



HAL
open science

L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration. *Droit et Cultures*, 2011, Hors-série: " Orient-Occident. Image de soi, image de l'autre ", pp.125-142. hal-01671420

HAL Id: hal-01671420

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01671420>

Submitted on 22 Dec 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.

L'IMAGE DE L'ÉTRANGER AU PRISME DES LOIS SUR L'IMMIGRATION

par Danièle Lochak

Professeur émérite de l'université Paris Ouest - Nanterre La Défense (CREDOF)

Article paru dans la revue *Droit et culture*, Hors série 2011 : « Orient-Occident. Image de soi, image de l'autre »
- Actes de la journée d'études organisée par le Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit de l'université de Paris Ouest – Nanterre La Défense.

Résumé : Au-delà de sa fonction instrumentale, le droit remplit aussi une fonction symbolique. Il ne régit pas seulement les rapports sociaux concrets, il influe aussi sur les représentations collectives en offrant une certaine vision de l'ordre social.

C'est cette hypothèse qui est ici mise à l'épreuve en prenant l'exemple de la législation sur les étrangers. Bien que ne s'appliquant qu'aux étrangers, cet ensemble de normes produit des effets bien au-delà de ses destinataires immédiats : il diffuse une certaine idée de la place de l'étranger dans la société française, des droits respectifs des étrangers et des nationaux, et - surtout - contribue à persuader chacun du caractère inéluctable de la situation créée ou entérinée par les textes. D'un ensemble normatif touffu et complexe, dont le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) constitue l'élément essentiel, ressort la vision d'un individu à part, d'un être dangereux, délinquant en puissance, mais aussi fraudeur, polygame, machiste, violent, qu'il convient d'éduquer en lui inculquant les « valeurs de la République ».

Mots clés – étrangers – fonction symbolique du droit

Le droit ne se résume pas dans un ensemble de règles contraignantes – ou permissives – destinées à encadrer les rapports sociaux. Il est aussi un discours qui véhicule un message, propose une certaine vision de l'ordre social et influe sur les représentations collectives. Cette fonction-là du droit est d'autant plus importante et mérite donc d'autant plus d'être soulignée que si un individu donné n'a qu'un nombre limité de chances de se voir appliquer telle ou telle norme prise isolément, l'ensemble formé par ces normes lui fournit une image globale de la société et des repères pour s'y orienter. Autrement dit, le rôle des règles de droit ne s'épuise pas dans leur mise en œuvre concrète¹.

Si l'on prend le cas de la législation sur les étrangers que nous avons choisi d'étudier ici, les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) ne s'appliquent, à quelques exceptions près, qu'aux étrangers et plus particulièrement, concernant sa dimension répressive, aux étrangers en situation irrégulière ou qui troublent l'ordre public. Pourtant, il produit des effets bien au-delà de ce cercle limité : il diffuse, à la fois auprès des étrangers et des Français, une certaine image de l'étranger, une certaine idée de la place de l'étranger dans la société française et des droits respectifs des étrangers et des nationaux. Il contribue ce faisant à persuader chacun du caractère inéluctable de la situation créée par les textes.

La vision de l'étranger reflétée par l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa version initiale était à la fois classique et rudimentaire. Soumis à un régime de police qui se résume dans l'énoncé – succinct – des conditions d'entrée sur le territoire, dans l'obligation de solliciter un titre de séjour au-delà de trois mois, et bien entendu dans la possibilité d'être expulsé en cas de menace pour l'ordre public, l'étranger est appréhendé essentiellement comme force de travail. Les dispositions les plus détaillées sont consacrées en effet à l'exercice d'un emploi

¹ Pour un exposé plus développé de cette thèse, voir D. Loschak, « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, Publications du CURAPP, PUF, 1983, p. 51-77.

salarié. Ainsi, parmi les conditions d'entrée, il est fait spécifiquement mention de l'obligation l'étranger venu en France pour exercer une activité professionnelle salariée de présenter un contrat de travail visé. L'article 7 précise que l'étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariée sans autorisation préalable délivrée pour une profession et une zone déterminées. Enfin et surtout, l'ordonnance contient un chapitre 5 créant un Office national d'immigration auquel est conféré le monopole de l'introduction en France des travailleurs étrangers. La figure du travailleur immigré est dominante, sinon exclusive, et le restera jusqu'au milieu des années soixante-dix.

L'image de l'étranger qui se dégage de l'actuel Ceseda s'est « enrichie », si l'on peut dire, en intégrant toutes les inquiétudes et tous les fantasmes qui s'attachent aujourd'hui à la personne de l'étranger et que les textes, en même temps qu'ils les reflètent, contribuent à conforter et perpétuer. Au risque classique pour la sécurité est ainsi venu s'ajouter le risque migratoire puis le risque pour l'identité nationale. De l'ensemble normatif touffu et complexe au centre duquel se trouve le Ceseda ressort la vision d'un individu à part, d'un être dangereux, délinquant en puissance, mais aussi fraudeur, polygame, machiste, violent, qu'il convient d'éduquer en lui inculquant les « valeurs de la République ».

Une catégorie d'individus à part

On pourrait reprendre, à propos de la législation sur les étrangers, l'hypothèse formulée à propos de la législation antisémite de Vichy² selon laquelle la promulgation d'un statut des Juifs a contribué à imprimer dans les esprits la vision d'une société fondée sur le partage entre deux « races » distinctes et inégales, les Juifs et les aryens, et à faire admettre l'exclusion des Juifs comme normale et conforme à l'ordre naturel des choses. Dans un contexte très différent et sans prétendre assimiler le sort des étrangers aujourd'hui à celui des Juifs hier, l'existence d'une législation spécifique relative aux étrangers ne conforte-t-elle pas l'idée d'une différence radicale entre nationaux et étrangers ? L'inscription dans la loi des restrictions apportées à leurs droits ne contribue-t-elle pas, plus efficacement que si elles n'étaient que l'expression de l'arbitraire administratif, à les marquer du sceau de l'évidence ?

Dans sa décision du 13 août 1993, dont on considère qu'elle a posé les bases du statut constitutionnel des étrangers, le Conseil constitutionnel, tout en prenant soin d'énumérer les droits fondamentaux dont les étrangers ne peuvent être privés (ce qui n'interdit pas d'en restreindre l'exercice si et dans la mesure où l'intérêt de l'État l'exige...), poursuit son raisonnement en ces termes :

« [...] aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; [...] les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; [...] le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; [...] dans ce cadre juridique les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ».

Le Conseil constitutionnel convertit en somme une série de postulats de nature politique et idéologique : la France est un État souverain, la distinction entre nationaux et étrangers est constitutive de l'État nation, en principes juridiques qu'il martèle comme autant de présomptions irréfragables et qui acquièrent ainsi une crédibilité et une légitimité au-dessus de tout soupçon.

² V. notamment D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 252-285 ; « Ecrire, se taire... Réflexion sur la doctrine française », *Le Genre Humain*, n° 30-31, « Le droit antisémite de Vichy », Le Seuil, 1996, p. 433-462.

La vision des étrangers qui se dégage de la législation est donc d'abord celle d'un ensemble d'individus à part de la collectivité nationale, soumis « logiquement » à un statut différent et infiniment plus contraignant que celui des nationaux : pour entrer sur le territoire, pour y demeurer, pour y travailler, ils doivent solliciter une autorisation, situation que traduit bien la vieille notion de « police des étrangers ».

Mais la surabondance des dispositions répressives incite aussi à se représenter l'étranger comme un être foncièrement dangereux, ne respectant pas « nos » lois ou cherchant à les tourner, et comme un délinquant en puissance.

L'étranger dangereux

La référence à l'ordre public était déjà présente dans l'ordonnance de 1945 comme dans les textes qui l'ont précédée. La menace pour l'ordre public a toujours été – et reste aujourd'hui – un motif d'expulsion. Ainsi, « l'expulsion peut être prononcée si la présence en France d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public » (art. L. 521-1).

Mais ce qui est nouveau, c'est que la notion d'ordre public irrigue aujourd'hui l'ensemble du Ceseda. Elle y apparaît sur un mode répétitif, tout au long du texte, et bien au-delà de l'hypothèse de l'expulsion. Ainsi, l'expression « sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public » revient à douze reprises comme motif permettant de refuser le droit au séjour à des personnes qui ont normalement vocation à l'obtenir : aux citoyens de l'Union européenne et des membres de leur famille (art. L. 121-1, L. 121-3, L. 122-1), au parent d'un enfant mineur malade qui sollicite la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour (art. L. 311-12), à certaines catégories d'étudiants qui pourraient sinon obtenir de plein droit un titre de séjour (art. L. 317-7 II), à tous ceux qui peuvent prétendre, également de plein droit, à la délivrance d'une carte « vie privée et familiale » en raison de leurs attaches en France (art. L. 313-11), au conjoint d'un Français ou d'un étranger qu'il est venu rejoindre par regroupement familial, victime de violences conjugales (art. L. 313-12 et art. L. 431-2), aux bénéficiaires de la protection subsidiaire (L. 313-13), à ceux qui sollicitent leur admission au séjour pour des considérations humanitaires ou des motifs exceptionnels (art. L. 313-14), à ceux qui peuvent normalement prétendre à l'obtention d'une carte de résident permanent à durée indéterminée (art. L. 314-14) ou encore aux victimes de la traite ou du proxénétisme qui déposent plainte contre les auteurs de ces crimes (art. L. 316-1).

Il faut y ajouter les hypothèses analogues quoique formulées différemment où il est fait référence à l'étranger « dont la présence constitue une menace pour l'ordre public », auquel sera donc là encore refusé le titre de séjour qu'il sollicite : refus de séjour opposé à un citoyen de l'Union européenne (art. L. 121-4), refus de délivrance d'une carte de séjour temporaire (art. L. 313-3) ou d'une carte de résident (art. L. 314-3) ou encore exclusion du regroupement familial d'un membre de famille (art. L. 411-6).

Et puis, avec des variantes, on lit qu'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) peut être prononcée contre l'étranger dont le comportement a, pendant les trois premiers mois de son séjour en France ou la durée de validité de son visa, constitué une menace pour l'ordre public (art. L. 511-1, II, 8°), que la protection subsidiaire peut-être refusée à l'étranger dont l'*activité* sur le territoire constitue une menace *grave* pour l'ordre public (art. L. 712-2), qu'un demandeur d'asile doit normalement être admis au séjour sauf si sa présence en France « constitue une menace *grave* pour l'ordre public, la *sécurité publique* ou la *sûreté de l'État* » (art. L. 741-4), qu'un étranger peut être exclu du bénéfice de la protection temporaire en cas de menace (simple, cette fois) pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État (art. L. 811-5).

Enfin, on retrouve l'éventualité d'une « menace grave pour l'ordre public » dans le cours de la procédure d'éloignement, pour justifier une nouvelle prolongation du maintien en réten-

tion (art. L. 552-7), le caractère suspensif du recours du ministère public contre la décision de remise en liberté prononcée par le juge des libertés et de la détention (art. L. 552-10) ou encore la levée de l'obligation d'informer l'étranger en rétention de toutes les prévisions de déplacement le concernant (audience, conditions du départ...)(art. L. 553-5).

Pour beaucoup des catégories d'étrangers visées, la probabilité qu'ils représentent une menace pour l'ordre public est en réalité infime. Les rédacteurs de la loi en ont forcément conscience : la preuve, c'est que la menace pour l'ordre public, dans la plupart des cas que l'on a répertoriés, ne débouche pas directement sur une mesure d'éloignement, mais seulement sur un refus de séjour qui placera l'intéressé en situation irrégulière. A quoi peut alors servir cette référence réitérée comme un *leitmotiv* à l'ordre public, sinon à ancrer dans les esprits l'idée que l'étranger est *par hypothèse* dangereux, même si ce danger n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier son expulsion ?

Un délinquant en puissance

Présumé représenter une menace pour l'ordre public, l'étranger apparaît donc comme un délinquant en puissance. Cette présomption est encore renforcée par le fait d'avoir érigé en délit toute infraction aux règles sur l'entrée et le séjour : en effet, tout étranger qui reste ou bascule dans l'irrégularité devient de ce fait un délinquant. Ceci est d'autant moins anodin que la sévérité des sanctions a été continuellement renforcée et qu'un réseau de contrôles a été progressivement tissé autour de l'étranger pour assurer l'effectivité de ces sanctions. Sont ainsi punis de peines de prison et d'amende, éventuellement assorties d'une peine d'interdiction du territoire français : l'entrée et le séjour irrégulier (art. L. 621-1), l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers – infraction qui, elle, s'applique plus souvent à des étrangers en situation régulière ou à des nationaux (art. L. 622-1), la reconnaissance d'enfant et le mariage contracté à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française (art. L. 623-1 : on y reviendra), le fait de se soustraire ou de tenter de se soustraire à une mesure de refus d'entrée en France, à un arrêté d'expulsion ou à une mesure de reconduite à la frontière, ainsi que le fait de ne pas présenter les documents de voyage permettant l'exécution d'une des mesures (art. L. 624-1).

De cette pénalisation du séjour irrégulier découle une série de conséquences sur la vision qu'on a de l'étranger lui-même. Puisque les étrangers en situation irrégulière sont des délinquants, il est normal de les punir, normal de chercher par tous moyens à les repérer (ce qui justifie, à défaut de les fonder en droit, les contrôles d'identité sélectifs), normal de leur refuser des droits aussi élémentaires que celui de se soigner ou de vivre en famille, normal encore de les dénoncer puisqu'on ne peut, dans un État de droit, laisser la délinquance impunie, normal de les enfermer et d'utiliser la violence pour les renvoyer, normal enfin d'user de l'intimidation et de la répression contre ceux qui entendent leur venir en aide et entravent ainsi l'action « légitime » de l'administration. Car, par un processus circulaire, la pénalisation qui transforme l'étranger en délinquant concourt à légitimer la répression dont il fait l'objet et qui est devenue la dimension par excellence de la politique d'immigration.

L'étranger fraudeur

Si la législation a réduit progressivement les possibilités d'obtenir un titre de séjour, certaines catégories d'étrangers, bien que désormais cataloguées comme appartenant à l'« immigration subie », continuent malgré tout, au moins sur le papier, à bénéficier de dispositions plus favorables au nom de droits fondamentaux internationalement garantis comme le droit d'asile ou le droit au respect de la vie privée et familiale. Mais, précisément pour cette raison, les étrangers sont suspectés de vouloir tourner les lois en se réclamant d'une qualité usurpée : très tôt, après la fermeture des frontières à l'immigration de main-d'œuvre, en 1974, on a vu ainsi l'administration faire la chasse aux « faux réfugiés », aux « faux étudiants », aux « faux touristes », puis aux « conjoints de complaisance » et mettre systématiquement en

doute la réalité des craintes de persécution, la réalité et le sérieux des études, la réalité des liens familiaux.

La suspicion qui sous-tendait les pratiques administratives imprègne aujourd'hui la législation elle-même, qui porte la marque de cette défiance systématique envers les étrangers, soupçonnés de détourner les textes ou les institutions à leur profit pour obtenir des avantages induits. Parmi ces soupçons figure prioritairement le fait d'utiliser le mariage – et spécialement le mariage avec un ressortissant français – mais aussi désormais la filiation pour obtenir pour eux-mêmes ou pour des enfants mineurs un droit au séjour en France ou un accès facilité à la nationalité française.

Pour faire échec à ces détournements supposés, le législateur a recours à trois méthodes. La plus classique consiste à restreindre les droits attachés à la qualité de conjoint de Français ou de parent d'enfant français en subordonnant l'accès au séjour à des conditions supplémentaires comme la durée du mariage, l'exercice de l'autorité parentale, la preuve de l'entretien de l'enfant, ou en ne conférant aux intéressés qu'un droit au séjour précaire sous la forme d'une carte de séjour temporaire là où ils accédaient avant directement et de plein droit à une carte de résident. La loi du 26 novembre 2003 a ainsi supprimé l'accès de plein droit à la carte de résident pour les parents d'enfants français qui l'obtenaient soit directement s'ils étaient déjà en situation régulière, soit au bout d'un an de séjour sous couvert d'une carte « vie privée et familiale » dans le cas inverse. La loi du 26 juillet 2006 a supprimé à son tour cet accès de plein droit pour les conjoints de Français qui l'obtenaient auparavant au bout d'un an de mariage. Les uns comme les autres doivent désormais, pour pouvoir solliciter la délivrance d'une carte de résident, avoir résidé régulièrement en France pendant une durée minimum de trois ans sous couvert d'une carte « vie privée et familiale » (art. L. 314-9, 2° et 3°) et faire la preuve de leur « intégration républicaine dans la société française » (art. L. 314-10). Une fois obtenue, la carte de résident accordée au conjoint peut de surcroît lui être retirée si, dans les quatre années suivant la célébration du mariage, le couple se sépare (art. L. 314-5-1, introduit par la loi du 20 novembre 2007).

Pour mieux verrouiller le dispositif, la loi du 16 juin 2011 « relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité » précise que, dans le calcul des cinq années de résidence exigées, dans le cas général, pour l'accès à une carte de résident, « les années de résidence sous couvert d'une carte de séjour temporaire [...] retirée par l'autorité administrative sur le fondement d'un mariage ayant eu pour seules fins d'obtenir un titre de séjour ou d'acquérir la nationalité française ne peuvent être prises en compte ». Or, pour que cette situation se présente, il faudrait que le conjoint étranger se soit vu remettre, suite au retrait de son premier titre obtenu par fraude aux yeux de l'administration, un autre titre de séjour, ce qui est une hypothèse hautement improbable. Cela présuppose de surcroît que, sans cette disposition expresse, l'administration aurait pu accepter de tenir compte des années de séjour sous couvert de cette carte obtenue par fraude, ce qui est une hypothèse tout aussi improbable que la première. A quoi bon, par conséquent, cet ajout inutile sinon pour consolider encore un peu plus la figure de l'étranger fraudeur ?

Parallèlement, les dispositions qui permettaient au conjoint d'un ressortissant français d'acquérir la nationalité française par simple déclaration ont été modifiées dans un sens de plus en plus restrictif, au point que le régime de la déclaration apparaît aujourd'hui comme moins favorable que celui de la naturalisation. La durée de la communauté de vie exigée pour demander la nationalité française a été progressivement allongée. Initialement, la loi du 9 janvier 1973 permettait de souscrire la déclaration sans délai ; la loi du 7 mai 1984 a imposé un délai de six mois, porté à deux ans par la loi du 22 juillet 1993 – qui prévoyait néanmoins que ce délai était supprimé lorsque le couple avait donné naissance à un enfant, la suspicion de mariage de complaisance tombant dans ce cas d'elle-même. Cette restriction a été supprimée par la loi du 26 novembre 2003 qui a parallèlement allongé à trois ans la durée de vie com-

mune – « tant affective que matérielle », a-t-elle de surcroît précisé – si le couple n’a pas vécu pendant au moins un an en France. La loi du 24 juillet 2006 a porté le délai à quatre ans, et même cinq si le couple a vécu à l’étranger (art. 21-2 du code civil) – durées à mettre en parallèle avec le stage exigé pour demander la naturalisation, qui est de cinq ans.

Mais la déclaration ouvre pour le conjoint une période d’incertitude qui a été elle aussi considérablement allongée. Le délai dont dispose le gouvernement, à partir du moment où la déclaration est souscrite, pour s’opposer à l’acquisition de la nationalité française pour indignité ou défaut d’assimilation a été porté successivement de six mois à un an par la loi de 1993 puis à deux ans en 2006 (art. 21-4 du code civil). De son côté le ministère public peut contester l’enregistrement de la déclaration pendant un délai de deux ans s’il juge que les conditions légales n’étaient pas satisfaites. Et « en cas de mensonge ou de fraude », ce délai de contestation est de deux ans à compter de leur découverte, sachant que la cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l’enregistrement de la déclaration constitue une présomption de fraude (alors que le couple totalise par hypothèse quatre années de vie commune préalablement à la déclaration)(art. 26-4 du code civil). Si on met bout à bout l’ensemble de ces délais, on constate que le conjoint n’est définitivement fixé sur son sort et n’a la certitude d’être devenu français qu’au bout de sept ans, voire huit ans de mariage et de vie commune, au minimum.

La seconde méthode destinée à parer aux détournements de la loi – qui a été utilisée pour la première fois par la loi du 24 août 1993, dite « loi Pasqua », puis à nouveau par la loi du 26 novembre 2003, première des « lois Sarkozy » – consiste à modifier le code civil lui-même pour exercer un contrôle en amont sur les actes d’état-civil ou sur le mariage. La méfiance envers les étrangers se devine dans la rédaction nouvelle d’une série d’articles qui ont été créés ou modifiés par ces lois relatives à l’immigration, sans pour autant s’afficher ostensiblement puisque les dispositions nouvelles conservent l’apparence d’une application générale, donc d’universalité.

On repère cette suspicion par exemple à l’article 47 du code civil relatif à la force probante des actes d’état civil délivrés à l’étranger. Invoquant l’étendue de la fraude, le législateur a permis à l’administration, lorsqu’elle est saisie d’une demande d’établissement, de transcription ou de délivrance d’un acte, d’obliger le demandeur à mettre en œuvre une procédure faisant intervenir le parquet et le cas échéant le tribunal de grande instance pour que soit préalablement vérifiée l’authenticité de l’acte.

La loi du 26 novembre 2003 a par ailleurs introduit à l’article 63 du code civil une disposition prévoyant l’audition des futurs époux par l’officier d’état civil avant la publication des bans. Le maire – ou le consul lorsque le mariage a lieu à l’étranger – doit désormais procéder préalablement à l’audition des futurs époux, sauf s’il apparaît que cette audition n’est pas nécessaire parce qu’il n’existe aucun doute sur la réalité du consentement (art. 63 et 170 du code civil). Derrière la question du consentement, c’est le mariage de complaisance qui est visé : le consentement est réputé faire défaut dès lors que les conjoints poursuivent un autre but que l’union matrimoniale, en l’occurrence l’acquisition d’un droit au séjour. Cette nouvelle formalité concerne *a priori* tous les couples, mais le maire peut y renoncer s’il estime qu’il n’existe aucune indice faisant présumer un mariage blanc – en pratique, parce qu’il s’agit d’un mariage entre deux Français ou entre deux étrangers en situation régulière. Le maire peut, par ailleurs, s’il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d’être annulé pour ce même motif, saisir le procureur de la République, qui pourra à son tour ordonner qu’il soit sursis au mariage pendant un délai pouvant aller jusqu’à deux mois et, le cas échéant, faire opposition à celui-ci (art. 175-1 du code civil). Toutes ces dispositions s’ajoutent à celles, déjà en vigueur antérieurement mais utilisées majoritairement dans

le cas de mariages mixtes, qui permettent au parquet de demander *a posteriori* l'annulation d'un mariage pour défaut de consentement³.

Une circulaire de la Chancellerie du 22 juin 2010 « relative à la lutte contre les mariages simulés » indique le mode d'emploi concret de cette législation. Elle énumère les « indices ou indicateurs de simulation du mariage », parmi lesquels figure la situation irrégulière d'un des futurs époux. Elle reproduit en annexe une grille d'audition proposée aux officiers d'état civil et aux policiers pour les aider à « détecter certains indices [...] laissant présumer que le mariage projeté est dénué d'intention matrimoniale », soit lors de l'entretien préalable, soit au cours de l'enquête diligentée par le parquet. Il est suggéré par exemple de poser des questions sur les circonstances de la rencontre, sur les « antécédents migratoires » du conjoint étranger, sur les antécédents matrimoniaux de chacun des conjoints, des questions destinées à tester la connaissance du conjoint français par le conjoint étranger ou encore des questions portant sur les conditions dans lesquelles le mariage a été célébré – présence de la famille française, identité des témoins... – si l'enquête intervient postérieurement, aux fins d'annulation. Par conséquent, si la circulaire définit les « mariages de complaisance » comme « tout mariage qui ne repose pas sur une volonté libre et éclairée de vouloir se prendre pour mari et femme, qu'il ait été conclu exclusivement à des fins migratoires (obtenir un titre de séjour ou la nationalité française) ou pour obtenir un avantage professionnel, social, fiscal ou successoral », il ressort clairement de la lecture du texte et du questionnaire annexé que seuls les couples mixtes sont visés.

La troisième méthode consiste à utiliser la répression pénale. La loi du 26 novembre 2003 a ainsi créé un délit de mariage de complaisance passible de cinq ans d'emprisonnement (dix ans s'il est commis « en bande organisée ») et défini comme le fait d'organiser ou de contracter un mariage dans le seul but d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française (art. L. 623-1 du Cesda). L'utilité pratique de cette incrimination nouvelle est douteuse, puisqu'un mariage de complaisance encourt l'annulation et que l'administration peut dans ce cas refuser de délivrer un titre de séjour. Elle a donc surtout une fonction d'intimidation mais aussi de stigmatisation des étrangers : on relève en effet que le nouveau délit est sélectif puisqu'il ne vise pas ceux qui détournent l'institution du mariage dans un autre but que l'obtention d'un titre de séjour, par exemple, s'agissant d'un fonctionnaire, pour obtenir une mutation au titre du rapprochement des conjoints, ou encore un avantage fiscal. Autrement dit, le détournement de l'institution du mariage est considéré comme suffisamment grave pour justifier qu'il soit pénalement réprimé quand il émane d'un étranger, pas lorsqu'il est le fait d'un Français.

La loi du 16 juin 2011 « relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité » marque un pas de plus dans cette direction en imaginant de réprimer les « mariages gris », c'est-à-dire ceux qui ont été conclus par un étranger en trompant l'époux (français) sur sa véritable intention : sera puni des mêmes peines, dit le texte, l'étranger qui a contracté mariage en dissimulant ses intentions à son conjoint. La disposition – dont on ne voit guère comment elle pourrait s'appliquer sinon comme instrument de chantage dans un conflit conjugal, puisque la seule façon de débusquer la tromperie découlera des déclarations du conjoint supposément trompé – n'a d'autre objectif que de faire passer les étrangers pour malhonnêtes, prêts à jouer avec les sentiments de jeunes femmes françaises crédules et vulnérables (tel est en effet le schéma le plus couramment imaginé, pour ne pas dire fantasmé) pour parvenir à leurs fins.

³ Une étude officielle émanant de la sous-direction de la Statistique, des études et de la documentation du ministère de la Justice, portant sur les annulations de mariage entre 1995 et 2004, fait apparaître que dans 86% des cas les conjoints sont de nationalité différente (*Infostat Justice*, n° 90, août 2006).

Après les mariages de complaisance, le législateur a entrepris de s'attaquer aux « paternités de complaisance ». Ainsi, sur le modèle choisi pour la répression des mariages blancs, la loi du 26 juillet 2006 a érigé en délit passible de cinq ans de prison la reconnaissance d'un enfant aux seules fins d'obtenir ou faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française⁴. Et il a également prévu qu'à Mayotte, lorsque la mère était en situation irrégulière, les frais liés à la grossesse et à l'accouchement devraient être acquittés personnellement et solidairement par la mère et par le père qui a reconnu l'enfant (art. 20 de l'ord. du 20 décembre 1996 relative à l'amélioration de la santé publique à Mayotte). Ici encore, pourtant, on peut douter que les paternités de complaisance soient à ce point répandues qu'elles justifient l'intervention du législateur. Car la reconnaissance d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien emporte un certain nombre de conséquences durables qui ne sont pas anodines, comme l'obligation de subvenir à ses besoins au moins jusqu'à sa majorité, ce qui devrait constituer un frein suffisant à la multiplication des reconnaissances de pure complaisance.

L'étranger polygame

Le mot « polygame » ou l'expression « vivant en état de polygamie » reviennent dix-neuf fois dans le Ceseda. On les trouve d'abord dans la disposition qui interdit le regroupement familial polygamique (art. L. 411-7) et dans celle qui interdit de délivrer une carte de résident à un étranger vivant en état de polygamie et à ses épouses (art. L. 314-15), interdictions qui ont été édictées délibérément et très officiellement par la loi du 24 août 1993. Mais on les trouve aussi lorsqu'il s'agit de refuser la carte « vie privée et familiale » à des étrangers dont il n'y a aucune raison de penser qu'ils puissent être polygames voire, pour certains d'entre eux, dont on ne voit pas *juridiquement* comment ils pourraient l'être : le conjoint de Français (art. L. 313-11, 4°), le conjoint d'un étranger titulaire de la carte « scientifique » (art. L. 313-11, 5°), les étrangers qui peuvent prétendre obtenir la délivrance d'un titre de séjour pour des considérations humanitaires ou des motifs exceptionnels (L. 313-14). Au point qu'on finit par se demander pourquoi la condition n'est pas prévue pour les accidentés du travail, les apatrides et les étrangers malades (art. L. 313-11, 9° et 11°).

Un exemple caricatural de cette irrationalité apparente est fourni par la circulaire du 10 décembre 1999 prise pour l'application de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. La circulaire précise qu'un étranger « pacsé » peut demander une carte de séjour « vie privée et familiale » à condition qu'il ne vive pas en situation de polygamie : dans la mesure où l'on ne peut conclure un pacs si l'on est déjà marié, cette précision est dénuée de toute portée, et on ne peut donc l'interpréter que comme la manifestation à l'état pur de l'amalgame immigration = polygamie.

On pourrait s'interroger sur la pertinence de cette chasse aux polygames qui a pour principale conséquence de pénaliser les femmes – et cela d'autant plus que le mari peut facilement retrouver son droit au séjour en répudiant une de ses épouses⁵. Ils et elles ne peuvent pas obtenir de carte de résident, mais pas non plus, dans la plupart des cas, une carte « vie privée et familiale », ils et elles ne sont pas protégés contre la reconduite à la frontière (art. L. 511-4), l'expulsion (art. L. 521-2 et 521-3) ou l'interdiction du territoire français (art. 131-30-1 et 131-30-2 du code pénal). Et quelles que puissent être leurs attaches en France, ils et elles ne

⁴ L'article L. 623-1 du Ceseda soumet les deux délits à un régime commun : « Le fait de contracter un mariage, ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement ou aux seules fins d'acquérir ou de faire acquérir la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Ces mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins ».

⁵ « La double peine des épouses de polygames », *Droit social*, novembre 2006, p. 1032.

bénéficient pas de l'immunité accordée aux membres de famille pour aide au séjour irrégulier (art. L. 622-4).

Mais si l'on s'en tient, conformément à la problématique choisie, à l'effet de discours, il est clair que cette façon de toujours mettre au premier plan la polygamie dès qu'on parle d'immigration, comme si les deux phénomènes étaient nécessairement liés – alors que la polygamie ne concerne qu'une très faible fraction des étrangers résidant en France et reste cantonnée à certaines communautés –, n'est ni innocente, ni indifférente : accorder une importance disproportionnée à un phénomène statistiquement marginal, c'est céder à la facilité démagogique sachant que, à force de brandir à tout bout de champ le spectre de la polygamie, on accrédite dans l'opinion l'idée que les immigrés ne sont décidément pas intégrables. L'étranger sauvage : violent, exciseur, incivil

Après avoir pointé l'étranger fraudeur et l'étranger polygame, le législateur a décidé de pointer l'étranger exciseur et l'étranger violent et incivil. Ainsi, dans la loi de 24 juillet 2006, les parlementaires ont tenu à préciser que la personne condamnée pour avoir commis sur un mineur de quinze ans des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente – ce qui vise concrètement l'excision – ou s'être rendu complice d'un tel crime ne pourrait se voir délivrer de carte de résident (art. L. 314-5). Or la condamnation pour crime ne laisse guère de chances d'obtenir un titre de séjour. Ici encore, l'effet sinon le but de la disposition ajoutée est bien de stigmatiser un peu plus les étrangers.

De même a été expressément prévu, pour les étrangers protégés contre l'expulsion, le retrait de la carte de résident en cas de condamnation pour menaces et actes d'intimidation contre des personnes exerçant une fonction publique ou pour rébellion (art. L. 314-6-1), comme si les étrangers étaient particulièrement enclins à commettre ce type de délits.

C'est la même « logique », si l'on peut dire, qui a inspiré l'amendement si abondamment commenté pendant l'été 2010 visant à élargir les hypothèses de déchéance de la nationalité française pour les étrangers naturalisés depuis moins de dix ans. Le texte adopté par l'Assemblée nationale permet de déchoir celui qui « a été condamné pour un acte qualifié de crime prévu et réprimé par le 4° des articles 221-4 et 222-8 du code pénal », c'est-à-dire pour meurtre ou pour violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, commis sur « un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation [...] ». Comme les commentateurs l'ont relevé et comme le gouvernement l'a lui-même reconnu dans l'exposé des motifs, cette disposition ne trouvera guère ou pas du tout à s'appliquer, le nombre de Français « récents » condamnés pour ce type de délits étant infime, voire nul. La législation vient seulement conforter le discours officiel stigmatisant.

Un être machiste et irresponsable qu'il faut éduquer aux valeurs de la République

Une des innovations marquantes introduite par la loi du 26 novembre 2003 a consisté à subordonner l'accès à la carte de résident, en dehors des cas où elle est délivrée de plein droit, à « l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française ». La loi du 24 juillet 2006 a rendu plus contraignante la condition d'intégration et en a généralisé le champ d'application.

Tout étranger admis pour la première fois au séjour en France et qui souhaite s'y maintenir durablement doit « préparer son intégration républicaine dans la société française ». À cette fin, il doit conclure avec l'État un « contrat d'accueil et d'intégration » par lequel il s'oblige à suivre, si nécessaire, une formation linguistique, et dans tous les cas une formation civique. Celle-ci comporte, dit le texte, « une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité » (art. L. 311-9 du Ceseda).

Une nouvelle pierre a été apportée à ce dispositif par la loi du 20 novembre 2007, dite « Loi Hortefeux », qui a imposé aux membres de famille et aux conjoints de ressortissants français qui sollicitent la délivrance d'un visa pour venir en France de se soumettre, dans le pays d'origine, à une évaluation de leur degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République et, si besoin est, suivre une formation dont la durée peut aller jusqu'à deux mois (art. L. 211-2-1 et L. 411-8). La justification de cette contrainte supplémentaire est, là encore, de permettre aux personnes concernées de « préparer [leur] intégration républicaine dans la société française ».

Parmi les critères conditionnant la délivrance d'une carte de séjour à un étranger en raison de ses liens personnels et familiaux en France la loi du 20 novembre 2007 a introduit la référence à son insertion dans la société française, « évaluée en tenant compte notamment de sa connaissance des valeurs de la République » (art. L. 313-11, 7°).

L'accès à la carte de résident – en dehors des cas, désormais résiduels, où elle est délivrée de plein droit – est subordonné « à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de son engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de sa connaissance suffisante de la langue française » (art. L. 314-2).

L'étranger qui demande à faire venir sa famille doit, quant à lui, se conformer aux « principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France » (art. L. 411-5, 3°).

Si la condition d'intégration n'est pas définie de façon suffisamment précise pour exclure toute appréciation subjective, sinon arbitraire, de la part du préfet à l'occasion de la délivrance des titres de séjour, on voit néanmoins se dessiner en creux ce qui manque potentiellement à l'étranger et les gages qu'il doit donner pour obtenir un droit au séjour durable. L'image dominante qui ressort des textes, c'est bien celle du musulman qui opprime son épouse. Et les valeurs de la République qu'il faut lui inculquer s'énoncent ainsi : liberté, égalité, laïcité.

Le livret d'accueil intitulé « Vivre en France » distribué par l'ANAEM (Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations) et remis à tout nouvel immigré ne laisse aucun doute à cet égard, lorsqu'il présente en ces termes le contrat d'accueil et d'intégration :

La France, en vous accueillant, vous a proposé de signer, avec l'État, un contrat d'accueil et d'intégration. En signant ce contrat, vous vous êtes engagé à respecter les valeurs fondamentales de la République que sont la démocratie, la liberté, l'égalité, la fraternité, la sûreté et la laïcité. [...] Les efforts que vous aurez faits pour réussir votre intégration en France seront pris en compte au moment de votre demande de délivrance de la carte de résident ou d'acquisition de la nationalité française. [...]

Vous réussirez votre intégration dans notre pays si vous savez découvrir la France et ses habitants, si vous apprenez la langue de ce pays et respectez ses valeurs fondamentales. Les étrangers comme les Français ont en effet le devoir de respecter toutes les lois. Elles s'appliquent à tous ceux qui résident sur le territoire français. C'est tout particulièrement vrai des principes républicains de liberté, d'égalité des droits, notamment entre les hommes et les femmes, et de laïcité.

Quant au document destiné à recevoir la signature du contrat d'accueil et d'intégration, la présentation qu'il donne de la France est une façon – une fois encore stigmatisante – de poin-

ter ceux des principes qu'on soupçonne les immigrés de ne pas respecter spontanément : la France est un pays laïc, un pays d'égalité, dans lequel

« les femmes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les hommes. [...] Les femmes ne sont soumises ni à l'autorité du mari ni à celle du père ou du frère pour, par exemple, travailler, sortir ou ouvrir un compte bancaire. Les mariages forcés et la polygamie sont interdits, tandis que l'intégrité du corps est protégée par la loi ».

Soupçonné de ne pas être un bon mari, de maltraiter et d'opprimer son épouse, l'immigré l'est aussi de ne pas être un bon parent. C'est ce que laisse sous-entendre la création par la loi Hortefeux du 20 novembre 2007 d'une version familiale du contrat d'accueil et d'intégration : pour préparer « l'intégration républicaine de la famille dans la société française », les parents d'enfants entrés par regroupement familial doivent conclure un « contrat d'accueil et d'intégration pour la famille » par lequel ils s'engagent à suivre une formation sur « les droits et les devoirs des parents » en France et à respecter l'obligation scolaire. Le non respect du contrat peut déboucher sur la mise en œuvre du « contrat de responsabilité parentale » prévu par le Code de l'action sociale et des familles en cas de carence de l'autorité parentale et sur la suspension du versement des prestations familiales, voire sur le non renouvellement de leur carte de séjour (art. L. 311-9-1). Que peut-on induire de ces contraintes imposées aux étrangers sinon qu'ils sont des parents irresponsables, incapables d'élever correctement leurs enfants et *a priori* non désireux de les scolariser ?

À la recherche du « bon » étranger

C'est en présentant le texte qui devait devenir la loi du 24 juillet 2003 que Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'intérieur, avait clairement opposé l'immigration « que nous subissons, comme le regroupement familial et les demandeurs d'asile », qu'il convient de limiter, et l'« immigration choisie ... en fonction des besoins de notre économie et de nos capacités d'intégration », qu'il convient d'encourager. Cette opposition entre immigration subie et immigration choisie est devenue par la suite le *leitmotiv* du discours gouvernemental.

Cette rhétorique devrait logiquement déboucher sur l'apparition dans le Ceseda de la figure du « bon » étranger à qui l'on accorde un régime de faveur. Mais cette figure reste difficile à repérer. Par exemple, au nom de l'immigration choisie, la loi du 24 juillet 2006 a prévu la possibilité d'accorder une carte de séjour portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire », sans que la situation de l'emploi leur soit opposable, aux étrangers qui souhaitent occuper des emplois dans des secteurs d'activité ou des professions connaissant des « difficultés de recrutement » (art. L. 313-10, 1° du Ceseda). Pourtant, ce n'est assurément pas parmi ces derniers qu'on trouve la figure du « bon » immigré favorisé, puisque leur droit au séjour est indexé sur leur utilité pour l'économie française : le titre de séjour qui leur est délivré l'est sur la base de l'exercice d'un emploi, pour une durée limitée dans le temps, et son renouvellement n'est jamais de droit. Cette précarité interdit de voir en eux autre chose que des immigrés momentanément utiles mais néanmoins « jetables » lorsqu'ils ne le sont plus.

La description du destinataire de la carte « compétences et talents », également créée par la loi de 2006, correspond *a priori* mieux à la figure du bon immigré. Cette carte est délivrée, dit le texte, à l'étranger « susceptible de participer, du fait de ses compétences et de ses talents, de façon significative et durable au développement économique, au développement de l'aménagement du territoire ou au rayonnement, notamment intellectuel, culturel, humanitaire ou sportif de la France » (art. L. 315-1). Mais cette figure reste largement théorique et ne trouve guère à s'incarner dans des étrangers concrets puisque à peine quelques centaines de ces cartes ont été délivrées depuis l'origine, là où les prévisions tablaient sur 2 000 cartes délivrées par an.

La future « carte bleue européenne », quant à elle, sera délivrée aux titulaires d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures ou justifiant d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable, touchant une rémunération brute au moins égale à une fois et demie le salaire moyen de référence, soit environ 4 000 € par mois (art. L. 313-10, 6°). Issue d'une initiative communautaire⁶ et destinée à attirer des travailleurs hautement qualifiés, elle ne concernera elle aussi que quelques « happy few » qui échapperont d'ailleurs, ainsi que les membres de leur famille, à toute condition d'intégration.

Les « bons » étrangers ne sont donc décidément pas légion. Peut-être convient-il plutôt d'en rechercher la trace dans les dispositions du code civil qui facilitent l'accès à la naturalisation pour certaines catégories d'étrangers ? Ainsi, une dispense de stage est accordée à l'étranger qui a accompli des services militaires dans l'armée française, à celui « qui a rendu des services exceptionnels à la France » ou à celui « dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel » (art. 21-19). La nationalité française peut aussi être accordée sans condition de stage à « tout étranger francophone [...] qui contribue par son action éminente au rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales » (art. 21-21). Le stage est réduit à deux ans pour l'étranger qui a accompli avec succès deux années d'études supérieures en vue d'acquérir un diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur français et pour celui « qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France » (art. 21-18). La loi de 2011 « relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité »⁷ y a ajouté « l'étranger qui présente un parcours exceptionnel d'intégration, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif ».

Mais là encore, d'après les statistiques officielles, les naturalisations accordées avec réduction ou dispense de stage pour des motifs que l'on vient de rappeler, si l'on met à part le cas des étudiants diplômés, ne représentent que quelques unités par an.

*

On pourrait être tenté de penser que l'image négative de l'étranger qui se dégage de la législation n'est en somme que le reflet atténué d'un discours politique parfois ouvertement xénophobe. Mais le fait d'avoir intégré dans les textes cette image dépréciative n'est pas anodin. Car le capital d'autorité qui s'attache au droit, notamment sous la forme de la loi écrite, confère une crédibilité particulière au message qu'il véhicule et permet à la réalité légale, celle que décrit le droit, de se donner pour la réalité « naturelle », pour l'expression de la « nature des choses ». Définissant au départ des situations et des comportements légaux, le droit concourt à indiquer ce qu'il est normal de faire ou de penser, à déterminer la sphère d'acceptabilité des actes et des conduites : sur l'effet de naturalisation se greffe ainsi un effet de légitimation. Les catégories juridiques, comme tous les mots qui permettent de nommer les choses, produisent enfin un effet d'accoutumance : on s'habitue d'abord aux mots, puis aux représentations qu'ils véhiculent, et on finit par trouver normales, acceptables, les situations et les pratiques qu'ils décrivent, aussi exorbitantes soient-elles au regard des principes auxquels on pense ou prétend être attaché.

⁶ Directive 2009/50/CE du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié.

⁷ Voir note 3.