

Introduction générale

1. Le Droit des étrangers et l'accès à la nationalité française – Le droit des étrangers et le droit de la nationalité sont deux notions qui diffèrent tout en étant complémentaires. Le droit des étrangers concerne le statut des personnes qui sont extérieures à la communauté nationale mais souhaitent entrer ou résident sur le territoire français. Il relève du récent Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) du 1^{er} mars 2005, codifiant un grand nombre de textes, dont l'ordonnance du 2 novembre 1945, amendée à de multiples reprises. Le sujet est traité par le ministère de l'Intérieur. Il échappe en partie à la souveraineté nationale. Aujourd'hui, l'essentiel des normes concernant le droit des étrangers est issu des traités internationaux, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et du droit communautaire depuis le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 2007, même si le législateur français conserve une marge de décision. En revanche, le droit de la nationalité, relatif au statut qui s'attache à la qualité de Français dépend du Code civil de 1804, relève de la souveraineté nationale, du domaine de la loi selon l'article 34 de la Constitution. Il dépend du ministère de la justice en France. Pourtant, les deux sujets sont liés, sinon imbriqués à travers l'acquisition de la nationalité française – traitée dans le présent ouvrage –, c'est-à-dire l'entrée du ressortissant étranger dans la communauté nationale. La plupart des textes de loi sur l'immigration traitent des deux sujets en parallèle. En effet, l'acquisition de la nationalité française est en général

l'aboutissement d'un parcours des étrangers en France : entrée sur la base d'un visa de long séjour d'un an ou de la délivrance d'une carte de séjour temporaire puis obtention d'une carte pluriannuelle de deux ou quatre ans, ensuite obtention de la carte de résident de 10 ans, et enfin naturalisation, en moyenne une dizaine d'années après l'entrée en France. L'acquisition de la nationalité bénéficie à environ 100 000 personnes chaque année. Cet ouvrage est donc organisé sur la base de cette logique chronologique, partant de l'entrée et du séjour des étrangers qui peut déboucher sur l'acquisition de la nationalité française. Le droit des étrangers a connu, en quatre décennies, une transformation profonde. Jusqu'au milieu des années 1970, il relevait pour l'essentiel du pouvoir du Parlement et d'une prérogative discrétionnaire du gouvernement. Quarante ans après, le champ d'action des politiques nationales en matière de droit des étrangers se voit, dans toutes les démocraties nationales, encadré par le développement du contrôle de constitutionnalité, l'extension des possibilités de recours contre les décisions de l'administration, l'essor de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le transfert partiel de compétence à l'Union européenne par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. L'internationalisation du droit des étrangers correspond à une réalité de fait : les phénomènes migratoires se déroulent à l'échelle de la planète et des continents. Son objectif est la protection du droit des personnes tout en préservant certaines marges de décision des États en matière de droit de l'entrée et du séjour. Elle est inévitable dans le monde moderne et ouvert. L'idée d'un retour à un traitement purement national et politique de ces sujets est totalement irréaliste et dangereuse pour les libertés, le droit des personnes, la cohérence du droit dans le temps et dans l'espace. Le rôle des juridictions en matière de protection du droit des personnes est d'ailleurs une garantie de l'État de droit contre le risque d'arbitraire et d'instabilité juridique. En revanche, les conditions d'accès à la nationalité demeurent des compétences nationales.

Chapitre 1

Contexte général, géopolitique, historique

I. Les enjeux du droit des étrangers

2. La montée en puissance d'un sujet de société – Longtemps, au XIX^e et au XX^e siècle, le continent a été marqué par une différence entre les pays d'immigration ou d'accueil, la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas et les pays d'émigration, de départ, la Grèce, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, l'Irlande. Depuis le milieu des années 1990, tous les pays européens sont devenus des pays d'immigration, avec un phénomène de rattrapage rapide au sud de l'Europe. Les nations européennes, se voulant issue principalement de populations d'origine ancienne, ont souvent été opposées aux pays d'Amérique du Nord, forgés au fil des siècles par l'immigration. Les États-Unis comme le Canada se définissent comme des nations de migrants. Aujourd'hui, ce clivage entre l'Europe et l'Amérique est en voie d'être dépassé dans les faits. L'Europe accueille 1 à 1,5 million de migrants chaque année en moyenne, et l'Amérique du Nord 0,6 million¹. L'arrivée supplé-

1. Organisation internationale pour les migrations, OIM 28 septembre 2015.

mentaire de plus d'un million de migrants en Europe en 2015 par la Méditerranée, en dehors des voies légales, fuyant les situations de guerre ou de dictature au Moyen-Orient ou en Afrique, a profondément bousculé le vieux continent et remis en cause nombre de certitudes. Deux courants de pensée se trouvent face à face sur ces questions.

3. La société ouverte – En général, les milieux intellectuels voient dans l'immigration une valeur plutôt positive. L'étranger est ressenti à la fois comme une personne qui, souvent, fuit la misère, et une source de richesse, par la diversité culturelle, le renouvellement démographique et son apport sur le plan économique. L'ouverture est une vertu qui bénéficie à l'individu comme à la société d'accueil. Cette sensibilité s'est particulièrement exprimée dans le célèbre ouvrage de Bernard Stasi *L'immigration est une chance pour la France*, publié en 1984¹. Elle s'exprime aussi à l'échelle planétaire: «L'histoire nous enseigne que les migrations améliorent le sort de ceux qui s'exilent mais aussi font avancer l'humanité tout entière» soulignait Kofi Annan, secrétaire général de l'ONU en 2004. Dans cette vision se retrouvent les milieux économiques, qui voient dans la liberté d'immigrer la possibilité d'accueillir un renfort de main-d'œuvre, tout comme les défenseurs des droits de l'homme: «la migration internationale est l'un des principaux facteurs de transformation du monde dans lequel nous vivons²».

4. La sensibilité conservatrice – L'autre approche, conservatrice, met en avant la préservation d'une cohésion sociale, d'un ordre établi, de systèmes de valeurs, que l'arrivée de personnes venues en grand nombre de l'extérieur serait – selon ce point de vue – de nature à compromettre. Elle insiste sur les limites de la capacité d'accueil du pays de destination: le marché du travail, le logement, les budgets sociaux. Les sondages montrent en général une opinion publique partageant majoritairement cette sensibilité³.

1. Éditions du Seuil.

2. Pour un autre regard sur les migrations, éditions *la Découverte*, 2008 (ouvrage collectif avec Bertrand Badie et Rony Brauman).

3. Selon le baromètre de la confiance CEVIPOF de janvier 2016, 64 % des Français affichent une vision défavorable de l'immigration.

5. L'intérêt des pays d'origine – Un élément déterminant de ce débat doit être pris en compte : l'intérêt des pays d'origine. Or, le sujet est particulièrement complexe. Certes, les transferts de fonds, les sommes que les migrants envoient à leurs familles restées au pays, constituent une ressource essentielle pour de nombreuses régions du monde : 240 milliards de dollars selon la Banque mondiale. Cependant, les États du Sud sont confrontés au problème du pillage des cerveaux. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a fixé l'objectif d'un médecin pour 5 000 habitants dans les pays du Sud. La moyenne planétaire est aujourd'hui d'un pour 4 000, et d'un pour 500 dans les pays occidentaux. Or, les vingt-cinq pays les plus pauvres du monde, situés en Afrique, ne disposent que d'un médecin pour 25 000 habitants... Selon une étude de la revue médicale *The Lancet*¹, seuls 50 des 600 médecins formés en Zambie n'ont pas quitté ce pays. La ville de Manchester compte plus de médecins malawiens que tout le Malawi. Sur 1 200 médecins formés au Zimbabwe, seuls 360 sont encore sur place. Les deux tiers des médecins éthiopiens, béninois, ghanéens, zambiens exercent en dehors de leur pays². D'après un rapport de l'OMS publié en avril 2006, «l'Afrique supporte 24 % du fardeau mondial des maladies et ne possède désormais plus que 3 % du personnel sanitaire». Les deux dimensions du sujet doivent être prises en compte, pour faire de l'immigration un atout en faveur du développement économique.

6. Intégration ou assimilation – Le sujet donne lieu à diverses exploitations politiques qui consistent à exacerber les passions pour des raisons souvent électoralistes. Les positions les plus radicales mettent face à face les partisans de «l'immigration zéro» à ceux de l'ouverture totale des frontières. Cependant, la plupart des politiques ne s'opposent pas de manière aussi caricaturale. La politique migratoire consiste à trouver un point d'équilibre entre hospitalité et capacités d'accueil. Aucune communauté politique ne se considère comme complètement ouverte, y compris les sociétés des pays du sud. Il est généralement admis que les populations

1. Novembre 2004.

2. *Le Monde diplomatique* avril 2002.

migrantes doivent s'adapter à leur pays d'accueil en vertu du principe « d'intégration », ou encore « d'assimilation ». Le premier suppose une adaptation des populations migrantes qui s'insèrent dans la société d'accueil par le travail, le logement, l'école. Le second implique l'adoption sans réserve des valeurs, traditions et des modes de vie du pays d'accueil, donc une identification à ce dernier. De fait, l'image des nouveaux arrivants dépend pour beaucoup de l'état de la société : en période de forte croissance, de plein-emploi, d'optimisme, les sociétés se montrent plus ouvertes et accueillantes qu'en période de crise. Le droit des étrangers n'est pas déconnecté de ces débats de société. Il en découle pour une grande part, les lois sur l'entrée, le séjour, l'asile, la nationalité, résultant de la confrontation entre les différentes sensibilités.

7. Une distinction fondamentale entre circulation, ou mobilité, et immigration. « On est ici non dans le domaine de la philanthropie mais dans celui du droit. L'hospitalité est le droit d'un étranger de ne pas être maltraité en arrivant sur un territoire étranger. L'État garde le droit de ne pas l'accueillir mais s'il l'accueille, il doit le traiter sans hostilité. Il n'existe pas de droit absolu à émigrer dans un autre pays, droit qui pourrait fonder des réclamations. Il existe un droit de visite, valable pour tous les êtres humains. Le droit de visite comprend celui d'échanger des biens et des services de façon pacifique. C'est à cette condition d'accepter le droit de visite que l'on pourra maintenir des relations pacifiques entre les peuples qui doivent se tolérer l'un l'autre. » Emmanuel Kant, dans « Vers la paix universelle », 1795, exprime la différence entre mobilité ou circulation, de courtes durées, et immigration, à plus long terme. Cette distinction se retrouve en droit dans la distinction entre le visa de court séjour, de moins de trois mois, destiné à un passage de brève durée, c'est-à-dire à une fin de circulation, et le visa de long séjour, de plus de trois mois, dans un but de résidence.

8. Deux autres notions distinctes, celles d'étranger et d'immigré – L'étranger se définit par rapport à une communauté politique, une Nation. C'est la personne qui en est extérieure, n'en fait pas partie. Ce concept a un caractère juridique : l'étranger – non-membre de la communauté nationale – a un statut qui diffère de

celui du national. L'immigré, au contraire n'est pas une notion juridique, mais démographique, sociologique : il est la personne qui provient de l'extérieur, d'un autre pays, d'une autre région. L'INSEE en donne une définition : « toute personne née de nationalité étrangère, et vivant dans un autre pays que celui où il y a son origine. » Un immigré peut avoir la nationalité française à la suite d'une naturalisation. Un immigré qui a la nationalité française a exactement les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'une personne née française à une exception près : il peut faire l'objet dans certaines conditions, s'il a une double nationalité, d'une déchéance de la nationalité, prévue par l'article 25 du Code civil (cf. § 262 et 263).

II. L'histoire du droit des étrangers

A. Avant la Révolution française de 1789

9. Deux traditions de l'Antiquité – La conception de l'étranger dans le monde occidental est issue de deux traditions antagonistes qui traversent les âges. L'une qui caractérise la cité antique, oppose le citoyen, membre de la cité à l'étranger qui n'en fait pas partie. L'autre, qui trouve son expression la plus aboutie dans le christianisme, affirme l'unité de l'espèce humaine par-delà la distinction entre citoyen et étranger. Dans la cité athénienne le citoyen est opposé à l'esclave mais aussi à l'étranger, *xenos*, qui ne participe pas à la vie démocratique et ne peut résider que temporairement. Une distinction est faite entre les étrangers de passage et ceux qui viennent des cités voisines, *metoikos*. La démocratie athénienne n'est pas favorable à l'étranger. Sa philosophie repose sur la recherche de l'autarcie l'*autarkeia*, la cité ayant vocation à s'auto-suffire. Platon cherche ainsi dans « la République » l'organisation idéale de la cité sans tenir compte de l'extérieur. En 451 av. J.-C., Périclès, chef de la démocratie athénienne, fait voter une loi qui renforce le clivage entre le citoyen et l'étranger. Un enfant né d'un couple dont l'un est citoyen et l'autre étranger, ne peut plus devenir citoyen. La Rome antique oppose également le citoyen à l'étranger. On construisant une *lime*, les Romains tracent la frontière entre l'Empire et « le monde barbare ». Pendant l'Empire romain

tend vers l'assimilation des populations placée sous sa domination. Avec le temps, ce droit finira par être appliqué à toutes les personnes vivant sur son territoire. L'édit *de Caracalla*, l'empereur romain, en 212, accorde aux étrangers qui vivent dans l'Empire la citoyenneté romaine. Marc Aurèle Sévère Antonin Auguste proclame: «Je donne donc à tous les pérégrins qui sont dans l'Empire le droit de cité romaine.» Un courant de pensée, né dans l'Empire romain, le stoïcisme dont Cicéron est le plus illustre porte-parole, prône l'universalisme dès le milieu du premier siècle: l'humanité et une, tous les hommes relèvent d'une même loi naturelle. Le christianisme se développe sur le terreau de cette philosophie. Il affirme l'existence d'une humanité par-delà les clivages entre étrangers et citoyens. Il s'est répandu sur ce terrain, fondant sa vision de l'étranger sur l'Évangile de saint Luc et la parabole du Bon Samaritain: «Un homme descendait de Jéricho à Jérusalem, et il tomba au milieu de brigands qui, après l'avoir dépouillé et roué de coups, s'en allèrent, le laissant à demi mort. Un prêtre vint à descendre par ce chemin-là; il le vit et passa outre. Mais un samaritain, qui était en voyage, arriva près de lui, le vit et fut pris de pitié. Il s'approcha, banda ses plaies, y versant de l'huile et du vin, puis le chargea sur sa propre monture, le mena à l'hôtellerie et prit soin de lui.» La tradition chrétienne ne nie pas la distinction entre le citoyen et l'étranger, mais elle l'atténue, considérant qu'avant ce clivage, s'impose l'unité de l'espèce humaine devant Dieu.

10. L'influence de l'Église au Moyen Âge – Au Moyen Âge, avant même l'affirmation des nations européennes et des frontières, l'étranger était celui qui n'était pas né dans le village ou la seigneurie. Les occasions de voyager sont multiples: les jeunes nobles pour se rendre aux tournois, les religieux dans les monastères, les bourgeois vont dans les foires, étudient dans les universités, Les paysans participent à des travaux de défrichement dans les villages voisins. L'étranger est appelé *l'aubain*, ou le forain. L'influence de l'Église contribue à développer le devoir d'hospitalité qui s'impose aux chrétiens. L'aubain bénéficie de droits mais relève d'un régime particulier sur deux points:

- *l'incapacité de formariage*: il n'est pas autorisé à épouser un sujet de la seigneurie. Peu à peu, on remplace cette incapacité