
Respect des droits fondamentaux et police des étrangers

Christian Bruschi

Dans les sociétés modernes promises à la citoyenneté, les étrangers forment une catégorie particulière composée de non-citoyens. Comme l'avaient pressenti certains esprits au début de la Révolution, la façon dont une société traite ses non-citoyens est l'aune qui permet de mesurer le respect des droits fondamentaux. De plus, le rapport à l'étranger révèle le regard qu'une société porte sur elle-même; il traduit ses angoisses sur son avenir.

La France aime bien les commémorations, mais il ne semble pas que les pouvoirs publics célèbreront le cinquantenaire de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui reste le texte de référence en matière de droit des étrangers. Ce texte, une fois de plus, vient d'être remanié; il ne s'agit pas de quelques corrections, mais d'une modification en profondeur. Notre droit des étrangers a été bouleversé sans qu'on s'en rende compte du premier coup d'œil. Les multiples touches qui y ont été apportées relèvent d'une volonté cohérente. Ce changement ne peut être dissocié de la réforme décisive de la nationalité qui a substitué la manifestation de volonté au droit du sol.

L'évolution du rapport des immigrés au droit appelle deux réflexions: la première, incontournable, porte sur la ligne de partage entre le respect des droits fondamentaux et la police des étrangers. La seconde, en ces temps où l'on ne cesse d'évoquer la lutte contre l'exclusion, porte sur le droit comme facteur d'inclusion ou d'exclusion des étrangers.

L'évolution de l'ordonnance du 2 novembre 1945

Le droit des étrangers est sensible à la conjoncture économique comme à la conjoncture politique. Depuis 1981, tout changement de majorité a amené de substantielles modifications de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui a ainsi perdu à peu près tout ce qui constituait son contenu initial. Après avoir lancé la régularisation exceptionnelle de 132 000 immigrés, le gouvernement socialiste procéda en deux temps. D'abord il traita de la sanction du séjour irrégulier et des mesures d'éloignement, ensuite, presque trois ans plus tard, il réforma le régime des titres de séjour en créant le titre unique. Le nouveau dispositif constituait une refonte de l'ordonnance et s'était inspiré des critiques portées à l'encontre du système précédent, sans toutefois aller jusqu'au bout de la logique consistant à attribuer à l'étranger de véritables droits que celui-ci aurait pu opposer à l'Etat et ainsi faire sortir le droit des étrangers du domaine de la police (au sens où l'Etat régent un domaine) pour le faire rejoindre le domaine de l'Etat de droit.

Les critiques dont on avait tenu compte étaient: la nécessité de légiférer en réduisant le rôle des circulaires et en s'efforçant de faire entrer dans la loi tous les aspects qui jusque-là relevaient de pratiques administratives; la "juridicisation" en confiant au juge judiciaire la sanction du séjour irrégulier; la simplification des titres avec la carte d'un an et de dix ans; la notion de catégories d'étrangers protégés en empêchant leur éloignement (conjoint de Français, né en France, arrivé avant l'âge de dix ans etc.)

Mais, dès avant 1986, quelques indices manifestèrent un raidissement. Ainsi, par exemple, le regroupement familial, toujours maintenu en dehors de l'ordonnance, fut l'objet de dispositions plus restrictives, notamment par la suppression du regroupement sur place (décret du décembre 1984).

Le changement de majorité en 1986 et l'arrivée au ministère de l'Intérieur de Charles Pasqua allait battre en brèche les droits concédés précédemment.

La loi du 9 septembre 1986 n'est ni un retour à la loi Bonnet, ni une anticipation de la seconde loi Pasqua. Elle n'avait pas été annoncée durant la campagne des législatives et elle est d'autant plus surprenante que les partis de la nouvelle majorité avaient voté la loi du 17 juillet 1984 sur le titre unique puisqu'elle avait été adoptée à l'unanimité. Si elle apparaissait comme un gage donné à l'électorat séduit par l'extrême-droite, elle n'avait pas la prétention de reconstruire l'ordonnance selon un plan cohérent. Ses effets n'en furent pas moins dévastateurs. Elle réintroduisait la reconduite à la frontière par décision administrative sans recours suspensif, elle s'attaquait aux catégories d'étrangers protégés, elle conditionnait la délivrance de la carte de résident à l'absence de motif de refus pour ordre public et elle aggravait sensiblement la sanction pénale du séjour irrégulier tout en supprimant la notion de droit d'entrée. Hors

ordonnance de 1945, la loi prévoyait la non-motivation des refus de visa par dérogation à la loi sur la motivation des actes administratifs. La loi du 9 septembre était donc une riposte politique à cinq années d'application de la loi Defferre du 29 octobre 1981, et n'avait pas encore l'ambition de faire de l'ordonnance un petit code sur les étrangers.

Elle resta en vigueur au moins trois ans et ne survécut pas, après quelques hésitations, au changement de majorité de 1988.

Le triomphe de la police des étrangers

La loi Joxe du 2 août 1989 fut décidée sous la pression du mouvement associatif de soutien à l'émigration. Elle consistait essentiellement en un retour aux dispositions d'avant la loi Pasqua de septembre 1986 et non en une nouvelle avancée des droits des étrangers. La loi n'en revenait pas cependant à la notion de droit d'entrée et ne modifiait pas l'absence de motivation des refus de visa; mais, tout en conservant la reconduite à la frontière par décision administrative, elle rendait possible (après annulation par le Conseil constitutionnel et une loi rectificative du 10 janvier 1990) un recours suspensif d'urgence devant le tribunal administratif et elle contredisait la jurisprudence du Conseil d'Etat du 26 septembre 1986 permettant d'opposer le séjour irrégulier à une demande de carte de résident.

Cette loi allait être la dernière qui pût paraître bienveillante à l'égard des étrangers car il ne fallut pas attendre le retour de la droite pour que soient adoptées des mesures restrictives.

La loi du 31 décembre 1991 ne modifiait pas directement l'ordonnance de 1945, car elle traitait de l'interdiction judiciaire du territoire. Elle a été perçue comme une réponse positive aux critiques de la double-peine puisqu'elle introduisait, en matière de stupéfiants, des catégories d'étrangers protégés, mais elle étendait une telle interdiction à la répression d'autres infractions comme l'emploi de travailleurs en séjour irrégulier, l'hébergement collectif ou l'aide au séjour irrégulier tout en n'excluant plus, pour des catégories d'étrangers protégés, les interdictions pour séjours irréguliers.

Les lois suivantes, du 26 juin et du 6 juillet 1992, concernaient directement l'ordonnance qu'il s'agisse de la responsabilité pénale des transporteurs conformément à la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 ou les zones d'attente. Ces lois, tout en gardant un caractère ponctuel, traduisaient une volonté restrictive qu'allait amplifier le nouveau ministre de l'Intérieur après le retour de la droite.

La seconde loi Pasqua du 24 août 1993 (avec celle du 31 décembre 1993) avait d'autres ambitions que la première; elle n'en était pas une redite puisqu'elle se proposait de combler toutes les brèches d'un dispositif en mettant l'étranger sous la dépendance quasi-totale de l'autorité administrative. Pour réussir ce verrouillage, de nombreux textes ont été modifiés au-delà du texte de 1945, du code civil jusqu'au code de la sécurité sociale; quant à l'ordonnance, non seulement elle a gardé une

place privilégiée mais elle allait désormais constituer presque un petit code de police des étrangers.

Tout d'abord, on note la volonté de faire entrer dans l'ordonnance des points qui jusque-là en avaient été écartés comme le certificat d'hébergement et le regroupement familial. De même, l'ordonnance intègre des références explicites à des conventions internationales, la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés ou la convention européenne de sauvegarde du 4 novembre 1950. L'ordonnance est par conséquent plus exhaustive qu'auparavant. Mais il ne s'agit pas d'un petit code qui énoncerait des droits avant d'en préciser les limites. Il s'agit d'un petit code de police administrative; même le Conseil constitutionnel, tout en annulant huit dispositions de la seconde loi Pasqua, a cru devoir réaffirmer dans sa décision du 13 août 1993 le caractère constitutionnel de la police des étrangers en matière de séjour. Par ailleurs, l'ordonnance sert de modèle aux conventions bilatérales qui n'ont plus pour objet d'établir un statut dérogatoire mais bien de faire accepter par le pays d'origine la législation française. Même la circulaire du 7 juin 1994 relative aux conditions de séjour en France des ressortissants des Etats membres de l'Union Européenne fait référence à de nombreuses reprises à l'ordonnance de 1945.

L'accès réduit à la nationalité française

L'espoir pour un étranger de devenir national le rapproche de ce dernier. En revanche, quand l'acquisition de la nationalité est plus difficile, la distance entre l'étranger et la nationalité s'accroît.

Le droit de la nationalité a été modifié en profondeur par la loi du 22 juillet 1993. Cette loi reprend, pour une grande part, les conclusions de la commission des Sages réunie en 1987 et présidée par Marceau Long, vice-président du Conseil d'Etat. Sans l'étudier de façon exhaustive, on peut retenir deux points significatifs: l'oubli du passé colonial et le moindre effet sur la nationalité des liens avec la société française.

L'oubli du passé colonial

De ce point de vue, la nouvelle loi sur la nationalité constitue un tournant décisif.

Jusqu'au début des années 1960, la France a été une grande puissance coloniale et son immigration provient pour une large part de ses anciennes colonies. En 1973, lorsque la majorité gaulliste eut à discuter, une bonne dizaine d'années après la décolonisation, des effets de cette dernière sur la nationalité, elle décida de prolonger l'effet colonial considérant que les liens entre la France et ses anciennes colonies restaient très étroits. L'ancien colonisé tout en n'étant pas national n'en était pas pour autant totalement étranger. Cela se traduit par deux dispositions. La première sur la base du droit du sol permettait

de considérer comme né français tout enfant né en France d'un parent qui lui-même était né sur un territoire français, qu'il s'agisse des pays d'Afrique noire jusqu'en 1960 ou de l'Algérie jusqu'en 1962. La seconde disposition permettait (article 153 de l'ancien code de la nationalité) au ressortissant d'un ancien pays du territoire français d'Outre-Mer de réintégrer la nationalité par simple déclaration, à condition d'avoir obtenu une autorisation ministérielle. Ces deux dispositions ont été gommées par la loi du 21 juillet 1993. Après le 1er janvier 1994, l'enfant né en France d'un parent qui lui-même était né dans un territoire d'Outre-Mer reste étranger, à l'exception de l'Algérie qui, elle, était constituée de départements français? Mais au cours du débat parlementaire, on a ajouté que l'enfant né en France d'un Algérien né avant le 1er juillet 1962, ne serait français qu'à la condition que l'un de ses deux parents réside régulièrement en France depuis cinq ans.

La lutte contre l'immigration a ainsi pris le pas sur les liens issus d'une colonisation séculaire.

Il en a été de même pour la suppression de la réintégration dans la nationalité française par simple déclaration. Les ressortissants des territoires qui avaient été colonisés sont désormais devenus des étrangers à part entière. Les grands ensembles que la France a dirigés ou auxquels elle appartient n'ont donc pas d'effet sur la nationalité qu'il s'agisse, pour le passé, du grand ensemble colonial ou qu'il s'agisse, pour l'avenir, de l'Union Européenne. On peut, en ce qui la concerne, constater que l'appartenance à l'Union Européenne est sans effet sur la nationalité, même après le traité de Maastricht. C'est dire que l'on assiste à une réduction hexagonale de la nationalité.

Le moindre effet sur la nationalité des liens avec la société française

La nouvelle majorité s'est fixée pour objectif d'empêcher le caractère automatique de l'acquisition de la nationalité française qui ferait des Français de papier et non pas d'esprit ou de cœur. Elle a donc modifié les conditions d'acquisition de la nationalité par la naissance sur le sol français mais aussi les conditions d'acquisition par le mariage.

Depuis 1889, l'enfant d'étranger né en France devenait français à sa majorité, à moins qu'il ne déclînât la nationalité française, encore exigeait-on depuis 1945 qu'il ait vécu en France dans les cinq années précédant sa majorité. On ne peut dissocier la loi de 1889 d'une certaine conception de la nationalité: lorsqu'on appartient effectivement à la même société, on doit avoir la même nationalité. La loi de 1889 avait pour but d'empêcher que l'on demeure étranger en France de génération en génération.

L'optique de la loi de 1993 est radicalement différente. L'enfant né en France devra désormais manifester sa volonté pour devenir français. Il pourra le faire entre 16 et 21 ans à la condition d'avoir vécu en France durant les cinq années précédant cette manifestation de volonté. Celle-ci ne pourra pas faire l'objet d'un refus entre 16 et 18 ans alors qu'elle sera susceptible d'être refusée, de 18 à 21 ans, à la personne qui aurait encouru des condamnations pénales.

En procédant ainsi, la loi consacre l'aspect subjectif de la nationalité au détriment de son aspect objectif. Elle laisse aussi la possibilité de rester étranger en France sur deux générations et de constituer ainsi un groupe d'étrangers pérennisé. On demande à des individus de faire un choix à un moment de leur existence où il sont à la recherche de leur identité. De plus, le nombre d'acquisitions de la nationalité dépendra de l'accueil fait par les différentes administrations à ces jeunes manifestant leur volonté. A n'en pas douter, cette loi aura des effets sur le caractère intégrateur de la société française puisqu'en affaiblissant l'effet de la naissance sur le sol français sur la nationalité, elle ne peut que renforcer, par contre-coup, la nationalité par filiation.

L'acquisition de la nationalité par mariage est, elle aussi, rendue plus difficile. On a accordé une importance exagérée aux mariages blancs alors que l'ancienne loi prévoyait déjà comme condition d'acquisition de la nationalité par mariage la communauté de vie. Désormais le conjoint étranger d'un Français devra attendre deux ans après le mariage pour souscrire une déclaration acquisitive de nationalité, à moins d'avoir eu avant un enfant en commun. Une fois la déclaration souscrite, il faudra qu'ils attendent un an l'enregistrement de cette déclaration et, après cet enregistrement, la déclaration pourra encore être contestée par le ministère public durant une année. Si l'on compte bien, il faudra donc quatre ans après le mariage, pour avoir l'espoir un jour d'être français.

C'est tout un nouveau rapport entre la vie privée et la nationalité qui s'esquisse. L'Etat ne veut pas laisser à la vie privée une part trop grande dans l'attribution de la nationalité à une époque où cette vie privée apparaît fragilisée comme le montre l'augmentation du nombre de divorces intervenant peu de temps après le mariage.

Le droit français et les normes européennes

On ne peut se contenter d'exposer l'état du droit français car, de plus en plus, il est indissociable des normes européennes.

L'impact de ces normes est différent: s'il est fort en matière de droit des étrangers, il est presque nul en matière de droit de la nationalité. Chaque pays européen conserve, en effet, la maîtrise du droit de la nationalité qui s'inscrit dans son histoire nationale et l'harmonisation n'est pas encore à l'ordre du jour.

Un Etat définit la ligne de partage entre les nationaux et les étrangers par le contenu qu'il donne au droit de la nationalité; c'est une prérogative absolue pour le moment hors d'atteinte des normes européennes. Notons par ailleurs que ce n'est pas sans influence sur la vie de l'Union Européenne puisque la qualité de national donne celle de membre de la communauté; celle-ci étant donc plus facile à acquérir dans certains pays que dans d'autres.

En matière de droit des étrangers, il est incontestable que les restrictions intervenues en France sont en accord avec les normes européennes qu'il s'agisse de la convention de Dublin du 14 juin 1990 ou

de la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 entrée en vigueur depuis le 26 mars 1995 entre sept des États signataires: les trois pays du Bénélux, l'Allemagne, le Portugal, l'Espagne et la France.

Dans une intervention le 12 décembre 1994, Charles Pasqua a particulièrement insisté sur le poids des règles européennes: "*Nous ne pouvons raisonner au regard du seul droit national; je dois évoquer aussi les quelques règles internationales ou européennes qui interviennent de plus en plus en matière d'immigration. L'Union Européenne est évidemment pour la France un lieu privilégié où les États peuvent se coordonner pour donner à leur politique de l'immigration davantage d'efficacité (...). Le traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht traite de la politique de l'immigration sur tout ses aspects: de l'entrée, de la circulation, du séjour des immigrés ou de la lutte contre l'immigration irrégulière. Cela fait partie des questions d'intérêt commun aux États membres.*"

Cette intervention ne doit pas laisser croire que le droit français des étrangers serait un simple décalque des normes européennes. Ces dernières ne doivent pas servir d'alibi au dispositif français relatif aux étrangers. S'il est vrai que les politiques migratoires sont de plus en plus discutées à l'échelle européennes voire à l'échelle internationale, de notoires différences subsistent dans les dispositifs mis en place dans les différents pays.

Ainsi pour ne parler que de l'Union Européenne, le droit grec des étrangers qui permet encore l'admission au séjour par le travail est très différent du droit français qui déjà, depuis longtemps, exclut cette possibilité. Il est exact, par contre, que l'accord de Schengen introduit dans notre droit la responsabilité des transporteurs qui acheminent des étrangers ne remplissant pas les conditions d'accès sur le territoire français (loi du 26 février 1992) comme il introduit la possibilité de la réadmission généralisée des étrangers en situation irrégulière dans les États, parties à l'accord, dont ils proviennent. Il n'est reste pas moins que nombre de règles posées par le droit français ne découlent pas de l'accord de Schengen ou de celui de Dublin. Le contenu des lois inspirées par le ministre de l'Intérieur concernant le regroupement familial, le séjour des conjoints étrangers de Français n'a rien à voir avec les accords.

Il est significatif que l'accord de Schengen du 15 juin 1985 qui prévoyait une harmonisation des droits des étrangers des États signataires n'ait guère été suivi d'effet: cette harmonisation n'a été que très partiellement réalisée et c'est plutôt une coordination qui a prévalu dans la convention d'application du 19 juin 1990.

Les prérogatives données à l'administration par la loi de 1993 ont fait du droit des étrangers davantage une police des étrangers qu'un droit protecteur de ces derniers.

Le Conseil constitutionnel lui-même, comme on l'a rappelé précédemment, dans sa décision du 13 août 1993, tout en reconnaissant que les étrangers en situation régulière avaient des droits fondamentaux à faire prévaloir, a attribué à la police des étrangers une valeur constitutionnelle. Cette police des étrangers est le critère suprême de distinction entre l'étranger et le national.

Le ministre de l'Intérieur, dans l'intervention précitée, n'a pas manqué d'en souligner l'importance: "*Il est inadmissible que des ressortissants étrangers, fussent-ils en situation régulière sur le territoire français, — et a fortiori s'ils sont en situation irrégulière — troublent l'ordre public, menacent la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat... Le nombre d'arrêtés d'expulsion prononcés a augmenté de 66% au cours des dix premiers mois de 1994 par rapport à la même période de 1993. C'est dire clairement que la police administrative, sous le contrôle du juge administratif, doit à mes yeux conserver toute sa place dans ce domaine et mieux assurer encore le maintien de l'ordre public. L'évolution contemporaine des phénomènes sociaux justifie pleinement les actions préventives de l'exécutif et de la puissance publique.*"

L'inquiétude que peut susciter une telle déclaration est de deux ordres: si nul ne conteste la nécessité de maintenir l'ordre public, on peut se demander si on n'est pas en présence d'une conception tellement extensive de la police des étrangers qu'elle devient attentatoire à leurs droits. Il est pernicieux d'établir une relation entre l'évolution des phénomènes sociaux et la police des étrangers. L'affirmer revient à suggérer l'idée que les étrangers joueraient un rôle négatif dans cette évolution. Cette référence amène tout naturellement la question de l'inclusion/exclusion.

Alors que la lutte contre l'exclusion est devenue une donnée familière du débat politique, un droit qui favoriserait l'exclusion des étrangers en rendant plus difficile l'accès à la nationalité française, en renforçant la police des étrangers au détriment de la protection des droits, ne ferait qu'accroître l'exclusion d'une part non-négligeable de la population. Il serait temps de réfléchir à ces problèmes et de se rendre compte que le succès du fameux creuset français est indissociable d'un droit des étrangers ouvert et protecteur.

Christian Bruschi est avocat et professeur à l'Université Lyon III.