



HAL
open science

L'immigration saisie par le droit pénal

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'immigration saisie par le droit pénal. Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz, pp. 689-704, 2014, Études, mélanges, travaux, 978-2-247-12992-8. hal-01647328

HAL Id: hal-01647328

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647328v1>

Submitted on 23 Nov 2020

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'immigration saisie par le droit pénal

par Danièle Lochak

professeur émérite de l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense (CREDOF)

in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*,
Daloz, 2014, p. 689-704

Par glissements successifs, le centre de gravité du droit des étrangers ne cesse de se déplacer. Pendant longtemps, la « condition des étrangers » a formé une partie substantielle du droit international privé. À mesure que les questions de « police des étrangers » – l'entrée, le séjour, l'éloignement – ont pris le pas sur celles de la jouissance et l'exercice des droits et libertés, le centre de gravité de la matière a basculé vers le droit administratif, avant qu'elle ne soit, plus tard encore, saisie par le droit constitutionnel et le droit international des droits de l'homme. Mais une autre évolution, très perceptible dans la législation et dans la pratique, est restée encore relativement inaperçue dans le champ académique : c'est la place croissante attribuée à l'outil pénal dans la gestion de l'immigration et la constitution progressive d'un véritable « droit pénal de l'immigration »¹.

Cette évolution se manifeste d'abord dans l'inflation des délits et des peines. Elle a aussi d'autres effets, moins visibles quoique pernicieux : l'instrumentalisation du droit pénal et de la procédure pénale, détournés de leur objet et mis au service de la lutte contre l'immigration irrégulière, confortant ainsi l'arbitraire administratif au lieu de l'encadrer.

Si l'immigration est donc littéralement « saisie » par le droit pénal, l'observation du phénomène offre symétriquement des clés pour analyser les aspects saillants de la politique d'immigration, pour saisir son impact sur le statut – et indirectement sur l'image² – des étrangers.

I. Inflation des délits, sévérité croissante des peines

On peut, avec Claire Saas³, distinguer ici trois cercles de la pénalisation : une pénalisation primaire visant les étrangers qui entrent, séjournent ou travaillent irrégulièrement sur le territoire français ; une pénalisation secondaire dirigée contre les personnes qui – avec des motivations variables allant de la solidarité à l'esprit de lucre – procurent une aide à un immigré en situation irrégulière (transporteurs, passeurs, militants associatifs, simples citoyens) ; une pénalisation tertiaire, enfin, qui investit la sphère de la vie privée.

C'est une loi du 1^{er} mai 1834 qui, pour la première fois, assortit d'une sanction pénale le refus de se plier à une mesure d'assignation à résidence ou d'expulsion. Elle complète à cet égard une loi du 21 avril 1832 qui prévoit la faculté d'assigner à résidence dans des villes déterminées les étrangers réfugiés en France et de les expulser si leur présence est susceptible de troubler l'ordre public. La loi du 3 décembre 1849 généralise ce système : tout étranger qui se sera soustrait à une mesure d'expulsion encourt une peine de six mois d'emprisonnement assortie de la reconduite automatique à la frontière.

¹ Pour une analyse d'ensemble des évolutions décrites ici, on peut se reporter à : Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, Coll. « Penser l'immigration autrement », 2012. Consultable en ligne à l'adresse suivante : http://www.gisti.org/publication_som.php?id_article=2781

² Voir sur ce point Danièle Lochak, « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », *Droit et culture*, Hors série 2011 : « Orient-Occident. Image de soi, image de l'autre » ; reproduit dans Gisti, *Figures de l'Étranger : quelles représentations pour quelles politiques ?*, 2013.

³ Claire Saas, « L'immigré, cible d'un droit pénal de l'ennemi ? », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, *op. cit.*, p. 33.

La pénalisation du séjour irrégulier indépendamment de toute menace pour l'ordre public n'apparaît que beaucoup plus tard, avec le décret-loi du 2 mai 1938. Le texte prévoit que sera passible d'une amende de 100 à 1 000 F et d'un emprisonnement de un mois à un an « l'étranger qui aura pénétré en France irrégulièrement, clandestinement ou non muni de ces documents revêtus des timbres et visas réglementaires » ainsi que « celui auquel la carte d'identité aura été refusée ou retirée et qui, malgré ce refus ou ce retrait, sera trouvé séjournant sur le territoire », ou encore « celui dont la situation n'aura pas fait l'objet d'une régularisation administrative », et enfin celui « qui, sans excuse valable, aura omis de solliciter dans les délais réglementaires la délivrance d'une carte d'identité ». La peine encourue pour non exécution d'une mesure d'expulsion passe par ailleurs de six mois à trois ans d'emprisonnement.

L'ordonnance du 2 novembre 1945 reprend ces dispositions quasiment à l'identique, tant pour l'étranger qui se soustrait à une mesure d'expulsion (art. 23) que pour celui qui est entré ou a séjourné irrégulièrement sur le territoire. Elle prévoit une peine d'emprisonnement d'un mois à un an ainsi qu'une amende de 600 à 12 000 F pour « l'étranger qui aura pénétré en France irrégulièrement » (art. 19, al. 1^{er}) et une peine de quinze jours à un an de prison ainsi qu'une amende du même montant pour « celui qui, sans excuse valable, aura omis de solliciter dans les délais réglementaires la délivrance d'une carte de séjour » ou encore « celui auquel la carte de séjour aura été refusée et qui séjournera sur le territoire sans cette carte ou qui sera porteur d'une carte périmée » (art. 19, al. 2 et 3).

D'une façon qui nous paraît aujourd'hui étrange - mais il faut se rappeler que l'immigration irrégulière n'était pas à l'époque perçue comme un problème - l'ordonnance du 23 décembre 1958, prise pour tenir compte de la nouvelle répartition des compétences entre la loi et le règlement, a abrogé les deux derniers alinéas de l'article 19 : le séjour irrégulier n'a plus eu dès lors le caractère d'un délit mais - sur la base d'un décret pris le même jour - d'une contravention de cinquième classe punie d'un emprisonnement de dix jours à deux mois⁴.

Ce recul de la répression n'est qu'une brève parenthèse dans une évolution qui se poursuit inexorablement : création d'infractions nouvelles, sévérité croissante des peines encourues, allongement de la durée des peines de prison et d'interdiction du territoire. Un titre entier du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) est aujourd'hui consacré aux « sanctions » qui répriment l'entrée et le séjour irréguliers, l'aide au séjour irrégulier, le mariage et la reconnaissance d'enfant « de complaisance », la méconnaissance des mesures d'éloignement, la méconnaissance des obligations incombant aux entreprises de transport. S'y ajoutent les infractions prévues par le code du travail pour l'emploi d'étrangers non munis d'autorisation de travail.

L'entrée irrégulière peut valoir un an de prison, une amende de 3 750 € et une interdiction du territoire français (ITF) de trois ans (art. L. 621-2 du Ceseda). Si le délit de séjour irrégulier en tant que tel a été abrogé par la loi du 31 décembre 2012⁵, le maintien irrégulier sur le territoire lorsqu'une mesure d'éloignement n'a pas pu être exécutée malgré un placement en

⁴ L'article 27 du décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958 punit de dix jours à deux mois de prison et d'une amende l'étranger qui, sans excuse valable, aura omis de solliciter dans les délais la délivrance d'une carte de séjour et celui qui se maintient sur le territoire alors que son titre de séjour lui a été refusé ou retiré ou dont le titre de séjour n'est plus valable.

⁵ Pour se conformer à l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 (connue sous le nom de « directive retour »). La CJUE a en effet estimé que cette directive s'opposait à ce qu'une législation nationale punisse le séjour irrégulier d'une peine de prison aussi longtemps que toutes les mesures de contrainte prévues par la directive en vue de l'exécution de l'éloignement de la personne concernée n'ont pas été prises (CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 ; 6 décembre 2011, *Achughbabian c/ préfet du Val-de-Marne*, C-329/11).

rétenion ou une assignation à résidence reste punissable des mêmes peines (art. L. 624-1, al. 1^{er}). Se soustraire ou tenter de se soustraire à une mesure d'éloignement – par exemple en refusant de monter dans l'avion –, ou encore refuser de présenter ses papiers ou de donner des éléments d'identité permettant la mise à exécution d'une mesure d'éloignement expose à trois ans de prison et dix ans d'ITF. Les mêmes peines sont encourues par celui qui, sous le coup d'une mesure d'expulsion ou d'une interdiction du territoire, pénètre à nouveau en France sans autorisation (L. 624-1, al. 2 et 3 et L. 624-2). Des peines de prison sont également prévues à l'encontre de l'étranger qui ne respecte pas les obligations de l'assignation à résidence ou du placement sous surveillance électronique (art. L. 624-5).

La répression pénale ne concerne pas seulement les étrangers en situation irrégulière eux-mêmes mais aussi d'autres personnes physiques ou morales dont l'action, intentionnellement ou non, risque d'entraver l'action des pouvoirs publics en matière de lutte contre l'immigration illégale. Ainsi, l'entreprise de transport qui laisse débarquer sur le territoire français, même en transit, un étranger démuné des documents requis peut se voir infliger une amende – de nature administrative – de 5 000 € par passager concerné (art. L. 625-1 du Cese-da). Est également punissable la personne qui, par aide directe ou indirecte, a « facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger » en France ou dans un État partie à la Convention de Schengen. L'infraction, apparue pour la première fois dans le décret-loi de 1938, a été reprise à l'article 21 de l'ordonnance de 1945 qui la punissait d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 600 à 12 000 F. Aujourd'hui la peine encourue est de cinq ans de prison et de 30 000 € d'amende, auxquelles peuvent s'ajouter des peines complémentaires diverses et notamment une ITF si l'intéressé est étranger. Si l'infraction a été commise « en bande organisée » ou dans des circonstances exposant les étrangers à des risques graves pour leur intégrité physique ou leur dignité, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende. On reviendra plus loin sur cette incrimination dont l'utilisation qui en a été faite, bien au-delà de son objectif initial, lui a valu dans les milieux associatifs le nom de « délit de solidarité ».

Par ailleurs, le fait d'employer un étranger dépourvu d'autorisation de travail ou d'avoir recours aux services d'un employeur qui lui-même emploie des salariés sans titre est constitutif d'un délit passible de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende – peines portées à dix ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée (art. L. 8256-2 du code du travail). De lourdes peines complémentaires sont prévues, dont une ITF de dix ans ou définitive, si l'auteur du délit est lui-même étranger (art. L. 8256-6).

Plus caractéristiques encore de l'évolution de l'arsenal pénal, car elle se traduit ici par une immixtion dans la vie privée, sont les dispositions qui sont venues réprimer successivement les mariages de complaisance, puis les « paternités de complaisance », enfin les « mariages gris ». La loi du 26 novembre 2003 a érigé en délit puni de cinq ans d'emprisonnement et 15 000 € d'amende « le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou une protection contre l'éloignement ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française ». Sont également punissables ceux qui organisent ou tentent d'organiser un mariage aux mêmes fins (art. L. 623-1 du Cesda). Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende lorsque le délit est commis en bande organisée. Les personnes encourent également des peines complémentaires et notamment, si elles sont de nationalité étrangère, une ITF de dix ans ou définitive (art. L. 623-2). La loi du 24 juillet 2006 a créé sur le même modèle l'infraction consistant à reconnaître un enfant dans l'un des buts énumérés. La loi du 16 juin 2011, enfin, a prévu les mêmes peines pour « l'étranger qui a contracté mariage en dissimulant ses intentions à son conjoint ».

*

La multiplication des infractions et la sévérité croissante des peines illustrent certes la volonté répressive des pouvoirs publics, mais le recours de plus en plus systématique à l'outil pénal remplit aussi d'autres fonctions. Dans la mesure où il redouble les dispositifs de contrainte et le pouvoir de sanction dont dispose par ailleurs l'administration, on assiste à une confusion entre les prérogatives de celle-ci et celles du juge pénal. Cette confusion favorise l'instrumentalisation du droit pénal et de la procédure pénale à des fins autres que la sanction des infractions tandis que, symétriquement, les dispositifs de contrainte administrative sont détournés de leur finalité préventive et empruntent à la volonté de punir.

II. Interpénétration des dispositifs et enchevêtrement des logiques

Le recours croissant, pour le traitement des étrangers en situation irrégulière, à des instruments empruntés à la répression de la délinquance efface la distinction qui existait traditionnellement entre la logique de gestion administrative des étrangers et la logique de gestion de la délinquance qui ont désormais tendance à s'interpénétrer⁶.

Il devient difficile de distinguer clairement ce qui est du ressort de la police des étrangers et ce qui est du ressort du droit pénal, tant les logiques sont ici perméables⁷. En témoignent, parmi bien d'autres exemples, le traitement mixte du séjour irrégulier ou le double visage de la double peine qui frappe les délinquants de nationalité étrangère.

Le traitement mixte du séjour irrégulier

On a rappelé plus haut comment l'entrée et le séjour irréguliers ont été érigés en délits par le décret-loi de 1938, confirmé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, avant que l'ordonnance du 23 décembre 1958 ne vienne contraventionnaliser l'infraction de séjour irrégulier. Mais, contravention ou délit, si les textes permettaient de punir les contrevenants ils ne donnaient pas à l'administration les moyens de mettre un terme à leur présence irrégulière sur le territoire. Or cet enjeu devient majeur à partir de 1974, date à laquelle l'immigration de main-d'œuvre est officiellement suspendue et qui marque le début la politique de « maîtrise des flux migratoires ». La loi Bonnet du 10 janvier 1980, sans toucher au régime des sanctions pénales, élargit donc le champ de l'expulsion : jusque-là motivée par le trouble à l'ordre public, elle peut désormais viser aussi l'étranger en situation irrégulière ; l'effectivité de la mesure est par ailleurs garantie par la double faculté de procéder à son exécution forcée et de garder les étrangers sous contrôle policier dans un lieu fermé jusqu'à leur départ.

La loi du 29 octobre 1981 fait le choix inverse en distinguant l'expulsion, mesure administrative motivée exclusivement par l'ordre public, et la « reconduite à la frontière », peine pénale complémentaire sanctionnant l'entrée ou le séjour irréguliers. Les étrangers en situation irrégulière doivent être déférés devant le juge correctionnel. Celui-ci, après avoir pris en considération la situation personnelle et professionnelle de l'intéressé, peut – ou non – prononcer une condamnation à une peine d'un mois à un an de prison et une amende de 180 à 8 000 F assortie, le cas échéant, de la peine complémentaire de « reconduite à la frontière » et, en cas de récidive, d'une ITF d'un an maximum.

Ce système *a priori* plus protecteur que le système antérieur, puisque faisant intervenir un juge de l'ordre judiciaire, n'a guère répondu aux espoirs que l'on pouvait fonder sur lui. On relève en premier lieu qu'il supposait que le séjour irrégulier redevienne, à l'instar de l'entrée irrégulière, un délit, alors qu'il n'était plus puni depuis 1958 que de peines contraventionnelles inférieures à deux mois d'emprisonnement. Outre que ce système revenait à assimiler

⁶ Nicolas Fischer et Mathilde Darley, « Le traitement de l'immigration, entre logique administrative et logique pénale », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. VII | 2010, consultable ici : <http://champpenal.revues.org/7843>

⁷ Claire Saas, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *AJ Pénal*, 2011, p. 192.

les étrangers en situation irrégulière à des délinquants, sa mise en œuvre a montré les limites du caractère protecteur de la juridictionnalisation. Après quelques mois pendant lesquels les magistrats utilisent avec discernement leur pouvoir de punir, les condamnations à la prison ferme et à la reconduite à la frontière deviennent la norme, les juridictions suivant sur ce point les réquisitions du parquet qui lui-même se conforme aux instructions de la chancellerie dont les circulaires se succèdent à intervalles rapprochés⁸. Le garde des sceaux y rappelle que, si la reconduite à la frontière est une « peine », « elle doit, dans l'esprit du législateur, contribuer au contrôle des flux migratoires des populations » ou encore que « pour respecter l'esprit et le but de la loi qui a conféré à l'autorité judiciaire un rôle essentiel dans le contrôle des flux migratoires » (*sic*) il convient de requérir systématiquement la reconduite à la frontière et d'interjeter appel des décisions qui ne feraient pas droit à ces réquisitions. La chancellerie encourage aussi « la coordination étroite de l'action des divers services qui contribuent [au contrôle des flux migratoires] », donc avec la préfecture, l'administration pénitentiaire, les services de police et de gendarmerie, afin que soit garantie l'effectivité de la peine de reconduite à la frontière. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : en 1982, les juridictions prononcent 2 861 peines de reconduite à la frontière, en 1983 le nombre passe à 7 340 et il est de 3 762 pour les cinq premiers mois de l'année 1984⁹.

La faculté donnée au juge par la loi du 10 juin 1983 réformant la procédure pénale de prononcer la peine de reconduite à la frontière comme peine principale de substitution « exécutoire par provision », donc nonobstant appel, jointe à la possibilité d'utiliser la procédure de comparution immédiate, ont achevé de transformer une procédure formellement respectueuse des droits de la défense en un système de justice à la chaîne n'offrant plus de réelle protection à l'étranger et dans lequel l'institution judiciaire fait figure de simple auxiliaire de la police.

La loi du 9 septembre 1986, dite « loi Pasqua », a conservé la « reconduite à la frontière » comme mesure autonome, à côté de l'expulsion, mais elle en a transformé radicalement la nature puisqu'elle a perdu son caractère de peine pour devenir une mesure administrative prononcée par le préfet – ce qu'elle est restée par la suite, de même que l'obligation de quitter le territoire (OQTF) qui s'est progressivement substituée à elle. Le séjour irrégulier est demeuré toutefois, jusqu'à la réforme de 2012 imposée par la directive « retour » et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne (voir *supra*), un délit puni d'un emprisonnement d'un an et d'une ITF de trois ans maximum.

Jusqu'à récemment, le choix était donc laissé entre la voie administrative et la voie pénale et donc concrètement, pour les parquets, entre poursuivre ou ne pas poursuivre, choix orienté là encore par une série de circulaires de la chancellerie. La voie administrative – reconduite à la frontière ou OQTF – doit logiquement être privilégiée en l'absence d'autre délit, puisqu'elle est susceptible d'aboutir beaucoup plus rapidement ; une circulaire du 26 septembre 1995 suggère toutefois de poursuivre et de requérir des peines d'emprisonnement ferme afin d'assurer l'effectivité des mesures d'éloignement, la peine de prison pouvant être mise à profit pour retrouver l'identité de l'étranger, ce que le délai de rétention ne permet pas toujours de faire. À mesure que la durée de la rétention est substantiellement allongée, le séjour en prison devient moins nécessaire : une circulaire conjointe du ministre de l'intérieur et du garde des sceaux du 21 février 2006, confirmée par une seconde circulaire de la chancellerie du 4 décembre, propose une « approche pragmatique » consistant, pour ne pas encombrer les juridictions, à ne pas engager de poursuites pour les seuls délits d'entrée ou de séjour irrégulier « afin, notamment, de laisser prospérer la procédure administrative d'éloignement du territoire ».

⁸ Circulaires du 19 janvier 1982, du 15 novembre 1982, du 5 septembre 1983...

⁹ Réponse du ministre de l'intérieur à une question écrite, septembre 1984.

La lecture de ces circulaires atteste que la politique pénale en matière de droit des étrangers se résume à servir les besoins d'une administration dont la préoccupation est d'atteindre un quota annuel de reconduites à la frontière¹⁰.

Le double visage de la "double peine" : l'ITF, substitut aggravé de l'expulsion

Le législateur a permis au juge d'assortir d'une ITF la plupart des condamnations prononcées pour des infractions à la législation sur le séjour ou le travail : entrée ou maintien irrégulier sur le territoire, soustraction à une mesure d'éloignement, aide à l'entrée et au séjour irrégulier, mariage blanc ou gris, reconnaissance d'enfant de complaisance, emploi d'un étranger sans titre... – et la liste n'est pas exhaustive. Mais aujourd'hui cette peine peut aussi être prononcée pour de très nombreuses infractions « de droit commun », comme si l'ITF avait pris le relais de l'expulsion après que le régime de celle-ci s'est libéralisé.

Cette libéralisation, qui remonte à 1981, s'est traduite, d'un côté, par la restriction des motifs d'expulsion et l'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration, de l'autre par la protection accordée aux étrangers ayant des attaches personnelles ou familiales en France. Le nombre des expulsions prononcées a ainsi régressé de plus de 3 000 à quelques centaines par an.

L'ITF, à cette époque, reste cantonnée pour l'essentiel¹¹ au domaine des infractions à la législation sur les stupéfiants, sur le fondement de la loi du 31 décembre 1970 qui permet de prononcer une ITF de deux à cinq ans, ou même définitive pour les délits les plus graves. Elle est ensuite introduite dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, en 1981, pour sanctionner la récidive du séjour irrégulier puis progressivement l'ensemble des infractions liées au séjour ou au travail des étrangers. Mais parallèlement, avec l'entrée en vigueur, en 1994, du nouveau code pénal, le champ d'application de l'ITF se multiplie. Elle peut être prononcée à titre de peine complémentaire – ou comme peine de substitution, à titre principal – pour une longue série d'infractions, dont la gravité est très variable, allant du crime contre l'humanité aux atteintes aux biens commises avec violence¹².

Dans la mesure où l'expulsion, de son côté, vise principalement des étrangers condamnés pour un crime ou un délit, la fonction de l'ITF ne se distingue pas clairement de celle de l'expulsion – même si, en droit strict, l'ITF est une peine, donc une sanction, et l'expulsion une mesure de police visant à éviter une menace pour l'ordre public. Cette proximité de fait explique que l'expression « double peine » soit utilisée pour désigner – et dénoncer – aussi bien l'expulsion que l'ITF. Elle explique aussi que, par étapes successives, le législateur ait été amené à transposer à l'ITF les protections déjà prévues pour l'expulsion en limitant la

¹⁰ Nawel Gafsia, « L'étranger, cet ennemi de l'intérieur », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, op. cit., p. 81. Ce quota avait été fixé en 2011 à 30 000 par le ministre de l'Intérieur. Même si ce chiffre n'a été atteint et dépassé qu'en y incluant les ITF, les expulsions et les "retours volontaires aidés" qui gonflent artificiellement les statistiques, ce sont malgré tout 17 000 reconduites à la frontière et OQTF qui ont été exécutées en 2011 – sur un total de 84 000 prononcées. Le nombre de condamnations pour entrée ou séjour irrégulier prononcées en 2010 - 3 700, dont 1 886 peines à de la prison ferme - paraît en regard dérisoire.

¹¹ La loi du 8 août 1893 prévoyait une peine d'interdiction temporaire ou indéfinie du territoire français pour l'étranger qui aurait fait une déclaration fautive ou inexacte de résidence dans le but d'exercer une profession ou un commerce. Des textes ultérieurs (lois de 1924 et 1936, ordonnance du 10 juin 1960) prévoient qu'elle peut être prononcée en cas d'atteinte au crédit de l'État ou de la Nation ou pour port d'arme lors d'un attroupement ou d'une manifestation. Pour une analyse de l'ITF au regard des théories de la peine et de sa spécificité par rapport aux anciennes peines de bannissement, voir Maud Hoestlandt et Claire Saas, « L'ITF : une peine injustifiable », *Plein Droit. La revue du Gisti*, n° 45, mai 2000, p. 12-16..

¹² Les principales catégories d'infractions concernées sont les suivantes : atteintes volontaires à la vie ; tortures et actes de barbarie, viols et agressions sexuelles ; crime contre l'humanité ; trafic de stupéfiants ; proxénétisme ; atteintes aux biens commises avec violence ; atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ; participation à un groupement illicite ; atteinte à l'action de la justice ; faux, contrefaçon, faux monnayage.

possibilité de prononcer cette mesure lorsque les étrangers ont des attaches fortes en France¹³. Pour autant, les deux mesures ne sont ni alternatives, ni interchangeable, mais potentiellement cumulatives : il arrive en effet qu'un étranger condamné à une ITF fasse également l'objet d'une mesure d'expulsion qui l'empêche de revenir en France à l'expiration de son ITF.

A priori, le régime de l'ITF semble plus protecteur que celui de l'expulsion puisqu'elle est prononcée par un juge avec les garanties de la procédure juridictionnelle. En réalité, elle l'est beaucoup moins. En premier lieu, le juge pénal peut – et souvent est enclin à – prononcer une ITF dès lors qu'elle est prévue par les textes et que la personne condamnée n'entre pas dans les catégories protégées ; l'administration, en revanche, pour prendre une mesure d'expulsion, doit établir – et justifier devant le juge administratif lorsqu'il est saisi – que l'étranger, au moment où il a purgé sa peine représente encore une menace pour l'ordre public¹⁴. En second lieu, il est plus difficile d'obtenir le relèvement d'une ITF que l'abrogation d'un arrêté d'expulsion : la procédure de relèvement suppose de saisir la juridiction qui a prononcé l'ITF, donc en pratique de recourir à un avocat ; le relèvement n'est pas possible lorsque l'ITF a été prononcée à titre de peine principale ; enfin les juridictions se montrent réticentes à l'accorder. Dans le cas de l'expulsion, la demande d'abrogation n'est soumise à aucun formalisme et une procédure de réexamen systématique est même prévue tous les cinq ans. Enfin, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire joue ici au détriment de l'étranger : car si l'administration estime opportun ou équitable de donner ou redonner un droit au séjour à un étranger, elle est libre d'abroger la mesure d'expulsion alors qu'elle ne peut passer outre à une ITF, qui est une décision juridictionnelle.

III. Instrumentalisation du droit pénal

Le droit pénal est instrumentalisé en ce sens que ses outils ne sont pas utilisés dans la perspective de poursuites ou de condamnations pénales mais pour appréhender les étrangers en situation irrégulière, les maintenir à la disposition des autorités préfectorales et permettre leur éloignement du territoire à bref délai¹⁵. L'existence de qualifications pénales permet en effet d'utiliser les pouvoirs d'investigation et de contrainte qui ont été conférés à la police judiciaire en vue de rechercher, constater et poursuivre les infractions – contrôles d'identité, interpellations, vérifications d'identité, gardes à vue... – alors même que la sanction n'est pas le but final recherché¹⁶.

Relevons que si la filière pénale est instrumentalisée à des fins de contrôle des étrangers, les dispositifs de la filière administrative prennent de leur côté une coloration pénale lorsque sur leur finalité théoriquement préventive vient se greffer une finalité répressive. C'est le cas de l'interdiction de retour sur le territoire français, créée par la loi du 16 juin 2011¹⁷, dont la durée peut aller jusqu'à cinq ans et qui interdit de revenir non seulement en France mais dans

¹³ La loi du 26 novembre 2003, à défaut d'abolir la double peine, comme le ministre de l'intérieur l'avait présentée à l'opinion, a instauré un régime de protection identique pour l'expulsion et l'ITF, incluant une protection presque absolue pour cinq catégories d'étrangers (art. 131-30-2 du code pénal ; art. L. 521-3 du Ceseda).

¹⁴ Avant la loi de 2003, l'ITF était prononcée dans 30% des cas où elle était encourue, ce taux a fortement baissé en raison des protections introduites dans le code pénal et il était de 16% en 2010. En 2010, 2 387 ITF ont été prononcées pour des délits autres que les infractions à la législation sur le séjour – contre 212 arrêts d'expulsion.

¹⁵ Claire Saas, "Les avatars de la pénalisation...", précité.

¹⁶ Nathalie Ferré, « Les usages du droit pénal contre les étrangers », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, op. cit., p. 92-94.

¹⁷ La loi a transposé ici une disposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, dite « directive retour ».

l'ensemble de l'espace Schengen : bien que l'IRTF soit une mesure administrative émanant du préfet, ses effets sont équivalents à ceux d'une ITF judiciaire. C'est le cas, de façon encore plus manifeste, de l'enfermement car ni les conditions carcérales de la privation de liberté ni l'allongement de la durée de la rétention n'ont d'impact sur l'effectivité des mesures d'éloignement¹⁸. Ne reste plus que sa finalité « pénalisante » : punitive à l'encontre de ceux qui ont osé braver les interdictions, dissuasive vis-à-vis de ceux qui seraient tentés de les imiter¹⁹.

Le ciblage des contrôles d'identité

Les étrangers doivent être en mesure de présenter à toute réquisition des autorités de police les documents attestant la régularité de leur présence sur le territoire : la police peut donc procéder à tout moment à la vérification de leur situation à l'occasion d'un contrôle d'identité effectué sur le fondement du code de procédure pénale ou même en dehors de tout contrôle d'identité, à condition dans ce cas que la nationalité étrangère puisse se déduire « d'éléments objectifs extérieurs à la personne même de l'intéressé » (art. L. 611-1 du Cesda). Mais comme les « signes objectifs extérieurs d'extranéité » considérés par la jurisprudence comme non discriminatoires sont en nombre limité, la police est peu encline à se fonder sur cette disposition pour justifier ses contrôles.

Dans les procès-verbaux, ce sont donc la plupart du temps les articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale qui sont visés. Ces dispositions permettent notamment d'effectuer un contrôle soit lorsqu'il existe des « raisons plausibles de soupçonner » qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, soit sur réquisitions écrites du procureur de la République, en vue de la recherche ou de la poursuite d'infractions déterminées, dans les lieux et pour la période de temps qu'il indique ; soit encore pour « prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens » ; ou enfin dans les zones frontalières et les zones accessibles au public des ports, aéroports et des gares routières et ferroviaires ouverts au trafic international.

L'utilisation de ces prérogatives attribuées à la police judiciaire pour interpellier les personnes étrangères en situation irrégulière est un bon exemple de l'instrumentalisation des outils du droit pénal. Les mentions portées sur les procès-verbaux pour justifier le contrôle attestent qu'il s'agit bien de simples prétextes : la personne a fumé dans un lieu public, elle a traversé en dehors des passages protégés, elle rôdait près d'une voiture en stationnement, elle regardait avec insistance les sacs à main des personnes qu'elle croisait, elle a fait demi-tour en apercevant la police... Les contrôles effectués sur réquisitions du procureur de la République prennent eux aussi fréquemment la forme d'opérations ponctuelles, ciblées sur certains quartiers et quelques nationalités : les « Chinois » dans le quartier de Belleville, les ressortissants afghans près de la gare de l'Est, pour ne citer que ces exemples. Les réquisitions du procureur visent souvent, de façon artificielle, d'autres délits que les infractions à la législation sur le séjour alors même que le but est d'interpeller le plus grand nombre possible d'étrangers en situation irrégulière et non de poursuivre pénalement les auteurs des délits mentionnés dans les réquisitions²⁰.

¹⁸ Toutes les observations montrent qu'après deux ou trois semaines de rétention le taux d'exécution des mesures d'éloignement devient marginal : la majorité des renvois a lieu dans les 17 premiers jours ; et, malgré l'allongement à 45 jours de la durée de rétention par la loi du 16 juin 2011, 93% des éloignements exécutés dans les six derniers mois de l'année 2011 ont eu lieu avant le 25^e jour, et le taux global d'exécution des mesures d'éloignement n'a pas augmenté (Cimade, « Centres et locaux de rétention », *Rapport 2011*, p. 37-38).

¹⁹ Patrick Henriot, « Les formes multiples de l'enfermement, une nouvelle forme de "punitivité" », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, op. cit., p. 61-62.

²⁰ Nathalie Ferré, *ibid.*

L'analyse vaut aussi s'agissant des moyens d'investigation étendus accordés à de nombreuses catégories d'agents – officiers et agents de police judiciaire, inspecteurs et contrôleurs du travail, agents des impôts, des douanes, des organismes de sécurité sociale... – sous couvert de lutter contre le travail illégal. Ces agents peuvent entrer dans les entreprises afin de rechercher les auteurs de travail dissimulé ou soupçonnés d'employer des étrangers démunis de titre les autorisant à travailler. Une fois sur les lieux de travail, ils peuvent se faire présenter le registre du personnel, interroger les personnes présentes, contrôler leur identité et leur demander de justifier de leur situation administrative (art. L. 8271-6-1 du code du travail). Dans la pratique, ce type de contrôle débouche beaucoup plus souvent sur l'interpellation des travailleurs sans papiers que sur des poursuites contre les employeurs fautifs.

L'usage détourné de la garde à vue

Jusqu'à la récente dépenalisation du séjour irrégulier la garde à vue était couramment utilisée pour garder à portée de main les étrangers soupçonnés d'être démunis de titre de séjour²¹. Le système, bien rôdé, fonctionnait de la façon suivante : les personnes interpellées dans le cadre d'un contrôle d'identité étaient placées en garde à vue sur le fondement du délit de séjour irrégulier ; ce délai était mis à profit par les services de police ou de gendarmerie pour vérifier l'identité et la situation de l'étranger et, si l'irrégularité du séjour était confirmée, préparer les décisions administratives d'éloignement et de placement en rétention. À la fin de la garde à vue le parquet abandonnait les poursuites et l'étranger était immédiatement transféré dans un centre de rétention. Une mesure de police judiciaire était donc là encore détournée de sa finalité et instrumentalisée au profit de la procédure administrative d'éloignement²².

Ce système a été déstabilisé par la conjonction de deux modifications quasiment concomitantes de l'ordonnancement juridique : d'abord l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 limitant la garde à vue, même en dehors d'une enquête de flagrance, aux délits pour lesquels une peine d'emprisonnement est encourue ; ensuite l'arrêt de la CJUE du 28 avril 2011, *El Dridi*, confirmé huit mois plus tard par l'arrêt *Achughbabian* du 6 décembre 2011 rendu sur une question préjudicielle transmise par la cour de cassation, déclarant incompatibles avec la directive « retour » les dispositions des législations nationales qui punissent d'une peine de prison le simple séjour irrégulier. La cour de cassation en a déduit, dans un avis de la chambre criminelle du 5 juin 2012 suivi de deux décisions de la première chambre civile du 5 juillet 2012, que le placement en garde à vue n'était plus possible sur le fondement du séjour irrégulier.

La loi du 31 décembre 2012 a tiré les conséquences de cette nouvelle configuration juridique : elle a d'un côté procédé à la dépenalisation du séjour irrégulier mais de l'autre instauré une procédure de retenue spécifique, destinée à vérifier le droit de circuler ou de séjourner en France de l'étranger qui n'a pas été en mesure d'en justifier à l'occasion d'un contrôle (art. L. 611-1-1 du Cesda). La durée de la retenue est limitée au temps strictement nécessaire à l'examen de la situation de l'étranger et, le cas échéant, au prononcé et à la notification des décisions d'éloignement et de placement en rétention – mais elle peut néanmoins aller jusqu'à seize heures.

Contrairement à la garde à vue, la retenue a une finalité clairement administrative. S'il n'y a donc pas ici détournement de la procédure pénale, le nouveau dispositif contribue à entrete-

²¹ En 2009, sur 96 109 personnes mises en cause pour infraction à la législation sur le séjour, 74 050 ont été placées en garde à vue. Ces mesures ont débouché sur 30 270 placements en rétention qu'il faut mettre en regard avec les 5 306 condamnations prononcées - dont 597 pour la seule infraction d'entrée ou de séjour irrégulier.

²² Patrick Henriot, « Dépenalisation du séjour irrégulier des étrangers : l'opiniâtre résistance des autorités françaises (De l'arrêt *El Dridi* à la loi du 31 décembre 2012) », *Revue des Droits de l'Homme*, juin 2013, en ligne : <http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/6-ph-article-dc3a9pc3a9nalisation-rdhl.pdf>

nir la confusion relevée plus haut entre la sphère du droit pénal et la gestion de la délinquance, d'un côté, l'exercice des prérogatives administratives, de l'autre. Car la retenue se déroule selon des modalités qui l'apparentent fortement à une mesure de nature judiciaire : elle est notifiée par un officier de police judiciaire, exécutée dans des locaux de police judiciaire et placée sous le contrôle du procureur de la République. Son régime – notamment les garanties accordées à la personne retenue – est calqué sur celui de la garde à vue, dont elle constitue une « duplication quasi-parfaite »²³. Si bien que cette mesure privative de liberté a une nature hybride : administrative par son objet mais judiciaire par son régime – sans doute pour donner l'illusion de sa conformité avec les exigences constitutionnelles, alors même que le contrôle du parquet est voué à être en réalité ineffectif.

IV. Stigmatiser, intimider : les fonctions d'un droit pénal d'exception

Au-delà de sa fonction première et manifeste : la répression, la pénalisation remplit une série de fonctions latentes. Elle favorise l'amalgame entre immigration, insécurité et délinquance : l'étranger était traditionnellement considéré comme une menace pour l'ordre public, donc comme un délinquant en puissance ; le fait d'avoir érigé en délit les infractions aux règles sur l'entrée et le séjour renforce cette présomption puisque tout étranger qui reste ou bascule dans l'irrégularité devient *ipso facto* un délinquant. Et si les étrangers en situation irrégulière sont des délinquants, il est "normal" qu'ils soient punis ; normal qu'on s'efforce à tout prix de les repérer par des contrôles policiers sélectifs, tantôt illégaux – mais jamais sanctionnés –, tantôt reposant sur un usage détourné des dispositions légales ; il est normal de les éloigner en utilisant toute la panoplie des moyens de contrainte, y compris l'enfermement ; il est normal enfin d'user de l'intimidation et de la répression contre ceux qui leur viennent en aide et entravent ainsi l'action de l'administration. Ainsi, par un processus circulaire, la pénalisation qui transforme l'étranger en délinquant concourt à légitimer la répression dont il fait l'objet. Elle contribue à imprimer dans les esprits l'idée que les migrants sont porteurs d'une menace - idée qui inspire d'ailleurs ouvertement la politique européenne d'immigration et d'asile : le « risque migratoire » fait partie des menaces dont l'Europe doit se prémunir, au même titre que le terrorisme et le trafic d'êtres humains.

De façon plus subreptice, l'arsenal destiné à traquer et sanctionner les mariages « blancs » participe aussi de cette fonction de stigmatisation. L'utilité pratique de l'incrimination est douteuse, puisqu'un mariage de complaisance encourt l'annulation et que l'administration peut de son côté refuser la délivrance d'un titre de séjour ou le retirer si elle établit l'existence d'une fraude. La pénalisation redouble par ailleurs les pouvoirs de contrôle que des lois successives ont donnés aux officiers d'état civil et aux parquets²⁴. Ainsi le maire peut, s'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement (le consentement est réputé faire défaut si les conjoints poursuivent un autre but que l'union matrimoniale) saisir le procureur de la République qui peut à son tour ordonner qu'il soit sursis au mariage et, le cas échéant, faire opposition à celui-ci (art. 175-2 du code civil). Il doit par ailleurs, sauf s'il l'estime inutile, procéder à l'audition préalable des futurs époux (art. 63 du code civil). En dépit de leur formulation générale, ces dispositions ne visent que les étrangers, comme en témoigne le fait que, de façon pour le moins inhabituelle, elles aient été introduites dans le code civil par des lois relatives à l'immigration.

Dans ce contexte, la pénalisation du mariage blanc a surtout une fonction d'intimidation et de stigmatisation des étrangers : le nouveau délit, en effet, est sélectif puisqu'il ne vise pas

²³ Patrick Henriot, *ibid.*

²⁴ Notamment les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et du 26 novembre 2003.

ceux qui détournent l'institution du mariage dans un autre but, telle une mutation au titre du rapprochement des conjoints dans la fonction publique, l'obtention d'une pension de réversion ou d'un avantage fiscal. Le détournement de l'institution du mariage n'est considéré comme suffisamment grave pour justifier qu'il soit pénalement réprimé que dans le cas où il interfère avec la législation sur le séjour.

La fonction d'intimidation et de dissuasion assignée au droit pénal est également illustrée par l'utilisation de l'incrimination d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier – le fameux « délit de solidarité »²⁵. Cette infraction, introduite dans la réglementation par le décret-loi de 1938 et reprise dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, ne visait pas, dans l'esprit de ses initiateurs, l'aide apportée à des étrangers en situation irrégulière par de simples citoyens ou des militants associatifs ; le législateur avait en vue les réseaux organisés de passeurs, de transporteurs ou d'employeurs agissant à des fins lucratives.

Au début des années 1990, le délit d'aide au séjour irrégulier a commencé à être invoqué comme fondement à des poursuites contre des individus ou des associations venant en aide aux étrangers sans papiers. Cet usage dévoyé du texte a été permis, sinon encouragé, par le refus réitéré du gouvernement et du parlement d'introduire dans le texte, pour caractériser le délit, la référence à des « fins lucratives » qui figurait pourtant dans la convention de Schengen et dans une directive européenne de 2002 que le législateur était censé transposer²⁶. Les poursuites, qu'on pouvait interpréter au départ comme de simples manœuvres d'intimidation, ont ensuite débouché sur des condamnations. Et finalement la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 octobre 1996, a entériné cette interprétation extensive des textes en jugeant que le délit était constitué même si l'aide était apportée à titre purement désintéressé.

Certes, le législateur a prévu des immunités en faveur des membres de la famille proches ; mais ces immunités, même si elles ont été progressivement étendues, n'ont pas mis fin aux poursuites et aux condamnations visant des militants associatifs, des proches ou même des travailleurs sociaux. La loi du 31 décembre 2012 a élargi encore un peu le champ des immunités familiales ; elle a aussi prévu que, au-delà du cercle familial, il n'y aurait pas lieu à poursuites à la triple condition que l'aide soit apportée sans aucune contrepartie directe ou indirecte, qu'elle se limite à la fourniture de prestations de restauration, d'hébergement, de soins médicaux ou de conseils juridiques, et qu'elle ait pour objectif d'« assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger » ou de « préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ». Autant dire que le « délit de solidarité » n'a pas été aboli.

*

Incrimination de comportements qui ne sont pas susceptibles de provoquer un dommage à une victime désignée – tel le séjour irrégulier ou le mariage « de complaisance »..., sanctions disproportionnées au regard de la gravité des actes incriminés et qui n'ont pas de nécessité

²⁵ L'expression « délit de solidarité » a été popularisée lorsque, en mai 2003, 354 organisations et près de 20 000 personnes ont apposé leur signature au bas d'un « manifeste des délinquants de la solidarité » qui se concluait ainsi : « Nous déclarons avoir aidé des étrangers en situation irrégulière. [...] Si la solidarité est un délit, je demande à être poursuivi (e) pour ce délit ». Un second appel analogue a été lancé en mars 2009 à la suite du placement en garde à vue d'une bénévole associative qui, à Calais, organisait des dons de nourriture et d'habits pour les migrants et rechargeait leurs portables – affaire et appel auxquels la sortie concomitante du film *Welcome* a assuré une certaine publicité médiatique.

²⁶ Ces textes ont été transposés respectivement par la loi du 27 décembre 1994 et la loi du 26 novembre 2003. Pour justifier ce refus, le gouvernement a fait valoir que « le principe de la sanction de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers ne [devait souffrir] aucune exception qui risquerait d'en atténuer la portée ou d'en restreindre l'efficacité ».

objective sinon la volonté de punir ou d'intimider²⁷, prise en compte de la « dangerosité » supposée plus que de la culpabilité individuelle, recours à des procédures expéditives auxquelles font défaut les garanties normalement en vigueur dans un État de droit... : le droit pénal de l'immigration apparaît décidément comme un droit d'exception dans lequel on a pu voir l'illustration du concept de « droit pénal de l'ennemi »²⁸.

²⁷ Patrick Henriot, « Les formes multiples de l'enfermement, une nouvelle forme de “punitivité” », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, *op. cit.*, p. 62.

²⁸ En ce sens, Claire Saas, “L’immigré, cible d’un droit pénal de l’ennemi ?”, précité. Le *Feindstrafrecht*, par opposition au *Bürgerstrafrecht* (droit pénal des citoyens), a pour objectif de lutter contre les dangers et les risques que représentent les ennemis de l’État. Le concept, forgé en 1985 par un professeur de droit pénal allemand, Günther Jakobs, a trouvé une résonance nouvelle après le 11 septembre 2001 pour justifier la multiplication des dispositifs d’exception visant à assurer le contrôle de la sécurité des États exposés au terrorisme.