



HAL
open science

LES ÉTRANGERS “ SAISIS ” PAR LE DROIT. ENJEUX DE L'ÉDIFICATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES DE MIGRANTS

Ségolène Barbou Des Places

► **To cite this version:**

Ségolène Barbou Des Places. LES ÉTRANGERS “ SAISIS ” PAR LE DROIT. ENJEUX DE L'ÉDIFICATION DES CATÉGORIES JURIDIQUES DE MIGRANTS. Migrations Société, 2010, 22 (128), pp.1 - 15. hal-01615565

HAL Id: hal-01615565

<https://hal.science/hal-01615565v1>

Submitted on 12 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

in *Migrations Société*, vol. 22, n° 128, mars-avril 2010.

**LES ETRANGERS « SAISIS » PAR LE DROIT.
ENJEUX DE L'EDIFICATION DES CATEGORIES JURIDIQUES DE MIGRANTS.**

Sékolène Barbou des Places
Professeuse à l'Université de Picardie Jules Verne

« Rudiments de la science du droit » dont elles forment la « matière élémentaire »¹, les catégories juridiques peuvent être définies comme des ensembles de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun. La catégorie juridique est inhérente au processus d'établissement de la règle et au raisonnement juridique. En effet, avant de pouvoir appliquer un régime juridique, un statut, il faut procéder à la qualification juridique, c'est-à-dire au classement d'une chose, d'une personne, dans une catégorie juridique existante. La catégorisation, quant à elle, est un procédé intellectuel, une tentative d'ordonnance rationnelle qui consiste à transformer une notion en une catégorie juridique. Elle se réalise par l'introduction de cette notion dans un texte ou une norme juridique, et résulte d'un choix, opéré par l'auteur de la catégorie, qui peut être le législateur, l'autorité réglementaire, et parfois le juge.

Les catégories juridiques et l'acte de catégorisation sont nécessaires au droit, qui ne peut consister en une simple juxtaposition de règles disparates. Si l'on ne pouvait en rattacher les divers éléments à un ensemble cohérent, le droit « comporterait de

¹ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, p. 209.

telles contradictions qu'il serait incompréhensible et que toute réforme satisfaisante en serait impossible »². A défaut de concepts juridiques généraux, de principes et de catégories, le droit manquerait à sa mission d'organisation de l'ordre social. Les catégories juridiques apparaissent donc dans l'ordre juridique ou la pensée juridique comme une ordonnance rationnelle et systématique³. Marcel Waline indique que rechercher dans quelle catégorie entre un fait ou un acte n'est nullement en « classer les diverses variétés dans un herbier par curiosité de collectionneur »⁴. Ce qui est en jeu, c'est la sécurité juridique des rapports sociaux, qui justifie l'idée d'une règle de droit prescrivant qu'une solution uniforme soit apportée à des cas d'espèces toujours plus ou moins différentes les uns des autres par quelques circonstances, ou par la personnalité des parties intéressées. Qu'il n'y ait pas de catégories juridiques, « c'est ce qu'il est impossible d'admettre sans renoncer à toute méthode dans le raisonnement juridique »⁵.

S'il est acquis que les catégories juridiques sont consubstantielles à l'existence d'un ordre juridique, la question de leur rapport aux faits est en revanche plus complexe. De nombreux juristes considèrent que les catégories juridiques « n'ont pas d'autre valeur que celle que leur confère les réalités qu'elles prétendent traduire »⁶. La définition des catégories est donc censée procéder par induction à partir de données connues, sans dénaturer les réalités. La plus grande crainte des juristes semble être celle qu'exprime Gény lorsqu'il vise le « caractère artificiel et presque mécanique » des procédés de technique juridique⁷. La doctrine craint donc que l'opération de catégorisation dénature la réalité sociale mouvante par une construction qui imprime au droit « un dogmatisme et une raideur incompatibles avec la complexité du réel et la souplesse de la vie »⁸.

L'examen des catégories juridiques d'étrangers, en droit français et en droit communautaire, conduit à se demander si le processus de catégorisation des migrants est une opération aussi neutre, artificielle et froide que le redoutait Gény. On ne peut ignorer

² *Ibidem*.

³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2004, p. 135

⁴ Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, Bruylant, 1963, p. 366

⁵ Marcel WALINE, *op. cit.*, p. 371

⁶ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, p. 221

⁷ François GENY, *Science et technique en droit privé positif*, (1913), T.I, n° 52.

⁸ L. HUSSON, « Les apories de la logique juridique », *Annales fac. Droit et Sc. Eco de Toulouse*, T. XV, Fasc. I (1967), p. 63

que les catégories juridiques sont bien souvent fondées, soit sur « des considérations pratiques, soit sur des valeurs, soit sur les deux à la fois »⁹. Dès lors, la catégorisation ne serait pas tant une opération neutre, qu'une technique, une méthode dont font usage les pouvoirs publics à certaines fins déterminées. En somme, la catégorisation, qui a bien la qualité d'élément de méthodologie juridique, serait trompeuse par son apparente objectivité. L'action de nomination opérée par la norme catégorielle produit des effets symboliques, sociologiques et juridiques nombreux qu'il s'agit de dévoiler. L'objet de cette contribution est donc de comprendre à quelle fin la catégorisation est utilisée, de découvrir comment les catégories sont formées, et de tenter de percevoir les effets de cette catégorisation. L'ambition est de saisir l'enjeu et la portée du processus juridique d'édification des catégories d'étrangers.

Les catégories juridiques d'étrangers qui ont servi à l'étude sont celles du droit français, contenues dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « ceseda ») et dans les normes communautaires relatives à la libre circulation des personnes, l'immigration et l'asile. Compte tenu du nombre de catégories, il ne s'agit pas ici d'être exhaustif. Dans l'abondance de catégories de migrants, nous prenons, au fur et à mesure de notre démonstration, les exemples les plus significatifs. Par ailleurs, une difficulté est née du fait que les catégories utilisées par le droit ne sont pas toujours énoncées, ce qui rend malaisée l'identification des catégories juridiques d'étrangers. Nous sommes donc restés aux catégories énoncées, sans ignorer pourtant que, dans le creux du droit, dans son silence même, de nombreuses catégories pourraient être découvertes.

L'observation des catégories d'étrangers que le droit offre est extrêmement instructive. Elle révèle que le droit – national ou communautaire – permet à l'autorité publique de se saisir d'une réalité migratoire qu'elle remodèle, qu'elle (re) constitue (I) permettant ainsi le contrôle des flux migratoires et la fixation des migrants (II).

I-L'EDIFICATION DES CATEGORIES JURIDIQUES, (RE-) CONSTITUTION DE LA REALITE MIGRATOIRE

En droit, les catégories sont créées et modelées par leur auteur. Sauf dans l'hypothèse de l'auto-régulation, elles sont donc

⁹ Danièle LOCHAK, « La race, une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 27 mars 1992, p. 291

l'œuvre de l'autorité publique. Le processus d'édification des catégories est avant tout un acte de puissance, et parfois même un acte de souveraineté. Par cet acte de puissance, l'autorité normative réalise une opération de préhension d'une réalité migratoire qui lui est extérieure. Les catégories juridiques sont donc des outils de saisie du fait migratoire par le droit (A). Quant à la catégorisation, elle est une opération de construction de la réalité juridique (B).

A- La catégorie, outil de saisie du fait migratoire

Des catégories hétéro-définies

Une singularité du droit des étrangers est d'être un droit que ses destinataires, les étrangers, ne contribuent pas à définir. N'étant pas citoyens, les étrangers n'interviennent en général pas dans l'édification des catégories qui vont déterminer leur statut. Il y a donc un décalage entre la réalité des membres de la catégorie et les normes qui régissent cette réalité.

L'extériorité des étrangers au processus de catégorisation se ressent dans le contenu des catégories. Celles-ci expriment les valeurs dominantes de la nation qui reçoit l'étranger. C'est ainsi que la catégorie « conjoint de Français » est sourde à la deuxième ou troisième épouse d'un étranger polygame, ou au partenaire de même sexe d'un étranger. Dans d'autres cas, les catégories expriment les besoins de la nation qui reçoit, comme en témoigne l'exemple de l'étranger « susceptible de participer, du fait de ses compétences et talents, de façon significative, au développement économique ou au rayonnement de la France » (article L315-1). Le point de départ de ces deux catégories n'est donc pas l'intérêt ou la volonté de l'étranger, mais les valeurs et les besoins de l'autorité normative. Les catégories d'étrangers sont donc des catégories « hétéro-définies ». Lors de la formation de la catégorie, l'étranger n'est pas invité à se dire, ou à exposer son parcours et ses aspirations. L'autorité normative crée donc une catégorie autour d'une réalité migratoire reconstruite. Prenons la catégorie « réfugié » telle que l'a posée la Convention de Genève. Elle n'est pas construite autour du sentiment de l'étranger d'être réfugié, ou en fuite. Elle suppose la crainte d'une persécution pour l'un des cinq motifs visés par la Convention de Genève: race, religion, nationalité, opinion politique, appartenance à un certain groupe social.

Plus généralement, les critères utilisés pour catégoriser les étrangers mettent l'accent sur les circonstances de l'entrée d'un étranger sur le territoire d'un Etat et tendent à minorer l'objet du séjour, son motif, et surtout à ignorer les droits que l'individu espère obtenir. C'est souvent le fait d'être entré régulièrement (ou irrégulièrement) qui est utilisé comme critère opérationnel pour catégoriser l'étranger, alors que, du point de vue de l'individu, il importerait plus d'être appréhendé comme « personne souhaitant s'installer », ou « personne souhaitant travailler temporairement ». Les catégories d'étrangers sont avant tout l'expression de l'intérêt public. L'individu est le destinataire de la catégorie. Il n'est pas à son origine, il en est l'objet.

De même, le découpage opéré par la catégorisation s'opère indépendamment des besoins et réalités des groupes sociaux. La création d'une catégorie consiste à créer, artificiellement, un groupe d'actes, de personnes, de biens, qui vont être rassemblés en raison d'une caractéristique commune fondamentale. Mais, de même que la personne n'est pas entendue dans l'opération de catégorisation, les groupes sociaux existant ne sont pas pris en compte lors de l'édification des catégories. Le découpage est opéré en toute autonomie par l'autorité publique. Au lieu de critères extérieurs à l'Etat, qui pourraient être subjectifs, l'autorité normative édicte ses catégories sur la base de principes endogènes, stables, et connus. C'est ainsi que la population étrangère peut être saisie par le droit.

La juridicisation de la « nature des choses »

L'opération de création d'une catégorie juridique est une opération intellectuelle d'abstraction. Elle part le plus souvent du fait, c'est-à-dire d'une réalité physique, naturelle ou sociologique qu'il s'agit de restituer. Dans quelques cas, les catégories utilisées sont une simple transposition en droit de distinctions tirées de la « nature des choses »¹⁰. C'est le cas des catégories « hommes » et « femmes », « ascendant » et « descendant », « étranger de plus de 65 ans », « étranger malade », qui ne sont que la transcription en droit de réalités biologiques. Dans d'autres cas, les catégories juridiques prennent acte de données sociales. C'est le cas des catégories « étudiant », « étrangers en transit aérien ou maritime »,

¹⁰ Voir sur ce point Danièle LOCHAK, *op. cit.* et Dany COHEN, « Catégories de personnes, égalité et différenciation », in Pascale BLOCH, Cyrille DUVERT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Economica, 2006.

« parent d'enfant scolarisé », « étranger qui souhaite effectuer une mission de volontariat en France auprès d'une fondation ou une association d'utilité publique » (article L 311-10 du Ceseda), « scientifique », « parents étrangers de l'enfant mineur s'ils subviennent à ses besoins » (article L311-12), « étranger confié depuis l'âge de 16 ans aux services de l'aide sociale à l'enfance » (article L313-11, 2bis), etc.¹¹

Mais ces exemples ne doivent pas faire croire que l'autorité normative n'est qu'une autorité transcriptrice, formalisant en terminologie juridique une réalité sociale ou biologique. En réalité, l'auteur de la catégorie part, non pas de la réalité migratoire, mais de sa propre réalité nationale, politique et juridique. Surtout, la formulation d'un fait social en catégorie juridique est en soi une opération de transformation ; c'est une opération de juridicisation de la « nature des choses ».

La catégorie, réduction du réel

La création d'une catégorie juridique suppose une démarche d'abstraction qui a pour objet de saisir des faits sociaux complexes et mouvants et de les grouper sous une qualification donnée. Nécessairement, la catégorie juridique constitue un facteur de simplification du monde¹² et la définition juridique est souvent « plus ou moins approximative, expéditive et sommaire ». La tâche du juriste n'est pas d'établir des définitions scientifiquement correctes, mais d'élaborer des règles applicables, des « définitions relativement simples, aptes au maniement »¹³.

Il en résulte que les catégories d'étrangers posées par le droit peuvent se caractériser par un réductionnisme problématique. La première des catégories, la catégorie « étranger » est elle-même réductrice. Le code des étrangers régit le séjour des personnes qui n'ont pas la nationalité française, « soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité » (art L. 111-1). Tournant le dos à la diversité des situations individuelles, « ce critère simplificateur, presque simpliste, assujettit toute personne qui n'est pas français, qui n'a pas de nationalité ou qui refuse de la

¹¹ La liste est loin d'être close. On pourrait ainsi y ajouter l'étranger marié avec un Français (article L313-11-4), l'étranger qui vit en état de polygamie (314-5), l'étranger marié depuis au moins 3 ans avec un Français (article L 314-9), l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de 10 ans (article L 511-4).

¹² Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, p. 221.

¹³ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 2^{ème} édition, 1969, n° 253

communiquer à un corpus de règles contraignantes sans considérations portée au lien qu'elle pourrait entretenir avec la France ». ¹⁴

De façon générale, il faut convenir que ce réductionnisme rejaille sur la situation de l'étranger concerné, comme le montre l'exemple d'une personne fuyant la persécution et cherchant à se rendre dans un autre Etat dans lequel elle pourra s'installer. Le caractère sommaire des catégories juridiques lui impose tout d'abord de choisir entre deux éléments de sa vie: se définit-elle comme fuyant la persécution, et elle entrera alors dans le régime asile, ou se projette-t-elle comme futur travailleur ? Il lui faudra opérer un choix car l'entrée et le séjour de cette personne ne pourront être appréhendés que sous l'un ou l'autre des régimes. Il se peut que, pour multiplier ses chances d'accéder à un territoire, cette personne se définisse, non par ce qu'elle considère comme le plus substantiel dans sa vie, mais par ce qui lui permet d'optimiser ses chances d'être accueilli dans un Etat. Le décalage par rapport à la réalité sociale est alors patent. La personne est appréhendée selon une vision monolithique, simplificatrice, et sans rapport avec la complexité d'un parcours ou des aspirations du migrant. L'on voit ici les limites de la saisie par le droit du fait social. En outre, la catégorisation mérite l'examen car elle consiste à construire une réalité juridique.

B- La catégorisation, opération de construction d'une réalité juridique

La catégorie juridique, un construit

Il arrive parfois que les catégories juridiques du droit français soient la transposition des catégories imposées par le droit international ou européen. On pense bien sûr à la catégorie des réfugiés issue de la Convention de Genève de 1957 sur le statut des réfugiés, à la catégorie de « personnes déplacées » apparue en droit français à travers la loi de 2003, reprenant la directive 2001/55, ou à la catégorie du « résident de longue durée-CE » qui découle de la directive communautaire 2003 sur le statut du résident de longue durée.

¹⁴ Vincent TCHEN, *Droit des étrangers*, Ellipses, 2006, p. 18

Cette dernière catégorie est significative car elle est naît du droit et non du fait. Elle n'est pas tirée de la « nature des choses » car le résident de longue durée-CE est celui que le droit communautaire a qualifié comme tel. En réalité, de nombreuses catégories du Ceseda apparaissent comme un pur « construit ». Il en va ainsi de la catégorie la plus élémentaire, celle « d'étranger » qui est bien une catégorie construite par l'Etat. Contrairement à la notion d'immigré qui se définit par le lieu de naissance de la personne, et qui se construit sur la base d'une réalité personnelle et subjective, la notion d'étranger se construit sur la base du critère de nationalité qui est le lien juridique que l'Etat attribue au titre d'une compétence exclusive. La catégorie juridique « étranger » part de l'Etat et non de l'individu.

On trouve également dans le Ceseda une large place à un type de catégorie d'étranger « qui ». C'est le cas de l'étranger qui est entré régulièrement ou qui est en situation régulière depuis 10 ans, de l'étranger qui arrive en France par voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer (article L221-1). L'autorité publique ajoute ici, à une réalité naturelle ou sociologique, une ou plusieurs conditions qui sont indépendantes du fait. Ainsi, la qualité de situation régulière n'existe pas dans le monde non juridique : elle suppose nécessairement une règle juridique qui fixe ce qui est régulier ou non. Parfois, l'autorité publique se saisit de la réalité sociale ou biologique mais la reformule en condition juridique. C'est le cas de la catégorie de l'étranger « bénéficiaire de l'autorisation de regroupement familial ». A l'origine de la catégorie se trouve une réalité sociologique, le lien familial. Mais la catégorie est celle des « bénéficiaires d'une autorisation », ce qui fait repartir la catégorie de l'Etat et de sa compétence d'octroyer ou l'autorisation.

Le Ceseda regorge d'exemples de catégories construites par référence au pouvoir de l'Etat de gérer les migrations. Ainsi, l'article L 213-1 fait référence à l'étranger qui « fait l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion » ; l'article L 213-3 vise l'étranger qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre et à qui l'entrée est refusée en application de l'article 5 de la Convention de Schengen ; l'article L741-4, alinéa 2, mentionne l'étranger « d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr ». Or, c'est l'Etat qui dicte les mesures d'interdiction du territoire ou d'expulsion, qui a ratifié la Convention de Schengen et les règles qu'elle pose, ou qui détermine quels sont les Etats « sûrs ». De même, au lieu de viser des catégories d'étrangers « entrés ou résidant » pour la première fois en France, le Ceseda mentionne les étrangers « admis » pour la première fois au séjour en

France ou qui « entrent régulièrement » en France. Ce faisant, la catégorie juridique vient se superposer à la réalité migratoire mais ne part pas d'elle.

Le cas le plus frappant est certainement le cas, visé à l'article L315, de l'étranger « susceptible de participer, du fait de ses compétences et talents, de façon significative, au développement économique ou au rayonnement de la France ». Cet étranger, quelles que soient ses qualités et compétences réelles, n'est que susceptible de participer au développement de la France. Selon l'article L315-4, c'est le ministre de l'intérieur qui juge de cette contribution aux besoins de la France en tenant compte de critères déterminés annuellement par la Commission nationale des compétences et talents. La catégorie dépend donc uniquement des besoins déterminés par l'autorité publique.

En somme, la maîtrise de l'autorité publique sur le processus d'édification des catégories d'étrangers est considérable, cette autorité ayant le pouvoir de définir le critère discriminant à la source de la constitution de la catégorie. Ce faisant, elle construit une réalité juridique qui vient faire écran entre le fait (ici la réalité migratoire) et l'autorité publique qui sera chargée d'appliquer le droit des étrangers.

La construction de la réalité juridicisée passe également par la maîtrise du nombre de catégories, qui se révèle variable et discrétionnaire. Outre le foisonnement de catégories d'étrangers, dans le Cesda et en droit communautaire, il est surtout frappant d'observer la variation du nombre de catégories dans le temps. Certaines catégories apparaissent, comme l'étranger pouvant apporter ses compétences et talents à la France, tandis que d'autres disparaissent, comme celle de l'étranger pouvant demander le bénéfice de l'asile territorial que la loi du 10 décembre 2003 supprime. Or, l'évolution du nombre de catégories n'est jamais la traduction mécanique des changements sociaux. Il y a, depuis fort longtemps des étrangers pouvant apporter leurs compétences et talents à la France mais ce sont les besoins français à l'instant t qui ont conduit l'autorité française à promouvoir cette nouvelle catégorie. La création des catégories ne part donc pas d'une hypothétique logique extérieure et naturelle que suivrait mécaniquement l'autorité normative.

La catégorisation ou la fabrique des différences

Créer des catégories consiste à séparer, délimiter, ou encore opposer pour individualiser. A « un même degré ou étage, la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait »¹⁵. Il faut donc convenir du caractère fondamental des traits de différenciation dans l'opération de catégorisation. On classe selon des critères de liaison unissant les divers éléments de chaque catégorie mais aussi et surtout selon « des critères de dissociation permettant d'opposer les catégories entre elles. »¹⁶

Lorsqu'elle concerne les étrangers, l'opération de catégorisation consiste donc à déterminer, dans la population étrangère, ce qui va permettre de distinguer les personnes les unes des autres. Ce faisant, l'auteur de la catégorie énonce, légitime et parfois même crée, des différences entre les personnes qu'elle range dans des catégories distinctes. La dimension constituante du droit est importante ici car l'on parle de différence. La distinction entre deux personnes va devenir incontestable, puisque le droit l'a posée. Ainsi, l'on est enclin à ne plus discuter le fait qu'il y a une différence entre l'étranger entré régulièrement et celui qui est entré irrégulièrement, entre le demandeur d'asile et le demandeur d'un statut de protection subsidiaire, car le texte distingue ces catégories de personnes, à l'aide d'un critère différentiel objectif. Bien sur, c'est un critère défini par l'autorité publique qui fait la différence entre deux étrangers entrés pour un même motif (travailler) ou qui demandent à bénéficier d'une même protection. Ce qui va distinguer les personnes est indépendant de leur réalité. C'est ainsi que les membres d'une même famille peuvent relever de catégories distinctes pour la raison qu'un des enfants est plus jeune que l'autre, ou que la famille est entrée par deux voies distinctes, l'une régulière et l'autre non. Par l'édification de catégories (étrangers entrés régulièrement/irrégulièrement) l'auteur a énoncé –voire créé - une différence. La catégorisation est donc une fabrique de différences. Cela est central car la constatation, ou la fabrique des différences est le préalable du traitement différencié des étrangers.

¹⁵ Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, 1966, p. 37.

¹⁶ Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, p. 223,

La catégorisation est donc avant tout un instrument de préhension de la réalité migratoire par l'autorité publique en fonction de ses intérêts et sa rationalité. De manière générale, les catégories permettent à l'autorité publique de reconstituer et d'internaliser la réalité migratoire qui est extérieure à l'Etat. Elles rendent également possible la maîtrise des migrations, qui représentent une réalité mouvante.

II- LA CATEGORISATION DES MIGRATIONS, INSTRUMENT DE CONTROLE D'UNE REALITE MOUVANTE

Eisenmann rappelle aux juristes qu'une classification est une réponse à une question, à un problème que l'on se pose au sujet d'un groupe d'objets, d'où il suit que n'importe quelle classification n'est pas rationnellement possible du point de vue de n'importe quel problème »¹⁷. Les catégories énoncées en droit français et communautaire sont constituées pour répondre à un problème principal : la tentative de maîtrise d'une réalité migratoire par essence mouvante. On observe en effet que les catégories juridiques assignent une place aux migrants (A) et les cantonnent à un parcours prédéterminé (B).

A- L'assignation d'une identité juridique

Des catégories impératives

Les catégories de migrants ne sont pas optionnelles, elles sont impératives. L'individu ne choisit pas – ou de façon très limitée - d'appartenir à une catégorie ou à une autre. Or, la question de l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie est toujours la première réalité que l'étranger affronte. Dès la demande de visa, l'objet de son séjour lui est demandé, ce qui sert à aiguiller son classement dans telle ou telle catégorie. Il s'agit alors de choisir –si un choix existe – entre des catégories pré-constituées, celle à laquelle l'étranger veut – ou a le plus de chances de – pouvoir appartenir (travailleur, membre de la famille, étudiant, etc.). La réalité migratoire est capturée, fixée, organisée. Elle échappe à celui qui en est l'acteur, l'étranger lui-même.

¹⁷ Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, 1966, p. 38

De même, le cadre catégoriel est contraignant parce que le cumul des statuts est le plus souvent impossible : un étranger ne saurait relever de deux catégories. Ainsi, la loi de 2003, transposant la directive 2001 sur la protection temporaire, spécifie bien que la protection temporaire ne peut pas être cumulée avec le statut de demandeur d'asile. Quant à l'article L741-1 du Ceseda, relatif au droit de séjour des demandeurs d'asile, il prend bien soin de mentionner que tout étranger présent sur le territoire français qui, n'étant pas déjà admis à séjourner en France sous couvert d'un des titres de séjour prévus par le présent code (...) demande à séjourner en France au titre de l'asile, forme cette demande». D'autres exemples pourraient être donnés, comme l'impossibilité de relever d'un statut de travailleur ou d'étudiant en même temps. Chaque étranger relève donc en principe d'une seule catégorie, d'un seul statut qui lui est assigné en fonction des circonstances de son entrée ou de l'objet (principal) de son séjour.

Des catégories exhaustives

Cette assignation impérative est d'autant plus significative que la catégorisation est un processus de clôture du monde. En droit, la catégorisation est nécessairement exhaustive car chaque personne, chaque situation, chaque objet, relève d'une catégorie dont découle un régime juridique spécifique. Il en va de la sécurité juridique et de l'idée selon laquelle il ne saurait exister de « vide juridique ». L'opération de saisie des étrangers par le droit est une opération qui se veut totale. Le monde migratoire devient donc un monde clos, sans espaces non catégorisés.

Mais le rattachement d'un étranger à une catégorie peut se transformer en enfermement dans un statut. Cela se manifeste sur le plan temporel. Les catégories sont créées par l'autorité publique pour répondre à un besoin à l'instant *t*. Tant qu'une catégorie n'est pas modifiée, elle est fixe. L'individu qui relève de cette catégorie voit donc son statut régi par cette catégorie aussi longtemps que celle-ci existera, à moins qu'il ne parvienne à changer de catégorie, ce qui est une opération difficile. Deux temps distincts co-existent donc : celui de la migration, de l'évolution du trajet migratoire, qui peut conduire l'étranger à se redéfinir au fur et à mesure de son parcours ; celui du droit qui pose la catégorie et lui attache un régime juridique qui a vocation à être stable.

Il est opportun de considérer ici l'analyse de Vincent Chetail, redoutant l'existence d'un « ghetto normatif »¹⁸. On ne peut nier que la catégorisation conduit à maintenir certains étrangers, et en particuliers les réfugiés, dans une posture très problématique. Ainsi, le réfugié qui travaille et s'intègre dans la société d'accueil est perçu au prisme des conditions de son entrée, c'est-à-dire en fonction de son passé et non de ses projections ou ses projets. Il est maintenu dans une position passéiste et victimaire, l'empêchant de se penser autrement que comme réfugié et personne en fuite. Il risque alors d'être enfermé dans un statut qui, paradoxalement, a été conçu pour le protéger.

En raison de ce réductionnisme, l'étranger « saisi » par le droit pourrait bien n'avoir d'autre solution que de tenter de se libérer du cadre catégoriel. L'étranger tente d'obtenir ce dont il a besoin : entrer, séjourner, si possible de façon régulière, travailler, pouvoir être accompagné de sa famille. Dès lors, au fur et à mesure que l'autorité normative égrène les conditions nécessaires pour relever d'une catégorie, ferme une voie d'accès et la réserve à certains étrangers particuliers, ou resserre les critères d'octroi d'un statut permanent, les étrangers modulent leur positionnement. Le contentieux français et communautaire offre de nombreux exemples d'adaptation des étrangers à un cadre catégoriel qui ne leur est pas favorable. Il n'y a alors qu'un pas pour que l'Etat, arguant de ces stratégies, resserre son contrôle sur les catégories, comme l'atteste la rhétorique des « faux » demandeurs d'asile, ou des « faux » étudiants. Le risque est l'enclenchement d'une spirale qui conduirait l'autorité publique à toujours plus de rigidité, et donc à toujours moins de cohérence avec une réalité migratoire mouvante. Cela pourrait induire de nouvelles stratégies de contournement et donnerait raison au Doyen Carbonnier¹⁹ qui montrait que le droit ne recouvre pas toute la réalité sociale et peut même voir des faits lui résister au point qu'il doive renoncer à maintenir l'ordre qu'il veut imposer.

Cette remarque prend d'autant plus de sens que, à la lecture des catégories les plus récentes du droit français et du droit communautaire, on réalise que la catégorisation assigne à l'étranger,

¹⁸ Vincent CHETAIL, "International Legal Protection of Migrants and Refugees: Ghetto or Incremental Protection? Some Preliminary Comments", in K. Padmaja (dir.), *Law of Refugees: Global Perspectives*, ICFAI University Press, 2008, pp. 31-46.

¹⁹ Jean CARBONNIER, *Sociologique juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994

non seulement une place et une identité, mais également un parcours.

B- La rigidité des identités juridiques

Une fois l'étranger rattaché à une catégorie, il peut avoir l'impression de suivre un parcours tubulaire. Celui qui est entré comme étudiant aura du mal à changer de statut juridique, celui qui est entré au titre de l'asile restera cantonné au régime de l'asile. Les directives communautaires sont particulièrement éclairantes sur ces points²⁰. La directive de 2003 sur le statut des résidents de longue durée confère un statut protecteur aux ressortissants d'Etats tiers qui résident dans l'Union européenne depuis plus de 5 ans. Or, sont exclus du champ d'application de la directive²¹ certains ressortissants de pays tiers : ceux qui séjournent pour faire des études ou suivre une formation professionnelle ; ceux qui sont autorisés à séjourner dans un Etat en vertu d'une forme temporaire de protection, d'une forme subsidiaire de protection ; ceux qui sont réfugiés.

Cet exemple est significatif car l'exclusion des réfugiés semble en contradiction avec la volonté, énoncée par les Etats et la Commission, d'agir en faveur de l'intégration des réfugiés sur leur territoire. Quant aux étudiants, l'article 4 alinéa 2 de la directive dispose que « les périodes de résidence effectuées aux fins d'études ou de formation professionnelle peuvent n'être comptées que pour moitié dans le calcul de la période de résidence légale et ininterrompue visée au paragraphe 1 ». En d'autres termes, l'Etat d'accueil décide discrétionnairement si l'étranger entré en Europe au titre de la catégorie « étudiant » peut changer de statut et devenir résident de longue durée. Le passage d'une catégorie à une autre est totalement maîtrisé par les Etats, qui parviennent ainsi à cantonner les étrangers à des parcours pré-définis.

L'étanchéité entre catégories sert notamment à prévenir les étrangers qu'une stratégie consistant, par exemple, à entrer en Europe au titre de la catégorie étudiant pour tenter ensuite de glisser vers le statut de travailleur, n'est pas une option pertinente. On citera dans cette veine l'article L 511-4 du Ceseda, qui donne la liste des

²⁰ Voir Ségolène BARBOU des PLACES et Hélène OGER, « Making the European Migration Regime : Decoding Member States' Legal Strategies », *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 353-379.

²¹ Au titre de l'article 3.

étrangers protégés contre une obligation de quitter le territoire ou d'une mesure de reconduite à la frontière. Celui qui a résidé régulièrement 10 ans en France est protégé, « sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant ». La volonté étatique de contrôler les stratégies de changement de régime des personnes est enfin exprimée par la directive relative aux conditions d'entrée et de séjour aux fins d'étude, de formation professionnelle ou de volontariat. L'article 3-3 exclut les demandeurs d'asile et les personnes jouissant d'une protection temporaire ou subsidiaire. Pour la Commission, ces personnes ne pourront se fonder sur la présente directive pour introduire une demande visant à changer de statut (par exemple à passer de la qualité de réfugié à celle d'étudiant), « de tels changements n'étant possibles qu'en vertu de dispositions plus favorables dépendant de chaque Etat membre »²².

A travers ces quelques exemples, se dessine un système que les Etats maîtrisent assez largement. En établissant un système catégoriel précis et en limitant la circulation inter-catégorielle, les Etats assignent à chaque étranger un statut à l'entrée et décident de son parcours migratoire sur le territoire national. Ce faisant, ils tentent de contrôler les étrangers et les flux migratoires. Ils s'efforcent, par les outils du droit, de saisir une réalité qui leur est extérieure et une logique migratoire, mouvante par essence, qui se joue de l'immobilité des règles de droit.

²² D'autres exemples, nombreux pourraient être donnés. Ainsi, « le décret d'application sur les autorisations de travail du 13 mai 2007 qui décline les différents statuts, en prenant soin de ne laisser aucune brèche permettant de passer d'un statut à un autre et de demeurer en France alors que la personne est devenue sans utilité économique. On prévoit avec soin les mentions à écrire sur les titres, afin que l'étranger soit dans la plupart des cas confiné à un métier et à une zone géographique. Tout est calibré », Du plombier polonais au géomètre malien, *Plein droit*, 75, décembre 2007.