



HAL
open science

Pénalisation

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Pénalisation. Actualité juridique Pénaal, 2016, L'étranger et le droit pénal, pp.10-12.
hal-01674295

HAL Id: hal-01674295

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01674295v1>

Submitted on 2 Jan 2018

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.

Pénalisation

par Danièle Lochak

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

in « L'étranger et le droit pénal », *AJ Pénal*, janvier 2016

Un trait saillant de l'évolution contemporaine de la condition des étrangers réside dans son encadrement croissant par le droit pénal¹. Cette évolution, très perceptible dans la législation et dans la pratique, au point qu'on peut parler de l'émergence d'un véritable « droit pénal de l'immigration », commence à être prise en compte dans le champ académique².

La première chose qui saute aux yeux c'est la multiplication des délits et l'inflation des peines visant à punir de plus en plus sévèrement, au fur et à mesure des réformes législatives, l'immigration irrégulière. Mais cette pénalisation ouvre la voie à une instrumentalisation du droit pénal et de la procédure pénale, détournés de leur objet initial pour accroître l'efficacité des mesures d'éloignement. Enfin, au-delà de sa visée punitive et dissuasive l'outil pénal produit aussi des effets de stigmatisation et d'intimidation.

Inflation des délits et renforcement de la répression

L'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa version initiale, ne contenait que peu de dispositions pénales. Se soustraire à une mesure d'expulsion pouvait valoir six mois à trois ans de prison, entrer irrégulièrement sur le territoire un mois à un an d'emprisonnement, séjourner irrégulièrement quinze jours à un an de prison. À partir des années 1980, la politique dite de « maîtrise des flux migratoires » s'est accompagnée de la création ininterrompue d'infractions nouvelles, punies de peines d'une sévérité croissante. Aujourd'hui, un titre entier du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) est consacré aux sanctions, auxquelles s'ajoutent les infractions prévues par le code du travail pour l'emploi d'étrangers non munis d'autorisation de travail.

La pénalisation est dirigée en priorité contre les étrangers qui entrent, séjournent ou travaillent irrégulièrement sur le territoire français. Elle vise aussi les personnes qui, avec des motivations variables, allant de la solidarité à l'esprit de lucre : transporteurs, passeurs, militants associatifs, simples citoyens..., procurent une aide à un étranger en situation irrégulière. Enfin, le droit pénal investit aussi la sphère de la vie privée dans un but de dissuasion à l'égard des étrangers soupçonnés de vouloir détourner à leur profit les dispositions favorables qui protègent la vie familiale.

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 2012³, le maintien irrégulier sur le territoire lorsqu'une mesure d'éloignement n'a pas pu être exécutée malgré un placement en rétention ou une assignation à résidence reste punissable (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 un avion –, ou encore refuser de présenter ses papiers ou de donner des éléments

¹ Nous reprenons ici une partie des analyses développées dans notre contribution intitulée « L'immigration saisie par le droit pénal », parue dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 689-704.

² Voir par exemple la thèse soutenue en décembre 2013 à l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense par Céline Chassang, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*. Pour une analyse critique 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 sur le site du Gisti.

³ 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 ») : voir plus loin, note 7.

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 ITF, 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 personnes en situation irrégulière elles-mêmes mais aussi celles dont l'action 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 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 Ceseda). 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 de l'espace Schengen : 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 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, les « paternités de complaisance », puis 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 à ces fins (art. L. 623-1 du Ceseda). 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 ».

Si la multiplication des infractions et la sévérité accrue des peines s'inscrivent dans une perspective répressive et dissuasive, le recours de plus en plus systématique à l'outil pénal remplit aussi d'autres fonctions.

Confusion des logiques et détournement des finalités

Le recours à des instruments empruntés à la répression de la délinquance pour traiter la question du séjour irrégulier efface la distinction entre la logique de gestion administrative des étrangers et la logique de gestion de la délinquance qui ont désormais tendance à

s'interpénétrer⁴. L'absence de délimitation claire entre ce qui relève du droit pénal et ce qui relève des pouvoirs de l'administration favorise l'instrumentalisation du droit pénal et de la procédure pénale à des fins autres que la sanction des infractions ; symétriquement, les dispositifs de contrainte administrative à visée théoriquement préventive empruntent aussi à la volonté de punir.

Le droit pénal est instrumentalisé en ce que ses outils, détournés de leur finalité répressive, sont utilisés pour appréhender les étrangers en situation irrégulière, les maintenir à la disposition des autorités préfectorales et permettre leur éloignement du territoire à bref délai⁵. 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 recherché.

Les étrangers doivent ainsi 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 Cese-da). Mais comme les signes d'extranéité considérés par la jurisprudence comme non discriminatoires sont en nombre limité, la police préfère justifier ces contrôles en visant les articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale. Les mentions portées sur les procès-verbaux d'interpellation attestent toutefois qu'il s'agit bien souvent 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 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 réquisitions 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 réquisitions⁶.

De la même façon, jusqu'à la récente dépénalisation 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 séjour. 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'éloignement.

Ce système a été déstabilisé par la conjonction de deux modifications quasiment concomitantes de l'ordonnancement juridique : d'un côté, l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 limitant la garde à vue aux délits pour lesquels une peine d'emprisonnement est encourue ; de l'autre, deux arrêts de la CJUE déclarant incompatibles avec la directive « retour » les

⁴ 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>

⁵ Claire Saas, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *AJ Pénal*, 2011, p. 192

⁶ Nathalie Ferré, « Les usages du droit pénal contre les étrangers », in Gisti, *Immigration, un régime pénal d'exception*, *op. cit.*, p. 92-94.

dispositions punissant d'une peine de prison le simple séjour irrégulier⁷. Par voie de conséquence, comme l'a reconnu la cour de cassation, le placement en garde à vue n'était plus possible sur le fondement du séjour irrégulier⁸.

La loi du 31 décembre 2012 a tiré les conséquences de cette nouvelle configuration juridique : elle a procédé à la dépénalisation du séjour irrégulier mais instauré en contrepartie une procédure de retenue spécifique dont la durée peut aller jusqu'à seize heures et qui doit permettre à l'administration d'examiner la situation de l'étranger dans la perspective de son éloignement et avant son placement en rétention (art. L. 611-1-1 du Cesda). Si la retenue, contrairement à la garde à vue qu'elle remplace, a une finalité clairement administrative, son régime et ses modalités l'apparentent fortement à une mesure de nature judiciaire, notamment parce qu'elle est placée sous le contrôle du procureur de la République et que les garanties accordées à la personne retenue sont calquées sur celles de la garde à vue. Le dispositif contribue donc à entretenir la confusion entre la gestion de la délinquance et l'exercice des prérogatives administratives.

Symétriquement, les dispositifs administratifs peuvent prendre une coloration pénale lorsque, sur leur finalité théoriquement préventive, vient se greffer une finalité répressive. On peut citer à cet égard l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF), dont la durée peut aller jusqu'à cinq ans, créée par la loi du 16 juin 2011 transposant la directive « retour » : bien qu'il s'agisse d'une mesure administrative émanant du préfet, ses effets sont équivalents à ceux d'une ITF judiciaire. La même remarque vaut pour la rétention, dont l'objectif exclusif, officiellement, est d'améliorer l'effectivité des mesures d'éloignement ; mais si l'on se rappelle que l'allongement de la durée de l'enfermement n'améliore pas, au-delà de cinq jours, le taux d'exécution de ces mesures, et si l'on prend en compte les conditions carcérales qui règnent dans beaucoup de centres de rétention⁹, il est difficile d'écarter entièrement l'idée que l'enfermement poursuit aussi une finalité punitive à l'encontre de ceux qui ne se conforment pas à la réglementation sur le séjour.

De la stigmatisation à l'intimidation

Par un processus circulaire, la pénalisation qui transforme l'étranger en délinquant concourt à légitimer la répression dont il fait l'objet. Elle favorise l'amalgame entre immigration, insécurité et délinquance et contribue à imprimer dans les esprits l'idée que les migrants sont porteurs d'une menace¹⁰.

L'arsenal destiné à traquer et sanctionner les « mariages blancs » participe lui aussi de cette stigmatisation. Outre qu'il entretient la suspicion systématique de fraude qui pèse sur les mariages « mixtes », le délit est sélectif, puisqu'il ne vise pas ceux qui détournent l'institution du mariage dans un but tel qu'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 une sanction pénale que dans le cas où il interfère avec la législation sur le séjour. L'utilité pratique de l'incrimination est au demeurant douteuse, puisqu'un mariage de complaisance encourt l'annulation et que l'administration peut, de son côté, refuser la déli-

⁷ Selon la Cour, la directive s'oppose 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).

⁸ Avis de la chambre criminelle du 5 juin 2012 suivi de deux décisions de la première chambre civile du 5 juillet 2012.

⁹ Toutes les observations montrent qu'au-delà de cinq jours le taux d'éloignement diminue et qu'il devient marginal au-delà de 25 jours. Voir par exemple : Assfam, Forum réfugiés, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte, « Centres et locaux de rétention », *Rapport 2014*.

¹⁰ Voir la contribution de Claire Saas dans ce même numéro.

vance 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 parquets¹¹.

L'incrimination d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, quant à elle, fonctionne très largement, dans les faits, sur le mode de l'intimidation. Introduite dans la réglementation par le décret-loi de 1938 et reprise dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'infraction visait les réseaux organisés de passeurs, de transporteurs ou d'employeurs agissant à des fins lucratives. Mais, à partir du début des années 1990, des poursuites ont été intentées sur ce fondement contre des individus ou des associations venant en aide aux étrangers sans papiers, ce qui lui a valu le nom de « délit de solidarité »¹². Et lorsque les premières condamnations ont été prononcées, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 octobre 1996, a entériné cette interprétation extensive des textes, estimant que le délit était constitué même si l'aide était apportée à titre purement désintéressé.

Le législateur a certes prévu des immunités en faveur des membres de la famille proche. Récemment, la loi du 31 décembre 2012 a élargi le champ de ces immunités au-delà du cercle familial : il n'y a 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 ». Les poursuites, qui peuvent viser des proches, des militants associatifs, de simples citoyens mus par un sentiment de compassion, voire des travailleurs sociaux, n'ont pas cessé pour autant¹³. Même lorsque les poursuites sont abandonnées ou se concluent par une relaxe, l'interpellation par la police, parfois le placement en garde à vue et les perquisitions au domicile, le procès éventuellement, constituent autant de troubles dans les conditions d'existence qui laissent à penser que l'objectif est plus d'intimider que de punir.

*

Cette dernière remarque nous paraît valoir de façon plus générale. Car le dispositif pénal que le législateur s'attache sans relâche à renforcer et perfectionner reste sous-utilisé : les infractions aux règles sur l'entrée et de séjour donnent rarement lieu à des poursuites, la voie de l'éloignement par mesure administrative étant privilégiée ; l'emploi des étrangers sans titre reste lui aussi largement impuni, si on met en regard le nombre des poursuites engagées avec celui des infractions commises ; le soupçon de mariage blanc ou de mariage gris débouche plus souvent sur le refus de célébrer le mariage ou le retrait du titre de séjour, suivi d'une mesure d'éloignement, que sur une sanction pénale. Dans ces conditions, la spirale de la pénalisation s'explique plus, à notre sens, par la volonté d'intimider et de dissuader que de punir – avec pour effet, sinon pour objet, la stigmatisation de ceux et celles qu'on désigne ainsi comme les auteurs potentiels d'une masse toujours croissante d'infractions.

¹¹ Le maire peut, par exemple, s'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement – autrement dit, en l'espèce, que 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).

¹² L'expression 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 ». Un appel analogue a été lancé en mars 2009 à la suite du placement en garde à vue d'une bénévole associative qui apportait une aide matérielle aux migrants de Calais. La sortie concomitante du film *Welcome* a assuré à cette affaire une certaine publicité médiatique.

¹³ Une affaire remontant à juillet 2015 est emblématique à cet égard : une personne était poursuivie pour avoir hébergé une famille arménienne en situation irrégulière pendant dix-huit mois. Pour contourner les immunités prévues par la loi, il était allégué qu'elle leur aurait en contrepartie fait exécuter des tâches ménagères. Ce n'est que le jour de l'audience que le parquet a annoncé qu'il renonçait aux poursuites.