

PROJET DE LOI BESSON : L'IMAGINATION AU SERVICE DE LA REPRESSION

Par J.P de Lisle¹
Le 30 mars 2010



Synthèse

Pour la sixième fois depuis 2002², le conseil des ministres doit adopter, le 31 mars, un projet de loi relatif à l'entrée et au séjour des étrangers préparé par le ministre de l'immigration et de l'identité nationale.

Prenant prétexte de la transposition nécessaire de directives communautaires, le gouvernement a accéléré la préparation du texte, dès l'arrivée de 123 exilés kurdes de Syrie sur les côtes corses en janvier 2010. Après la valse-hésitation de N. Sarkozy sur la jungle de Calais³ et son soi-disant démantèlement, ce projet, fruit de l'irritation de l'exécutif face aux juges administratifs et judiciaires dont les décisions peuvent bénéficier aux étrangers lorsque des droits fondamentaux sont violés, durcit une nouvelle fois les règles applicables aux étrangers qui voient leurs garanties procédurales de plus en plus réduites.

En outre, après le séminaire gouvernemental qui a conclu le débat sur l'identité nationale, de nouvelles dispositions, qui relèvent du gadget (signature obligatoire d'une charte des droits et des devoirs lors d'une « cérémonie d'accueil ») ont été prévues au sujet du droit de la nationalité.

Les débats parlementaires doivent permettre à l'opposition de dénoncer les provocations constitutionnelles du projet, avant une saisine nécessaire du Conseil constitutionnel. Quatre séries de dispositions posent en effet problème au regard des garanties constitutionnelles :

- la possibilité de saisir le juge des libertés et de la détention est repoussée à cinq jours, contre 48h auparavant, l'existence d'un recours effectif étant désormais en cause;*
- l'allongement du délai de rétention qui passe de 32 à 45 jours;*
- l'introduction d'une interdiction de retour dont le préfet pourra systématiquement assortir une mesure de reconduite à la frontière, qui pose la question de l'automatisme d'une telle sanction ;*

¹ Pseudonyme d'un haut fonctionnaire.

² Les dernières lois en date étaient la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration et la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

³ Voir l'article de Pierre Henry dans « La France de Terra Nova : l'Etat Pyromane » http://www.tnova.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=1183:letat-pyromane&catid=3:essais&Itemid=204

- enfin, le projet permet d'instaurer une « zone d'attente flottante » lorsque sont découverts des étrangers qui viennent d'arriver sur le territoire, zone dans laquelle le demandeur d'asile se voit placé dans une situation dérogoire au droit commun.

Ce nouveau tour de vis intervient dans un contexte où les administrations, les associations, les individus ont de plus en plus de difficulté à appliquer la loi... et où le bilan des réformes antérieures n'a pas été dressé. Il y a fort à parier que plus on durcit les règles d'immigration, plus on alimente le marché noir de la migration, plus on fait reculer les règles de droit pour lutter contre ce marché noir. Contrairement à ce que la majorité cherche à faire croire à son électorat, manifestement sans résultat flagrant, cette spirale sans fin ne va pas vers le "règlement du problème de l'immigration" mais vers son extension permanente, au détriment des droits des individus.

La présente note n'a pas pour objet de proposer une autre politique en la matière, sur laquelle Terra Nova s'exprimera dans les prochains mois, mais d'analyser le nouveau texte dont le Parlement sera saisi dans les prochains jours.



Note
intégrale

La France devait engager une procédure de transposition de trois directives relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, matière entrée dans le domaine de compétence communautaire il y a quelques années. Ces trois directives⁴, adoptées dans la foulée du « Pacte européen sur l'immigration et l'asile », adopté sous présidence française à l'automne 2008, visent à harmoniser le droit applicable au sein des 27 pays membres et la directive du 25 mai 2009 crée une « carte bleue », sorte de *green card* européenne destinée à faciliter le séjour en vue pour les titulaires d'emplois hautement qualifiés ; elles induisent, sur certains points, un durcissement des règles, avec par exemple la possibilité d'assortir une mesure de reconduite à la frontière d'une interdiction de retour, mais les Etats conservent une large marge d'appréciation.

Dépassant les seules contraintes communautaires et s'inspirant de certaines propositions formulées par le Rapport Mazeaud, le texte réforme une nouvelle fois, sans véritable nécessité, plusieurs séries de règles de police des étrangers qui réduisent de manière importante les garanties procédurales en vue de faciliter l'éloignement des étrangers au mépris du respect droits fondamentaux et des libertés individuelles (1).

Ce texte n'est d'ailleurs qu'un triste épisode supplémentaire de la complexification des procédures relatives au droit des étrangers et tout particulièrement du contentieux de l'éloignement auquel presque tous les ministres de l'intérieur depuis 1980 ont apporté leur « touche ». Sur la méthode, on

⁴ - 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 qualifiés sur la "carte bleue européenne";
- 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;
- la directive [2008/115/CE](#) du Parlement européen et du Conseil et de la Commission du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

se rappelle que le gouvernement Jospin avait lancé, en 1997, une large consultation conduite par la commission présidée par Patrick Weil qui avait recherché le plus large consensus. Cette époque est bel et bien révolue.

Enfin, le ministre de l'immigration a introduit dans son avant-projet de loi des dispositions sur la création de zones d'attente itinérantes s'efforçant, pour prendre en compte le phénomène des migrants qui débarquent groupés sur les côtes, de diminuer les garanties procédurales dont bénéficient actuellement les demandeurs d'asile (2).

1 - DERRIERE L'INVOCATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE, UNE REDUCTION DES GARANTIES PROCEDURALES

Les règles actuelles en cas de procédure d'éloignement des étrangers sont d'une grande complexité, relevant pour partie du juge civil, avec l'intervention du juge de la liberté et de la détention (JLD), pour ce qui concerne le maintien ou non en rétention administrative, et du juge administratif (TA) pour la contestation des actes administratifs de police refusant à l'étranger l'autorisation de séjourner en France et lui enjoignant de quitter le territoire. Or, sur saisine des étrangers visés par de telles mesures, ces deux juges interviennent souvent pour mettre fin à des irrégularités de procédure ou des illégalités sur le fond.

Significativement, les choix du gouvernement visent à éloigner le juge de l'étranger et de restreindre son droit au recours effectif ouvrant ainsi la porte à des contestations multiples devant la cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

1.1 - DES GARANTIES PROCEDURALES EN PEAU DE CHAGRIN

1. Répondant au phénomène d'arrivée d'étrangers groupés, que connaissent les pays méditerranéens comme l'Italie ou Malte depuis plusieurs années, le projet de loi Besson ouvre la possibilité à l'administration de faire procéder au **transfert des étrangers** qui doivent être placés en zone d'attente ou en rétention administrative, **sans que certains droits soient mis en œuvre**.

Ainsi, en cas de présence simultanée d'un nombre important d'étrangers en situation irrégulière, la possibilité de demander l'assistance d'un interprète, d'un avocat ou d'un médecin ne serait ouverte qu'à compter de l'arrivée au lieu de rétention. Fort de l'expérience acquise lors de l'arrivée d'Afghans ou de Kurdes, c'est à un recul des droits, dans le temps et de l'espace que procède le texte.

2. Afin de circonscrire au maximum la possibilité reconnue aux juges judiciaires, depuis l'arrêt de la Cour de Cassation de 1995 *Bechta*⁵ de libérer les étrangers en cas de vice de procédure, le texte limite ces hypothèses à celles où une atteinte est portée aux droits des étrangers.

En d'autres termes, si l'administration commet une irrégularité de procédure, l'étranger ne doit pas pouvoir l'invoquer utilement. Par ce phénomène de « **purge des irrégularités** », l'efficacité prend le pas sur le droit, au détriment des droits individuels. Le gouvernement a voulu tirer les leçons des

⁵ Cass., 28 juin 1995, n° 94-50002.

annulations prononcées lors de l'arrivée à Bonifacio de Kurdes, libérés à la suite de vices de procédure.

1.2 - UNE ALLONGEMENT DE LA DUREE DE RETENTION ET UN ELOIGNEMENT DU JUGE A LA CONSTITUTIONNALITE DOUTEUSE

S'agissant de la rétention, qui permet à l'administration de retenir un étranger contre son gré dans des établissements ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et en l'absence de toute décision de justice, le projet de loi allonge le délai pendant aucune intervention juge n'est nécessaire pour maintenir l'étranger en rétention, alors que selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'intervention du juge judiciaire, garant de la liberté individuelle, doit intervenir dans le plus court délai possible. Le délai, de 48 heures aujourd'hui passe à 5 jours.

De plus, le juge pourra prolonger la rétention de 20 jours, au lieu de 15 aujourd'hui. Au terme de ce nouveau délai, la rétention pourra encore être prolongée de 20 autres jours. **La durée maximale de rétention passe ainsi de 32 à 45 jours.** La directive « retour » prévoit, il est vrai, une durée maximale de 6 mois et, dans deux cas exceptionnels, à 18 mois, durée dont la France est encore éloignée. Jusqu'à quand ?

L'étranger sera donc à la disposition de l'administration pendant 5 jours sans pouvoir avoir recours à un juge garant des libertés, ce qui permettra à l'administration de pouvoir renvoyer l'étranger beaucoup plus facilement, puisque l'ensemble des statistiques s'accorde à dire que le renvoi d'un étranger s'effectue généralement durant les premières 96 heures.

Il faudra, sur ces points, que le Conseil constitutionnel soit saisi : par ses jurisprudences antérieures, il a démontré sa vigilance sur la prolongation excessive des délais de rétention (voir par exemple la décision 86-216 DC du 3 septembre 1986 ou la décision 93-325 du 13 août 1993) même si les décisions plus récentes ont marqué un assouplissement de son contrôle. Le projet de loi Besson s'approche de la ligne rouge, alors surtout que la directive-retour et la CEDH prévoient le principe d'un accès au juge « le plus rapidement possible ».

1.3 – L'INTERDICTION DE RETOUR : UNE NOUVELLE « DOUBLE PEINE »

Alors que la dernière réforme, qui avait introduit les OQTF (obligation de quitter le territoire français) n'a pas produit ses effets et pose toujours de très sérieux problèmes d'exécution, le texte modifie une nouvelle fois les règles et les procédures.

Il introduit en particulier deux types d'OQTF, avec des voies de recours sensiblement différentes:

- les OQTF avec délai de retour volontaire, qui, comme les OQTF actuelles accompagnant les décisions de séjour négatives, seront contestables dans un délai de 30 par un recours suspensif devant le tribunal administratif⁶.

- les OQTF sans délai de retour volontaire, qui, comme les APRF notifiés directement à l'étranger, seront contestables dans un délai de 48 heures avec recours suspensif devant le TA. En outre, en cas de placement en rétention, il sera aussi possible de saisir le TA dans les 48 heures.

Surtout, à cela pourra s'ajouter **une interdiction de retour**, qui selon les cas, et à **la discrétion du préfet**, pourra être modulée d'une durée maximale de 2 ans (en cas de proposition de départ volontaire) jusqu'à 3 ans (en l'absence de proposition) avec, en prime, jusqu'à 2 ans d'interdiction en cas de maintien sur le territoire – soit, au total, jusqu'à 5 ans d'interdiction de retour, nouvelle forme de bannissement ou de "double-peine" administrative...

Le principe de cette interdiction de retour se trouve, il est vrai, dans la directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008. Force est de constater que le gouvernement a choisi de transposer *a minima* le texte, la directive permettant en effet une automaticité de cette sanction, sauf cas humanitaire. Il reste aux parlementaires à saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur cette innovation, en délicatesse avec certains principes de proportionnalité des sanctions et des mesures de police : il n'est en particulier pas évident que l'appréciation sur le principe de cette sanction et sur sa durée soit intégralement laissée à l'administration.

2 - L'EXTENSION DES ZONES D'ATTENTE : LE SYNDROME KURDE CONTRE LE DROIT D'ASILE

Le projet de loi Besson innove encore davantage s'agissant des zones d'attente, dans l'objectif affiché de rendre théorique le droit d'asile, pourtant constitutionnellement protégé.

Face à l'émotion provoquée par le débarquement de Kurdes en Corse, le gouvernement a cherché à innover. Il a réussi, avec des créations juridiques pour le moins curieuses, d'inspiration européenne.

Ainsi, lorsqu'un étranger ou un groupe d'étrangers sont repérés en dehors d'un des points de passage frontalier définis dans le cadre de l'espace Schengen⁷, l'administration sera fondée à considérer que la zone d'attente est immédiatement constituée par l'espace qui s'étend du lieu de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche.

Cette disposition n'a pas d'autre finalité que de rendre plus difficile l'accès des demandeurs d'asile au séjour. Dans le droit commun, le demandeur d'asile bénéficie d'une autorisation provisoire de séjour (APS) et voit sa demande examinée par l'OFPPA, et ainsi, accède, pendant l'instruction de sa demande, à des conditions matérielles d'accueil décentes (c'est-à-dire notamment un logement dans un centre d'accueil des demandeurs d'asile et une allocation temporaire d'attente).

⁶ Ces OQTF avaient remplacé le 1er janvier 2007 les APRF par voie postale et les invitations à quitter le territoire français.

⁷ Voir la liste : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:153:0009:0014:FR:PDF>

Contrairement aux autres étrangers, dans ces zones d'attente mouvantes, le demandeur d'asile pourra faire l'objet, après un bref entretien avec l'OFPRA, le plus souvent en moins de 96 heures (c'est-à-dire avant le premier passage devant le Juge des libertés), d'une décision de refus d'admission au titre de l'asile. C'est seulement si la demande n'est pas « manifestement infondée » que l'étranger aura la possibilité de déposer une demande en préfecture. On peut dès lors s'interroger sur les conditions dans lesquelles ces demandeurs d'asile de seconde zone verront leurs dossiers examinés, par qui et avec quels moyens.

Certes, le Conseil constitutionnel a admis que, pour les demandes manifestement infondées, une procédure adaptée soit mise en place (DC 93-207 du 25 février 1992). Mais avec le flou de ces dispositions, c'est un pas de plus qui est franchi, dans le sens de l'insécurité juridique.

Deux autres critiques majeures peuvent être formulées :

- si, dans le cas du débarquement par mer d'un groupe d'étrangers, la mise en œuvre de ce dispositif dérogatoire paraît critiquable, mais envisageable, comment les forces de police pourront-elles l'appliquer lorsqu'il ne s'agira que d'« un étranger » comme le prévoit le texte ? Insuffisamment encadrée, cette disposition est la porte ouverte à toutes les dérives.
- Si le projet est adopté en l'état, la zone d'attente pourra donc partir de n'importe quel point du territoire jusqu'au point frontalier le plus proche - c'est-à-dire potentiellement des dizaines ou centaines de kms - dès lors qu'il est manifeste, aux yeux des autorités, qu'un seul étranger a passé une frontière. C'est un élément d'insécurité juridique majeur sur lequel le Conseil constitutionnel devra se pencher.

La gauche doit, sur ces sujets, porter un discours réaliste. Non seulement en raison des engagements européens mais aussi au nom du principe de réalité, une réglementation sur l'entrée et le séjour est évidemment nécessaire à un pays comme la France. Il faut aussi reconnaître que sur de nombreux points, la législation française n'est pas parmi les plus répressives, contrairement à ce que l'on croit souvent, les discussions avec les partenaires européens étant la plupart du temps délicates.

Pour autant, le fait que le gouvernement joue avec la peur, avec le succès que l'on sait aux élections régionales, doit être dénoncé. La seule méthode acceptable pour réformer ce domaine particulièrement délicat passe par un dialogue le plus large possible avec les associations qui apportent aide et assistance aux étrangers, avec les employeurs, et avec les pays d'émigration. En 2012, une commission Weil n°2 sera nécessaire pour refonder la politique d'entrée et de séjour des étrangers en France.