



HAL
open science

Les grandes tendances de la législation sur l'immigration à la lumière des droits de l'homme

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les grandes tendances de la législation sur l'immigration à la lumière des droits de l'homme . 2001. hal-01762629

HAL Id: hal-01762629

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01762629>

Submitted on 10 Apr 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 grandes tendances de la législation sur l'immigration à la lumière des droits de l'homme.

par Danièle Lochak
Professeuse à l'université de Paris X-Nanterre

Conférence prononcée à l'Esade (École supérieure d'administration et de direction d'entreprises) de Barcelone, en mars 2001

Aujourd'hui, toutes les législations oscillent 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. Sans doute la jouissance 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 :

– en vertu du principe de la souveraineté étatique, aucun État 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'État-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.

Ainsi, aujourd'hui comme hier, l'État nation sert de référence pour tracer la ligne de partage entre « nous » et « les autres ». Mieux encore : le réflexe d'autoprotection de la collectivité, expression d'un égoïsme collectif somme toute un peu mesquin, s'est trouvé transfiguré et légitimé par la vertu de l'idée nationale : la priorité que la nation accorde à ses membres n'est que l'expression d'une solidarité naturelle juridiquement consacrée, tandis que les étrangers, à l'inverse, n'ont aucun titre, ni naturel, ni juridique, à bénéficier de ses largesses.

Autrement dit, l'État nation, État souverain, fait obstacle à la jouissance pleine et entière par les étrangers des droits de l'homme, de sorte que la condition des étrangers est toujours marquée par la précarité et la discrimination (1). Et si, sous l'effet des conventions internationales, l'universalité des droits de l'homme est progressivement mieux affirmée (2), la politique de contrôle des flux migratoires vient limiter les effets potentiellement positifs de cette évolution (3). Quant à la construction européenne, elle a un impact ambivalent puisqu'en même temps qu'elle améliore la condition des citoyens de l'Union, elle rend plus manifeste l'exclusion subie par les ressortissants des États tiers (4).

I. LES FONDEMENTS DE LA CONDITION DES ETRANGERS

Cette logique de l'exclusion qui sous-tend la condition de l'étranger se manifeste par la combinaison de deux principes : un principe de précarité et un principe de discrimination, qui restent une constante du statut des étrangers à travers l'histoire.

A. La précarité

L'étranger n'est pas chez lui. Il n'a le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire du pays d'accueil qu'en vertu d'une autorisation précaire et révoicable ; il n'est jamais assuré de pouvoir demeurer là où il s'est installé. Certes, aujourd'hui l'étranger n'est plus menacé dans sa vie ou dans ses biens ; mais il est toujours en sursis dans le pays d'accueil, ce qui a des répercussions négatives sur l'ensemble de sa situation puisque la faculté d'expulser un étranger rend précaire l'exercice de tous les droits qui ne lui sont pas expressément déniés.

Historiquement, la notion de droits fondamentaux attachés à la personne humaine a commencé à pénétrer la conscience universelle à l'époque du droit international naissant, avec Vitoria, notamment, qui invoque le droit naturel pour affirmer qu'il est des droits dont chacun est investi sans considération de citoyenneté et ne peut être privé par un quelconque gouvernement. Mais cette évolution potentiellement bénéfique pour les étrangers a été concomitante de la montée des États-nations et du renforcement de la souveraineté étatique qui ont affecté négativement la condition des étrangers. Quant à la souveraineté étatique, de mieux en mieux affirmée, elle a pour corollaire la liberté pour chaque État de déterminer les conditions d'accès des étrangers à son territoire et de mettre un terme à leur présence quand il la juge inopportune ou néfaste. De fait, la montée des États nations comme États souverains s'est traduite par la fermeture progressive des frontières et un contrôle accru sur les migrations internationales : l'entrée et le séjour des étrangers sur les territoires des États sont réglementées de plus en plus strictement et les États utilisent à fond leurs prérogatives avec des objectifs variés : donner des gages à une opinion publique xénophobe, protéger l'ordre public, endiguer l'afflux de la main-d'œuvre étrangère lorsque le marché de l'emploi est saturé.

B. La discrimination

Comme la précarité, la discrimination est véritablement à la racine de la condition juridique des étrangers. Si, au cours des temps, les signes extérieurs de la discrimination se sont estompés, une distance irréductible n'en subsiste pas moins entre étrangers et nationaux.

Une vision superficielle des choses pourrait laisser croire que le principe d'assimilation l'a aujourd'hui emporté, dans la mesure où les étrangers ont obtenu l'égalité de traitement dans des domaines de plus en plus nombreux. Les progrès sont particulièrement éclatants dans la sphère des droits civils : alors que les discriminations étaient courantes dans le passé (interdiction des mariages mixtes, restriction de l'accès à la propriété foncière, incapacité successorale...), elles se sont progressivement atténuées à partir de l'ère moderne, à mesure que les droits civils sont apparus comme des attributs de la personne humaine.

La situation n'est pas la même dans le domaine économique et social. Sans doute constate-t-on, dans les pays d'immigration, une égalisation progressive de la condition de l'étranger et du national au regard de la législation sociale : les étrangers sont soumis à la même réglementation du travail que les nationaux, ils ont droit à la même protection sociale qu'eux.

Mais si, en tant que travailleur, l'étranger jouit de la plupart ou de la totalité des droits attachés à la condition de salarié, en tant qu'étranger il ne peut accéder à cette condition et la conserver qu'avec l'autorisation du pays d'accueil : autrement dit, la liberté économique, le droit de travailler ne sont pas reconnus en tant que tels à l'étranger. Et ici, la tendance historique va plutôt dans le sens d'une discrimination accrue. Les premières restrictions significatives à l'activité économiques des étrangers, dans les sociétés industrielles, sont apparues vers la fin du XIXe siècle et le début du XXe : d'abord par un rétrécissement du champ des activités professionnelles accessibles aux étrangers, puis, dans l'entre-deux guerres en France, après la seconde guerre mondiale partout ailleurs, c'est le principe même de la liberté de travailler qui a été remis en cause par le biais de l'obligation d'y être autorisé, l'autorisation étant donnée en fonction des besoins de main-d'œuvre de l'économie nationale.

Enfin, dans le domaine des droits politiques, aucun pays n'a remis en cause le principe de l'incapacité qui frappe l'étranger dans la sphère politique, qu'il s'agisse du droit de vote ou de l'accès à la fonction publique. Ces discriminations sont justifiées par le fait que l'étranger, par hypothèse, n'appartient pas à la communauté politique nationale, et qu'il ne peut par conséquent ni se voir conférer des prérogatives de citoyen, en participant à la désignation des gouvernants, ni exercer de fonctions qui lui confèreraient une fraction d'un pouvoir exercé « au nom du peuple » et/ou sur d'autres citoyens.

II. L'AFFIRMATION PLUS ENERGIQUE DE L'UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME : L'INFLUENCE PROTECTRICE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

L'évolution tend 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.

Parmi ces conventions, on peut faire une distinction entre celles qui sont directement destinées à régir la condition des étrangers (convention de Genève sur les réfugiés, convention européenne sur le statut des travailleurs migrants...) et celles qui, adoptées dans le souci de protéger les droits de l'homme en général, ont des retombées spécifiques sur les étrangers. L'expérience a montré que - paradoxalement - ces secondes conventions pouvaient apporter aux étrangers une protection plus efficace que les premières : si elles n'imposent pas de traiter nécessairement de la même façon étrangers et nationaux, elles ont néanmoins contribué à faire prévaloir un certain nombre de droits fondamentaux et à limiter les prérogatives des États.

A. Un impact limité sur les discriminations

D'après le droit international, la discrimination fondée sur la nationalité n'est pas nécessairement illégitime ; elle ne le devient que si elle aboutit à priver l'étranger du « minimum de traitement civilisé » que l'État est tenu de lui accorder, ou si elle est prohibée par une convention internationale.

Or si les grandes conventions internationales relatives aux droits de l'homme confirment le caractère en principe universel de la reconnaissance des droits fondamentaux, elles révèlent aussi l'existence de limites dans l'application de ces droits aux étrangers. Les États ne peuvent en principe établir de discriminations dans le domaine des droits fondamentaux, à deux réserves près, qui sont loin d'être insignifiantes :

- la réserve des droits politiques, d'abord : non seulement la reconnaissance des droits politiques au sens strict est réservée aux citoyens (article 25 du Pacte), mais la Convention européenne n'interdit pas aux États "d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers" (art. 16) ;

- la réserve du droit au séjour, ensuite : aucune de ces conventions ne remet en cause la prérogative souveraine qu'a chaque État de refuser à un étranger l'accès de son territoire et de l'en expulser, ce qui rend évidemment précaire, ou compromet fortement l'exercice des droits qui lui sont reconnus.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, par exemple, oblige les États parties à reconnaître les droits et libertés qu'elle consacre « à toute personne relevant de leur juridiction », étranger ou national, qu'il soit ou non ressortissant de l'un des États signataires (la même formule figure dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Et l'article 14 précise que la jouissance des droits et libertés qu'elle reconnaît doit être assurée *sans distinction aucune*, fondée notamment sur la race, la couleur, la religion, l'origine nationale... Toutefois, ceci n'interdit pas toute différence de traitement dès lors qu'elle n'est pas arbitraire et a une justification objective et raisonnable : il en résulte en particulier que les étrangers peuvent être soumis à une réglementation spécifique dans certains domaines, lorsqu'ils sont placés dans une situation objectivement différente des nationaux. Ils peuvent, en particulier, être soumis à des règles restrictives en matière d'entrée et de séjour et faire l'objet de mesures d'éloignement, contrairement aux nationaux.

On rappellera également que la discrimination fondée sur la nationalité n'est pas une forme de discrimination raciale au sens de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : ne constituent pas des discriminations prohibées les « distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établies par un État partie à la convention selon qu'il s'agit de ses ressortissants ou de non-ressortissants » (art. 1er-2).

En revanche, un certain nombre de conventions conclues sous l'égide de l'OIT énoncent explicitement un principe de non-discrimination selon la nationalité ; mais sa portée reste limitée puisqu'il ne joue qu'en matière de législation du travail et de sécurité sociale et seulement en faveur des ressortissants des États signataires¹.

¹ La Convention n° 97 sur les travailleurs migrants de 1949 énonce un principe général de non-discrimination pour l'application de la législation du travail et en matière de sécurité sociale. La Convention n° 143 de 1975 - qui n'a été ratifiée que par un nombre limité d'États - oblige les États à promouvoir et garantir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille qui se trouvent légalement sur leur territoire.

Même lorsque les conventions n'interdisent pas de façon absolue d'opérer des différences de traitement entre nationaux et étrangers, c'est à condition que le critère de la nationalité n'apparaisse pas comme arbitraire, c'est-à-dire que la distinction opérée entre nationaux et étrangers ait une « justification objective et raisonnable » par rapport au but et aux effets de la mesure considérée. Cette notion de distinction arbitraire est illustrée par deux affaires récentes.

— Il s'agit d'abord de l'application de l'article 26 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques² dans une affaire mettant en cause la France et soumise au Comité des droits de l'homme en 1989 (*Gueye c/ France*, 3 avril 1989, aff. n° 196/1985). Était contestée la discrimination opérée par une loi de 1959 qui avait décidé que les pensions d'anciens combattants versées aux ressortissants des anciens pays de l'Union française devenus indépendants seraient converties en indemnités « cristallisées », ce qui a entraîné une double conséquence : d'une part elles n'ont plus été revalorisées, contrairement aux pensions versées aux anciens combattants ayant conservé la nationalité française, de sorte qu'au fil du temps, l'écart entre les pensions respectivement versées aux ressortissants des pays d'Afrique et aux Français s'est creusé ; d'autre part le droit à pension de réversion pour les veuves a été supprimé. Saisi par des ressortissants sénégalais, le Comité des droits de l'homme a émis l'avis que la cristallisation des pensions selon un critère de nationalité méconnaissait le principe d'égalité posé par l'article 26 du Pacte.

— La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, de son côté, que le refus de verser à un ressortissant turc une prestation destinée aux chômeurs en fin de droits portait atteinte à un droit patrimonial, au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel qui garantit le droit de toute personne au respect de ses biens, et constituait une discrimination fondée sur la nationalité contraire à l'article 14 (*Gayguzuz c/ Autriche*, 16 septembre 1996).

B. Un impact protecteur contre les prérogatives étatiques

On aimerait pouvoir dire que la Convention internationale sur les droits de l'enfant joue un rôle important, car elle proclame des droits souvent cruciaux pour les enfants étrangers : droit à un nom et une nationalité, liberté de pensée, de conscience et de religion, droit à vivre dans son milieu familial et, à défaut, à une aide et une protection spéciales, droit à jouir du meilleur état de santé possible, droit à l'éducation... Malheureusement, faute d'un mécanisme de garantie approprié, faute aussi (dans le cas de la France) qu'ait été reconnu à la plupart de ses dispositions un caractère d'applicabilité directe, son efficacité est pour l'instant limitée.

La Convention européenne des droits de l'homme est celle qui a eu l'impact le plus déterminant sur la condition des étrangers dans les pays signataires et qui a entraîné les progrès les plus notables. Ceci est moins dû au contenu des droits garantis — qui sont approximativement les mêmes que ceux garantis par le Pacte sur les droits civils et politiques — qu'à l'existence d'un mécanisme de contrôle juridictionnel perfectionné. D'une part, en effet, la perspective d'être condamnés rend les États plus attentifs au respect des dispositions de la Convention ; d'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à interpréter la Convention et à y découvrir des obligations qui n'y

La Convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, mais dans un domaine limité.

² « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi ».

figuraient pas expressément. S'agissant des étrangers, on pense notamment à la « protection par ricochet » résultant de l'article 3, ou encore à la nécessité de vérifier qu'une mesure d'expulsion ne porte pas d'atteinte excessive à la vie familiale. Or sa jurisprudence s'impose aux États au même titre que les articles de la Convention eux-mêmes. Il en résulte que les juridictions nationales, qui sont les premières gardiennes du respect de la Convention, s'inspirent largement de cette jurisprudence dans leurs propres décisions.

Parmi les droits qui risquent plus particulièrement d'être violés en la personne des étrangers, on peut citer : l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3) ; le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5), impliquant l'existence de garanties de procédure en cas de détention ; le droit à un procès équitable (art. 6) et le droit à un recours effectif contre les mesures qui portent atteinte à un des droits reconnus par la convention (art. 13) ; le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) ; le droit de se marier (art. 12) ; l'interdiction des discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention (art. 14) ; le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit de quitter un pays, l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (art. 2 et 4 du Protocole n° 4) ; les garanties de procédure en cas d'expulsion d'un étranger (art. 1er du Protocole n° 7).

On s'attachera ici essentiellement aux articles 3 et 8 de la Convention, qui ont donné lieu à la jurisprudence la plus abondante, tant de la Cour européenne des droits de l'homme que des juridictions internes, avant d'évoquer de façon plus succincte d'autres dispositions de la Convention qui peuvent éventuellement servir de base à des recours.

a) L'article 3

« *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Cette disposition peut être invoquée dans les cas où une expulsion ou une rétention administrative n'obéirait pas à des conditions minimales de respect de la dignité humaine, mais aussi lorsque l'étranger risque d'être exposé à de tels traitements dans le pays vers lequel on envisage de le renvoyer : c'est ce que l'on appelle la « protection par ricochet ».

D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'expulsion d'un étranger (au sens large, c'est-à-dire incluant le refoulement ou l'extradition) peut constituer une violation de l'article 3 lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court un risque réel d'être soumis, dans le pays de destination, à un traitement contraire à l'article 3 : dans ce cas, l'État a l'obligation de ne pas expulser la personne vers ce pays.

Récemment, la Cour a eu l'occasion de rappeler le caractère absolu de l'interdiction formulée par l'article 3 — qui fait partie des droits dits « indérogeables ». Elle s'applique donc quel qu'ait été le comportement de l'intéressé et quel que soit le danger qu'il représente pour l'ordre public (alors qu'une ingérence dans la vie privée et familiale, par exemple, peut être justifiée par un tel motif). Ainsi, les raisons de sécurité nationale invoquées par le Royaume-Uni pour procéder à l'expulsion vers l'Inde d'un séparatiste sikh ne peuvent pas aboutir à priver l'intéressé de la protection prévue par l'article 3 (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996).

Dans certains cas, la mesure d'expulsion peut constituer par elle-même une violation de l'article 3 : c'est notamment l'hypothèse où la mesure d'éloignement aurait des effets directs sur l'état de santé psychique ou physique du requérant. L'argument, souvent invoqué, n'a été que rarement retenu

par la Cour. La violation de l'article 3 a néanmoins été constatée dans une affaire où les autorités britanniques entendaient expulser vers Saint-Kitts (île des Caraïbes) un trafiquant de drogue, car l'intéressé était atteint d'un sida en phase terminale, et l'arrêt brutal des soins qu'il recevait aurait eu pour effet de réduire encore son espérance de vie et de lui causer des souffrances physiques et morales extrêmes (*D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997).

b) L'article 8

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

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Cette disposition peut être invoquée à chaque fois qu'une mesure prise par l'administration ou prononcée par le juge — refus de visa, refus de séjour, reconduite à la frontière, expulsion, interdiction du territoire... — porte une atteinte excessive au droit à la vie privée ou familiale de l'intéressé au regard des impératifs, notamment d'ordre public, qui la motivent.

La Cour a, dès 1988, considéré que l'obligation faite à un étranger de quitter le pays dans lequel il résidait pouvait engendrer une violation de l'article 8 lorsqu'il avait noué des liens familiaux dans ce pays (*Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, à propos du refus de renouveler le titre de séjour d'un Marocain à la suite de son divorce d'avec une ressortissante néerlandaise, alors qu'un enfant était né du mariage). Par la suite, elle a été amenée à plusieurs reprises à constater la violation de l'article 8 dans le cas de mesures d'éloignement prises à l'encontre d'étrangers ayant fait l'objet de condamnations pénales (*Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991 ; *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992 ; *Nasri c. France*, 13 juillet 1995 ; *Mehemi c. France*, 26 septembre 1997).

En revanche, dans aucune affaire concernant le refus d'accorder le regroupement familial la Cour n'a jusqu'ici constaté de violation de l'article 8. Elle estime en effet que l'article 8 « ne garantit pas le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale ». Par conséquent, dès lors qu'il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un couple marié mène sa vie familiale dans son propre pays, le refus d'accorder le regroupement familial à l'un des conjoints ne viole pas l'article 8 (*Abdulaziz et autres c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985). Il en va de même du refus de permettre à un enfant mineur de venir rejoindre ses parents, dès lors qu'il existe d'autres moyens pour eux de développer une vie familiale avec cet enfant, notamment en retournant vivre dans leur pays d'origine (*Gül c. Suisse*, 19 février 1996 ; *Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996).

La protection du droit à la vie privée et familiale est donc loin d'être absolue. Pour décider qu'il y a ou non violation de l'article 8, la Cour adopte une démarche en trois temps : elle vérifie d'abord que les rapports invoqués relèvent effectivement, par leur nature et leur intensité, de la notion de vie familiale et/ou de vie privée ; elle vérifie ensuite que la mesure critiquée constitue une « ingérence », autrement dit qu'elle porte effectivement atteinte au droit protégé ; enfin elle examine si cette ingérence est justifiée par l'un des motifs énumérés à l'alinéa 2 et si elle est proportionnée.

La notion de *vie familiale* inclut aussi bien les liens conjugaux que les rapports entre parents et enfants, le concubinage que le mariage, la filiation adoptive ou naturelle que la filiation légitime. En revanche, ni la Commission (avant l'entrée en vigueur du Protocole 11), ni la Cour n'ont jusqu'ici admis que les couples homosexuels pouvaient se réclamer du droit au respect de la vie familiale ;

une évolution semble néanmoins se dessiner qui montre qu'ils pourraient se réclamer du droit au respect de la vie privée.

La protection de *la vie privée*, en effet, ne se borne pas au respect de l'intimité mais inclut « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'épanouissement de sa propre personnalité » ou encore « de développer de relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial ».

Enfin, à supposer même qu'il y ait ingérence, elle peut être justifiée dès lors qu'elle est *nécessaire*, c'est-à-dire fondée sur un besoin social impérieux, et *proportionnée* au but légitime recherché. La Cour met donc en balance l'atteinte portée au droit à la vie privée ou familiale avec les buts invoqués pour justifier cette atteinte, à savoir : l'intérêt général qui s'attache à la limitation de l'immigration d'une part, la défense de l'ordre public d'autre part.

c) Les autres dispositions pertinentes

Plusieurs autres dispositions de la Convention et de ses Protocoles sont susceptibles de s'appliquer à des mesures concernant les étrangers. On constate toutefois que les garanties qu'elles apportent sont limitées et qu'elles sont rarement invoquées avec succès.

— L'article 5 interdit de priver un individu de sa *liberté* en dehors des cas qu'il énumère et sans respecter les voies légales. La privation de liberté est possible pour empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire de l'État ou lorsqu'un étranger est sous le coup d'une procédure d'expulsion ou d'extradition. Il y aura néanmoins violation du droit à la liberté si la détention a eu lieu sans avoir de base légale en droit interne ou si les règles légales n'ont pas été respectées.

— L'article 6 reconnaît le droit à un *procès équitable*. Plus précisément, il prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial » lorsque sont contestés des droits et obligations de caractère civil ou le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Si la Cour a interprété largement les notions de « matière civile » et de « matière pénale », en y incluant notamment les mesures ayant le caractère d'une sanction, elle a considéré que l'article 6 était inapplicable aux procédures concernant l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers, sauf dans des hypothèses très marginales.

— L'article 13 reconnaît le *droit à un recours effectif* à toute personne qui allègue qu'un des droits et libertés reconnus par la Convention a été violé. Le recours n'est pas nécessairement un recours juridictionnel, mais il doit apporter un certain nombre de garanties : impartialité et accessibilité de l'instance de recours, caractère contraignant de la décision rendue, possibilité d'obtenir le retrait de la mesure contestée ou une réparation adéquate, etc. Le caractère suspensif du recours, sinon en droit, du moins en fait, peut dans certains cas être une condition de son effectivité, notamment lorsqu'une expulsion ou une extradition imminente expose l'intéressé à des traitements prohibés par l'article 3.

III. LA RESISTANCE DES ÉTATS NATIONS : LE CONTROLE DES FLUX MIGRATOIRES

Les étrangers ne se voient pas reconnaître les mêmes droits que les nationaux, non seulement parce que certains droits leur sont refusés (le droit de vote, le droit d'accès aux emplois publics, le droit d'accéder à diverses professions réservées aux nationaux...), mais plus encore parce que l'exercice des droits reconnus est entravé ou rendu impossible par l'effet des lois sur l'entrée et le séjour (le droit de vivre en famille, la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle n'ont à l'évidence pas la même effectivité pour les étrangers et pour les nationaux).

La politique de fermeture des frontières a accentué ces restrictions au mépris du droit d'asile et du droit de vivre en famille. Elle a condamné des dizaines de milliers de personnes à la clandestinité. Sous couvert de lutter contre l'immigration clandestine, elle a engendré un dispositif législatif et policier de plus en plus rigoureux qui, à défaut de se révéler efficace, a abouti au grignotage progressif des libertés les plus fondamentales.

A. L'impact sur les droits fondamentaux des étrangers

a) Le droit d'asile

Ces obstacles qui empêchent d'accéder au territoire français devaient ne concerner que les travailleurs, pas les demandeurs d'asile. Or c'est exactement l'inverse qui s'est produit. Les pays européens, séparément puis de façon concertée, ont opté pour une politique destinée à bloquer en amont l'afflux des réfugiés : généralisation des visas, y compris des visas de transit ; sanctions infligées aux transporteurs qui amènent aux portes de l'Europe des étrangers démunis de papiers ; accords de réadmission avec les pays environnants par où transitent les demandeurs d'asile ; application stricte du principe dit du « premier pays d'asile » impliquant le refoulement systématique vers le pays par où l'intéressé a transité s'il y bénéficie d'une protection suffisante ; constitution d'une liste - officielle ou officieuse - d'États tiers sûrs ; généralisation de la prise et de l'échange d'empreintes digitales des demandeurs d'asile et des données les concernant...

En même temps qu'ils s'efforcent de limiter l'accès à leur territoire, les États européens pratiquent une politique restrictive de reconnaissance du statut de réfugié : interprétation restrictive des critères de la Convention de Genève (en ce qui concerne notamment l'agent de persécution) ; exigences de preuve de plus en plus sévères ; utilisation de la notion de « pays d'origine sûr » (les pays d'origine sûrs sont soit énumérés dans une liste officielle, comme en Allemagne, soit qualifiés officieusement comme tels. Sont considérés comme sûrs la plupart des pays de l'Est, de sorte que les tziganes ont beaucoup de mal à obtenir le statut de réfugié).

b) Le droit à la vie

Que devient-il lorsque chaque jour des personnes risquent leur vie pour tenter de parvenir aux frontières de l'Europe, souvent en utilisant les services de passeurs qui exploitent leur détresse ? Après la mort de cinquante-huit Chinois à Douvres, en juin 2000, les gouvernements européens ont décidé de renforcer les sanctions contre les passeurs mais aussi contre les transporteurs en général. Or en accentuant la répression et la présence policière aux frontières, comme l'ont décidé les gouvernements français et britanniques, on met les étrangers - y compris ceux qui veulent fuir leur pays pour des raisons politiques - à la merci des mafias et des passeurs : à partir du moment où ils ne peuvent pas fuir par des moyens légaux et sûrs, ils sont obligés de recourir à des filières illégales.

c) La liberté de circulation

La première liberté à laquelle la fermeture des frontières porte atteinte, c'est, par définition, la liberté de circulation.

A vrai dire, aucune des grandes conventions internationales relatives aux droits de l'homme ne remet en cause la règle bien établie en droit international, et qui apparaît comme le corollaire du principe de la souveraineté des États, selon laquelle un État n'a jamais l'obligation d'accepter la présence sur son territoire de quiconque n'est pas son ressortissant. Chaque État est donc libre de réserver l'accès de son territoire à ceux qui satisfont aux conditions posées par sa réglementation nationale ou par les conventions internationales particulières auxquelles il est partie. Les textes sont sans ambiguïté : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays » (art. 13-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948) ; « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays » (art. 12-4 du Pacte international sur les droits civils et politiques) ; « Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant » (art. 3-2 du Protocole n° 4 à la CEDH).

Mais ceci ne contraint pas les États à fermer leurs frontières. Or la liste des conditions pour entrer sur le territoire des États européens s'est allongée : passeport et visa, moyens d'existence suffisants, garanties de rapatriement. La formalité du visa est devenue l'une des pièces maîtresses de la "maîtrise des flux migratoires" que la France a réussi à faire adopter par l'ensemble de ses partenaires européens, de sorte que c'est l'Europe entière qui s'est érigée en forteresse. Tout étranger considéré comme « *persona non grata* » dans l'un des États parties à la Convention de Schengen se voit automatiquement refuser un visa pour les autres pays, alors qu'on peut avoir été inscrit dans ce fichier des indésirables qu'est le « système d'information Schengen » pour mille raisons qui n'ont rien à voir avec l'ordre public et sans en être informé.

d) Les libertés individuelles

Les étrangers jouissent en principe au même titre que les nationaux 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.

Ces restrictions trouvent une justification dans la situation particulière de l'étranger, qui, contrairement au national, n'a jamais un droit absolu d'entrer et de demeurer sur le territoire français. Ainsi, tout en affirmant que les étrangers avaient droit au même titre que les Français au respect de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins accepté le principe de la rétention administrative, destinée à garantir le départ effectif des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire, dès lors qu'elle était placée sous le contrôle du juge judiciaire. De même n'a-t-il pas jugé incompatible avec le droit de mener une vie familiale normale le fait de subordonner le regroupement familial à un certain nombre de conditions.

La liberté individuelle stricto sensu

Entendue comme le droit de ne pas être détenu sans jugement, la liberté individuelle est battue en brèche par l'existence de la rétention qui existe, sous des formes variables, dans tous les pays européens, soit pour les étrangers non admis sur le territoire, soit pour ceux qui sont sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé. La durée de cette rétention varie : de douze jours maximum en France

(vingt jours dans les zones d'attente) à une durée illimitée. D'autres entraves existent pour les seuls étrangers : ainsi, en France, les étrangers sont tenus, contrairement aux Français, de déclarer aux autorités tout changement de résidence ; ils peuvent aussi faire l'objet de contrôles d'identité en dehors des conditions prévues par le code de procédure pénale.

Le droit à une vie privée et familiale

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 dans la plupart des pays le concubinage ne confère pas de droit au séjour.

e) Les droits économiques et sociaux

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.

Paradoxalement, la liberté économique était mieux garantie aux étrangers au XIX^e 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 XIX^e siècle des restrictions de plus en plus importantes ont été mises au travail des étrangers, dictées 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.

Le droit à la protection sociale, qui conditionne notamment le droit aux soins, n'est reconnu, dans un certain nombre de pays, dont la France depuis 1993, qu'aux étrangers en situation régulière.

B. L'impact sur la société

Ce ne sont pas seulement les droits fondamentaux des étrangers qui sont lésés : le « risque migratoire » a pris le relais de la sécurité pour justifier des atteintes de plus en plus graves aux principes qui régissent un État de droit.

a) Le renforcement des dispositions répressives et des contrôles policiers

On a renforcé les contrôles aux frontières au détriment de la liberté de circulation et au risque, on l'a dit, de compromettre l'exercice du droit d'asile. On a perfectionné les moyens destinés à contraindre au départ les étrangers qui entrent ou se maintiennent irrégulièrement sur le territoire en facilitant les contrôles d'identité, en érigeant le séjour irrégulier en délit passible de sanctions toujours plus lourdes, en donnant à l'administration le droit de prononcer et de mettre elle-même à exé-

cution les reconduites à la frontière, en allongeant les délais de rétention, en développant les systèmes de fichage, au plan interne et au plan international (système d'information Schengen, fichier Eurodac...).

b) Les atteintes portées aux principes de l'État de droit

L'État de droit suppose la publicité des règles applicables, la stabilité des normes et le respect des droits acquis, la possibilité concrète de faire valoir ses droits face à l'administration. Ces principes sont trop souvent battus en brèche par l'existence de textes à diffusion limitée (circulaires), voire confidentiels, qui restreignent la portée des lois et règlements ; par le très large pouvoir d'appréciation laissé à l'administration pour appliquer les dispositions légales, d'où résultent d'importantes distorsions dans l'application des textes ; un contrôle juridictionnel qui reste trop souvent inefficace en raison, notamment, de sa tardiveté.

c) Le risque de dérive xénophobe

La politique de contrôle des flux migratoires est censée répondre aux craintes et aux attentes de l'opinion publique. Mais on peut se demander si les pouvoirs publics, à force de présenter la lutte contre l'immigration clandestine comme une priorité absolue justifiant des mesures de plus en plus répressives, n'accréditent pas dans l'opinion l'idée que les étrangers sont la cause principale des maux dont souffrent les habitants, au risque d'attiser la xénophobie et le racisme.

IV. L'IMPACT AMBIVALENT DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE

On voit se répéter au niveau de l'Europe ce qui s'est produit à l'échelle des États lors de la constitution des États-nations : l'intégration et l'homogénéisation internes s'acquière au prix d'une séparation entre soi et les autres, au prix d'une exclusion - ici l'exclusion des ressortissants des États tiers.

A. La citoyenneté européenne, vecteur d'intégration et facteur d'exclusion

Dans le cadre de la Communauté européenne, le principe de la liberté de circulation des personnes et son corollaire, le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, ont eu des conséquences très favorables sur la situation des ressortissants d'un État membre et à un moindre degré sur la situation des étrangers ressortissants d'un État tiers qui font partie de la famille d'un ressortissant communautaire. Le traité de Maastricht a été plus loin en reconnaissant comme droit fondamental du citoyen européen la liberté de circulation et de séjour, indépendamment de l'exercice d'une activité économique. Il stipule en effet que tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application.

Mais l'innovation la plus spectaculaire du traité de Maastricht a consisté, on le sait, dans l'attribution aux ressortissants des États membres, désormais dénommés « citoyens de l'union », de droits nouveaux qui leur ouvrent certaines formes de participation politique dans l'espace européen : droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ; participation aux élections locales dans le pays où il réside.

Mais en contrepartie, il faut relever les effets d'exclusion qui découlent de l'attribution de la citoyenneté européenne sur la base de la nationalité et non de la résidence. La construction européenne a permis en effet la constitution d'un espace au sein duquel les différences de nationalité ne produisent plus que des effets atténués, à l'intérieur duquel les frontières se franchissent plus aisément. Mais les bénéficiaires de cette liberté et de cette égalité accrues ont été définis sur la base d'un critère juridique d'appartenance nationale et non sur la base d'un critère géographique de résidence. Autrement dit, pour bénéficier des avantages de l'unification de l'Europe, il ne suffit pas de résider sur le territoire de cette Europe : il faut avoir la nationalité de l'un des États qui la constitue où, à la rigueur, faire partie de la proche famille de l'un d'eux.

Cette condition détermine négativement les exclus de la libre circulation et de ses corollaires, au premier rang desquels figure, on l'a vu, l'égalité de traitement, que ne peuvent revendiquer les travailleurs extra-communautaires et leurs familles, installés sur le territoire d'un des États membres, quelle que soit l'ancienneté de leur installation - sans même parler des ressortissants des États tiers non-résidents auxquels il est devenu plus difficile de pénétrer à l'intérieur de l'espace communautaire. Aucun des progrès déjà acquis ou à venir dans le rapprochement du statut des nationaux et des ressortissants des autres États membres ne les concerne : qu'il s'agisse de l'équivalence des diplômes, de l'accès aux emplois publics, ou encore - exclusion symbolique entre toutes - de l'octroi du droit de vote aux élections locales.

Dans ces conditions, chaque droit nouveau accordé aux ressortissants des États membres ne peut manquer d'apparaître comme une sorte de « préférence communautaire », une marque de discrimination supplémentaire. Plus sont importants, en effet, les avantages accordés aux ressortissants des États membres, plus le fossé qui les sépare de ceux qui n'en bénéficient pas s'agrandit.

B. Un test : la Charte européenne des droits fondamentaux.

La Charte se présente comme une déclaration solennelle des droits dotée d'une valeur symbolique et destinée à faire passer un message fort aux citoyens de l'Union, du type : l'Europe n'est pas seulement un marché commun, elle se préoccupe aussi des libertés.

La très grande majorité des droits énoncés par la Charte sont garantis à « toute personne », sans distinction. C'est en particulier le cas de l'ensemble des articles figurant sous le chapeau « Dignité » ou sous le chapeau « Justice ». Certains droits, toutefois, sont réservés soit aux seuls citoyens de l'Union européenne, soit à ceux-ci ainsi qu'aux personnes résidant ou travaillant régulièrement sur le territoire d'un État membre.

Ces différences de traitement ne sauraient en soi surprendre : compte tenu de la contrainte imposée aux rédacteurs de la Charte de raisonner « à droit constant », il est logique qu'on y retrouve les inégalités entre « citoyens » de l'union européenne et ressortissants des États tiers, dès lors que ces inégalités résultent des traités et du droit dérivé.

Ainsi, seuls les citoyens de l'Union se voient reconnaître, dans l'État où ils résident, le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen (art. 39) ainsi qu'aux élections municipales (art. 40) : en dépit des revendications de plus en plus nombreuses et insistantes en faveur d'un droit de vote élargi à l'ensemble des résidents, les traités continuent à arrimer fermement la citoyenneté européenne à la nationalité d'un des États membres.

Reste que, en raison du caractère solennel qu'on a entendu conférer à la proclamation des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union, cette forme de consécration des discriminations existantes - même si elles sont quantitativement très minoritaires dans l'ensemble des droits reconnus - peut prêter à la critique. N'y a-t-il pas en effet quelque chose de foncièrement contradictoire dans la démarche qui consiste à proclamer solennellement dans un texte des droits fondamentaux, qui devraient être logiquement d'application universelle, tout en reconnaissant, dans le même temps, que tous ne bénéficieront pas de l'intégralité des droits ainsi proclamés ?

On lit ainsi dans le *préambule* de la Charte que « *l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité, de solidarité* ». Mais si ces valeurs sont indivisibles et universelles, comment expliquer que la Charte ne garantisse pas à tous l'ensemble des droits qu'elle énonce et qu'elle fasse des distinctions entre les citoyens et les non citoyens, entre les résidents réguliers et les résidents irréguliers ?

Symptomatique à cet égard sont les articles 20 et 21 de la Charte. L'article 20 pose en principe que « *toutes les personnes sont égales en droit* » - affirmation qui est en réalité contredite par les articles de la Charte réservant certains droits aux citoyens de l'Union. *L'article 21*, lui, commence par proclamer un principe de non-discrimination, avant de préciser que les discriminations fondées sur la nationalité, elles, ne sont mises hors la loi que dans le champ d'application du traité — autrement dit, que sont proscrites les discriminations entre ressortissants des États membres de l'Union, mais non celles qui visent les ressortissants des États tiers.

De même, le premier alinéa de l'article 45 relative à la liberté de circulation et de séjour énonce que « *tout citoyen a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* ». Il est suivi d'un second alinéa dans lequel on lit que « *la liberté de circulation et de séjour peut être accordée [...] aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre* ». Cette formulation, même si elle est rigoureusement conforme aux stipulations des traités, « sonne » de façon étrange dans une charte des droits fondamentaux. Car de deux choses l'une : ou bien le droit en question est vraiment fondamental et il doit être accordé à tous, ou bien ce n'est pas un droit fondamental et il n'a pas à figurer dans la Charte...

* *
*

À l'issue de cette description de la condition des étrangers à l'époque contemporaine, doit-on parler d'une avancée ou au contraire d'un recul des droits de l'homme ?

D'un côté, il faut relever l'atténuation progressive des discriminations, sous le double impact du développement des droits de l'homme (nécessairement universels) et de l'installation durable des immigrants dans les pays où ils résident qui a contribué à rendre plus choquantes certaines discriminations.

Mais en sens inverse, force est de constater que, depuis vingt-cinq ans, en Europe surtout, mais aussi dans les autres pays occidentaux, la politique dite de « maîtrise des flux migratoires » a rendu plus précaire leur situation dans les pays d'accueil et fait obstacle à l'exercice effectif de droits considérés comme fondamentaux. Ainsi s'est maintenue et parfois renforcée la différence de situation entre les nationaux et les étrangers, en fonction de la certitude qu'ils ont ou n'ont pas de pouvoir

rester dans le pays où ils résident, sans crainte d'en être un jour expulsé ou de voir l'un des leur expulsé

Ceci confirme l'antagonisme potentiel entre l'État-nation et l'État de droit, qu'Hannah Arendt a bien mis en lumière³ : l'État de droit suppose la reconnaissance des droits de l'homme à tout individu, en tant qu'homme, contre le pouvoir, tandis que l'État-nation tend à réserver le bénéfice de cette reconnaissance à ses citoyens.

La subordination de l'État de droit à l'État-nation n'a cependant rien d'inéluctable : il ne tient qu'à nous de revenir à une conception authentique de l'État de droit, fondée sur une vision véritablement universaliste des droits de l'homme qui ne s'arrête pas aux frontières de la nationalité.

³ Hannah Arendt, *L'impérialisme*, Fayard, 1982, pp. 182-183.