice de l'autorité étatique n'explique que très partiellement cette exclusion, dès lors que la majorité des fonctionnaires accomplissent des tâches qui ne leur confèrent aucune prérogative particulière. La véritable raison est à rechercher dans le souci de réserver aux nationaux un domaine où il seront à l'abri de la concurrence, ou encore dans le refus de faire bénéficier les étrangers des avantages attachés à la condition de fonctionnaire.

Le législateur a toutefois introduit deux brèches dans ce système : depuis 1982 des personnes de nationalité étrangère peuvent être recrutées et titularisées dans les corps de l'enseignement supérieur et de la recherche ; et sous l'influence du droit communautaire le statut de la fonction publique a été modifié par la loi du 26 juillet 1991 pour permettre aux ressortissants de la Communauté européenne d'accéder à certains corps ou emplois de la fonction publique, à commencer par l'éducation nationale et les hôpitaux.

Au-delà de la fonction publique, l'exclusion s'est étendue par contagion à la plupart des emplois du secteur public et nationalisé. Les principales entreprises publiques ne peuvent, sur le fondement des textes actuellement en vigueur, embaucher que des agents de nationalité françaises ou, désormais, ressortissants d'un Etat membres de la Communauté européenne : c'est en particulier le cas d'EDF et GDF, de la SNCF, de la RATP, d'Air France. Là encore, le refus d'embaucher des étrangers traduit la répugnance qu'on éprouve à donner aux étrangers les privilèges ou avantages d'un statut, comme l'atteste le fait que les entreprises publiques recrutent des salariés étrangers, mais uniquement pour accomplir des tâches subalternes, et sans qu'ils bénéficient des mêmes avantages que le reste des agents.

Il existe aussi dans le secteur privé une liste interminable de professions réservées aux Français. Dans certains cas, il s'agit d'emplois salariés ; mais plus souvent il s'agit de professions indépendantes, et notamment de professions libérales. Dans ce domaine encore, le sort des ressortissants de la Communauté européenne se rapproche cependant de plus en plus de celui des nationaux.

Les étrangers ne peuvent, sauf disposition plus favorable d'une convention internationale, ni tenir un débit de boissons, ni gérer un débit de tabac, ni exploiter des cercles de jeu ou des casinos, ni se livrer à la fabrication et au commerce des armes et

munitions. Ils ne peuvent diriger ni une entreprise de spectacles, ni un établissement privé d'enseignement technique. Ils ne peuvent pas être directeur ou gérant d'une agence privée de recherche, non plus qu'exercer à titre individuel ou comme dirigeant d'entreprise des activités privées de surveillance, de gardiennage ou de transport de fonds. Ils sont exclus de tout un ensemble de métiers du secteur des transports, des assurances ou de la bourse et du commerce. Et cette énumération, on s'en doute, n'est pas exhaustive.

Du côté des professions dites « libérales », la fermeture est également la règle. Les textes en vigueur imposent aux médecins, aux chirurgiens-dentistes et aux sages-femmes une double exigence de nationalité française et de possession d'un diplôme d'Etat français, sous réserve des accords de réciprocité et des conventions d'établissement conclues avec des Etats étrangers, des dérogations individuelles accordées par le ministre de la Santé dans le cadre d'un quota fixé annuellement, et bien sûr des dispositions communautaires. Des règles analogues régissent l'exercice de la profession de pharmacien ou de vétérinaire.

Les architectes, sous les mêmes réserves, les géomètres experts, et les experts-comptables doivent également avoir en principe la nationalité française, de même que les membres des professions judiciaires : notaires, huissiers et commissaires-priseurs, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, avocats. Concernant ces derniers, la rigueur de la règle est toutefois atténuée par l'existence d'assez nombreux accords de réciprocité permettant notamment aux étrangers ressortissants des anciens territoires d'outre-mer d'exercer en France la profession d'avocat.

Les droits des travailleurs

L'absence d'un véritable droit au travail n'empêche pas l'égalisation progressive de la condition de l'étranger et du national au regard de la législation sociale. Non seulement le code du travail n'établit aucune distinction entre nationaux et étrangers, mais il impose l'égalité de traitement et proscrit toute discrimination de la part de l'employeur en la matière. La loi du 1er juillet 1972 a de surcroît fait des discriminations à l'embauche un délit pénalement réprimé. La tendance à l'assimilation est ancienne pour tout ce qui touche à l'application de la réglementation du travail au sens strict - durée du travail, repos hebdomadaire, congés payés, rémunérations... Car ici est en cause non seulement la protection des salariés étrangers mais aussi, indirectement, la protection des travailleurs français contre la concurrence de travailleurs étrangers qui risqueraient sinon d'accepter des conditions d'emploi et de salaire moins favorables.

Les salariés étrangers, qui participaient depuis l'origine à l'élection des institutions représentatives du personnel, ont obtenu également en plusieurs étapes, à partir des années soixante-dix, le droit de siéger dans les comités d'entreprise et l'éligibilité aux fonctions de délégués du personnel : la loi du 27 juin 1972 qui leur a ouvert l'accès aux fonctions de représentants du personnel subordonnait l'éligibilité à la condition de « savoir lire et écrire en français », condition assouplie par la loi du 11 juillet 1975 qui n'a plus exigé que de pouvoir s'exprimer en français, et finalement supprimée par la loi du 28 octobre 1982. L'exercice du droit syndical a évolué de façon parallèle : si les étrangers pouvaient librement adhérer à un syndicat, il a fallu attendre la loi de 1975 pour qu'ils puissent accéder aux fonctions d'administration ou de direction d'un syndicat, à condition toutefois qu'ils travaillent en France depuis cinq ans au moins et que la proportion d'étrangers dne dépasse pas le tiers des administrateurs du syndicat — conditions qui ont été supprimées en 1982. Et les fonctions de délégué syndical que la loi de 1968 avait réservé aux Français ou aux étrangers pouvant se prévaloir des dispositions d'un accord de réciprocité ont été rendues accessibles aux étrangers dans les mêmes conditions qu'aux nationaux par la loi du 11 juillet 1975. Cette même loi a

reconnu aux étrangers, salariés ou employeurs, le droit de participer à l'élection des conseils de prud'hommes.

Deux droits restent toutefois refusés aux salariés étrangers : - le droit d'exercer les fonctions de délégués mineurs, au motif que ceux-ci sont investis, pour tout ce qui touche à la sécurité, d'attributions d'ordre public dépassant la simple fonction représentative de délégué du personnel ; - le droit de siéger dans les conseils de prud'hommes, exclusion qu'on justifie par le fait que les conseillers prud'hommes, bien que n'ayant pas la qualité de magistrats, rendent des jugements exécutoires et exercent de ce fait une autorité de droit public.

La protection sociale

Dans l'accès aux prestations sociales, si l'assimilation des étrangers aux nationaux est largement réalisée, au moins lorsque ces prestations sont la contrepartie des cotisations versées, des discriminations, directes ou indirectes, n'en subsistent pas moins.

En premier lieu, certaines prestations dites « non contributives », c'est à dire financées par l'impôt et non par les cotisations, n'étaient jusqu'à une date très récente versées aux étrangers que s'ils pouvaient se réclamer d'un accord international. Il s'agissait notamment de l'allocation aux adultes handicapés et de certaines allocations correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler « les minima sociaux ». Cette forme de « préférence nationale », qui contredisait les obligations résultant de la Convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale, avait été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 janvier 1990. La situation était d'autant plus critiquable que les tribunaux administratifs, de leur côté, avaient à plusieurs reprises censuré comme discriminatoires les initiatives des départements ou des communes tendant à réserver aux nationaux et aux ressortissants de la Communauté européenne le bénéfice des prestations qu'ils décidaient de mettre en place pour leurs habitants (aide aux chômeurs, allocation de congé parental d'éducation en faveur des familles de trois enfants, prime de naissance, etc...). Il n'en a pas moins fallu attendre 1998 et la « loi Chevènement » pour que cette discrimination injustifiable disparaisse du code de la sécurité sociale.

D'autres discriminations sont indirectes et résultent soit de l'application du principe de territorialité, soit de l'exigence d'un séjour régulier. Une première entrave à l'assimilation effective des étrangers aux nationaux résulte du principe de territorialité sur lequel est fondé le système français de sécurité sociale, et qui lie le bénéfice des prestations à la résidence sur le territoire français. Même si formellement ce principe n'instaure pas de discrimination fondée sur la nationalité, il exclut par la force des choses plus fréquemment les étrangers que les Français du bénéfice de certains droits. Les prestations familiales, en particulier, ne sont versées pour les enfants restés au pays que sur la base de conventions passées entre la France et le pays d'origine, et selon un barême de loin inférieur au taux valant pour la France.

L'exigence d'un séjour régulier constitue également un obstacle important au bénéfice de la protection sociale. La condition de séjour régulier, déjà exigée depuis 1986 pour le versement des prestations familiales, a été généralisée en 1993 par la « loi Pasqua » : un étranger ne peut plus être affilié à la sécurité sociale et bénéficier des prestations, que ce soit en qualité d'assuré social ou d'ayant-droit, que s'il est en situation de séjour régulier.

Le principe de la régularité du séjour vaut également en matière d'aide sociale, mais les exceptions sont ici plus nombreuses, dictées soit par des impératifs de santé publique, soit par des considérations humanitaires. Ainsi, le séjour régulier n'est exigé ni pour les prestations d'aide sociale à l'enfance, ni pour l'aide médicale hospitalière, laquelle inclut non seulement l'hospitalisation mais aussi les consultations externes à

l'hôpital. L'aide médicale à domicile est subordonnée, à défaut de séjour régulier, à la preuve d'une résidence ininterrompue de trois ans sur le territoire français. L'expérience montre cependant que ces assouplissements ne suffisent pas à garantir aux personnes en situation irrégulière un accès aux soins dans des conditions normales.

La sphère publique et les droits politiques

Le lien entre nationalité et citoyenneté, qui trouve ses racines dans la tradition constitutionnelle française, se traduit aujourd'hui dans le droit positif par l'incapacité politique qui continue à frapper les étrangers. Ceux-ci sont exclus du droit de vote, mais aussi d'autres droits considérés traditionnellement comme des attributs de la citoyenneté, tel l'accès à la fonction publique ou le droit de participer à l'exercice de la justice, même à titre non professionnel. En revanche, la ligne de démarcation étanche qui sépare encore nationaux et étrangers dans la sphère politique s'est progressivement estompée face à ces autres formes d'exercice de la citoyenneté que l'on qualifie parfois de « citoyenneté sociale ».

Les droits politiques

L'article 3 de la Constitution réserve le droit de vote, en tant qu'expression de la souveraineté nationale, aux « nationaux français majeurs des deux sexes jouissant de leurs droits civils et politiques » : il en résulte que les étrangers ne peuvent participer ni à l'élection des députés et sénateurs, ni à l'élection du Président de la République, ni au référendum. Par ailleurs, le code électoral réserve aux Français le droit de vote et l'éligibilité pour l'élection des conseillers généraux, régionaux et municipaux. L'unique brèche dans ce système a été imposée par le traité de Maastricht : à la suite d'une révision constitutionnelle, la loi du 25 mai 1998 a ouvert le droit de vote et l'éligibilité aux élections municipales aux « citoyens de l'Union européenne ».

L'éventualité d'accorder aux résidents étrangers le droit de vote aux élections locales, à l'image de ce qui s'est fait dans d'autres pays européens, a été longuement débattue dans les années quatre-vingt. Cette revendication, soutenue par un large courant d'opinion, et qui figurait à la fois dans le programme du parti socialiste et dans les 110 propositions du candidat Mitterrand en 1981, s'est heurtée non seulement à un contexte politique défavorable, mais aussi à des réticences plus profondes, d'ordre idéologique, résultant de la prégnance du schéma traditionnel liant les droits civiques à la nationalité, dont la gauche, presque autant que la droite, a du mal à se détacher, tant il est solidement ancré dans les représentations collectives.

Il est significatif que la disposition introduite dans le texte de la Constitution (art. 88-3) par la révision de 1992 afin de permettre l'attribution du droit de vote aux ressortissants de l'Union européenne ait été rédigée de façon à exclure toute extension de ce droit aux ressortissants des Etats tiers.

A défaut du droit de vote, certaines communes - Mons-en Barœul en 1985, Amiens en 1987, Longjumeau en 1990… - ont imaginé des systèmes permettant d'associer directement des représentants élus de la population immigrée aux travaux du conseil municipal. Peu nombreuses à se lancer dans l'expérience, elles ont de surcroît vu leurs efforts contrariés par les juridictions administratives qui, lorsqu'elles ont été saisies, ont estimé que la simple participation aux débats des conseillers associés, même sans voix délibérative, viciait les conditions de fonctionnement du conseil municipal (Conseil d'Etat, 2 avril 1993, *Commune de Longjumeau*).

La liberté d'expression

Cette incapacité politique a des répercussions sur l'exercice d'autres libertés que le droit de suffrage, et notamment sur l'exercice de la liberté d'expression sous ses différentes formes.

Les étrangers jouissent en principe de la liberté de réunion et de la liberté de manifestation, puisqu'aucune disposition de la loi de 1881 ou du décret-loi de 1935 qui les régissent ne prévoit une quelconque discrimination à leur encontre. On ne peut toutefois faire abstraction de la menace d'expulsion qui pèserait sur eux en cas de troubles matériels graves ou si leurs prises de position publiques apparaissaient aux yeux du gouvernement comme une ingérence inacceptable dans les affaires politiques intérieures de la France ou comme de nature à nuire à ses relations avec un pays étranger.

Il a fallu attendre la loi du 9 octobre 1981 pour que la liberté d'association soit reconnue aux étrangers dans les mêmes conditions qu'aux Français : le décret-loi de 1939 qu'elle a abrogé soumettait en effet les associations étrangères à un contrôle étroit du ministre de l'Intérieur. En revanche, des restrictions importantes subsistent encore en ce qui concerne la liberté de la presse : - d'une part, le directeur d'une publication périodique doit être de nationalité française, le même régime s'appliquant en matière de communication audiovisuelle ; - d'autre part, les publications étrangères restent soumises à un régime dérogatoire au droit commun, résultant d'un décret-loi du 6 mai 1939. Ce texte permet au ministre de l'Intérieur d'interdire « la circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits périodiques ou non, rédigés en langue étrangère », ainsi que « des journaux ou écrits de provenance étrangère rédigés en langue française imprimés à l'étranger ou en France ». [*finalement abrogé en 2004*]

D'une façon générale, la liberté d'expression trouve ses limites dans les exigences de l'ordre public, lesquelles sont appréciées traditionnellement de façon beaucoup plus rigoureuse s'agissant des étrangers que s'agissant des nationaux. Ainsi, bien qu'aucun texte de droit positif ne restreigne la liberté d'expression des étrangers ou leur droit d'adhérer à un parti ou groupement de nature politique, l'exercice de ces libertés reste hypothéqué par la crainte d'être expulsé. Il est vrai que si, dans le passé, cette menace a souvent été brandie et même mise à exécution par le gouvernement, l'interdiction, sous l'empire des textes actuellement en vigueur, d'expulser un étranger qui n'aurait pas été condamné à une peine d'emprisonnement d'un an pour un délit pénal limite cette faculté à des hypothèses exceptionnelles (atteinte à la sûreté de l'Etat par exemple). Il semble, au demeurant, qu'on puisse déceler une tolérance accrue de la part des pouvoirs publics à l'égard de l'activité politique des étrangers, aussi longtemps du moins qu'elle ne met pas en jeu les relations diplomatiques de la France.

La citoyenneté sociale

Les étrangers ne restent pourtant pas totalement à l'écart de toute forme de citoyenneté. Le premier champ qui s'est ouvert à une forme de citoyenneté indépendante de la nationalité est celui de l'entreprise, comme on l'a vu plus haut. Les étrangers ont également acquis, au cours des années récentes, l'égalité des droits avec les Français dans d'autres secteurs où la participation des usagers est organisée : ils sont désormais électeurs et éligibles dans les conseils d'administration des caisses de sécurité sociale, dans les conseils d'administration des établissements publics gérant des logements sociaux (OPAC, OPHLM), dans les établissements d'enseignement, qu'il s'agisse des conseils des écoles maternelles et élémentaires, des collèges et lycées, ou des différentes instances de gestion des universités : seul le président de l'université doit avoir la nationalité française.

Ils restent néanmoins exclus de toute participation au service public de la justice : la justice, dit-on, est rendue « au nom du peuple français », d'où l'on déduit, un peu rapidement, qu'elle ne saurait être rendue que par des Français. Outre que les étrangers ne peuvent être ni magistrats, ni greffiers, qui sont des emplois de fonctionnaires, ils ne peuvent pas non plus accéder aux fonctions juridictionnelles exercées par des magistrats non professionnels : jurés, assesseurs des tribunaux pour enfants, assesseurs des tribunaux pour les affaires de sécurité sociale, conseillers prud'hommes, juges des tribunaux de commerce et des tribunaires paritaires des baux ruraux.

La tradition qui veut que les étrangers soient exclus des organismes de gestion des services publics n'a pas non plus été remise en cause pour l'instant en ce qui concerne les organismes corporatifs : seuls les Français peuvent être membres des chambres de commerce et d'industrie, des chambres d'agriculture et des chambres de métier, et les étrangers sont en général exclus des ordres professionnels des professions libérales, auxquelles, il est vrai, ils n'accèdent encore qu'au compte-goutte.

*

Au total, on le voit, les étrangers sont loin d'avoir les mêmes droits que les Français. Or, même en admettant - tant que le monde sera constitué d'Etats nations jaloux de leur souveraineté - que la condition d'étranger puisse entraîner dans certains cas l'application d'un régime différent de celui dont bénéficient les nationaux, elle ne saurait justifier l'ensemble des discriminations qui subsistent aujourd'hui dans la législation française, discriminations dont la légalité, voire la constitutionnalité peut être contestée avec quelque vraisemblance.

Encore n'a-t-on évoqué ici que les discriminations qui résultent directement des textes, et non celles qui résultent des pratiques : or on sait bien, hélas, qu'elles subistent et que les étrangers en sont les premières victimes, en dépit des dispositions du code pénal et du code du travail qui prohibent les discriminations dans le domaine de l'emploi, dans la fourniture de biens et de services, ou encore dans l'accès aux services publics.

On n'a de même évoqué que très incidemment les discriminations qui, sans trouver leur fondement dans les textes, sont la conséquence indirecte des règles régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire français. On pense notamment au droit de vivre en famille, qui est loin d'être aussi bien garanti pour les étrangers que pour les nationaux, aux entraves mises - illégalement - à l'accès à l'école des enfants dont les parents sont en situation irrégulière, aux difficultés d'accès aux soins pour les étrangers sans papiers, ou encore à la « double peine » qui frappe les étrangers lorsqu'à la condamnation pénale s'ajoute l'expulsion ou - plus grave encore - l'interdiction du territoire français.

La précarité du séjour et l'insécurité qui l'accompagne sont, de fait, constitutives de la condition d'étranger au même titre que la discrimination. Ceci est particulièrement sensible lorsque, comme c'est le cas depuis plus de vingt ans désormais, la politique d'immigration est toute entière polarisée sur la maîtrise des flux migratoires. De sorte que lorsqu'on cherche à dresser le bilan du chemin par-couru depuis la Libération, on débouche sur un constat qui n'est contradictoire qu'en apparence : des progrès considérables ont été réalisés dans le sens de l'égalité de traitement, mais ces progrès, dans la mesure où ils sont intervenus dans un contexte de méfiance, voire d'hostilité à l'égard des immigrés, n'ont pas suffi à donner aux étrangers le sentiment qu'ils étaient vraiment les égaux des nationaux.

Bibliographie

- Danièle Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Droit social*, janvier 1990, pp. 76-82.
- Danièle Lochak, « Emploi et protection sociale, les inégalités du droit », *Hommes et Migrations* n° 1187, mai 1995.
- *Plein Droit. La revue du Gisti*, n° 7/avril 1989, « Des discriminations jusqu'à quand ? »
- Conseil national des populations immigrées, « Egalité des droits », rapport et avis, septembre 1991.