

Université Lyon 2.
DU droit des personnes étrangères

La loi « immigration » : le respect de l'État de droit et des libertés fondamentales en question. 5 avril 2024.

Geneviève Iacono

Propos introductifs : État de droit, triste(s) droit(s) !

Bonjour à tous et à toutes

C'est un véritable plaisir que de participer une nouvelle fois à ce colloque organisé par Catherine Schmitter dans le cadre du DU consacré au droit des personnes étrangères. Merci chère Catherine pour ta confiance toujours renouvelée. Merci aussi à Nadine Camp et à Synergie migrations partenaire dans la préparation de la journée et à vous tous pour votre soutien au DU et pour votre présence.

Le thème qui fera l'objet de nos réflexions et de nos discussions tout au long de la journée n'est pas d'un abord très facile, et la tâche qui m'incombe dans cette introduction pas d'avantage.

La première intuition qui m'a traversée l'esprit quand Catherine Schmitter m'a proposé d'intervenir sur cette question de l'État de droit des personnes étrangères, c'est bien celle d'une vision d'un « triste droit » auquel nous sommes confrontés, lorsque nous accompagnons les personnes étrangères dans l'accès à la préfecture pour obtenir un rendez-vous, pour faire valoir leurs droits sociaux les plus élémentaires, tels que le droit à la santé, le droit au logement, le droit à une vie privée familiale, le droit à la scolarisation quand on est un enfant, ou pour défendre leur droit à un procès équitable.

L'État de droit, bien qu'il constitue une « *boussole de la vie démocratique* »¹ est par définition une donnée fragile, toujours à remettre sur le chantier tant sur le plan de son application pratique que de la réflexion théorique. Or, le droit des étrangers est particulièrement confronté à ce processus de fragilisation, et ce phénomène est loin d'être nouveau.

Comment ne pas se rappeler le premier numéro de la revue du Gisti, Plein Droit, paru en 1987, donc il y a plus de trente ans. Il portait déjà comme titre : « *Immigrés : la dérive de l'État de droit* ». ²

Depuis, cette époque, les lois se sont succédé à une vitesse accélérée sans que pour autant les droits des personnes étrangères s'en soient trouvés améliorés, c'est le moins que l'on puisse dire. La réponse sécuritaire des gouvernements successifs, suivant de près les alternances politiques et les aléas des cycles économiques et sociaux, a fait de l'étranger le

¹ J. Chevallier, « L'État de droit au défi de l'État sécuritaire », in *Le droit malgré tout – Hommage à François Ost*, Université Saint-Louis, Bruxelles, 2018, pp. 293-312.

² Plein Droit, revue du Gisti, www.gisti.org/plein-droit.

bouc émissaire des principaux maux d'une société tentée par les pulsions identitaires. Le processus de stigmatisation de l'étranger s'est traduit par une intense production législative et réglementaire, ce qui a provoqué une enflure progressive du CESEDA qui s'apparente à un millefeuille de plus en plus complexe à décrypter.

La dernière loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration* du 26 janvier 2024, dite loi Darmanin s'inscrit dans ce processus de fragilisation des fondamentaux de l'État de droit. Le texte opère en effet un mouvement d'accélération du phénomène, ce qui suscite de nombreuses inquiétudes de la part des défenseurs des droits humains, et ce malgré la censure partielle du Conseil constitutionnel sur les questions les plus controversées qui seront évoquées au cours de la journée.³

La recension des productions théoriques sur l'État de droit permet de discerner un consensus largement partagé sur les critères qui le caractérisent, malgré les nuances traditionnelles qui tendent à distinguer les auteurs inscrits dans le courant positiviste et ceux qui répondent plus à une démarche liée au jusnaturalisme.

Le premier critère de l'État de droit admis par tous, repose sur le formalisme des règles qui doivent répondre à des qualités rédactionnelles spécifiques et respecter le principe de la hiérarchie des normes connues de tous, élaborées selon des procédures codifiées et dont la violation est sanctionnée, ce qui confère au juge un rôle éminent dans le contrôle de la légalité externe.

Mais la forme n'épuise jamais le fond. C'est à ce niveau qu'intervient le deuxième critère de l'État de droit qui vient compléter et se conjuguer de manière subtile avec le droit processuel. En effet, des règles adoptées dans le plus grand respect des exigences de procédure peuvent porter atteintes aux valeurs fondatrices de la démocratie et des droits de l'homme.

L'histoire abonde sur ce sujet d'exemples de textes légalement adoptés et pourtant violant les libertés publiques. La légalité n'est pas toujours en phase avec la légitimité. Sur ce sujet, les travaux de Danielle Lochak sur l'histoire des lois antisémites proclamées par le Régime de Vichy sont particulièrement éclairants pour nous alerter sur les risques de la neutralité académique que peuvent avoir les juristes universitaires.⁴ Par ailleurs, de nombreux travaux soulignent le processus de légitimation qui est opéré par la mobilisation de l'état de droit pour justifier des mesures de restriction des libertés fondamentales sur le motif de protection et de sécurité liée à l'urgence sanitaire ou terroriste.

Face à ce risque non négligeable d'instrumentalisation de l'État de droit, et en présence de textes qui violent de manière manifeste les droits de l'homme, bien que répondant aux critères formels de l'état de droit, les juristes ne peuvent rester silencieux. Et c'est bien la raison d'être de ce colloque qui nous réunit aujourd'hui que d'identifier et d'analyser les différentes brèches opérées par ce texte au regard des critères de l'État de droit. Car, si l'objet de ces journées d'études consiste à faire un état des lieux sur les crispations, voire sur les

³ Loi « immigration » : des digues ont sauté face à la xénophobie et à la remise en cause de l'État de droit, Tribune publiée dans Le Monde (15 février 2024).

⁴ Danièle Lochak, La doctrine sous Vichy ou Les mésaventures du positivisme : bonne ou mauvaise conscience des juristes ?

violations des principes fondamentaux quand ils s'appliquent à la situation des personnes étrangères, le défi est également de tenter de trouver les marges de manœuvres qui permettent de dépasser ces carences et de saisir les opportunités pour permettre que les valeurs constitutives de l'État de droit ne restent pas une donnée virtuelle, mais demeurent bien des repères intangibles et non négociables de l'action publique.

La formulation choisie par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe nous a servi de cadre pour bâtir cette introduction. « *L'État de droit serait une coquille vide sans la protection des droits de l'homme. Inversement, la protection et la promotion des droits de l'homme ne sont réalisées que par le respect de l'État de droit : une solide garantie de l'État de droit est vitale pour la protection des droits de l'homme.* »⁵

Or, sur ces différents aspects, les textes successifs portant sur le droit des étrangers, et aujourd'hui la loi Darmanin, ont contribué à fragiliser les droits fondamentaux des personnes étrangères, tant dans leurs garanties procédurales que dans leurs droits substantiels.

Mon propos s'organisera en deux parties. Dans un premier temps, nous analyserons les garanties procédurales pour cerner les écarts que produit la loi Darmanin par rapport aux standards de l'état de droit. Puis, dans un second temps, intégrant la dimension substantielle de l'État de droit, nous tenterons de saisir les véritables enjeux philosophiques et éthiques qui se dessinent dans la figure de l'étranger et qui tendent à l'extraire de la commune humanité.

I. La fragilisation de l'État de droit dans ses garanties procédurales

Pour ne pas risquer de déflorer les communications des intervenants, j'ai pris le parti du grand angle en envisageant d'une part la question de la sécurité juridique et d'autre part le respect des règles de la hiérarchie des normes et de l'équilibre des pouvoirs dans la fabrique de la loi.

A. La sécurité juridique

La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'État de droit. Cette affirmation ressort de manière tout à fait explicite des travaux de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe⁶. La sécurité juridique suppose que les citoyens soient en mesure de déterminer avec précision le cadre de leur action et le droit qui leur est applicable. Pour répondre à cette exigence de sécurité juridique, un certain nombre de critères de forme et de fond doivent être réunis.

1. Les critères formels de la règle

La multiplication des textes à un rythme accéléré et l'adoption d'un nouveau texte avant même que les effets de la loi précédente n'aient été complètement maîtrisés et évalués contribue à rendre ce droit peu lisible, instable et difficilement accessible pour l'ensemble des acteurs.

⁵ Commission de Venise du Conseil de l'Europe, liste des critères de l'État de droit, 2016

⁶ Un rapport déjà ancien du Conseil d'État consacré à la sécurité juridique est particulièrement éclairant pour aborder le sujet qui nous concerne aujourd'hui face au désordre normatif qui affecte le droit des étrangers. Sécurité juridique et complexité du droit, Conseil d'État, Rapport public 2006.

Par ailleurs, il faut s'y reprendre à plusieurs fois pour décrypter les significations de nombreux articles tellement leur rédaction est complexe. Au regard des critères de l'intelligibilité de la loi, de sa clarté, de sa précision, la nouvelle loi sur l'immigration est loin de répondre aux exigences de l'État de droit.

Mais de manière plus fondamentale encore, les garanties procédurales fondatrices de l'État de droit se trouvent largement remises en cause par la loi Darmanin sur deux aspects importants : Il s'agit d'une part du principe de non-rétroactivité et d'autre part des attentes légitimes liées au principe de prévisibilité de la loi qui sont au cœur de la notion de sécurité juridique.

La non- rétroactivité de la loi suppose que l'on légifère pour l'avenir et non pour le passé. Or le nouveau dispositif des OQTF prévu par la loi aux articles 47 à 52 en vue « *d'agir pour la mise en œuvre effective des décisions d'éloignement* » pose de sérieuses questions qui ne vont pas manquer de susciter de nouveaux contentieux.

Le principe des attentes légitimes fait partie du principe général de la sécurité juridique dans le droit de l'Union européenne. Il signifie que les autorités publiques ne doivent pas se contenter d'observer la loi, mais aussi de respecter leurs promesses et les attentes qu'elles suscitent. Selon cette doctrine, les attentes de la personne qui agit de bonne foi en se fondant sur l'état courant du droit ne doivent pas être déçues. De même, la CEDH a, dans sa jurisprudence, combiné de nombreuses fois le critère de clarté et de précision de la règle comme un élément déterminant de sa **prévisibilité** permettant de se projeter dans une action future. Les perspectives de régularisation par le travail sur les métiers en tension prévue à l'article 27 de la loi du 24 janvier pourra servir pour les contentieux futurs d'accès au droit pour vérifier si cette disposition sera véritablement effective malgré les pouvoirs d'appréciation laissés aux préfets.

2. Les critères liés à l'accès au droit

Si connaître le droit applicable à sa propre situation est une condition essentielle de l'État de droit, le faire valoir est un élément tout aussi important.

Or, les difficultés voire l'impossibilité de prendre des rendez-vous dans les préfectures pour déposer son dossier permettant l'obtention d'un titre de séjour correspondant à sa situation constitue un dysfonctionnement majeur de l'État de droit. De même, les ruptures de droit, comme le droit au travail, le droit à la santé, ou le droit au logement liés à l'impossibilité de déposer son titre de séjour ou de le faire renouveler constitue un incident critique majeur dans la vision de l'état de droit. Et là encore sur ce point, la loi Darmanin qui s'avère totalement silencieuse pour répondre aux dysfonctionnements actuels dénoncés de manière unanime par les militants associatifs et les avocats, ne va pas contribuer à améliorer la situation bien au contraire.

B. La fragilisation des garanties procédurales de la fabrique de la loi

La fragilisation des garanties procédurales de la fabrique de la loi appliquée au droit des étrangers est multidimensionnelle. Elle concerne d'une part le rôle du législateur, et d'autre part le rôle des juges.

1. Le rôle du législateur

Le rôle du législateur dans le processus d'élaboration de la loi Darmanin a fait déjà couler beaucoup d'encre et a suscité de nombreux commentaires. Ce qui est sûr, c'est que l'on a assisté à une situation inédite faite de coup de théâtre et de manœuvres politiques tant de la part de l'Assemblée nationale qui a refusé de débattre sur le texte que du gouvernement qui a misé sur la censure a posteriori du Conseil Constitutionnel. Ce genre de stratégie pour faire adopter des textes ne participe pas au renforcement des garanties procédurales de l'état de droit, é au contraire car elle jette le discrédit sur le fonctionnement normal des institutions.

Lors des débats législatifs, des parlementaires et membres du Gouvernement ont admis l'inconstitutionnalité de certaines dispositions et renvoyé au Conseil constitutionnel le soin de les censurer. De telles positions ne sont pas respectueuses de l'État de droit. « En effet, l'État de droit implique que l'ensemble des organes de l'État soient liés par les normes constitutionnelles qui leur imposent de respecter les procédures encadrant leur fonction ainsi que les droits et libertés garantis par la Constitution. »⁷

Par ailleurs, l'incomplétude du texte et son manque de clarté à de nombreux endroits nécessitera le recours à de nombreux décrets qui de fait contribuent à modifier l'équilibre des pouvoirs entre le parlement et le pouvoir réglementaire. Sur ce point le déséquilibre est de plus en plus patent entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif ce qui fragilise l'état de droit.

2. Le rôle des juges

Si la règle de droit doit être sûre, claire et prévisible, les personnes directement concernées doivent pouvoir disposer de voies de recours devant des juridictions indépendantes et impartiales, selon les règles du procès équitable. Le rôle des juges dans le système de garantie de l'état de droit est donc essentiel tant sur le plan national qu'europpéen.⁸ La justiciabilité constitue en effet un élément fondamental et déterminant de l'État de droit. Ce qui ressort de l'économie générale du nouveau texte c'est que les garanties procédurales posées par les règles du procès équitable sont très largement fragilisées d'une part par une temporalité accélérée dans les voies de recours et par une vision très distendue des notions d'impartialité et d'indépendance du fait de la généralisation du juge unique à la CNDA.

Si donc l'État de droit se reconnaît à sa capacité de garantir un ordre qui respecte la primauté du droit, on ne peut en déduire qu'il s'agit de n'importe quel droit. C'est un droit qui est fondé sur une dimension substantielle exprimant le principe de dignité humaine et garantissant les droits fondamentaux. Sur ce point également la loi Darmanin ne répond pas à cette nouvelle exigence.

II. Quand les étrangers sont confrontés à une fragilisation de leurs droits fondamentaux, ce qui impacte directement l'état de droit

La loi Darmanin fragilise les droits fondamentaux des personnes étrangères de multiples façons. Il s'agit notamment du durcissement des conditions pour l'obtention ou le

⁷ Vie Publique du 7 juillet 2018, Qu'est-ce que l'État de droit ?

⁸ Avis du défenseur des droits du 23-07 DU 24 novembre 2023 relatif au projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

renouvellement d'un titre de séjour, le renforcement de la double peine, la levée des protections contre les obligations de quitter le territoire français (OQTF), l'instrumentalisation de la menace à l'ordre public, l'allongement des délais pour accéder au juge des libertés en zone d'attente et en centre de rétention administrative, l'allongement de la durée exécutoire des OQTF, de la durée des assignations à résidence ou encore des interdictions de retour sur le territoire, création d'un fichier de mineurs étrangers délinquants ou encore exclusion de l'aide sociale à l'enfance pour les jeunes sous OQTF. L'ensemble de ces mesures porte atteinte aux critères substantiels de l'État de droit.⁹

A. Les critères substantiels de l'État de droit

Contrairement au droit processuel, les liens entre les droits substantiels et l'État de droit sont d'un abord moins évident et de fait plus complexe, comme en témoigne les avis divergents au sein de la doctrine. En effet, les tenants du positivisme juridique ont toujours manifesté une certaine réticence avec l'approche qui consiste à reconnaître le principe de dignité comme pilier des droits humains, en raison de la difficulté de donner une définition précise de la notion. C'est sans doute pour cette raison que le terme de dignité n'apparaît nulle part dans le texte de la Commission de Venise consacré aux critères de l'État de droit. En revanche le principe d'égalité et son corollaire le principe de non-discrimination est inscrit de manière plus évidente et explicite dans le référentiel de l'État de droit tel que défini par la commission de Venise.

1. La construction itérative du principe de dignité comme critère substantiel de l'état de droit

C'est par le biais d'un raisonnement en trois temps qui combine deux à deux les concepts que l'on peut cerner la relation entre principe de dignité, État de droit et démocratie. C'est en effet dans cette relation triangulaire que s'inscrit le principe de dignité comme condition substantielle de l'État de droit.

Premier temps : La recension de ces différents textes internationaux et européens atteste l'importance des valeurs fondatrices et notamment du principe de dignité qui caractérisent la dimension substantielle de l'État de droit. Ainsi, peut-on lire dans la charte de San Francisco « *que les peuples des Nations Unies* » proclament leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes ». On retrouve la même affirmation dans la DUDH complétée ensuite par le PIDCP et le PIDESC. Ces textes reconnaissent à leur tour « *que la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.* »¹⁰

En second lieu, le lien entre principe de dignité et État de droit est établi dans la DUDH et sera repris dans le préambule de la CESDH à travers la notion d'ordre public européen qui tend à promouvoir et à sauvegarder les idéaux et valeurs qui doivent constituer les principes directeurs de toute l'activité de l'État.

⁹ Voir documents Cimade et Gisti.

¹⁰ Résolution 217 A de l'Assemblée générale, 10 décembre 1948.

Enfin le lien entre État de droit et valeurs de la société démocratique a été établi à maintes reprises par la Cour européenne des droits de l'homme qui a souligné dans diverses formules les liens étroits entre prééminence du droit et société démocratique : « *une société attachée à la prééminence du droit* », « *une société démocratique fondée sur la prééminence du droit* », et plus généralement « *la prééminence du droit dans une société démocratique* ».

S'agissant de l'Union européenne, l'État de droit fait partie également de ses valeurs fondatrices au même titre que la démocratie et les droits fondamentaux. Il est commun à tous les États membres et constitue le socle de l'identité de l'Union précisé notamment à l'Article 2 TUE.

Cette triade entre État de droit, valeurs de la société démocratique et respect du principe de dignité impose aux États membres une obligation positive selon laquelle la loi doit « *fournir une protection convenable des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » et affirme que l'État de droit « *exige le respect par l'État de ses obligations tant au niveau du droit international que de son droit interne.* »¹¹

Le principe de l'intégration normative entre toutes les dispositions du droit international et européens, s'il a bien progressé ces dernières années doit être systématiquement mobilisé dans le contentieux pour rendre effectifs le droit à la dignité des personnes étrangères en lien avec les valeurs de la démocratie eux-mêmes fondateurs l'État de droit.

2. Le principe d'égalité et de non-discrimination, critère substantiel de l'État de droit

Comme le principe de dignité, mais de manière beaucoup plus précise, le principe de non-discrimination revêt un caractère fondamental inscrit au cœur de l'ordre public européen. Il figure en effet de manière explicite dans les critères posés par la commission de Venise, dans les textes de l'UE et à l'article 14 de la CESDH, complété par l'article 1 du protocole n°12.¹²

Cependant, ce principe de non-discrimination peut s'analyser sous une forme ambivalente qui pose véritablement question quand on aborde le droit des étrangers.

Si en application de l'article 14 et de l'article 1 du protocole N°12, de nombreuses affaires jugées à la CEDH concernent la condamnation des pratiques discriminatoires fondées sur l'identité de genre, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, les critères ethniques et raciaux,

¹¹ Article 2 TUE « L'Union européenne est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, d'état de droit, ainsi que de respect des Droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités, comme le prévoit l'article 2 du traité sur l'Union européenne (traité UE). Pour veiller à ce que ces valeurs soient respectées, l'article 7 du traité UE prévoit un mécanisme de l'Union permettant de déterminer s'il existe une violation grave et persistante des valeurs de l'Union par un État membre et de la sanctionner. Ce mécanisme a récemment été déclenché pour la première fois à l'égard de la Pologne et de la Hongrie. L'Union est également tenue de respecter les dispositions de sa charte des droits fondamentaux et s'engage en outre à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). À l'heure où les valeurs de l'Union sont menacées dans certains États membres, les institutions de l'Union enrichissent leur boîte à outils afin de lutter contre le recul démocratique et de protéger la démocratie, l'état de droit, les droits fondamentaux, l'égalité et les minorités dans toute l'Union. »

¹² « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

la religion, les opinions politiques, la nationalité, le contentieux européen concernant la protection du droit des personnes étrangères face à des textes qui viendraient à l'encontre du respect de leurs droits fondamentaux, se font beaucoup plus rares.¹³

Ce décalage pose évidemment question suivante car elle masque en réalité deux visions de la notion de la discrimination.

En effet, la notion de discrimination peut être comprise dans une **vision universaliste** qui renvoyant à la notion de « *tout homme* », est donc par essence totalement inclusive parce que liée de manière intrinsèque au principe d'égalité.

Mais on peut percevoir une autre conception de la notion de discrimination en la rattachant aux notions de citoyenneté, de nationalité ou d'origine, qui elles-mêmes supposent une différence de traitement « liées à des appartenances substantielles » qui justifient des traitements différenciés, ce qui implique une notion d'exclusion. Cette dernière qui fonctionne comme une mécanique redoutable mais parfaitement logique, tend à justifier le fait que les personnes étrangères ne puissent bénéficier du droit à la non-discrimination.¹⁴

Et c'est en suivant le raisonnement que mène la cour européenne dans sa jurisprudence concernant l'application de l'article 14 que l'on peut trouver de nombreuses illustrations de ce raisonnement. Si l'on se rapporte aux formulations utilisées par la cour européenne dans de nombreux arrêts, on peut lire que la « discrimination directe » correspond à une « différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables » et « fondée sur une caractéristique parfaitement identifiable. Cette disposition exige donc que les personnes qui se trouvent dans une situation analogue soient traitées de la même manière. Or les étrangers par définition ne sont pas dans une situation analogue aux nationaux, ce qui justifie leur traitement différencié.

Par ailleurs, il est significatif de constater que le mot « étranger » n'apparaisse nulle part dans le rapport sur l'État de droit établi chaque année par la commission européenne qui n'évoque à aucun moment la question des étrangers.¹⁵ Il en est de même pour la référence aux conditions de vie et de maltraitance institutionnelle dont sont victimes les personnes étrangères qui sont confrontées à une négation de leur dignité sans que ces pratiques ne soient combinées explicitement et systématiquement à une violation du principe de non-discrimination et donc de l'État de droit.

Ce déni de droit trouve une deuxième explication dans le processus de catégorisation systématique qu'opère le droit des étrangers avec un mécanisme de tri entre les personnes, ce qui entraîne de fait la mise en œuvre d'une politique discriminatoire justifié par des situations différentes, ce qui va à l'encontre des grands principes de l'État de droit. Mais de manière plus fondamentale, l'étranger devient progressivement une entité à part qui tend à être exclu de l'universalisme qui devrait caractériser pourtant la commune humanité. On voit

¹³ Voir Frédéric Sudre, Joel Andriantsimbazovina, Gerard Gonzales, Adeline Gouttenoire, Fabien Marchadier, Laure Milano, Aurelia Schahmaneche, David Szymczak Index, Les grands arrêts de la CEDH, PUF 2022.

¹⁴ Danielle Lochak, *réflexions sur la notion de discrimination*, Droit social, nov 1987 p.790.

¹⁵ Rapport de la commission européenne sur l'état de droit juillet 2023

se dessiner un grand écart entre « *l'esprit des lois* » tels qu'il résulte des textes internationaux et européens et la pratique des traitements réservés aux personnes étrangères.

Ce décalage qui ne cesse de grandir aussi bien en France que dans toute l'UE, contribue à faire que le droit des étrangers se soit développé en marge de l'état de droit sous la forme d'un « infra droit »¹⁶ qui cristallise la situation de la personne étrangère comme une expression de la figure de l'autre.

B. La situation de la personne étrangère, une expression de la « figure de l'autre »

Le processus de catégorisation des étrangers qui ne cesse de s'amplifier avec la multiplication des titres de séjour aux contours à géométrie variable conduit à définir un statut spécifique applicable pour les travailleurs, les familles, les étudiants, les demandeurs d'asile, les MNA. Mais la grande perméabilité entre les situations et leur évolution très rapide rend rapidement obsolètes les titres de séjour qui y sont associés du fait du glissement constant d'une catégorie à l'autre, ce qui entraîne une grande insécurité juridique pour les personnes étrangères qui sont contraintes de vivre avec des droits incomplets ou insécures voire sans droits du tout.

Mais de manière plus fondamentale encore, le traitement réservé aux personnes étrangères s'inscrit dans un processus dans lequel la personne étrangère est perçue sous le prisme de la « figure de l'autre » par rapport aux nationaux.¹⁷ L'idée de la souveraineté et de la frontière définissant un rapport à l'autre sont omniprésents. L'étranger qui devient un exclu du « monde commun » pour rentrer dans un monde d'exception est avant tout appréhendé à partir de son extériorité, ce qui limite pour lui le « droit d'avoir des droits » pour reprendre la formule d'Hannah Arendt.¹⁸ L'étranger devient l'exception de l'universalisme des droits humains. C'est sans doute pour ces raisons que le droit applicable aux personnes étrangères transgresse si souvent les garanties procédurales et substantielles posées comme critère de l'État de droit qui tend véritablement à devenir un triste droit.

L'enjeu aujourd'hui est de mobiliser toutes les ressources juridiques à notre disposition pour défendre la cause de la dignité des personnes étrangères en faisant de l'état de droit le levier de leur protection et non l'habillage processuel des mesures sécuritaires.

Réactiver le paradigme de la commune humanité » est une urgente nécessité pour revivifier les fondements de l'état de droit, de la démocratie et du principe de dignité. Et l'on peut rêver en se rappelant les propos de Stefan Zweig : « *Rien peut être ne rend plus sensible le formidable recul qu'a subi le monde depuis la seconde guerre mondiale que les restrictions apportées à la liberté de mouvement des hommes et de façon générale à leurs droits. A l'époque, il n'y avait pas de permis, pas de visas, pas de mesures tracassières.* »¹⁹

Geneviève Iacono

¹⁶ Patrick Lehingue, in frontières du droit, critique des droits, billets d'humeur en l'honneur de Danielle Lochak, LGDJ 2007, p. 140.

¹⁷ Catherine Whitol de Wenden, la figure de l'autre, perceptions du migrant en France, 1870, 2022.

¹⁸ Hannah Arendt, les origines du totalitarisme, Paris, Gallimard, coll. Quarto, p. 512.

¹⁹ Stefan Zweig, le Monde d'hier, souvenirs d'un européen, Paris folio 2016.