



HAL
open science

Droits et libertés des étrangers : les paradoxes d'une évolutions récente

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Droits et libertés des étrangers : les paradoxes d'une évolutions récente. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 2009, L'état des libertés, 3 (2009/ 130), pp.31- 47. 10.3917/pouv.130.0031 . hal-03909070

HAL Id: hal-03909070

<https://hal.science/hal-03909070>

Submitted on 8 Feb 2023

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.

Copyright

SERGE SLAMA

DROITS ET LIBERTÉS DES ETRANGERS : LES PARADOXES D'UNE ÉVOLUTION RÉCENTE¹

En 1993, dans une décision fondant le « statut constitutionnel » des étrangers², le Conseil constitutionnel pose le principe en vertu duquel « si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » ainsi que le droit d'asile garanti par l'alinéa 4 du Préambule de 1946.

Dans le même temps, il constate qu'« aucun principe ni 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 » et que « 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 »³.

Dans ce cadre, la police des étrangers entre donc nécessairement en conflit avec les libertés surtout lorsque l'accent est mis depuis 1974 sur la « maîtrise des flux migratoires » ou, plus récemment, sur la sélection des flux migratoires. Dans le même temps, la volonté affichée par tous les gouvernements en place depuis trente ans de prévenir et de réprimer l'immigration irrégulière a conféré à

¹ Dans cet article il ne sera question que des droits et libertés des ressortissants des pays tiers car ceux des citoyens de l'Union européenne et assimilés sont particulièrement proches de ceux des Français.

² Bruno Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871.

³ Cons. constit., n° 93-325, DC du 13 août 1993, in Pierre Avril et Jean Gicquel, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n°68, *Qui gouverne la France ?*, janvier 1994, p. 166-172.

l'administration en général et à la police en particulier des moyens accrus de surveillance et de contrôle. Ceux-ci ont des conséquences négatives sur les libertés individuelles des étrangers dans leur ensemble mais aussi de leur entourage ou des personnes les aidants⁴.

Mais, si l'on prend du recul, l'opposition la plus marquante ces quinze dernières années est celle qui est apparue entre droits collectifs et libertés individuelles des étrangers.

En effet, dans une période récente, les progrès les plus remarquables se sont concrétisés par l'admission des étrangers aux différents droits et libertés collectifs et l'approfondissement du principe d'égalité, alors qu'on constate, au-delà des principes proclamés, une régression marquée de la jouissance effective des droits et libertés fondamentaux attachés à la personne ; qui se trouvent pris dans l'étau des politiques sélectives et répressives.

UN PROGRES REMARQUABLE DE L'EGALITE ET DES DROITS ET LIBERTES COLLECTIFS

Dans le domaine des droits et libertés collectifs, le droit français est resté longtemps marqué par un certain nombre de régimes juridiques spécifiques aux étrangers, souvent hérités de la fin du XIXe siècle et aggravés dans les années trente⁵.

⁴ En ce sens, voir Danièle Lochak, « Droits et libertés des étrangers », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 720, 2008. Voir aussi *Face aux migrants : État de droit ou état de siège ?*, Textuel, 2007.

⁵ Voir par exemple, l'opposition entre exclusion des droits politiques et « admission aux droits civils individuels » : Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Sirey, 1929, p. 646 sq.

Ces régimes ont, pour la plupart, été maintenus dans l'après-Seconde Guerre mondiale et il a donc fallu attendre une période récente pour effacer ces scories du passé.

Ce mouvement d'égalité des droits n'est toutefois pas entièrement achevé, notamment par le maintien d'exclusions des résidents étrangers réguliers de certains droits et emplois sans justification probante.

L'effacement récent des scories du passé

En France, les droits politiques sont strictement et exclusivement réservés aux citoyens français, avec néanmoins depuis 1992 une ouverture aux ressortissants communautaires pour les élections municipales et européennes.

Néanmoins, depuis la Libération, les étrangers ont pu accéder à certaines formes de citoyenneté dans la sphère professionnelle et sociale (électorat et éligibilité aux comités d'entreprise depuis 1972, droit d'exercer des fonctions de direction d'un syndicat depuis 1975, électoralat et éligibilité dans les conseil d'administration des établissements publics depuis 1975, etc.).

Par décret du 9 octobre 1981, le régime dérogatoire d'associations étrangères, issu de l'article 12 de la loi du 1er juillet 1901 et aggravé par le décret du 12 avril 1939, a également été supprimé⁶.

Mais cette évolution est restée inachevée. Ainsi, par exemple, si les étrangers sont, comme n'importe quel salarié, électeurs aux prud'hommes depuis 1975, ils n'y sont pas éligibles car les conseillers prud'hommaux rendent la justice au nom du peuple français.

⁶ Pour une application voir. CE, Ass., 16 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris, *Rec. CE*, p. 317.

Un certain nombre d'illustrations démontrent que c'est dans une période plus récente que les dernières restrictions à l'exercice des droits et libertés collectifs ont été effacées, parfois non sans difficulté.

La lente mort du régime des publications étrangères

La première illustration a pour origine une des plus grandes lois de la III^e République. L'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse a permis d'interdire – par décision spéciale délibérée en conseil des ministres – la circulation en France des journaux ou écrits périodiques « publiés à l'étranger », avec sanction pénale à la clef. La circulation au numéro pouvait être interdite par arrêté du ministre de l'Intérieur. Plus tard, dans le contexte de l'avant-Deuxième Guerre mondiale, un décret-loi du 6 mai 1939 a durci ce régime en permettant au ministre de l'Intérieur d'interdire en France les journaux ou écrits « rédigés en langue étrangère » mais aussi « de provenance étrangère rédigés en langue française imprimés à l'étranger ou en France ».

Le Conseil d'Etat a d'abord validé cette conception large tout en passant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁷. Il a ensuite adopté le contrôle entier développé par le juge européen tout en estimant non disproportionnée l'interdiction par le ministre de l'Intérieur de l'ouvrage *Euskadi guduan* (CE 9 juill. 1997, « Ekin »)⁸. Mais, dans la même affaire, la Cour de Strasbourg donna le coup de grâce au régime des publications étrangères en condamnant la France – et l'appréciation portée par le Conseil d'Etat (CEDH 17 juillet 2001, « Ekin c/ France »⁹).

⁷ CE 2 nov. 1973, Librairie François Maspero, *Rec. CE*, p. 611, *JCP*, 1974. II. 17642, concl. Guy Braibant, note Roland Drago.

⁸ *RFDA*, 1997, p. 1097, concl. Martine Denis-Linton et p. 1291, note Bernard Pacteau ; *RDP*, 1998, p. 539, obs. Patrick Wachsmann.

⁹ *RTDH*, 2002, p. 685, note Patrick de Fontbressin ; *AJDA*, 2002, p. 52, note François Julien-Laferrière.

À l'initiative du Groupe d'information et de soutien des immigrés (Gisti), le Conseil d'Etat n'eût enfin d'autre choix que de constater la contrariété du décret de 1939 – qui n'avait jamais été ratifié par le Parlement – à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme compte tenu de la généralité de l'interdiction aux mains du ministre¹⁰.

Pourtant, malgré l'injonction prononcée, ce n'est qu'après saisine de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat que sera publié un décret du 4 octobre 2004 d'abrogation¹¹.

Et encore, après cette abrogation, *Légifrance* crut bon de rétablir l'article 14 de la loi de 1881 dans sa version antérieure au décret de 1939¹². Il fallut cette fois-ci que le Gisti saisisse la HALDE¹³ et que, dans ce cadre, le ministre de l'Intérieur demande au Conseil d'Etat son avis (section de l'intérieur, n° 380.902, 10 janvier 2008) pour que le constat de l'abrogation de la disposition soit définitivement tiré.

Ces soubresauts des publications étrangères démontrent la difficulté, dans le domaine des libertés, d'expurger le droit français des régimes dérogatoires concernant les étrangers. Entre les décisions des années soixante-dix « Maspero » et la disparition (définitive ?) de ce régime, il a fallu plus de trente ans de combats contentieux. À aucun moment les pouvoirs publics n'ont pris les devants pour y mettre fin ou l'adapter aux exigences de la Convention

¹⁰ CE 7 févr. 2003, Gisti, *Rec. CE*, p. 30 ; *AJDA*, 2003.996, note François Julien-Lafferrière ; *RFDA*, 2003, p. 972, note Anne Fitté-Duval et Jérôme Rabiller ; *RDP*, 2003.901, note Pierre Mouzet.

¹¹ Voir le non lieu : CE, 12 janvier 2005, Gisti, n° 261736.

¹² Nelly Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA*, 2005, p. 1606 ; Emmanuel Dreyer, « Restaurer le contrôle des publications étrangères », *JCP G* 2006, II, p. 1829.

¹³ Délib. n° 2006-196, 18 septembre 2006. Voir Jean-Yves Montfort, « Pratiques administratives : le regard de la Halde », in Emmanuelle Saulnier-Cassia et Vincent Tchen, *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 100.

européenne. Il est à parier que si le Gisti n'avait pas œuvré pour la disparition du décret-loi de 1939, l'article 14 de la loi de 1881 serait toujours applicable aujourd'hui...

L'effacement de l'obligation de réserve imposée aux étrangers

L'article 16 de la Convention européenne des droits de l'homme permet aux États « d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers », malgré la généralité des articles 10, 11 et 14 de la Convention.

A priori, la Convention laisse donc une marge d'appréciation importante aux États pour restreindre ces libertés. Néanmoins, la Cour de Strasbourg a donné une interprétation restrictive de cette disposition, comme l'illustre l'affaire « Piermont ».

Cette députée allemande au Parlement européen avait été expulsée de Polynésie en raison de propos tenus, au cours d'une campagne électorale, en soutien de revendications antinucléaires et indépendantistes. L'arrêt d'expulsion pris au nom de l'ordre public avait été validé par le Conseil d'État¹⁴. Infligeant un « cinglant désaveu »¹⁵ à la position française, la Cour européenne estima que l'article 16 n'autorisait pas l'État à restreindre l'exercice par la requérante du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention compte tenu de la qualité de ressortissante communautaire et, de surcroît, de parlementaire européen (CEDH, 27 avril 1995, « Piermont »¹⁶).

L'arrêt « Perrégaux », par lequel le Conseil d'État avait validé l'expulsion d'un pasteur suisse d'une association marseillaise d'aide aux réfugiés et aux

¹⁴ CE, 12 mai 1989, ministre des Départements et Territoires d'Outre-Mer c/ Piermont, *Rec. CE*, p. 124.

¹⁵ Didier Jean-Pierre, « La liberté d'expression politique des étrangers en France. Réflexions sur l'existence d'un devoir de réserve », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 98.

¹⁶ *RTDH*, 1996, p. 364, obs. Jean-François Flauss.

travailleurs migrants en raison du manquement au devoir de réserve, apparaît donc relever du passé (CE Ass., 13 mai 1977¹⁷). Et ce d'autant plus que dans cette affaire le Conseil d'Etat avait jugé qu'« un comportement politique n'est pas à lui seul de nature à justifier l'expulsion ». Le ministre de l'Intérieur lui reprochait plus largement des « atteintes graves à la neutralité politique » notamment par le fait d'avoir prêté les locaux de son association à des organisations d'extrême gauche et d'animer des manifestations tendant à obtenir la régularisation de sans-papiers.

Un arrêt du Conseil d'État illustre d'ailleurs indirectement l'inexistence de cette obligation puisqu'il estime qu'un préfet ne pouvait interdire d'une manière générale et absolue une manifestation de la communauté tibétaine en France. Seules les mesures appropriées, notamment aux abords de l'ambassade de Chine, pour prévenir les risques de désordres susceptibles d'être occasionnés par les manifestations, pouvaient être légalement prises¹⁸.

Les mouvements de grève de sans-papiers qui se sont multipliés depuis 2007 témoignent du fait que, même en situation irrégulière, les travailleurs étrangers jouissent bien des droits collectifs garantis par la Constitution et les conventions internationales. Ces mouvements témoignent aussi d'un phénomène de syndicalisation de travailleurs sans-papiers pour revendiquer un droit au séjour¹⁹.

¹⁷ *Rec. CE*, p. 216 ; *AJDA*, 1977, II, p. 363, chron. Michèle Nauwelaers et Laurent Fabius ; *RDP*, 1978, p. 253, note Jacques Robert ; *JCP*, 1979, II, n° 19215, note André Legrand.
¹⁸ CE 12 nov. 1997, Min. de l'Intérieur c/ Communauté tibétaine en France et ses amis, *RFDA*, 1999, p. 499, cité par Stéphane Durot, « Étranger », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2007, n° 608.

¹⁹ Violaine Carrère, « Derrière le sans-papiers on découvre le travailleur », *Plein droit*, n° 80, mars 2009.

Le maintien de droits et emplois fermés en dehors du périmètre régalien sans justification probante

Au cours de la décennie écoulée²⁰, on constate un recul marqué des droits et emplois fermés aux étrangers (carte famille nombreuse, médaille de la famille française, prêts agricoles, emplois de la sécurité sociale, de la RATP, d'Air France, de non-fonctionnaires de France télécom, de la Poste, de courtiers d'assurance, de guides interprètes de conférence, de directeurs de salle de spectacle, ouverture de la profession de capitaine et second de navire battant pavillon français aux communautaires, etc.)²¹.

Il subsiste néanmoins une quarantaine de professions pour lesquelles il est exigé une condition de nationalité européenne – ou même une stricte condition de nationalité française -, ou éventuellement de réciprocité.

Certains auteurs critiquent également le caractère discriminatoire, au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article L. 145-13 du code de commerce qui exclut les étrangers titulaires d'un fonds de commerce qui ne sont pas ressortissants européens, anciens combattants de l'armée française ou parents d'un enfant français du bénéfice de la propriété commerciale en l'absence de convention bilatérale en ce sens²².

Or, la HALDE a récemment recommandé au Gouvernement de supprimer ces conditions pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des

²⁰ Comparé au bilan dressé par le rapport du GED, « Une forme méconnue de discrimination, les emplois fermés aux étrangers », note n° 1, mars 2000 et Cabinet Bruhnes, « Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers », rapport à la DPM, nov. 1999.

²¹ Voir pour plus détails : notre article « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité : une stratégie politique et contentieuse » in Danièle Lochak (dir.), *Défendre la cause des étrangers en justice. 30 ans après le « grand arrêt » Gisti de 1978*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009 (à paraître).

²² V. Pironon, « Droit des étrangers et droits de l'homme : l'apport de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 2009 p. 388.sq

organismes publics, à l'exception de ceux exigeant l'exercice de prérogatives de puissance publique et, pour le secteur privé, de procéder à un recensement²³ de l'ensemble des emplois fermés en France (délib. n° 2009-139 du 30 mars 2009).

En ce sens, une proposition de loi adoptée en première lecture à l'unanimité au Sénat le 11 février 2009 vise déjà à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des non-européens à l'exercice de certaines professions libérales (médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme, pharmacien, vétérinaire, architecte, géomètre expert, expert-comptable)²⁴.

On constate donc, de ce point de vue, un renforcement du principe d'égalité entre Français, citoyens européens et ressortissants des pays tiers, renforçant la liberté de travailler de ces derniers dès lors qu'ils sont admis régulièrement sur le marché du travail. Les accords d'association CE-pays tiers renforcent cette exigence au bénéfice de ressortissants de certains pays tiers.

Un arrêt du Conseil d'Etat consacre d'ailleurs cette évolution. Il admet, sur le fondement du principe d'égalité, l'illégalité d'un décret qui avait exclu les ressortissants des pays tiers du droit de vote et d'éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat car les différentes prérogatives en jeu « ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles » qu'elles justifient cette mise à l'écart (CE, Ass. 31 mai 2006, « Gisti »²⁵). Sous l'influence de la cour de Luxembourg²⁶, le Conseil d'Etat réduit donc virtuellement la sphère exclusive du national aux seuls droits et emplois supposant l'exercice d'une part *prépondérante* de prérogatives de puissance publique.

²³ V. notre étude : « Condition des étrangers : droits politiques. Accès aux fonctions et emplois publics », *JurisClasseur droit international*, fasc 525-A, 2008.

²⁴ Proposition de loi de Mme Khiari., Doc. Sénat n° 176, 21 janvier 2009.

²⁵ *Rec. CE*, p. 186, *RFDA*, 2006, p. 1194, concl. Didier Casas ; *AJDA*, 2006, p. 1830, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica ; *RFDA*, 2008, p. 754, chron Joël Andriantsimbazovina et Laurent Sermet.

²⁶ CJCE, 8 mai 2003, Wählergruppe Gemeinsam Zajedno, aff. C-171/01.

C'est donc indéniablement dans ce domaine des droits et libertés collectifs et de l'égalité que l'on constate les progrès les plus notables des droits des résidents étrangers ces dernières années.

Il en est autrement pour les droits et libertés fondamentaux de la personne pris dans l'étau de la logique répressive et sélective.

LES LIBERTES PERSONNELLES DANS L'ETAU DE LA REPRESSION ET DE LA SELECTION

La politique de « maîtrise des flux migratoires », inaugurée en 1974, a développé des obstacles supplémentaires à la liberté de circulation, rendu les possibilités d'accès au séjour régulier, soumis les étrangers à des contrôles de police renforcés, rendu possible l'enfermement des étrangers en dehors de toute procédure pénale, durci les conditions d'accès à l'asile et rendu plus difficiles les mariages mixtes et les rapprochements familiaux.

Les politiques de l'Union européenne dans ce domaine n'infléchissent guère ces évolutions voire même les accentuent dans certains cas²⁷. Elles contribuent néanmoins à fixer un certain nombre de « standards » sur lesquels il sera par la suite difficile aux Etats de revenir²⁸.

²⁷ Voir la polémique sur la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 « retour forcé » qui permet le maintien des étrangers en instance d'éloignement en rétention pendant six mois et autorise, dans deux circonstances limitativement énumérées, une prolongation de 12 mois. Voir Fabienne Kauff-Gazin, « La directive "retour": une victoire du réalisme ou du tout répressif ? », *Europe*, 2009/2, étude 2. V. aussi la critique voilée de cette directive par Bruno Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, p.212.

²⁸ Caroline Picheral (dir.), « Les standards du droit communautaire des étrangers », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 12, 2008.

En application du droit constitutionnel et conventionnel, il existe aussi un certain nombre de droits « indérogeables » auxquels il ne peut être porté atteinte (droit à la vie, prohibition des tortures et traitements inhumains et dégradants, droit à la personnalité juridique, prohibition des renvois collectifs, etc.) et permettant d'apporter certaines garanties procédurales aux étrangers compte tenu de l'importance de ces droits²⁹.

Mais c'est surtout la conversion depuis 2003 des préfectures à « la culture du résultat » et l'opposition factice entre immigrations « choisie » et « subie » qui contribuent à détériorer les droits et libertés dont jouissent en théorie les étrangers.

Sans appréhender ici toutes les facettes de la frénésie sécuritaire caractérisant les politiques d'immigration³⁰, il s'agira d'insister sur deux des aspects les plus répressifs qui ont des impacts directs sur l'effectivité des droits et libertés par le développement des fichiers d'une part et le tiraillement du droit des étrangers entre les exigences de la réalisation d'objectifs chiffrés et l'injonction à s'intégrer d'autre part.

L'assignation d'une identité biométrique à l'étranger

La véritable innovation de la première loi sur l'immigration de l'ère Sarkozy, la loi du 26 novembre 2003, a été de poser le cadre juridique au développement de la biométrie. La loi « Villepin » du 10 décembre 2003 a, quant à elle,

²⁹ CEDH, 5 février 2002, *Conka c./ Belgique*, n° 51564/99 ; CEDH, 26 avril 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin c/ France* : D. 2007, p. 2780, comm. Jean-Pierre Marguénaud ; *Cultures et Conflits*, n° 71, 2008, comm. Christel Cournil..

³⁰ Voir notre article : « Politique d'immigration : un laboratoire de la frénésie sécuritaire » in Laurent Mucchielli, *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, 2008, p. 64-76.

renforcé l'affaiblissement de la protection accordée aux demandeurs d'asile en développant les procédures prioritaires³¹ et les contrôles des demandeurs d'asile.

Développement de fichiers biométriques : l'assignation d'une identité électronique

Après une brève expérimentation (« Biodev »), la loi du 24 juillet 2006 et un décret du 2 novembre 2007 ont prévu la généralisation d'un dispositif de visa biométrique (« Visabio ») aux deux millions de visas délivrés³². Comme l'expliquait Nicolas Sarkozy, « le système de visas biométriques permet, tout simplement, de connaître l'identité et la nationalité de ceux qui ont perdu la mémoire et leurs papiers. » (Assemblée nationale, 29 mars 2006). Un système similaire (le « visa information Schengen ») devrait aussi voir le jour au sein de l'Union européenne en application d'un règlement communautaire³³. Sa mise en place devrait s'effectuer « selon un processus graduel, région par région, en fonction de critères liés au risque d'immigration illégale et de menaces pour la sécurité intérieure (...)»³⁴.

Dans le cadre d'une autre loi « Sarkozy » - relative à la lutte contre le terrorisme – du 23 janvier 2006 il a été aussi prévu que les compagnies aériennes devaient transférer les données qu'elles détiennent sur les passagers pour alimenter les fichiers de police. Lors de leur adoption, ces mesures étaient

³¹ En 2007, 23 % des 35 520 demandeurs d'asile ont été placés en procédure prioritaire. Voir, sur la notion de pays d'origine sûrs : CE, 5 avril 2006, n°284706, Gisti et a. et CE, 13 février 2008, n°295443, Forum réfugiés.

³² La part des visas biométriques délivrés est passée de 5 % en 2006 à 16,8 % fin 2007 et à 28,9 % fin 2008. L'objectif est de porter ce taux à 100 % fin 2011 (Cinquième rapport sur les orientations de la politique de l'immigration, déc. 2008, p.36).

³³ Règlement CE n°767/2008 du 9 juillet 2008.

³⁴ Cinquième rapport..., *op. cit.*, p. 37.

présentées comme temporaires. Or, comme c'était prévisible³⁵, une loi a prolongé, en tout discrétion, pour quatre années supplémentaires ce dispositif de fichage³⁶.

À l'autre bout de la chaîne, un autre fichier biométrique dénommé « Éloi » avait été créé par arrêté ministériel du 30 juillet 2006 recensant notamment les enfants des étrangers retenus et leurs visiteurs. Bien que ce texte ait été invalidé par le Conseil d'Etat, le gouvernement a repris dans la foulée un nouveau texte ré-instituant Eloi par un décret du 26 décembre 2007. L'application vise aussi à « intégrer le coût des heures fonctionnaire consacrées à la rétention » afin d'en améliorer l'efficience³⁷.

Mais le projet est plus ambitieux : « seule la biométrie permettra à terme de centraliser les entrées et sorties des étrangers dans une base de données », écrivait le comité interministériel de l'immigration en 2007³⁸. Fin 2009, les préfectures seront donc dotées d'un nouveau système informatique baptisé « Grégoire » qui permettra un « traitement interministériel » des dossiers des étrangers, avec un périmètre étendu aux consulats, aux services de police et de gendarmerie, aux opérateurs du secteur (OFII, OFPRA), aux organismes sociaux, au pôle emploi, et « d'une manière générale tous les organismes dont la mission nécessite la vérification préalable de la régularité d'un étranger ». N'est-ce pas un moyen de contourner le refus de la CNIL depuis sa création d'autoriser l'interconnexion des fichiers entre diverses administrations ?

Comme l'analyse Ayse Ceyhan, ce système correspond « au modèle du rhizome » développé par Deleuze et Guattari dans *Mille Plateaux* par la mise en

³⁵ Frédéric Rolin, Serge Slama, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », *AJDA*, 2006, p. 975.

³⁶ Loi n° 2008-1245 du 1er décembre 2008.

³⁷ *Projets annuels de performances*, annexe projet de loi de finances 2009, programme 303, mai 2009, p.34.

³⁸ Quatrième rapport sur l'orientation de la politique de l'immigration, déc. 2007, p.35.

Serge Slama, « Immigration et libertés », *Pouvoirs* 2009/3 (n° 130), p. 31 à 47
Version auteur. Seule la version publiée fait foi. Accessible sur CAIRN :
<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3-page-31.htm>

place « d'un système discret, constitué d'objets hétérogènes et mouvants qui n'impose pas une structure hiérarchique et prend des formes très diverses »³⁹.

Une quasi-assignation à résidence des demandeurs d'asile

Aucune catégorie d'étranger n'échappe à cette gangue de traçabilité virtuelle. Ainsi, avec le dispositif national d'accueil, on constate une volonté d'assigner à résidence les demandeurs d'asile⁴⁰, déjà fichés dans EURODAC. La finalité principale, outre la gestion du DNA, semble être de pouvoir plus facilement les interpellier en cas de rejet définitif de leur demande⁴¹. Et dès lors qu'une place en Centre d'accueil des demandeurs d'asile (CADA) est attribuée à un demandeur d'asile, l'aide temporaire d'attente lui est retirée – même s'il refuse la place⁴². Or, entre 1997 et 2007, le nombre de places en CADA a progressé de 3 588 à 19 410.

Cette logique du contrôle était poussée tellement loin dans l'application dn@ - servant à gérer le dispositif – que la CNIL est intervenue pour la faire modifier le 15 décembre 2008⁴³.

L'affaiblissement de la protection accordée aux demandeurs d'asile, notamment par le développement des procédures prioritaires ou la multiplication des entraves à l'accès à la procédure produit d'ailleurs des effets avérés puisque

³⁹ Ayse Céhan, « Enjeux d'identification et de surveillance », *Cultures et conflits*, n° 64, 2006.

⁴⁰ Voir « Un accueil sous surveillance. Enquête sur la réforme du dispositif national d'accueil des demandeurs asile », *rapport d'observation de la Cimade*, 2008.

⁴¹ Yannick Blanc, « Le marché mondial de la migration », *Le Débat*, n° 151, 2008, p. 168.

⁴² Christophe Willmann, « L'allocation temporaire d'attente : entre gestion des flux migratoires et politique de lutte contre la pauvreté et l'exclusion », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, p. 949.

⁴³ Gérard Sadik, « Fichage des demandeurs d'asile. Le logiciel dn@ corrigé par la CNIL », *Blog combats pour les droits de l'homme*, 15 février 2009.

la demande d'asile s'est effondrée entre 2003 et 2007 (de 52 204 premières demandes à 23 804) pour revenir à un niveau comparable à celui de 1997⁴⁴.

Mais où errent les demandeurs d'asile évincés du système ? La consultation des statistiques d'interpellation d'irréguliers révèle qu'en 2007, sur près de 70 000 procédures⁴⁵, 31 823 se « cristallisent » dans le Nord et 26 353 dans le seul Calais. Or, on dénombre dans l'ensemble des interpellations : 8 889 Irakiens, 6 706 Érythréens, 5 268 Iraniens qui, pour l'essentiel, allaient « en direction des îles Britanniques et, phénomène nouveau, vers les pays scandinaves »⁴⁶.

« J'ai fermé Sangatte. J'ai divisé par dix le nombre de migrants », déclarait Nicolas Sarkozy en 2005. L'actuel ministre de l'Immigration, Éric Besson, a promis, le 23 avril 2009, que la « jungle », lieu où bivouaquent les exilés souhaitant traverser la Manche, « n'existera bientôt plus ». Comment ? Sûrement en multipliant encore la pression policière sur ces réfugiés pour les faire aller plus loin. En 2009 le nombre d'interpellations pourraient atteindre les 80 000...

Entre l'enclume de l'intégration et le marteau des objectifs chiffrés

La seconde innovation de la loi Sarkozy de 2003 a été de développer considérablement les marges de manœuvres de l'administration, notamment en fixant des objectifs chiffrés aux préfetures et en conditionnant la délivrance des titres de séjour durables à la justification d'une intégration républicaine dans la société française⁴⁷.

⁴⁴ Voir notre actualisation du commentaire d'Anne Levade de l'avis du 23 septembre 1993, in *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3e éd., Dalloz, 2008.

⁴⁵ Un même étranger peut être appréhendé plusieurs fois, ce qui est fréquent dans le Calais. En 2002, environ 45 000 interpellations avaient été réalisées.

⁴⁶ Cinquième rapport..., *op. cit.*, p. 90.

⁴⁷ Danièle Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures et conflits*, n° 64, 2006, pp. 129-147 ; « Devoir d'intégration et immigration », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 18.

L'assignation aux préfectures d'objectifs chiffrés

A côté de l'objectif de reconduites à la frontière et d'aide au retour humanitaire de Roms roumains ou bulgares de 27 000 mesures en 2009, il existe d'autres objectifs chiffrés assignés aux services du ministre de l'Immigration dans l'annexe de la loi de finances.

Ainsi, entre 2002 et 2008, le nombre de personnes présentées à la justice pour un délit relevant de la police des étrangers en Métropole est passé de 62 233 à 119 761 (dont 4 262 Français)⁴⁸.

De même, en application de l'article L.622-1 du CESEDA – désormais célèbre en raison du film *Welcome* et de la controverse entre Eric Besson et le Gisti à propos des « délinquants de la solidarité »⁴⁹ - 1 000 ont été condamnées en 2008 sur les 4 500 personnes poursuivies. 70 % sont de nationalité française.

Mais pourquoi le ministre refuse-t-il, envers et contre toute logique juridique, d'ajouter, comme le proposent les parlementaires socialistes⁵⁰, l'activité « lucrative » comme motif de l'aide alors qu'on dénombre parmi les 4 500 personnes poursuivies 1 562 employeurs, 861 logeurs et 131 concubins ?

Dans un discours à Calais le 23 avril 2009, le ministre se justifie : « Ne soyons pas naïfs. Les passeurs facturent une prestation globale, incluant l'intervention éventuelle de bénévoles et d'associations. La passion quelquefois imprudente des uns peut faire la fortune des autres. »

⁴⁸ V. note Pierre V. Tournier, « Processus pénal et origines des mises en cause », *arpenter-champ-penal.blogspot.com*, n°139, 18 mai 2009.

⁴⁹ Michel Reydellet, « Tu aideras ton prochain... mais cela peut te conduire en prison ! Réflexions sur le délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière », *Recueil Dalloz* 2009, p. 1029.

⁵⁰ Proposition de loi visant à supprimer le « délit de solidarité », Sénat, texte n° 341, 8 avril 2009.

Il s'agit en réalité par ce truchement de porter la pression policière sur les proches de sans-papiers mais aussi sur les bénévoles qui les soutiennent.

Certes, comme le rappelle Éric Besson, « l'action humanitaire en direction des étrangers en détresse, quelle que soit leur situation au regard du droit au séjour, est parfaitement légale. » Mais, précisément, l'action humanitaire n'est légitime à ses yeux qu'à condition de n'impliquer aucune critique de la politique menée. En ce sens, dans sa lettre du 7 avril aux associations mobilisées contre le « délit de solidarité », le ministre rappelle que plus de 20 millions d'euros par an de subventions sont versés aux associations venant en aide aux immigrés en situation irrégulière. Mais cette générosité ne va pas sans contrepartie : « le rappel prépare le rappel à l'ordre », comme l'écrit Éric Fassin⁵¹.

Ainsi, le 10 avril 2009, le ministère a-t-il rendu publics les résultats du second appel d'offre lancé pour l'assistance des étrangers retenus dans l'accès effectif à leurs droits. La Cimade qui exerçait sur le fondement d'une convention cette mission depuis 1984 et sous la forme d'un marché depuis 2003 a été évincée, comme on pouvait s'y attendre, d'une partie des centres.

Un premier appel d'offres a pourtant été annulé, à l'initiative du Gisti, par le juge des référés du Tribunal administratif de Paris car il n'assurait pas l'exercice effectif des droits des étrangers retenus⁵².

Mais on constate qu'à l'issue du second appel d'offres, les cinq des huit lots ont été attribués aux mêmes associations que celles ayant candidaté au premier appel d'offres. Or, ces nouveaux entrants sont moins critiques que la Cimade et souvent moins enclins à utiliser la contestation par le droit. Certains d'entre eux

⁵¹ Éric Fassin et Aurélie Windels, « La loi et la "jungle". La controverse du "délit de solidarité" », *Politix*, 30 avril 2009.

⁵² TA Paris, réf. 30 octobre 2008, Gisti et a., *BJCP*, n° 62, 2009, p. 84, obs. Philippe Terneyre ; *AJDA* 2009 p. 163, Jean-David Dreyfus. V. Danièle Lochak, « Quand le(s) droit(s) et l'économie font mauvais ménage. L'exemple des lois sur l'immigration », in *Mélanges Bazex*, 2009 (à paraître).

ont, semble-t-il, été directement sollicités ou soutenus financièrement par le ministère. Par ailleurs, l'association qui s'est vue attribuer le « lot » de l'Outre-mer n'a pas d'expérience dans l'assistance aux étrangers, si ce n'est l'aide au retour, et n'est connue que pour certains liens avec l'UMP ou le ministère.

Pire, le ministre s'est empressé de signer, le Dimanche 10 mai 2009, le marché qui avait été suspendu pour 20 jours conformément au délai prévu dans le code des marchés publics, et ce alors même qu'une audience fixée au 6 mai avait été reportée au 13 afin respecter les droits de la défense des associations appelées à la cause.

Un telle attitude, qui ne fait que retarder l'éventuelle annulation du marché par d'autres recours et donc en renforcer l'insécurité juridique, est irrespectueuse du droit à un recours effectif et des principes inscrits dans la directive 2007/66/CE et reprise dans une ordonnance du 7 mai 2009 qui prévoit qu'à partir du 1^{er} décembre 2009 la signature ne pourra intervenir avant la décision du juge des référés précontractuels⁵³.

Est-ce un hasard ? Près de 40 000 étrangers sont placés chaque année en rétention, pour une durée pouvant aller jusqu'à 32 jours. De privation exceptionnelle et dérogatoire de la liberté individuelle, la rétention se banalise et se « carcéralise » par la construction de centres de plus en plus grands. Les tentatives de révolte sont étouffées. En 2008, plusieurs centres, dont celui de Vincennes, ont été incendiés⁵⁴. Le placement en rétention de personnes particulièrement vulnérables – mineurs, malades, personnes âgées – se développe⁵⁵.

⁵³ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

⁵⁴ Voir *Feu au centre de rétention. Des sans-papiers témoignent (janv.juin 2008)*, Libertalia, 2008.

⁵⁵ Voir les rapports d'activité annuels de la Cimade sur les locaux et centres de rétention.

Avec 4,5 millions d'euros, l'assistance juridique des étrangers en rétention représente pourtant 0,6% des 700 millions d'euros prévus par la loi de finances pour assurer l'éloignement des irréguliers du territoire français.

Mais il est vrai que les annulations de procédures d'éloignement par les juges judiciaires ou administratifs ont représenté, en 2007, 34,4 % des échecs enregistrés (contre 39% en 2006)⁵⁶. En outre, il est fréquemment mis à la charge de l'Etat les frais de justice en cas d'annulation⁵⁷.

L'ancien ministre de l'Immigration, Brice Hortefeux, avait d'ailleurs annoncé la fin du « monopole » de la Cimade le jour même où la commission Mazeaud lui remettait un rapport rejetant l'idée de supprimer dans la procédure de reconduite à la frontière l'intervention de l'un des deux ordres de juridiction. En janvier 2008, le président de la République avait souhaité que soit supprimée « cette bizarrerie française » - qui, au demeurant, n'est en pas une, selon la commission Mazeaud..

Nicolas Sarkozy n'a pourtant pas renoncé à son projet puisqu'il invite le nouveau ministre de l'Immigration, dans sa lettre de mission, à examiner « toutes les possibilités pour rendre cette procédure encore plus efficace » et, dans le cadre de la transposition en droit français de la directive « retour », d'adopter les mesures permettant « de simplifier son contentieux ». Cette nouvelle réforme pourrait impliquer la suppression du rapporteur public dans le contentieux des refus de séjour assortis d'obligation de quitter le territoire français malgré l'opposition des syndicats de magistrats administratifs⁵⁸.

⁵⁶ Cinquième rapport..., *op. cit.*, p. 102.

⁵⁷ La seule préfecture de Seine-St-Denis a été condamnée en 2007 au paiement de 250 000 euros au titre des frais irrépétibles dans le contentieux des étrangers.

⁵⁸ Les OQTF représentent en 2007 44 000 mesures et près de 20 000 requêtes. Le taux d'exécution est de 4 % (1 816).

Serge Slama, « Immigration et libertés », *Pouvoirs* 2009/3 (n° 130), p. 31 à 47
Version auteur. Seule la version publiée fait foi. Accessible sur CAIRN :
<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3-page-31.htm>

L'injonction à l'intégration républicaine dans la société française

Depuis 2003, le cap fixé par le chef de l'État est de « poursuivre le rééquilibrage entre immigration professionnelle et familiale », comme il l'écrit dans sa lettre de mission à Éric Besson du 30 mars 2009.

Mais comment s'y prendre alors que la commission Mazeaud a écarté toute modification de la Constitution pour y intégrer le principe des quotas d'immigration par région de provenance compte tenu de leur contrariété au principe d'égalité et au droit de vivre en famille garanti par les conventions internationales⁵⁹ ?

Outre le développement des accords de gestion concertée sur les migrations, la lettre de mission donne une clé : « dans le contexte actuel de l'emploi », il est difficile d'envisager une relance de l'immigration de travail, il faut donc provoquer une nouvelle réduction de l'immigration familiale, non pas frontale comme en 1974, mais avec « un renforcement de la lutte contre les abus et la fraude, notamment les mariages de complaisance, (...) ou les situations d'immigration illégale débouchant sur une régularisation pour motif de vie privée et familiale. »

Le ministre a d'ores et déjà annoncé la mise en place d'un groupe de travail sur « les mariages de complaisance permettant au conjoint immigré d'obtenir un titre de séjour », en justifiant cette démarche par le fait qu' « un mariage sur trois est mixte⁶⁰, célébrant l'union d'un(e) Français(e) et d'un(e) étranger(e) »⁶¹. Le nombre de mariages de ressortissants français à l'étranger est passé de

⁵⁹ « Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire », Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique de l'immigration, juillet 2008. Voir aussi Raphaël Déchaux, « Le droit au regroupement familial » in Thierry Di Manno et Marie-Pierre Elie, *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, Bruylant, 2008, p.209 sq.

⁶⁰ En réalité il s'agit de 26,5% des mariages si on additionne l'ensemble des mariages en France et à l'étranger (v. Eric Fassin, « La politique des chiffres », *Combats pour les droits de l'homme*, 15 mai 2009).

⁶¹ *Libération*, 30 avril 2009.

23 546 en 1995 à 47 869 en 2007 (95% avec des étrangers). Sur le sol français, les mariages mixtes (35 838 par an) représentent 13% de l'ensemble des mariages.

Or, si le nombre de mariages mixtes est en effet important – preuve que le creuset français est toujours aussi intégrateur – on constate en revanche une diminution marquée de l'admission au séjour en France de membres de famille de Français, amorcée en 2004 et qui s'est amplifiée ensuite (-15 %). Cette diminution s'explique particulièrement par la baisse du nombre d'admissions au séjour de conjoints de Français (2003 : 49 544 ; 2007 : 38 054).

Si le décret d'application était finalement adopté, les tests ADN s'ajouteraient d'ailleurs à un ensemble de mesures visant déjà à entraver le droit de vivre en famille : contrôle sur la validité des mariages (loi du 14 novembre 2006), visa spécifique, test de langue française et de civisme, etc. Si bien qu'il est désormais plus facile pour le conjoint étranger d'un ressortissant communautaire de vivre en famille en France en que pour le conjoint d'un Français (CJCE 25 juillet 2008, « Metock »). Cette situation crée une situation de discrimination « à rebours » dénoncée devant la HALDE par le collectif des Amoureux au ban public⁶².

Dans ce tableau, un seul domaine échappait encore partiellement à la contingence des préfectures : les naturalisations. Or, le ministre de l'Immigration a annoncé le 20 avril à Rezé que désormais les refus de naturalisations seront opposés par les préfets, sur délégation du ministre. La décision de naturalisation sera, quant à elle, toujours prise au niveau gouvernemental et donc la procédure sera toujours aussi longue.

⁶² Si l'on additionne l'ensemble des étapes, la totalité de la procédure pour obtenir un visa peut prendre jusqu'à 8 mois (voir décret n° 2008-1115 du 30 octobre 2008).

Or, jusqu'à maintenant, dans 40 % des cas où les préfetures émettaient un avis négatif, la sous-direction de l'accès à la nationalité française surmontait l'avis. On perçoit qu'au détriment du principe d'égalité, la réforme va induire de très fortes disparités territoriales entre les 101 préfetures sans pour autant réduire les délais de naturalisation. Le ministère fait valoir qu'il sera toujours possible de formuler un recours hiérarchique. Mais c'est oublier que cela était déjà possible⁶³.

Les étrangers qui auront connu une « carrière de papier »⁶⁴ parfois difficile au sein des préfetures risqueront de rencontrer des obstacles comparables pour obtenir leur naturalisation. Les naturalisations, qui ont d'ores et déjà sensiblement baissé ces deux dernières années, risquent donc d'en pâtir.

En 1988, dans un éditorial de cette revue, Philippe Ardant écrivait que dans le domaine de l'immigration « les controverses raniment à chaque fois un fond de vieux thèmes imposés. Les mêmes menaces sont agitées pour mettre en cause la présence des immigrés : de la perte de l'identité nationale à la concurrence pour l'emploi, en passant par les échecs de l'insertion et l'insécurité induite »⁶⁵.

Depuis 2007, le regroupement des politiques d'immigration, d'asile, d'intégration, de naturalisation, de développement solidaire au sein d'un seul ministère et leur association à la thématique de « l'identité nationale »

⁶³ Dans la procédure actuelle, la moitié des personnes faisant l'objet d'une décision défavorable font un recours gracieux devant le ministre et la moitié de ces recours connaissent une issue favorable. Voir Jacques Bécot, « Réflexions sur la réforme de la naturalisation », *Combats pour les droits de l'homme*, 24 avril 2009 et Paul Cassia, « Contre la déconcentration de la procédure de naturalisation », *Blog la règle courbe*, 22 avril 2009.

⁶⁴ Alexis Spire, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'Agir, 2008.

⁶⁵ Philippe Ardant, « L'immigration », *Pouvoirs*, n°47, *L'immigration*, 1988, p. 3.

participent au recyclage de ces « vieux thèmes imposés » et démontrent à quel point, dans un tel contexte, le national peut se montrer « tyrannique »⁶⁶.

RESUME

La police des étrangers entre inéluctablement en conflit avec les libertés, surtout lorsque l'accent est mis sur la sélection des flux migratoires et la répression de l'immigration irrégulière. Cela conduit à conférer à l'administration et à la police des moyens et des marges de manœuvre accrus qui ont des conséquences négatives sur les libertés individuelles des étrangers mais aussi de leur entourage ou des personnes les aidants.

Mais, si l'on prend du recul, ces quinze dernières années, on ne peut qu'être frappé par l'opposition entre les progrès remarquables s'agissant de l'admission des étrangers aux différents droits et libertés collectifs et l'approfondissement du principe d'égalité d'une part, et une régression marquée de la jouissance effective des libertés attachées à la personne qui sont prises dans l'étau des politiques sélectives et répressives d'autre part.

Serge SLAMA est maître de conférences en droit public à l'université Évry-Val-d'Essonne et membre du Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF, université Paris-X-Nanterre).

⁶⁶ Voir l'introduction de Gérard Noiriel à la réédition de *La tyrannie du national* sous le titre *Réfugiés et sans-papiers. La République face au droit d'asile (XIXe-XXe siècle)*, coll. « Pluriel », Hachette littératures, 1998.