
Un défi pour le droit

Christian Bruschi

Le droit, quand il saisit l'étranger, revêt deux significations. Il est contraint, contrôle, parfois facteur de discrimination ou d'exclusion. Dans une Europe occidentale qui perçoit l'immigration comme une menace, législation et réglementation seraient l'instrument d'une volonté de repli. Cette vision comporte une grande part de vérité mais elle est forcément réductrice car le droit comprend aussi les garanties accordées aux individus auxquels il reconnaît des libertés et des garanties qui n'ont pas à varier selon la conjoncture.

Quel étonnement pour l'homme venu d'ailleurs, de l'Est ou du Sud! Il est ébloui par ces droits de l'homme que l'Occident a élevés au rang de principes universels et dont il se sert comme d'une règle pour évaluer tel ou tel pays et pourtant il ne tarde pas à mesurer la distance entre ces grands principes et leur application, l'Occident semble rejeter le plus loin possible la majeure partie de l'humanité.

Mais on ne saurait raisonnablement affirmer qu'aujourd'hui le droit n'est que l'enveloppe d'une crispation qui touche toute l'Europe et qu'il serait la légitimation d'une forteresse de la peur dans laquelle le vote en France pour le Front national, grossièrement hostile à l'immigration, les agressions répétées en Allemagne contre les foyers de demandeurs d'asile traduiraient une dangereuse dérive. Les choses sont certainement un peu plus complexes. L'Europe n'est pas un monolithe et le droit révèle tensions, contradictions qui ne sont pas encore arrivées à leur terme.

Les pays d'Europe à des degrés divers paraissent confrontés aux mêmes difficultés: la montée de la xénophobie et du racisme dans l'opinion publique, l'incapacité à maîtriser les flux migratoires. Cependant, ils ont des droits des étrangers, et encore plus des droits de la nationalité façonnés par leur histoire respective comme par les situations respectives.

Sur bien des points, l'histoire a différencié les pays européens. Il y a par exemple les pays qui ont un passé colonial et les autres; le Royaume Uni, la France, les Pays Bas, la Belgique ont été les têtes d'empires coloniaux, d'où un rapport teinté d'ambiguïté avec les ressortissants des anciens pays colonisés ; ils continuent d'appartenir à la famille tout en faisant l'objet d'une discrimination. Les droits de la nationalité le font ressorti nettement. Au Royaume-Uni le "British Nationality Act" de 1981 a défini l'étranger comme n'étant ni un citoyen du "Commonwealth", ni une personne se rattachant à un territoire qui a été sous protectorat britannique, cependant ces dernières catégories ne sont pas rangées pour autant dans les citoyens britanniques. Diverses dispositions du Code de la nationalité française n'ont d'autre but que de conserver ou de permettre de conserver la nationalité française à d'anciens colonisés mais en faisant intervenir dans beaucoup de cas le critère de l'assimilation visant à écarter ceux qui seraient trop éloignés des moeurs françaises.

Le passé colonial ressort aussi d'accords signés au moment de l'indépendance et qui ont fait depuis l'objet d'avenants. On y trouve à côté des facilités accordées aux ressortissants du pays devenu indépendant des dispositions franchement restrictives. Les accords franco-algériens, suite des accords d'Evian, mêlent des dispositions avantageuses (ainsi les Algériens désireux de s'installer en France n'ont pas besoin d'un visa long séjour, obstacle premier à l'immigration de tous les autres étrangers, sauf les ressortissants de la Communauté européenne) et des dispositions nettement plus sévères que pour les autres étrangers (rapatriement autoritaire des Algériens, même nés en France et qui seraient oisifs de leur propre fait depuis plus de six mois...).

Il y aussi les pays anciennement d'émigration ou d'immigration.

L'Irlande, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, pays d'émigration s'opposent à la France, pays où l'immigration est ancienne. Sur ce point encore les effets différent, les pays d'émigration ont eu longtemps des législations sommaires sur les étrangers. Ainsi un décret royal en Italie datant de 1938 qui donnait aux étrangers un permis de séjour maximum d'une année, et des législations maintenant sur une longue durée la nationalité des émigrés et de leurs enfants. En revanche, la France a un droit des étrangers déjà fort ancien qui s'est surtout développé à la fin du XIXème siècle quand elle a commencé à compter plus d'un million d'immigrés. Il est significatif que la loi de 1893, la première qui impose aux étrangers la déclaration auprès de l'administration s'appelle "loi pour la protection du travail national", le législateur introduisant dès cette date un lien entre la protection économique des nationaux et la présence étrangère en France. Cette différence entre pays d'émigration et d'immigration tend à s'estomper car, à l'exception de l'Irlande, tous les pays de la Communauté européenne ont cessé d'être des pays d'émigration si ce

n'est à dose infinitésimale. Ils sont devenus à leur tour des pays d'immigration, il y aurait aujourd'hui un million trois cent mille étrangers en Italie et huit cent mille en Espagne. Il s'agit d'une immigration récente, venue en grande majorité dans les années 80 et qui n'est pas encore sédentarisée comme cela est le cas au Royaume-Uni, en France, en Allemagne.

La conception de la nation héritée de l'histoire produit aussi des effets différents surtout en matière de nationalité. La France moderne a eu pour événement fondateur la Révolution qui a vu dans la nation un corps politique tandis que l'Allemagne, nation récemment constituée et encore plus récemment reconstituée, sont membres de la nation allemande tous les individus dispersés dans l'Est de l'Europe et qui ont une origine allemande, même fort lointaine.

A l'histoire s'ajoutent des aspects géographiques. Jusqu'à une date récente, les flux migratoires, à l'exception des migrations internes à l'Europe, ont reproduit les sphères d'influence traditionnelles, le plus souvent en rapport avec la colonisation mais pas seulement. Les Pakistanais et Jamaïcains sont allés s'installer au Royaume-Uni, les Indonésiens et Surinamiens aux Pays-Bas. L'ancienne Afrique française a fourni pour sa part un fort contingent d'immigrés à la France. Les Turcs ont immigré en Allemagne qui dispose depuis le début du siècle de puissants intérêts en Turquie. Les pays d'Europe occidentale ont mis en place au milieu des années 70 des dispositifs d'arrêts de l'immigration dont l'efficacité dépend en partie de la position géographique. Le contrôle des frontières aériennes est plus efficace que le contrôle des frontières terrestres. Le Royaume Uni, fort de sa situation insulaire, ne reçoit plus que très peu d'immigrés, tandis que l'Allemagne accueille chaque année des centaines de milliers de demandeurs d'asile, provenant principalement de l'Est. Elle se trouve placée devant un choix douloureux. Soit elle continue d'agir comme si l'Europe de l'Est se situait dans son prolongement et elle fait preuve d'une certaine ouverture migratoire qui s'est traduite notamment par une pression discrète, mais efficace, auprès de ses partenaires de l'espace Schengen pour que les Polonais, Tchécoslovaques, Hongrois ne soient plus astreints à l'obligation du visa. Soit elle établit une ligne de démarcation étanche entre elle et ses partenaires de l'Est avec les conséquences que ceci aura sur son positionnement dans cette partie de l'Europe. En effet, et cette observation vaut aussi bien pour l'Est que pour le Sud, on ne peut sur le long terme dissocier les échanges humains du reste des échanges toute attitude visant résolument à écarter les flux migratoires en provenance de certains pays, avec tout le contrôle tatillon qui lui est attaché, réagit nécessairement sur les relations globales avec ce pays.

Histoires et situations différentes n'empêchent pas un rapprochement entre pays d'Europe occidentale dans le domaine du droit des étrangers,

mais ce rapprochement est limité et s'opère dans une certaine confusion.

Un rapprochement limité des droits des étrangers des pays européens

Des évolutions semblables se sont produites dans les pays d'Europe occidentale, sans pour autant atteindre une harmonisation.

On constate une double tendance dans les droits des étrangers des pays européens. D'une part ils accentuent le contrôle aux frontières et répriment plus sévèrement l'immigré en situation irrégulière, d'autre part ils accordent davantage de droits et de garanties aux immigrants installés de longue date et à leurs enfants. Ainsi, la récente loi allemande sur les étrangers reprend des dispositions de la loi française, en leur donnant même sur certains points un caractère encore plus protecteur. Il est clair que les sociétés d'Europe occidentale ne peuvent pas, sans risque majeur pour leur cohésion interne, soumettre des catégories entièrement partie prenante de leur population à un régime juridique précaire. Cependant, on est loin d'une harmonisation, les procédures offertes aux étrangers diffèrent selon les systèmes administratifs ou judiciaires, tandis que quelques pays ont accordé aux immigrants le droit de vote aux élections locales. C'est le droit de la nationalité qui met encore le plus en relief cette absence d'harmonisation.

L'effet de la nationalité est déterminant: elle est conçue comme le terme d'un processus d'intégration, elle fait accéder l'étranger à une totale égalité juridique et lui permet la participation politique car à quelques nuances près nationalité et citoyenneté se confondent.

Les droits de la nationalité sont le produit d'une histoire de la nation. Ils ne dépendent pas aussi étroitement de la conjoncture que les droits des étrangers. En 1986, quand le gouvernement français a élaboré un projet de loi visant à restreindre le droit du sol (nationalité par la naissance sur le territoire français), il s'est heurté à l'opposition du Conseil d'Etat et d'une partie non négligeable de l'opinion publique. Il a dû renoncer à son projet et il a chargé une commission des sages de rédiger un rapport sur la question. En plongeant dans l'histoire de chaque nation, les droits de la nationalité divergent profondément, les droits allemand et espagnol considèrent que seule la filiation confère la nationalité, le droit français est marqué par le droit du sol, les droits néerlandais et italien sont dans une position intermédiaire. Résultat : un enfant d'immigré turc né en Allemagne, ou son petit enfant, devra se faire naturaliser allemand même si depuis quelques mois la loi rend plus facile sa naturalisation, un enfant d'immigré d'un pays du Maghreb né en France sera Français à la majorité, sauf accident, sans avoir eu à le

demander. Les conséquences du droit de la nationalité dépassent désormais le cadre national, l'intégration communautaire donne de plus en plus de droits et d'avantages aux ressortissants des pays membres de la Communauté européenne. Le traité de Maastricht crée une citoyenneté européenne, la qualité de communautaire s'acquiert par la nationalité d'un des pays membres. Elle sera attribuée plus ou moins largement selon le pays où l'on a immigré et cela risque de durer longtemps car les pays ne sont pas sur le point d'harmoniser leurs droits de la nationalité.

La qualité de communauté nous invite à nous intéresser aux différentes organisations européennes, il n'y a pas une, mais plusieurs Europe dont chacune est animée par une dynamique spécifique.

La communauté européenne s'est édifiée sur la base du marché dans le but de constituer un vaste espace économique. La dynamique du marché a fini par rencontrer la logique des États. Le projet d'une monnaie unique européenne, présent dans le traité de Maastricht, illustre cette rencontre car la monnaie, instrument indispensable des échanges, est aussi une prérogative ancestrale de l'État. Depuis des années la Communauté européenne bute sur la question de l'immigration en provenance des pays tiers, on est bien au cœur de cette contradiction entre logique du marché et logique des États. Ces derniers ne tiennent pas à diluer leurs prérogatives (dans un domaine sensible, le contrôle des étrangers) dans un vaste marché; il y a quelques années ils ont fait clairement comprendre à la commission qu'ils se réservaient ce domaine.

C'est dans ce contexte que prend naissance Schengen. Quand l'accord de Schengen est signé en 1985, la presse ne retient du texte commun aux trois pays du Bénélux, à la RFA et à la France, que l'allégement du contrôle frontalier. Schengen paré d'un air de liberté bien trompeur en vérité, car Schengen proposait l'harmonisation des droits des étrangers des pays signataires, et un renforcement du contrôle des frontières de l'espace Schengen, surtout pour lutter contre trois dangers fallacieusement mis sur le même plan : le terrorisme, le trafic de stupéfiants et l'immigration clandestine.

On trouvait dans les annexes de l'accord une liste de pays dont les ressortissants devaient faire aux frontières l'objet d'une surveillance particulièrement attentive. Dans cette liste étaient cités des pays de l'Est pour des raisons politiques, mais aussi les pays du Sud de la Méditerranée dont les trois pays du Maghreb sur lesquels la suspicion était jetée.

Schengen a connu des développements laborieux qui sont loin d'être achevés, mais dès le début cet accord occupe une place originale.

Schengen a été élaboré en dehors de la Communauté tout en accordant la liberté de circulation aux ressortissants de tous les pays de la Communauté. Il réunit le noyau initial de la Communauté moins l'Italie qui sera la première parmi les non-signataires à s'y rallier et

manifeste avant tout une logique de coopération entre les Etats en matière de police et de justice, dans des domaines où il est clair qu'ils sont méfiants à l'encontre de l'intégration communautaire. Schengen; c'est un peu la revanche des Etats.

Reste le Conseil de l'Europe considérablement plus large que la CEE puisqu'il regroupe nombre de pays de l'Est (depuis peu) et la Turquie. C'est une organisation qui, dès 1949, s'est fixée comme but de défendre les droits de l'homme comme patrimoine commun à l'Europe et comme application de la déclaration des droits de l'Homme de l'ONU de 1948. Elle a porté de l'intérêt aux migrants, notamment par l'élaboration de la Charte du travailleur migrant. Mais surtout la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a donné un contenu effectif à des droits individuels fondamentaux au-dessus des Etats.

Le droit des étrangers, apparence ou substance

Les immigrés nous interrogent sur le sens même du droit alors qu'il y a vingt ans, un cours de droit administratif ou de libertés publiques, pouvait ignorer les aspects juridiques de l'immigration. Aujourd'hui c'est devenu impossible tant, à de multiples reprises, le droit et l'immigré se sont rencontrés.

Le droit serait-il le calque d'un rapport de force défavorable aux pays du Sud après avoir été l'enveloppe sous laquelle s'opérait à l'échelle internationale la vente de la force du travail. Le juriste ne serait-il qu'un habile conteur destiné à habiller les choix contraires à la justice, en creusant un fossé de plus en plus profond entre les pays riches et les pays qui ne le sont pas?

Et de citer, pour ne s'en tenir qu'aux normes européennes, la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990 qui offre un arsenal complet pour empêcher non seulement l'immigration, mais aussi pour limiter la liberté de circulation, en dépit des accords d'Helsinki, des personnes venues de pays suspectés. Schengen organise un système d'informations dit système d'information Schengen (SIS), qui vise à détecter à la frontière tout étranger susceptible de se transformer en immigré, oblige les pays signataires à établir la responsabilité pénale des transporteurs pour les passagers qui ne rempliraient pas les conditions pour pénétrer sur leur territoire et généralise les visas, à l'exception des étrangers déjà résidents dans un des pays signataires.

L'accord de Maastricht emboîte un peu le pas. Certes il permet aux étrangers des pays tiers d'avoir recours au droit de pétition qui, pourtant s'inscrit dans la citoyenneté européenne, mais il donne un aval sans le nommer à Schengen et prévoit une harmonisation des visas.

La "peur des envahisseurs" débouche-t-elle sur un mur qui ne serait

plus celui de Berlin, mais dont les briques seraient les éléments d'un arsenal juridique européen et qui s'édifierait au milieu de la Méditerranée et quelque part aussi à l'Est. Pour n'évoquer que la France, la récente loi sur les zones d'attente est hautement symbolique, l'attente d'étrangers aux portes de l'Occident pendant plusieurs semaines et, le plus souvent, sans résultat positif.

Les droits de l'homme à deux vitesses, la pleine vitesse à usage interne de l'Occident, la petite à usager externe... en un mot la négation des droits de l'homme indissociable de l'humanité considérée comme un bloc indivisible.

Vision rapide certes, la liberté de circulation n'est pas encore sanctionnée comme un droit fondamental, elle demeure un privilège réservé à ceux qui en ont les moyens et on peut se demander si nous ne vivons pas la fin de l'errance des pauvres qui avait commencé il y a près de deux siècles; mais le droit des étrangers n'est pas réductible à cet aspect même s'il compte énormément et si son oubli révèle l'égoïsme croissant des sociétés occidentales.

Le droit des étrangers a gagné pourtant en substance, il ne se présente plus comme un droit du guichet devant lequel l'étranger serait désormais face à une administration toute puissante, il intègre des droits fondamentaux qui souvent ont été rendus effectifs grâce au contentieux des étrangers. Doit-on rappeler l'arrêt GISTI du Conseil d'Etat de 1978 qui se référant au droit de vivre en famille contenue dans le préambule de la constitution de 1946, annulait les dispositions restrictives apportées au regroupement familial.

On peut même dire que la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, dans plusieurs décisions, ont insisté sur les limites de l'ordre public justifiant des mesures prises à l'encontre d'étrangers, qu'il s'agisse de tortures ou de traitements dégradants qui attendraient l'étranger en cas de retour forcé dans son pays d'origine, ou de l'atteinte à la vie familiale si la famille de l'étranger frappé d'une mesure d'éloignement vit dans le pays dont on veut l'éloigner (N° du 26.8.92 Beljoudi - France - CEDH). L'étranger a désormais des droits qu'il peut faire valoir devant la juridiction supranationale (la France admet les recours individuels depuis 1981 devant la CEDH). Ainsi, on assiste à l'affaiblissement du face à face Etat-étranger qui pourrait avoir les plus grandes conséquences dans l'avenir.

Le droit instrument ou calque d'un rapport de forces favorables aux pays riches, ou dernier rempart des étrangers menacés dans leurs droits fondamentaux, certainement les deux, mais n'oublions pas le second aspect car n'utiliserait-on les droits de l'homme que comme le voile cynique destiné à dissimuler le refus des autres qu'on se laisserait prendre à son propre piège car le voile deviendrait à coup sûr, la tunique de Nessus qui brûlerait les bonnes consciences d'une Europe qui aurait choisi ses intérêts mal compris contre ses propres principes.

Christian Bruschi est professeur à l'Université de Lyon III.