

L'étranger, le droit et l'égalité

Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question. Sous la direction de Vincent Chetail.
Bruxelles, Bruylant, 736 p.

Noura Karazivan

Number 222, September–October 2008

Immigration, justice et diversité culturelle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/16791ac>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Spirale magazine culturel inc.

ISSN

0225-9044 (print)

1923-3213 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Karazivan, N. (2008). L'étranger, le droit et l'égalité / *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*. Sous la direction de Vincent Chetail. Bruxelles, Bruylant, 736 p. *Spirale*, (222), 13–15.

faut redynamiser nos sociétés démocratiques contre les demandes particulières afin de limiter d'avance les risques toujours présents de désintégration sociale. En rappelant en fin de parcours les mots de Mauss, l'auteur tient à souligner que c'est à l'harmonie qu'il convient de travailler en société et que la sociologie offre un terrain fertile et une tradition riche pour l'élaboration de cette réflexion.

Bien écrit et synthétique, l'ouvrage semble rédigé comme un livre d'introduction, ce qui n'est pas le cas et pourrait tromper le lecteur. Car s'il est construit comme une suite de résumés de lecture, la logique rigoureuse n'est jamais prise en défaut et la profondeur du propos pourrait échapper au lecteur pressé qui n'est pas rompu aux termes sociologiques. Il s'avère toutefois regrettable que l'auteur n'arrive jamais à percer le

tissu théorique, un peu comme si le sujet du livre obligeait à la neutralité et que ses opinions ne devaient pas ressortir de la synthèse. On aurait apprécié que la contribution de Dominique Schnapper, qui n'est pas la dernière venue en sociologie de l'immigration, soit plus déterminée. Elle aurait pu, nous semble-t-il, défendre une position plus tranchée à l'intérieur même du débat qu'elle a si bien présenté. ●

DOSSIER IMMIGRATION, JUSTICE ET DIVERSITÉ CULTURELLE

L'étranger, le droit et l'égalité

MONDIALISATION, MIGRATION ET DROITS DE L'HOMME :

LE DROIT INTERNATIONAL EN QUESTION

Sous la direction de Vincent Chetail

Bruxelles, Bruylant, 736 p.

par NOURA KARAZIVAN

Les mouvements migratoires font partie intégrante de la donne géopolitique depuis toujours. Pourtant, lorsque nos sociétés contemporaines tentent de composer des politiques publiques qui visent à intégrer les minorités culturelles au sein du bassin majoritaire, on tend à faire abstraction du mouvement persistant d'entrée et de sortie qui caractérise la porosité de nos frontières. On conçoit le groupe ethnique ou la minorité nationale comme le réceptacle statique des politiques publiques que l'on peine à développer (néolibéralisme, multiculturalisme, interculturalisme, etc.) plutôt que comme le produit d'un mouvement migratoire, plus ou moins éloigné dans le temps, aux implications normatives plurielles.

Cela n'est pas sans rappeler la façon dont, historiquement, les théories libérales ont été développées, c'est-à-dire en ayant comme objet la société idéale — l'archétype d'une société idéalisée, une *polis* où vivent des gens partageant « une même origine, une même langue et une même culture » (Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle — Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, 2001). Dans les héritages dworkinien et rawlsien, l'importance conférée au droit à l'égalité et à la dignité universelle découle aussi d'un modèle idéalisé de la société, dans lequel les frontières d'un État sont perçues comme étant étanches, sans pression, sans infiltration massive de migrants revendiquant cette même égalité, au risque de rompre l'équilibre établi. Si certains penseurs ont su appliquer ce principe d'égalité à une société en mouvement, ils ont pris soin de le restreindre : Michael Walzer, par exemple, a juxtaposé à cette égalité universelle une souveraineté absolue de l'État en matière de politiques d'admission (Michael Walzer, *Spheres of Justice : a Defense of Pluralism and*

Equality, Basic Books Inc., 1983). Ainsi, l'égalité « de tous » signifie en réalité l'égalité « de tous ceux que l'on a autorisé à entrer », quelle que soit la légitimité et, parfois, l'agressivité de ces politiques.

L'application de ce principe d'universalité aux droits des migrants est l'un des fils conducteurs du collectif réalisé sous la direction de Vincent Chetail et intitulé *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*. À travers diverses illustrations, issues à la fois du droit des réfugiés, du droit des travailleurs clandestins, et du droit international général, près de vingt chercheurs s'emploient à démontrer que le principe d'universalité des droits fondamentaux, si cher au droit international des droits de l'homme et à la théorie libérale, n'est pourtant pas respecté en ce qui a trait aux migrants. Au contraire : l'État, usant de sa prérogative de décider de l'exception, pour paraphraser Carl Schmitt¹, place en marge du droit ce migrant que l'on nomme *étranger*. Ainsi, le réfugié, le travailleur, le sans-papiers, le présumé terroriste sont autant de personnes vulnérables que le droit tel qu'il est conçu aujourd'hui ne parvient pas à intégrer à sa sphère de justice.

L'étranger (in) défini

Vincent Chetail et Guy Goodwin-Gill explorent dans leur contribution respective la tendance à assimiler le migrant à un étranger souffrant d'une ►

forme d'aliénation, qui renforce son altérité, et le définit par la négative. On présume, à travers le « *postulate of residentialism* », que la migration est une forme de déviance sociale, qui s'écarte du cheminement normal des êtres humains, soit celui de ne pas cheminer du tout, et de résider là d'où l'on vient. Celui qui accorde alors à sa mobilité une valeur supérieure à sa situation devient un *alien*, un étranger. Cette qualité d'étranger est le produit des lois en vigueur dans un pays, qui créent le statut et construisent la dualité étranger-citoyen, mais elle est aussi renforcée par une rhétorique bien trop répandue : associé à la notion de clandestinité, l'étranger est devenu un migrant irrégulier, voire illégal. Pourtant, comme le signalent Delphine Nakache et François Crépeau, si « l'irrégularité » du migrant découle des règles étatiques en matière d'admission et de séjour, la violation de ces règles ne fait pas du migrant un criminel. Reprenant la réflexion de Montesquieu à l'égard des Perses, Chetail critique d'ailleurs, et à juste titre, la logique qui sous-tend la proposition selon laquelle une personne puisse être « illégale ».

L'étranger défini par sa nationalité

L'article de Chetail nous rappelle que pendant longtemps, et jusqu'à la consécration des droits de l'homme, le droit international concevait l'étranger comme l'incarnation de son État d'origine. Dépourvu de personnalité juridique propre, le migrant voyait sa propre identité fusionnée avec celle de son État de nationalité. Ainsi, lorsque l'État d'accueil violait les droits de l'étranger, cet État s'exposait à une réclamation provenant de l'État de nationalité de l'étranger, au motif qu'une violation de ses droits constituait une violation des droits de son État d'origine. L'étranger était défini par sa nationalité et non par son humanité.

Cette fiction juridique entretenait un malaise doctrinal qui alimenta pendant de longues années le débat en matière de droits des étrangers. Les juristes se demandaient en effet si les étrangers devaient avoir droit à une protection juridique supérieure, du fait de leur qualité d'étranger, à celle auxquels les citoyens du pays d'accueil ont droit, ou bien s'ils devaient, en vertu du principe d'égalité, être assujettis aux mêmes droits et obligations que les citoyens. Alors que les penseurs libéraux croyaient que les étrangers devaient bénéficier d'une protection particulière, reflétant un « standard international minimal », les penseurs provenant, entre autres, de pays décolonisés prônaient plutôt l'égalité de traitement entre les citoyens et les étrangers. C'est qu'ils voyaient, à travers la notion de protection exceptionnelle, une façon détournée pour les États développés de s'ingérer dans leurs affaires internes et d'intervenir, si besoin était, pour protéger les droits de leurs ressortissants.

Cette tension pivotant autour de la notion d'égalité de traitement des étrangers et des citoyens a finalement été rompue avec la montée en puissance des droits de l'homme. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'adoption des chartes internationales proclamant l'universalité des droits opéra une synthèse des deux tendances : ainsi, les droits fondamentaux étaient attribués à tous, étrangers et citoyens *également*, et ces droits reflétaient le standard minimal reconnu par le droit international.

L'étranger humanisé par la montée des droits humains

Avec l'avènement des droits de l'homme, l'étranger n'est plus conçu comme un porte-étendard de son État d'origine, mais plutôt comme un sujet de droits fondamentaux. Même si cette conclusion semble maintenant tomber sous le sens, à l'époque, la consécration par le droit de l'idée selon laquelle l'étranger possède certains droits inaliénables, et ce, quelle que soit sa nationalité, fut une réelle avancée. Aux yeux de la communauté internationale, la distinction entre nationaux et étrangers a alors perdu toute raison d'être : la clause de non-discrimination, consacrée dans divers traités, stipule l'égalité de traitement entre tous les individus se trouvant sur le territoire étatique, sans distinction fondée sur l'origine nationale. Il n'est donc plus nécessaire de distinguer entre migrant et citoyen, tous deux étant assujettis aux mêmes droits, au moins en théorie.

À bien des égards, cet espoir nourri par les internationalistes à l'égard des droits de l'homme reflète celui des penseurs libéraux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En effet, la montée en puissance du paradigme des droits humains a enthousiasmé les penseurs libéraux qui croyaient qu'en stipulant l'égalité universelle, ces droits rendraient superflue la protection particulière des minorités ethniques, une question qui était vivement débattue depuis que Hitler avait envahi la Pologne afin de protéger la « minorité allemande » vivant dans ce pays. Là où la liberté de religion serait garantie, là où la vie privée serait consacrée, les minorités, comme les membres de la majorité, verraient leurs droits protégés par l'État. Plus besoin, dans ce cas, d'octroyer un statut particulier à certaines minorités.

Évidemment, cet engouement pour l'universalité des droits fondamentaux n'est pas partagé par tous : Kymlicka, par exemple, soutient que les droits des minorités « *ne peuvent pas être subsumés* » dans la catégorie des droits de la personne, puisqu'ils sont trop imprécis quant à leur application au quotidien : le droit à la liberté d'expression, par exemple, « *ne nous dit pas ce qu'est une politique linguistique adéquate* ». Par ailleurs, le principe d'universalité ne s'est pas non plus révélé d'une grande efficacité en matière de droit international des migrations. Au contraire, cette universalité s'est révélée relative et assujettie à un univers d'exceptions. Par sa contribution au recueil sous étude, Catherine Teitgen-Colly en fait la démonstration en matière de privation du droit à la liberté. Michelangelo Scalabrino fait de même, en matière d'emploi.

L'étranger exceptionnel

Si la non-discrimination des étrangers est proclamée tout haut, en pratique elle souffre de nombreuses exceptions, la plus dramatique étant celle posée à son droit à la liberté. Par une logique tordue, on invoque la souveraineté de l'État en matière d'immigration pour justifier le traitement inégal réservé aux étrangers. Vera Gowlland-Debbas illustre ce paradoxe inhérent au rapport entre la prétendue universalité des droits humains et la souveraineté étatique. Comme elle le souligne, la distinction traditionnelle entre étrangers et nationaux, qui avait été réduite avec l'avènement des droits de l'homme, reprend du terrain avec la montée de la rhétorique de sécurité qui a suivi les événements du 11 septembre 2001, avec pour conséquence première l'érosion de la liberté prétendue universelle. C'est la rhétorique d'insécurité qui agit comme vecteur

assurant la légitimité de ce mécanisme d'exception. Si les réfugiés sont les premières victimes de cette équation posée en termes absolus, qui associe sans raisonnement vraiment abouti la migration à la menace sécuritaire, tous les migrants sont touchés.

La privation de la liberté prend la forme de la détention ordonnée par l'État. Qu'elle soit administrative ou préventive, la détention est devenue un moyen de contrôle migratoire en créant *de facto* une relation de cause à effet entre la migration et l'insécurité. Elle est justifiée, comme le note Catherine Teigten-Colly, comme le « prolongement » de la souveraineté étatique en matière d'immigration — et d'expulsion. Comme elle ne s'adresse qu'aux étrangers, elle constitue un exemple frappant des conséquences perverses de l'établissement d'un régime d'exception pour eux seuls : la détention, incarnation de l'autorité de l'État, vient soustraire ces étrangers à la sphère universalisante du droit.

Si la privation de la liberté est une atteinte fondamentale aux droits des migrants, elle n'est pas la seule. Comme le dénotent Guy Goodwin-Gill et Michelangelo Scalabrino, c'est aussi dans le contexte du droit au travail que le principe de non-discrimination souffre des exceptions. Lorsque appliqué à l'emploi ce principe « *n'interdit pas les différences de traitement, pourvu qu'elles soient fondées sur des critères objectifs et raisonnables* ». Or, c'est justement dans le milieu de l'emploi que les migrants sont le plus vulnérables : en plus de tenter de se trouver un emploi, ils doivent jongler avec les pressions externes (étatiques) qui les incitent à s'intégrer ou s'assimiler, et les pressions internes (communautaires) qui les encouragent à conserver leurs traditions. En temps de crise, leur état de vulnérabilité s'accroît, ils perdent plus facilement leur emploi et font face au risque de déportation. À travers la rhétorique boiteuse du protectionnisme national, ils sont associés à la cause d'un fléau : le chômage. Stigmatisés, ils découvrent l'approche « deux poids deux mesures » qui caractérise la prétendue universalité des droits, et ce, en dépit de la logique du marché et de l'économie mondialisée.

Retour aux sources : l'étranger, le citoyen et l'égalité

Avant l'avènement des droits de l'homme, le droit international était traversé par la question du traitement des étrangers : on cherchait à déterminer s'ils devaient être assujettis au même traitement que les citoyens, ou s'ils devaient recevoir *plus* de droits que ceux-ci. Parallèlement, le

droit national était tiraillé par la question du droit des minorités : les membres des minorités culturelles devraient-ils avoir droit à un traitement particulier en raison de leur origine ethnique ?

Dans les deux cas, la montée du paradigme des droits de l'homme est venue insuffler espoir : on croyait que l'universalité des droits humains, lesquels, par définition, se rattachent à la personne plutôt qu'à son origine ethnique, répondrait à ces questions en rendant superflue autant la distinction entre étranger et citoyen que celle entre minorité culturelle et majorité. Or, on l'a bien vu : la facilité avec laquelle les États ont construit une zone d'exception réservée à l'étranger est désarmante. Si l'universalité posée des droits humains est, d'un point de vue normatif, suffisante pour assurer l'égalité entre citoyens et étrangers, elle ne l'est certainement pas d'un point de vue effectif. La question de l'égalité de traitement que l'on réserve à l'étranger, temporairement suspendue avec l'avènement des droits de l'homme, refait donc aujourd'hui surface, mais en des termes nouveaux. Par un curieux revirement, au lieu de se demander si l'étranger doit être titulaire de *plus* de droits que le citoyen, le renversement de vapeur opéré après les événements du 11 septembre et la montée de la rhétorique d'insécurité font en sorte que l'on soit plutôt à se demander si l'étranger peut être seulement titulaire des *mêmes* droits que le citoyen. ●

1. Selon Carl Schmitt, « *est souverain celui qui décide sur la situation exceptionnelle* » : C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, 1988.

Wittgenstein's Space Warp, 2005, Deleuze Kneeling Down, 2006 et Adorno as Oliver Hardy in the Bohemian Girl (1936) and the Burden of Desperation, 2006. Résine, acrylique et tissu. Avec l'aimable autorisation de la Galerie Xavier Hufkens, Bruxelles. © Erwin Wurm / SODRAC (2008)

