

Le droit des étrangers comme droit d'exception : trois perspectives philosophiques

Alison Bouffet

DANS **MONDES & MIGRATIONS** 2025/3 n° 1350 , PAGES 69 À 75

ÉDITIONS **MUSÉE DE L'HISTOIRE DE L'IMMIGRATION**

ISSN 3075-6812

DOI 10.4000/14bbp

Date de mise en ligne : 15/07/2025

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-mondes-migrations-2025-3-page-69?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Musée de l'histoire de l'immigration.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://shs.cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le droit des étrangers comme droit d'exception : trois perspectives philosophiques

Alison Bouffet



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/mondesmigrations/1779>

DOI : 10.4000/14bbp

ISSN : 3076-6338

Éditeur

Établissement public du Palais de la Porte Dorée – Musée national de l'histoire de l'immigration

Édition imprimée

Date de publication : 1 juillet 2025

Pagination : 69-75

ISBN : 978-2-919040-78-0 9782919040780

ISSN : 3075-6812

Référence électronique

Alison Bouffet, « Le droit des étrangers comme droit d'exception : trois perspectives philosophiques », *Mondes & Migrations* [En ligne], 1350 | 2025, mis en ligne le 01 juillet 2025, consulté le 11 juillet 2025.

URL : <http://journals.openedition.org/mondesmigrations/1779> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/14bbp>



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

Le droit des étrangers comme droit d'exception

Trois perspectives philosophiques

Alison Bouffet, doctorante au LCSP, université Paris Cité, *fellow* de l'Institut Convergence Migrations.

Expulsables, en tant que tels, du territoire national, les étrangers sont soumis à un ensemble de pratiques qui s'écartent de la règle commune. Le régime de droit spécifique qui leur est appliqué repose ainsi sur des exceptions par rapport au droit positif national. L'analyse des fondements de ces pratiques met en lumière trois modalités distinctes : l'arbitraire et l'illégal, le dérogatoire, le discrétionnaire. Les modèles théoriques de Giorgio Agamben, Christine Delphy et Michel Foucault permettent d'éclairer le statut philosophique de l'exception dans le droit des étrangers.

Ce qu'on appelle généralement le « droit des étrangers » en France se réfère à un ensemble hétérogène et multiscalair : le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et des demandeurs d'asile (CESEDA), associé à un ensemble complexe de circulaires et de réglementations, des textes européens (traités, règlements, directives), une jurisprudence nationale et supranationale, des accords bilatéraux ainsi que des éléments de droit du travail et de droit pénal. Il régit notamment l'entrée sur le territoire (la délivrance des visas, le passage aux ports d'entrée), le séjour (l'octroi, le renouvellement et le retrait des titres de séjour), le processus de naturalisation, le regroupement familial, l'asile ou encore l'éloignement : c'est l'ensemble des règles spécifiques qui visent le gouvernement de ceux et celles qui n'appartiennent pas de droit à la communauté nationale. Cet ensemble est caractérisé par un discours ambivalent : d'un côté, il entérine la prérogative souveraine et le principe d'ordre public ; de l'autre, il se prévaut d'un respect des normes internationales conventionnelles. Malgré la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de

droits à valeur constitutionnelle aux étrangers¹, le respect des principes fondamentaux subit toutefois, s'agissant des étrangers, une « *distorsion de traitement*² » du fait de la différence fondamentale entre nationaux et non-nationaux.

Le droit des étrangers a donc un statut particulier par rapport aux autres éléments du droit positif national : il désigne la production d'une différence entre le droit commun des nationaux et le régime de droit spécifique qui s'applique aux étrangers, différence qui semble constitutive de la communauté politique des sujets nationaux. Le droit des étrangers recouvre ainsi l'ensemble des dispositions juridiques qui maintiennent la frontière du *demos* en discriminant (c'est-à-dire, étymologiquement, en séparant ou en divisant) entre les membres et les non-membres, entre les administrés appartenant à l'État (par leur

1. Vie privée et familiale selon l'article 8 de la CEDH, droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants selon l'article 3 de la CEDH, respect des droits humains relatifs à la santé avec la loi Debré de 1997 sur la protection contre l'éloignement des étrangers malades, ou le droit au séjour pour soins reconnu par la loi Chevènement en 1998, etc.

2. Vincent Tchen, « La constitutionnalisation du droit des étrangers : essai de synthèse », in *Titre VII*, n° 6, n° 1, 4 mai 2021, pp. 1-11.

nationalité) et les administrés qui n'entretiennent pas avec lui de relation d'affiliation et de protection.

Le « droit des étrangers » constitue ainsi, de manière évidente, un *droit d'exception*, au sens où *excepter* revient à placer en dehors de la règle commune, à ne pas inclure dans un ensemble donné. Mais de quel espace cette exception éloigne-t-elle les étrangers ? Si on considère l'espace national comme un territoire physique, un espace borné par des frontières et défini par une autorité souveraine, conformément à la définition proposée par Max Weber, le droit des étrangers est d'abord un droit d'exception au sens d'un pouvoir d'expulsion. C'est l'arsenal des obligations de quitter le territoire (OQTF), des interdictions de retour (IRTF) ou des interdictions de territoire français (ITF), la rétention administrative, l'enfermement dans des zones d'attente – ces formes que prennent juridiquement et administrativement le bannissement des corps étrangers indésirables sur le territoire français. La loi s'assortit alors de l'usage de la force physique pour enfermer, éloigner, expulser. Le rapport de l'étranger à l'espace national est ainsi structuré par son expulsabilité³, la réversibilité de son statut en ennemi et la capacité souveraine de renvoi au-delà de la ligne-frontière. Mais si on considère l'espace national avant tout comme un espace social et symbolique, structuré par la hiérarchisation des positions sociales, le droit des étrangers est aussi un droit d'exception au sens d'une production différentielle de l'exclusion. Dans cette perspective, l'espace socio-politique s'apparente à une topographie relationnelle, où l'exclusion des étrangers participe d'une configuration des relations entre inclus et exclus. Au-delà de l'expulsion, de la mise hors de, l'exceptionnalité du statut des étrangers repose sur un ensemble variable de pratiques exceptionnalisantes, qui instaurent un écart vis-à-vis de la règle commune : une multiplicité d'interdits spécifiques, de délais de carence, de dérogations à faire valoir, de faveurs à demander, de lenteurs ou de mauvais traitements à subir, de silences imposés, des récits et des justifications exigées par l'administration... Être étranger, c'est se voir « légitimement » traité différemment, sans que cet écart, en tant qu'il est fondé sur la nationalité, ne soit considéré comme une discrimination légale. Mobilisant des théories critiques du droit, cet article

3. Abdelmalek Sayad, « Immigration et "pensée d'État" », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 129, 1999, pp. 5-14 ; Nicholas P. De Genova, « Migrant "illegality" and deportability in everyday life », in *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, 2002, pp. 419-447.

se propose d'interroger le type d'exception que produit ce régime juridique.

Or, à y regarder de plus près, ces pratiques exceptionnalisantes reposent sur trois modalités distinctes : l'arbitraire et l'illégal, scandaleux en ce qu'ils qualifient des actes qui enfreignent impunément la règle de droit ; le dérogatoire, illisible en ce qu'il fait du droit des étrangers un labyrinthe de clauses d'exception ; le discrétionnaire enfin, instable car il relève de la compétence décisionnaire souveraine de l'État⁴. J'analyse ces trois modalités de l'exceptionnalité au prisme de trois théories critiques du droit : la perspective souveraine, qui conçoit l'état d'exception comme une suspension de la norme juridique, pour penser la dimension arbitraire du droit des étrangers ; la perspective constructiviste, qui s'intéresse à la performativité du droit et à la manière dont l'exceptionnalisation du droit commun fonde l'espace politique en différenciant des sphères (privé/public, dedans/dehors), pour penser la dimension dérogatoire du droit des étrangers ; la perspective stratégique foucauldienne enfin, qui permet d'interpréter le droit des étrangers comme une frontière, un espace de conflictualité entre des rationalités concurrentes, accordant un rôle central au contentieux juridique et à la traduction des rapports de force à l'œuvre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Un droit arbitraire : construire la norme nationale par son exception

Le premier modèle théorique éclairant de manière critique l'exception dans le droit est celui de Giorgio Agamben, qui permet de penser le droit des étrangers comme une zone d'état d'exception, où la suspension de la norme juridique devient la condition de son application. Selon Agamben, qui reprend notamment la théorie de la décision souveraine de Carl Schmitt, l'état d'exception est une décision de suspension ou d'annulation de la norme qui rend possible l'état de droit⁵. Plutôt que de penser l'État comme une topographie scindée entre intérieur et extérieur, il s'agit de considérer la zone d'anomie intérieure à tout espace normatif : c'est parce qu'une autorité peut suspendre le droit qu'elle a force de loi pour faire tenir la norme. Formellement, cette zone

4. Sur la différence entre arbitraire et discrétionnaire en droit, voir l'article de Charles-André Dubreuil, « Le droit des étrangers est-il arbitraire ? », dans ce dossier.

5. Giorgio Agamben, *État d'exception. Homo Sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 64. Voir notamment Marie-Laure Basilien-Gainche, *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, Paris, PUF, 2013.

est caractérisée par une confusion entre actes du pouvoir exécutif et actes du pouvoir législatif. Elle a pour caractéristique la production d'un statut juridique « hors du droit » : des sujets réduits à une « vie nue », dont l'existence est dégradée, à la fois administrée et sans droits politiques. On peut alors considérer que le « droit des étrangers » correspond à une telle zone d'état d'exception, un « hors du droit » constitué dans le droit même, un vide juridique ou un espace anémique au sein même du territoire de l'État. Avec Agamben, on pourrait ajouter que l'état de « crise » migratoire constamment décrété depuis les années 1990 sert ainsi de prétexte (de mise en scène d'un « *tumultus* », pour reprendre son vocabulaire) à une telle suspension réitérée du droit – au nom de la lutte contre le terrorisme, contre l'immigration irrégulière, contre l'invasion migratoire, contre le trafic humain, etc. Agamben met au cœur de l'analyse la prérogative souveraine d'exclusion et de sélection qui surdétermine en dernière instance le droit des étrangers.

Comme l'écrit Thierry Ménissier, « *Agamben entend avec [cette théorie] caractériser du point de vue phénoménologique des situations à la fois anormales dans nos sociétés traversées par le droit et récurrentes – et de ce fait, dans le fond, impensées*⁶ ». Il permet de rendre compte de la multiplicité des pratiques arbitraires (c'est-à-dire fondées sur des critères d'appréciation subjectifs et non justifiables en droit) et des pratiques illégales (c'est-à-dire fondées sur des décisions contraires aux dispositions prévues par la loi), parfois légalisées *a posteriori*. Les refoulements, l'enfermement ou les contrôles aux frontières illégaux⁷ ont ainsi été largement documentés⁸ ; mais il y a aussi la pléthore des illégalités routinisées, comme le « refus guichet » en préfecture⁹ ou le vol de biens privés et l'arrachage de tentes par la police. Ces pratiques révèlent un arbitraire structurel : Alexis Spire a ainsi montré comment

l'abondance de règlements et la technicité du cadre juridique offrent aux agents préfectoraux une grande latitude décisionnelle, ce qui favorise des pratiques locales variables et souvent changeantes, rendant le droit des étrangers illisible et imprévisible pour ses usagers. La dématérialisation des procédures administratives aggrave cet état de fait, en excluant de l'accès au droit ceux et celles qui ne disposent pas des compétences informatiques ou linguistiques nécessaires pour naviguer sur les plateformes dédiées – « démarches simplifiées », « administration des étrangers » en France (ANEF). Enfin, la multiplication de cadres infra-légaux ou paralégaux, à l'instar de la « déclaration » UE-Turquie du 18 mars 2016¹⁰, forme une zone floue, un « droit souple » (*soft law*) qui se prétend non obligatoire tout en faisant grief aux personnes qui cherchent à venir en Europe pour y requérir l'asile, et dès lors difficilement contestable devant les tribunaux. En ce sens, le droit des étrangers agit comme un « anti-droit », comme un dispositif de mise à distance et de découragement.

« Le premier modèle théorique éclairant de manière critique l'exception dans le droit est celui de Giorgio Agamben, qui permet de penser le droit des étrangers comme une zone d'état d'exception, où la suspension de la norme juridique devient la condition de son application.

Ce *continuum* de l'arbitraire signale la primauté de la gestion administrative dans le traitement des étrangers : « *En fixant tout au contraire la relation de l'étranger avec la Constitution sur des bases administratives, le Conseil constitutionnel justifie l'existence d'un régime juridique qui confère à l'autorité administrative des pouvoirs étendus*¹¹. » Cette priorité est également historique : le droit des étrangers s'est formé par la légalisation *a posteriori* de pratiques administratives et policières illégales. Le cas des centres de rétention administratifs est exemplaire :

6. Thierry Ménissier, « Le droit et la violence de l'exception. Autour de l'œuvre de Giorgio Agamben », in *Les cahiers de la Justice*, n° 3, 2012, pp. 75-88.

7. Rapport de Migreurop, « Aux bords de l'Europe : l'externalisation des contrôles migratoires », 2010-2011 [en ligne]. Url : <https://migreurop.org/article2049.html>.

8. Rapport du Défenseur des Droits, « Les droits fondamentaux des étrangers en France », mai 2016 [en ligne]. Url : <https://www.defenseurdesdroits.fr/rapport-les-droits-fondamentaux-des-etrangers-en-france-291>.

9. Il s'agit des pratiques de refus illégal d'enregistrement de la demande du requérant, ou de la délivrance d'une attestation officielle de dépôt de titre de séjour au lieu d'un récépissé valant pour titre de séjour temporaire.

10. Ce texte établissait, en échange notamment de facilitation des visas pour les ressortissants turcs et d'une relance du processus d'intégration à l'Europe, un accord de limitation des migrations irrégulières de la Turquie vers l'Union européenne, via des refoulements, des expulsions et un système de réinstallation des Syriens identifiés comme vulnérables.

11. [Cons. const., déc. n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, cons. 6.], in Vincent Tchen, *op. cit.*

le centre de rétention d'Arcenc à Marseille fonctionne de manière illégale de 1963 à 1975, avant que les centres de rétention administrative ne soient légalisés avec la loi du 29 octobre 1981, puis systématisés et renforcés de loi en loi¹². La juriste Karine Parrot, qui propose une synthèse critique des dispositifs qui donnent « carte blanche » à l'administration en matière de gestion des étrangers, souligne : « *Il est intéressant d'observer comment les règles "de droit" courent véritablement après les pratiques administratives et policières illégales*¹³. »

« Le deuxième modèle théorique permettant d'éclairer le statut philosophique de l'exception dans le droit des étrangers est celui de l'état d'exception chez Christine Delphy.

Toutefois, si le modèle d'Agamben éclaire le rôle du droit des étrangers comme négatif de la plénitude juridique nationale supposément garantie à ses citoyens, il présente des limites majeures. D'une part, il ne rend pas compte de l'évolution du droit des étrangers, notamment de sa constitutionnalisation progressive, ni de l'évolution de la faible législation caractéristique des années 1945-1970 – « l'infra-droit » dénoncé par Danièle Lochak¹⁴ –, à l'hypertrophie discursive qui s'est imposée depuis les années 1990. Avec Agamben, l'État apparaît comme une instance monolithique, comme seul producteur normatif ; les agents, qu'ils soient collectifs ou individuels, sont dépossédés de leur capacité d'action, tandis que l'impact des décisions et des normes supranationales demeure sous-évalué¹⁵. D'autre part, la théorie d'Agamben tend à subsumer toute spécificité du droit des étrangers dans un paradigme général de l'état d'exception : tout se passe comme si l'état d'exception avait contaminé l'ensemble de l'espace socio-politique, de telle sorte que l'on ne parvient pas à déterminer la spécificité du non-droit appliqué aux étrangers en particulier. Enfin, comme le souligne

Marie-Laure Basilien-Gainche, la théorie d'Agamben repose sur une alternative entre vie et mort, qui ne permet pas de rendre compte des effets multiples et différentiels du pouvoir des frontières¹⁶.

Un droit dérogoire : organiser l'inégalité par le droit

Le deuxième modèle théorique permettant d'éclairer le statut philosophique de l'exception dans le droit des étrangers est celui de l'état d'exception chez Christine Delphy. Pour Delphy, l'état d'exception désigne une dérogation constitutive d'un espace social différencié. Dans un article de 1995¹⁷, Delphy s'oppose à la thèse selon laquelle la naturalité des capacités des femmes et des incapacités des enfants serait le fondement « naturel » de la distinction sociale entre privé et public. Au contraire, pour Delphy, celle-ci est bien plutôt le produit d'une construction juridique qui institue la sphère publique, et reproduit la différence entre sphère sociale et sphère privée. Delphy considère la manière dont le droit institue la sphère privée par opposition à la sphère publique, à travers la mise en œuvre de droits spécifiques dérogoés aux femmes et aux enfants au regard de leurs capacités ou incapacités dites naturelles. Le droit, en instituant des catégories différentielles, participe de leur naturalisation, qui justifie en retour un traitement différentiel des catégorisés. Cette sociologie critique du droit s'inscrit dans la lignée de Pierre Bourdieu, qui considère le droit comme l'instrument d'un monopole de l'État sur la production des espaces sociaux : il détermine les critères de distribution et de reproduction des droits, des ressources et des capitaux en fonction des catégorisations qu'il impose, en leur attribuant une apparence de permanence et de naturalité. Le droit est un performatif particulier car il a une fonction d'universalisation et de normalisation : il opère une « *promotion ontologique* » en « *transmuant la régularité (ce qui se fait régulièrement) en règle (ce qu'il est de règle de faire), la normalité de fait en normalité de droit*¹⁸ ». Il normalise les inégalités en assignant les individus à des positions spécifiques dans l'espace social.

12. Ed Naylor, « Arcenc : le premier centre de rétention était clandestin », in *Plein droit*, n° 104, 2015, pp. 32-36.

13. Karine Parrot, *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, Paris, La Fabrique éd., 2019, p. 81.

14. Danièle Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985.

15. Voir par exemple Elspeth Guild, « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », in *Cultures & Conflits*, n° 51, 2003, pp. 127-156.

16. Marie-Laure Basilien-Gainche, « Limits at the limes. Diffracting sovereignty at borders », in *Political Anthropology Research on International Social Sciences*, vol. 2, n° 2, 2021, pp. 205-235.

17. Christine Delphy, « L'état d'exception : la dérogation au droit commun comme fondement de la sphère privée », in *Nouvelles questions féministes*, vol. 16, n° 4, 1995, pp. 73-114.

18. Pierre Bourdieu, « La force du droit », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, pp. 3-19.

De manière analogue, on peut soutenir que le droit des étrangers constitue une sphère de droits spécifiques et différenciés par rapport au droit commun. Tout comme les droits des femmes et des enfants instituent les incapacités des femmes et des enfants comme des faits de nature, le droit des étrangers institue l'appartenance nationale en fait de nature légitimement traduit en termes de privilège dans le droit. L'extranéité est ainsi une catégorie sociale plutôt qu'une précondition du politique. Le droit construit la migration, et un certain type de sujet de l'immigration en particulier (construit par rapport à son motif supposé et à son pays supposé de départ) comme déviation par rapport au statut du citoyen national. Le « droit des étrangers » contribue ainsi à organiser la régularité de l'espace social par l'irrégularisation des autres, une homogénéité du groupe national par distinction d'une catégorie hétérogène et instable (les étrangers). Cependant, loin d'une simple opposition binaire entre inclusion (« dedans ») et exclusion (« dehors »), ce « droit différentiel et inégalitaire » fabrique un espace stratifié où inclusion et exclusion coexistent de manière instable. Ce régime juridique hiérarchise les statuts des étrangers (réfugiés, demandeurs d'asile, travailleurs, touristes, résidents ou personnes sans papiers), produisant des situations d'attente, de subalternité et de précarité, reléguant certains individus dans une zone intermédiaire de « ni dedans ni dehors ». Ce que l'analyse différentielle de l'exception permet d'envisager, c'est la manière dont le droit des étrangers, plutôt qu'un domaine homogène de suspension de la norme de droit, construit donc un domaine labyrinthique de droits différentiels et de prérogatives spécifiques.

En effet, l'exceptionnalité du droit des étrangers par rapport au droit national ne se joue pas seulement sur le mode de la clause d'exclusion, mais également sur le mode de la dérogation et des droits spécifiques différenciés. Comme le déclare de manière tautologique la décision constitutionnelle du 13 août 1993, les étrangers « *se trouvent placés dans une situation différente* » : la Constitution « *n'assure [pas] aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national*¹⁹ ». Les droits des étrangers sont spécifiques, c'est-à-dire qu'ils dépendent d'un ensemble de clauses dérogatoires. Ces dérogations peuvent être favorables ou défavorables, en fonction de la nationalité et du statut administratif de l'étranger. Il peut

s'agir de clauses favorables accordées par des textes bilatéraux, européens ou internationaux (exemption de visas, liberté de circulation intracommunautaire, assimilation des communautaires ou des bénéficiaires d'une protection internationale aux nationaux en termes de droits sociaux, droit du travail, etc.), ou bien d'exceptions prévues par la loi qui placent les étrangers en situation défavorable non seulement par rapport aux nationaux mais aussi par rapport à d'autres groupes de ressortissants étrangers. Le caractère différentiel du droit des étrangers dépend également de son territoire d'application : dans les Outre-mer et notamment à Mayotte, un régime dérogatoire est en place, notamment concernant l'autorisation de présence de mineurs en centre de rétention administratif ou la suspension du « droit du sol ». Ces dérogations structurent les rapports entre nationaux et non-nationaux, et hiérarchisent l'accès aux droits et aux ressources. Par exemple, la transférabilité des diplômes et des formations est garantie pour certains, tandis que les autres ne pourront pas faire valoir leurs qualifications dans l'espace académique et professionnel français. L'exception ne désigne donc pas seulement un geste de mise en dehors de l'espace national, mais de mise à l'écart de certains dispositifs de valorisation et de stabilisation. Elle renforce une distribution inégale de ressources et de capitaux.

« Le « droit des étrangers » contribue ainsi à organiser la régularité de l'espace social par l'irrégularisation des autres, une homogénéité du groupe national par distinction d'une catégorie hétérogène et instable (les étrangers).

Les limites de ce modèle constructiviste de la domination nationale résident toutefois dans la coïncidence établie entre le droit et l'État national, et dans la faible importance accordée aux luttes, aux contestations et aux rapports de force mis en œuvre par les acteurs qui s'emparent du droit pour transformer leur situation ou revendiquer de nouveaux droits.

Un droit discrétionnaire : le droit des étrangers comme champ de bataille

Enfin, un troisième modèle pertinent est celui du champ stratégique, inspiré par Michel Foucault.

19. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 2.

Lire le droit des étrangers comme un ensemble technologique, produisant de l'anormalité – de manière analogue à la clinique psychiatrique produisant les fous, ou aux dispositifs de médicalisation et de contrôle social produisant la sexualité au XIX^e siècle²⁰ –, permet d'envisager autrement l'écart ou la distorsion vis-à-vis des normes de droit : ni comme l'effet d'un dysfonctionnement (les éléments d'exception seraient résorbables à mesure de la normalisation de ce droit par les efforts jurisprudentiels ; il serait alors possible de résoudre le *hiatus*

« Le droit est un dispositif qui peut être investi par des stratégies et des rationalités gouvernementales hétérogènes : des logiques économique, disciplinaire, instrumentale, sécuritaire, biopolitique ou humanitaire... »

entre normes et faits en œuvrant à la mise en œuvre régulière du droit, notamment international), ni comme le pur reflet de la domination structurelle des nationaux sur les étrangers (de telle sorte que le droit des étrangers formerait une structure de domination forte, sans capacité de rétroaction des gouvernés sur ce qui les gouverne). Avec Foucault, on pourra dire que le « droit des étrangers » ne forme pas qu'un ensemble juridique et réglementaire stabilisé et instrumental, mais bien plutôt un dispositif, c'est-à-dire un réseau entre des éléments hétérogènes, « comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques²¹ ». Il n'y a pas, chez Foucault, d'autonomie de la norme juridique. Antoine Garapon souligne ainsi l'attention portée par Foucault aux pratiques para-juridiques, qui « consistent à s'arranger à "l'ombre du droit" et

forment le paradoxe d'un droit qui organise la sortie du droit : c'est que le droit n'est pas simplement le garant de droits fondamentaux, mais une ingénierie régulatrice des relations sociales²² ». Le droit est un dispositif qui peut être investi par des stratégies et des rationalités gouvernementales hétérogènes : des logiques économique, disciplinaire, instrumentale, sécuritaire, biopolitique ou humanitaire... L'analyse foucauldienne permet ainsi certes de penser le droit comme un relai, une instance de légitimation des objectifs disciplinaires et sécuritaires fixés par les autorités policières et administratives.

Mais le droit peut également être un élément de résistance au pouvoir. Comme l'écrit Mathieu Potte-Bonneville, « nous avons à nous demander si, dans un ordre politique qui s'avoue volontiers sécuritaire, certains éléments de juridicité sont à même de faire contrepoids, ou s'il faut se résoudre à n'y voir que des maillons dans la chaîne pénale²³ ». La place centrale du contentieux et du discrétionnaire dans la pratique du droit des étrangers permet d'éclairer cette hypothèse. Alors qu'aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, la gestion des étrangers était marquée par le « monopole de l'administration dans la régulation du traitement de l'immigration », caractérisé par un « silence constitutionnel » et une « situation normative peu contraignante²⁴ », les années 1970 marquent une discontinuité vis-à-vis de ce sous-investissement juridique du sujet de l'immigration. À partir des années 1970-1980, de nouvelles formes de mobilisations des immigrés, avec les premières grèves de la faim, les grèves ouvrières ou la création du Mouvement des travailleurs arabes (MTA)²⁵, ouvrent une ère de contentieux administratif en droit des étrangers, qui sera notamment portée par le Groupe d'information sur les travailleurs immigrés (Gisti) avec l'annulation des circulaires Fontanet-Marcellin en 1975 et en 1978²⁶ et la constitutionnalisation du droit au regroupement familial. Selon Liora Israël, c'est paradoxalement par

20. Marie-Laure Basilien-Gainche suggère ainsi de considérer les frontières comme des espaces hétérotopiques, suivant la définition de Foucault : voir Marie-Laure Basilien-Gainche, « Limits at the limes. Diffracting sovereignty at borders », *op. cit.*

21. « "Le jeu de Michel Foucault" (entretien avec Dominique Colas, Alain Grosrichard, Guy Le Gaufray, Jocelyne Levi, Gerard Miller, Judith Miller, Jacques-Alain Miller, Catherine Millot, Gérard Wajeman), Ornica ? », in *Bulletin périodique du champ freudien*, n° 10, 1977, pp. 62-93. Voir Michel Foucault, *Dits et écrits (1954-1988). Tome III (1976-1979)*, Paris, Gallimard, 1994, texte n° 206.

22. Antoine Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », in *Raisons politiques*, n° 52, 2013, pp. 39-49.

23. Mathieu Potte-Bonneville, « Foucault et le droit », p. 18. Url : <http://stl.recherche.univ-lille3.fr/seminaires/philosophie/macherey/Macherey20022003/PotteBonneville.html>.

24. Vincent Tchen, *op. cit.*

25. Mogniss H. Abdallah, *J'y suis, j'y reste ! Les luttes de l'immigration en France depuis les années soixante*, Paris, Reflex, 2000.

26. Danièle Lochak, « Les circulaires Marcellin-Fontanet », in *Hommes Migrations*, n° 1330, 2020, pp. 14-17.

sa contestation que le « droit des étrangers » émerge²⁷.

Une nouvelle dynamique de production législative se met en place, qui se traduit par une augmentation considérable de la législation, dans une tension avec des normes internationales conventionnelles et les instances de droit international, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, et par la constitutionnalisation du droit des étrangers. Aujourd'hui, le contentieux des étrangers peut être défini comme un « contentieux de masse », qui fait du droit des étrangers un domaine particulièrement instable, en constante évolution²⁸. Les décisions administratives sont ainsi dépendantes de ce jeu entre gouvernement et résistance, et dépendent des rapports de force établis entre l'administration et les collectifs et associations de lutte. Localement, une mobilisation individuelle (pétition, lettres de soutien) ou collective (grève, occupations, plaidoyer) peut inciter la préfecture à évaluer favorablement des dossiers. La délivrance des titres de séjour repose, en effet, largement sur une compétence discrétionnaire (qu'on distingue alors des quelques situations « de plein droit », où le titre de séjour est accordé dès lors que les conditions légales sont remplies), et l'admission exceptionnelle au séjour (AES) est entièrement soumise à la discrétion du préfet, en vertu de l'article L. 435-1 du CESEDA. La dimension discrétionnaire du droit des étrangers traduit ainsi la conflictualité établie entre les sujets gouvernés, leurs soutiens et l'administration.

Le droit des étrangers peut ainsi être considéré comme un champ de bataille, investi par des stratégies gouvernementales et par des stratégies de résistance et de lutte, de telle sorte qu'il constitue à un moment donné un point d'équilibre de ces rapports de force. Il peut être l'instrument d'une rationalité instrumentale et souveraine, mais également d'une rationalité égalitaire, qui mobilise le registre du droit en faveur de l'extension de l'universel aux sujets exclus. Si le rapport de force est aujourd'hui défavorable pour les gouvernés de l'administration des étrangers, il peut toutefois être négocié voire transformé. Dès lors, les luttes des travailleurs sans-papiers, les permanences

juridiques de régularisation, les contentieux administratifs concernant les délits d'hospitalité ou le droit à l'assistance humanitaire aux frontières apparaissent comme autant de lieux de tension et potentiellement de brèches ouvertes en faveur de l'autonomie et de la dignité des personnes, d'un droit investi d'une stratégie égalitaire, plutôt que souveraine et sécuritaire.

Conclusion

En partant du constat d'une discordance entre l'application de la régulation des étrangers et les normes de droit fondamentales, cet article s'est proposé d'éclairer le triptyque de pratiques *exceptionnalisantes* – arbitraire, dérogation et discrétion – qui caractérise l'administration des étrangers, en comparant trois perspectives théoriques critiques sur le droit. Ces trois perspectives – la perspective souveraine de l'état d'exception chez Agamben ; la perspective constructiviste de la performativité du droit et de la structuration d'un espace inégalitaire chez Delphy et Bourdieu ; enfin, la perspective stratégique chez Foucault – nous permettent de penser l'exception non pas comme un accident ou un dysfonctionnement du droit, mais comme un régime constitutif d'un espace national. Le dispositif du « droit des étrangers » contribue à la morphologie de l'espace social et symbolique national, en organisant la privation différentielle de droits (droits fondamentaux, sociaux, économiques, civiques) des sujets étrangers. Plutôt que de penser le droit des étrangers comme une zone de non-droit et d'exclusion, nous sommes cependant invités à le penser comme champ de bataille, lieu d'affrontement de rationalités concurrentes, en tension entre protection et discrimination, parsemé d'interstices et de brèches éphémères qu'il faut toujours réinvestir pour assurer les droits des étrangers et garantir une définition ouverte de la communauté politique. Si le « droit des étrangers » est le nom d'une frontière – politique, juridique, administrative, sociale –, il peut aussi être un site de « *démocratisation des frontières*²⁹ » de l'État. ■

27. Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du Gisti », in *Politix*, n° 62, 2003, pp. 115-143.

28. Marie-Sophie Vachet, « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », in *L'homme et la société*, n° 206, 2018, pp. 265-287.

29. Étienne Balibar, *Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*, Paris, PUF, 2011 ; Arash Abizadeh, « Democratic theory and border coercion: No right to unilaterally control your own borders », in *Political Theory*, vol. 36, n° 1, 2008, pp. 37-65.