

IMMIGRATION, UNE NOUVELLE LOI DE CIRCONSTANCES, UN REGIME D'EXCEPTION RENFORCE

Pierre Henry et Matthieu Tardis

Respectivement directeur général
et responsable du service Europe-Etudes
de France terre d'asile¹
Le 14 septembre 2010



Synthèse

Avant la fin de l'année, une nouvelle loi consacrée à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, la cinquième en huit ans, sera adoptée par le Parlement français. Le gouvernement a justifié cette nouvelle initiative par la nécessité de transcrire en droit interne trois directives européennes, dont la très controversée « directive retour » adoptée par le Parlement européen et le Conseil en décembre 2008, et qui doit être transposée avant le 24 décembre 2010².

L'urgence de l'argument européen ne doit cependant leurrer personne car bon nombre de dispositions relèvent de la seule initiative du gouvernement, à l'image de la déchéance de la nationalité et de la procédure d'opposition à son acquisition, qui viendront alimenter un débat parlementaire de trois mois 100% sécuritaire à l'intérieur d'une majorité radicalisée.

Au-delà des calculs politiques du Président et de l'agitation de chiffons rouges, méthode déjà éprouvée lors du vote de la précédente loi sur l'immigration avec l'amendement ADN, il importe de revenir sur le cœur du projet législatif et d'analyser ses nouveautés. Car derrière les arguments souvent fallacieux et lénifiants de M. Besson, ce texte porte en fait des coups très durs aux droits des personnes et à l'équilibre de nos libertés publiques.

En prévoyant par exemple que le juge des libertés ne puisse plus intervenir qu'au bout de cinq jours de rétention contre 48 heures aujourd'hui, ce texte fait échapper l'étranger placé en centre de rétention à la protection du juge judiciaire, qui ne pourra plus contrôler aussi efficacement la régularité des conditions d'interpellation de l'étranger et l'exercice effectif de ses droits. Le champ d'intervention du juge judiciaire sera en outre restreint (limitation des causes de nullité) et la portée de ses décisions sur la libération de l'étranger limitée (atténuation des effets d'une erreur de procédure). De surcroît, la loi, en transposant la directive, offrira à l'autorité administrative de

¹ Pour en savoir plus, voir : FRANCE TERRE D'ASILE, « Quelles alternatives à la rétention administrative des étrangers ? », *Les cahiers du social*, n° 26, juin 2010. Disponible sur www.france-terre-asile.org

² Terra Nova continue avec cette note l'examen scrupuleux de la politique du gouvernement en matière d'immigration, après une note du 30 mars 2010 "Projet de loi Besson, l'imagination au service de la répression"

nouveaux moyens de coercition par la création d'une interdiction de retour sur le territoire français de deux à cinq ans, applicable à l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Seconde mesure phare du projet, l'allongement de la durée de la rétention administrative de 32 à 45 jours conduit, entre autres, à banaliser l'enfermement des étrangers et renforce les moyens accordés à la politique du quota d'expulsion. Cette mesure ne résulte pourtant pas d'une obligation européenne, dont les textes d'application rappellent constamment aux Etats qu'ils ont à justifier toute privation de liberté en établissant que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées. Le Conseil constitutionnel, par une saisine directe ou, plus tard, par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, pourrait avoir à se prononcer.

Des alternatives qui limitent au maximum l'enfermement des étrangers doivent être recherchées en priorité. L'assignation à résidence, la garantie de représentation, le cautionnement peuvent constituer autant d'alternatives raisonnables en limitant au maximum les traumatismes pour les intéressés. Les exemples étrangers montrent d'ailleurs que ces mesures constituent des solutions crédibles et financièrement moins coûteuses pour la collectivité.

Le meilleur moyen de s'assurer du caractère exceptionnel de la rétention serait alors de prévoir que le juge judiciaire intervienne dès le premier stade et qu'il décide, après confrontation des points de vue, s'il y a lieu de placer l'étranger en centre de rétention. L'avantage d'une telle réforme serait de permettre un véritable examen individuel et, sur le plan symbolique, de proposer aux étrangers en difficulté les avantages d'un pacte de liberté et de responsabilité en lieu et place de la seule perspective d'un enfermement.

La rétention des étrangers est une question complexe qui ne disparaîtra évidemment pas avec l'arrivée de la gauche au pouvoir. Mais il faut changer de logiciel. Nombre de personnes placées en rétention n'auraient jamais dû se retrouver confrontées à cette privation de liberté. L'irrégularité du séjour de nombreuses personnes n'est que le reflet d'un droit des étrangers assez restrictif, en constante évolution et d'une lisibilité difficile. Il n'est pas rare que le séjour d'un étranger devienne irrégulier du fait d'une procédure d'asile inéquitable, de règles relatives à l'immigration familiale excessivement encadrées ou de l'absence de canaux d'immigration professionnelle. De même l'absence d'accès à un titre de séjour de plein droit pour des migrants qui sont de longue date insérés dans la population, qui ont un travail et qui paient des impôts achèment vers les centres de rétention des personnes qui en d'autres temps n'auraient rien à y faire. La meilleure alternative à la rétention demeure ainsi la mise en œuvre d'une politique juste et humaine qui appelle à une révision profonde de notre législation sur l'immigration.

Avant la fin de l'année, une nouvelle loi consacrée à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, sera adoptée par le Parlement français. Elle sera la cinquième en huit ans. Le gouvernement a justifié cette nouvelle initiative par la nécessité de transcrire en droit interne trois directives européennes. L'une d'entre elles, la très controversée directive 2008/115/CE, - dite « directive retour » - adoptée par le Parlement européen et le Conseil en décembre 2008, doit en effet être

Note
intégrale

transposée avant le 24 décembre 2010³. L'urgence de l'argument européen ne doit cependant leurrer personne car bon nombre de dispositions de ce nouveau projet relèvent de la seule initiative du gouvernement.

1 – UNE NOUVELLE ILLUSTRATION DE LA METHODE SARKOZY

Comme beaucoup d'autres avant lui, ce projet de loi obéit à la logique présidentielle qui soumet, depuis 2007, le fait législatif au fait divers. Un événement fait-il la une de l'actualité ? Dès lors qu'il touche de près ou de loin le domaine de la sécurité, de la justice ou de l'immigration, l'Elysée déclare l'urgence législative sans même évaluer les effets de la loi précédente adoptée quelques mois auparavant et dont les décrets d'application n'ont parfois pas été pris.

Il en fut ainsi en février 2010, lorsque 123 Kurdes furent débarqués sur les rivages de Corse. Le préfet prononça aussitôt des mesures de mise en rétention immédiate que la justice annula aussi promptement. C'en fut trop pour le ministre Besson qui déclara alors urgent de modifier, projet de texte à l'appui, une loi jugée inadaptée à « l'arrivée brutale et massive » d'un grand nombre d'étrangers sur les côtes françaises.

Curieuse argumentation lorsque l'on sait que le même ministre, quelques mois, auparavant jugeait la présence chaque année, à Calais et ailleurs sur le territoire national, de milliers d'Afghans, comme « non massive ». C'est d'ailleurs pourquoi la mise en œuvre d'une protection temporaire leur a été refusée⁴.

Enfin, un fait divers chassant rapidement le précédent, cette loi de circonstance et de diversion trouve désormais sa place dans un calendrier parfaitement étudié moins de deux ans avant l'élection présidentielle : le « tout sécuritaire » et la recherche de boucs émissaires vont en effet venir structurer la parole et l'action publique du candidat Nicolas Sarkozy et de ses partisans. Les épisodes de l'été 2010 et les saillies élyséennes musclées à l'encontre des gens du voyage et des Roms, l'établissement d'un lien de causalité entre immigration et délinquance, illustrent jusqu'à la caricature un scénario déjà expérimenté en 2005. Et comme on ne change pas un modèle gagnant, on l'agrèmente. Alors, à n'en pas douter, le texte du projet de loi sera « enrichi » de quelques amendements ministériels et parlementaires modifiant par exemple le code de la nationalité. Déchéance de la nationalité et procédure d'opposition à son acquisition viendront alimenter un débat

³ Le projet de loi entend également transposer la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (dite directive carte bleue européenne) et la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive dite sanctions).

⁴ La protection temporaire est prévue par la directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001. Sur la question de l'application de la protection temporaire aux Afghans voir le débat au Sénat sur la proposition de résolution européenne sur la protection temporaire déposée par les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés (http://www.senat.fr/cra/s20100210/s20100210_2.html#par_167).

parlementaire de trois mois tout en « nuance sécuritaire » à l'intérieur même d'une majorité radicalisée⁵.

Mais au-delà du « bougisme » et de l'agitation de chiffons rouges, méthode déjà éprouvée lors du vote de la précédente loi sur l'immigration avec l'amendement ADN, il est indispensable de revenir sur le cœur du projet législatif et d'analyser ses nouveautés. L'essentiel du texte se concentre sur le renforcement des pouvoirs de l'autorité administrative, l'accroissement de la durée de privation de liberté des migrants et la diminution des garanties reconnues aux étrangers.

2 - LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION OU LE JUGE MIS A DISTANCE

La situation de l'étranger placé en centre de rétention est aujourd'hui examinée à la fois par le juge administratif et par le juge judiciaire. Le juge administratif contrôle en particulier la légalité du refus de titre de séjour et de la décision d'éloignement ainsi que du placement en centre de rétention. Le juge judiciaire contrôle la régularité des conditions d'interpellation de l'étranger et l'exercice effectif de ses droits. Cette dualité de juridiction, héritage de la tradition française, est dans le collimateur du pouvoir en raison de son apparente complexité. Dans un rapport de juillet 2008, la commission Mazeaud chargée d'étudier le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration a fait connaître son opposition à l'unification juridictionnelle mais a parallèlement présenté des propositions en vue de réorganiser l'intervention des deux juges. Le projet de loi s'inscrit dans cette perspective.

Il est ainsi prévu que le juge judiciaire, par l'office du juge des libertés et de la détention (JLD), soit autorisé à intervenir au bout de cinq jours de rétention contre 48 heures aujourd'hui, c'est-à-dire seulement après le juge administratif. Cette proposition aurait une incidence dramatique : l'irrégularité du franchissement d'une frontière et du séjour d'un étranger entraînerait alors moins de garanties pour le contrevenant que pour une personne suspectée du plus grave des crimes : une garde à vue est en effet contrôlée et prolongée par le procureur de la République à l'issue des 24 premières heures.

Dans un Etat de droit, il est normal que l'action de l'Etat soit contrôlée par l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, selon l'article 66 de la Constitution. La liberté individuelle est tenue pour sauvegardée seulement si le juge intervient dans le plus court délai possible. C'est ce qu'avait rappelé fort opportunément le Conseil constitutionnel dans une décision de 1980⁶.

Eric Besson justifie sa proposition en affirmant qu'il « arrive fréquemment que le juge des libertés et de la détention [c'est-à-dire le juge judiciaire] se prononce sur le maintien en rétention alors que la mesure de reconduite à la frontière qui en est le fondement va être ensuite examinée et éventuellement annulée » par le juge administratif. Le ministre feint d'oublier que le champ d'intervention des deux juges n'est pas le même. Sa mauvaise foi ne doit pas nous tromper. L'objectif est bien de faire échapper dans toute la mesure du possible, l'administration à l'éventuelle sanction

5 Pour plus d'information sur la déchéance de nationalité, voir la note d'Anne du Quelenec pour la Fondation terra nova disponible sur <http://www.tnova.fr/index.php/component/content/article/1375.html>.

6 Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980.

du juge des libertés. Pour mémoire, en 2008, près de 27 % des mesures d'éloignement non exécutées à partir des centres de rétention sont la conséquence d'une erreur de l'administration constatée par le juge des libertés et pour près de 8 % par le juge administratif.

Le cœur du projet a donc en ligne de mire l'autorité judiciaire. Outre sa mise à distance de la procédure, il s'attaque également à son champ d'intervention (limitation des causes de nullité) et limite la portée de ses décisions sur la libération de l'étranger maintenu dans un centre de rétention administrative (effet des irrégularités de procédure atténuées).

De surcroît, le ministre offre à l'autorité administrative de nouveaux moyens de coercition. Ainsi, la création d'une interdiction de retour sur le territoire français de deux à cinq ans, en fait applicable à l'ensemble du territoire de l'Union européenne, ajoute un nouvel outil à la politique d'éloignement. Cette mesure, qui résulte directement de la directive retour, s'apparente à un bannissement administratif et à une nouvelle forme de double peine. Si l'on considère également la proposition de refonte de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF)⁷, la nouvelle procédure administrative d'éloignement renforce le déséquilibre des armes au profit de l'administration et accroît sa complexité.

3 - LA PRIVATION DE LIBERTE DES ETRANGERS, UNE MESURE D'EXCEPTION BANALISEE

Au cœur de la stratégie de la politique du quota d'expulsion, la rétention administrative : le projet de loi la maintient et la renforce en allongeant sa durée. En passant de 32 jours aujourd'hui à 45 jours demain, l'enfermement des étrangers se voit ainsi banalisé.

Pour Eric Besson, la justification est double : il s'agit d'une part d'harmoniser les législations des pays de l'Union - la durée de rétention en France est en effet la plus courte en Europe- et d'accorder, d'autre part, aux pays d'origine des migrants, à leur demande précise t-il, un délai supplémentaire pour vérifier l'identité des personnes à réadmettre.

L'argument européen est bien commode mais il est encore une fois inexact, la directive retour n'imposant en effet et en aucune manière aux Etats membres d'allonger leur durée de rétention initiale. L'efficacité d'une telle mesure est d'ailleurs très contestable puisque près de 85 % des personnes éloignées le sont dès les quinze premiers jours de privation de liberté et la durée moyenne de rétention est de dix jours.

⁷ Le projet de loi, établit deux catégories d'OQTF en fonction du délai de départ laissé à l'étranger. Le ministre entend réformer, une nouvelle fois, la procédure administrative d'éloignement. Il s'agissait déjà de l'objectif de la loi de Nicolas Sarkozy de juillet 2006 qui a instauré les obligations de quitter le territoire (OQTF) en vue de simplifier le dispositif et d'alléger la charge du juge administratif submergé, selon lui, par le contentieux des étrangers. Le projet de loi ne prend cependant pas acte de l'échec de la loi précédente (seules 7,2 % des OQTF ont été exécutées en 2008) et a même de fortes chances d'aggraver la situation des tribunaux administratifs qui devront examiner, en plus, la décision de ne pas accorder de délai de départ volontaire et l'interdiction de retour.

Quant à la demande supposée des pays d'origine, elle arrache un sourire. Il est vrai que l'absence de délivrance de laissez-passer par les consulats est à l'origine de plus de 30 % des échecs à l'éloignement. On imagine cependant mal les pays d'origine, à moins qu'ils y soient contraints, faciliter le retour de ressortissants pourvoyeurs de devises indispensables à leur économie, et appeler au renforcement de mesures coercitives à leur égard.

Autre proposition du ministre de l'Immigration : créer des zones d'attente « flottantes » dès lors qu'« il est manifeste qu'un groupe d'étrangers vient d'arriver en France ». Ces zones s'étendraient du point de passage frontalier le plus proche jusqu'au lieu de découverte des intéressés. Les personnes pourraient donc être enfermées le temps d'organiser leur refoulement selon une procédure simplifiée.

L'imprécision des termes utilisés en l'état dans le projet de loi - qu'est ce qu'un groupe d'étrangers ? - ajoutée à l'absence de limitation de la zone géographique concernée, permettra aux autorités d'interpréter la loi de la manière la plus arbitraire qui soit. Cette mesure aura un impact négatif sur le respect du droit d'asile. En effet, pourra être appliquée à ces zones d'attente « flottantes », la procédure d'asile à la frontière actuellement en vigueur dans les aéroports, ports et gares et qui est utilisée par l'administration comme un filtre. En 2009, seuls 26,8 % des demandeurs d'asile à la frontière (principalement à l'aéroport de Roissy) ont été autorisés à entrer sur le territoire français pour entamer leurs démarches. L'extension territoriale des zones d'attente multipliera également les risques de privation de liberté des mineurs isolés étrangers et rendra la garantie de leurs droits encore plus délicate à réaliser.

4 - QUELLE ALTERNATIVE ?

Les textes internationaux et européens rappellent constamment aux Etats qu'ils ont à justifier toute privation de liberté en établissant que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées. C'est pourquoi des alternatives qui limitent au maximum l'enfermement des étrangers doivent être recherchées en priorité. L'assignation à résidence, la garantie de représentation, le cautionnement peuvent constituer autant d'alternatives raisonnables en limitant au maximum les traumatismes pour les intéressés. Les exemples étrangers montrent que ces mesures constituent, de surcroît, des solutions crédibles et financièrement moins coûteuses pour la collectivité.

Le meilleur moyen de s'assurer du caractère exceptionnel de la rétention serait alors de dire que le juge judiciaire intervienne dès le premier stade et qu'il décide, après confrontation des points de vue, s'il y a lieu de placer l'étranger en centre de rétention. L'avantage d'une telle réforme serait de permettre un véritable examen individuel et, sur le plan symbolique, de proposer aux étrangers en difficulté les avantages d'un pacte de liberté et de responsabilité en lieu et place de la seule perspective d'un enfermement. Nous voyons bien que le projet de loi consacre une évolution qui prend un tout autre chemin.

La rétention des étrangers est une question complexe qui ne disparaîtra pas mécaniquement avec l'arrivée de la gauche au pouvoir. Mais il faut changer de logiciel. Nombre de personnes placées en rétention n'auraient jamais dû se retrouver confrontées à cette privation de liberté. L'irrégularité du séjour de nombreuses personnes n'est que le reflet d'un droit des étrangers assez restrictif, en

constante évolution et d'une lisibilité difficile. Il n'est pas rare que le séjour d'un étranger devienne irrégulier du fait d'une procédure d'asile inéquitable, de règles relatives à l'immigration familiale excessivement encadrées ou de l'absence de canaux d'immigration professionnelle. De même l'absence d'accès à un titre de séjour de plein droit pour des migrants qui sont de longue date insérés dans la population, qui ont un travail et qui paient des impôts achèment vers les centres de rétention des personnes qui en d'autres temps n'auraient rien à y faire. La meilleure alternative à la rétention demeure ainsi la mise en œuvre d'une politique juste et humaine qui appelle à une révision profonde de notre législation sur l'immigration.