

Quand l'immigration est un délit

Luca D'AMBROSIO

Depuis plusieurs années, le droit communautaire et les droits nationaux, tout particulièrement en France et en Italie, mettent en place une politique de contrôle de l'immigration utilitariste et répressive. La pénalisation des politiques migratoires montre que la coopération européenne peut être synonyme de régression du droit.

Le phénomène migratoire confronte le droit à un paradoxe. Alors que le *ius migrandi* a été reconnu, comme le premier des droits naturels et universels, et comme le fondement du droit international moderne, on assiste depuis quelques années à la mise en place, dans l'espace juridique européen, d'un processus progressif de durcissement des dispositifs de contrôle de l'immigration qui en viennent à mettre en question non seulement l'exercice du droit lui-même, mais aussi des acquis de la culture juridique libérale, tels que le principe d'égalité et l'inviolabilité de la dignité humaine¹.

Droit de migrer et « hospitalité universelle »

On fait généralement remonter l'élaboration du « droit de migrer » à la fin du XVI^e siècle, lorsqu'il fut affirmé par le théologien espagnol Francisco De Vitoria sur la base d'une idée cosmopolite des relations entre les peuples, inspirée d'une certaine

¹ Sur le durcissement des dispositifs de contrôle en matière d'immigration en France et en Europe, voir respectivement Danièle Lochak et Carine Fouteau, *Immigrés sous contrôle. Les droits des étrangers : un État des lieux*, Le Cavalier Bleu, 2008 et Helene Toner, Elspeth Guide et Anneliese Baldaccini (dir.), *Whose Freedom, Security and Justice ? EU immigration and Asylum Law and Policy* (Essays in European law), Hart Publishing, Oxford, 2007.

« fraternité universelle »². Certes, comme le philosophe du droit Luigi Ferrajoli l'a récemment rappelé, l'affirmation de ce droit s'exposait à une évidente instrumentalisation en tant que justification de l'exploitation des terres et des peuples du « nouveau monde » par les Européens³.

Historiquement « asymétrique », ce *ius migrandi* resta pourtant un jalon de la pensée libérale classique – Kant inscrivit non seulement le droit « d'émigrer » mais aussi le droit « d'immigrer » dans ses articles pour une *Paix perpétuelle* l'identifiant au principe d'« hospitalité universelle »⁴ – mais il inscrivit aussi dans les principaux textes juridiques nationaux et internationaux⁵. De l'article 4 de l'*Acte constitutionnel* de 1793 (« Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis ; tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année y vit de son travail ou acquiert une propriété ou épouse une Française ou adopte un enfant ou nourrit un vieillard ; tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité ; est admis à l'exercice des Droits de citoyen français »), à l'article 13, alinéa 2, de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme (« Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ») ainsi que dans de nombreux textes constitutionnels, le *ius migrandi* fait partie du *corpus* des droits fondamentaux reconnus à l'individu.

Après cinq siècles de colonisation et d'exploitation, menées par les peuples européens, cette asymétrie s'est pourtant renversée. Aujourd'hui, ce sont les peuples anciennement colonisés et exploités qui abandonnent leur terre pour l'Europe, pour y chercher simplement de meilleures conditions de vie voire se mettre à l'abri des crises politiques ou humanitaires. Alors que ce renversement aurait dû obliger les pays

² Francisco de Vitoria, *De Indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, in Ernest Nys (dir.), *Classics of international Law*, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1917.

³ Luigi Ferrajoli, « La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n° 94/2009) », *Questione giustizia*, n° 5, 2009, p. 9 sq.

⁴ *Ibidem*. Emmanuel Kant, *Projet pour la paix perpétuelle*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1986, t. III, p. 350.

⁵ Pour la France, voir Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Gallimard, 2005.

européens à prendre enfin « au sérieux » le caractère universel du *ius migrandi*, on assiste à sa progressive négation : comme Hannah Arendt l'avait déjà souligné dans sa réflexion sur l'impérialisme, le réfugié politique ou économique – qui, privé de son identité sociopolitique particulière aurait dû incarner le porteur idéal des droits humains dits « universels » – il se voit en réalité privé de toute protection juridique puisqu'il n'est désormais plus possible de l'appréhender comme citoyen d'une communauté déterminée⁶.

Mais l'histoire récente démontre qu'on peut aller plus loin. Suspendu entre sa vocation universelle et la souveraineté des États, le *ius migrandi* s'est désormais transformé en son opposé : un délit. La criminalisation de l'étranger en situation irrégulière semble être devenue le nouveau totem de l'Europe⁷ : celui-ci – représentant et représenté comme « le barbare », « l'autre », voire le « criminel idéal » – est devenu le bouc émissaire des fantasmes et des préjugés alimentés par nos sociétés du risque⁸ et de la peur⁹. Dans le sillon de l'expérience étatsunienne du début du XX^e siècle¹⁰, la politique de contrôle de l'immigration s'est progressivement transformée, en Europe, en politique criminelle – et notamment en politique criminelle « pénalement armée ». Les frontières des États se militarisent et, une fois qu'elles sont franchies par le « clandestin-criminel », ce dernier devient le destinataire d'une législation dérogatoire visant à son expulsion du « corps de la nation ».

Mais, en amont, avant que l'étranger en situation irrégulière ne soit expulsé du territoire de l'État, c'est le droit pénal qui intervient pour garantir son exclusion et son

⁶ Hannah Arendt, *L'impérialisme*, Seuil, 2006.

⁷ Pour une vision d'ensemble sur les législations pénales adoptées en matière d'immigration en Europe et leur incidence sur les droits de l'homme, voir *La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme ?*, Document thématique du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil d'Europe, février 2010. Notre brève analyse sera nécessairement limitée au droit européen, mais ce phénomène concerne l'Amérique du Nord, l'Australie et le Japon ainsi que les pays d'émigration et de transit (et surtout au traitement des migrants qui passent dans le territoire de la Lybie).

⁸ Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2003.

⁹ Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.

¹⁰ Pour une intéressante comparaison, voir Michele Pifferi, « La doppia negazione dello ius migrandi tra otto e novecento », in Orsetta Giolo et Michele Pifferi (dir.), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009.

bannissement de la société. Tel semble être le *telos* de ce « droit pénal de l'immigration » : par le biais d'un instrument – spécial et « excluant » par essence – on en est arrivé à faire du migrant irrégulier un *homo sacer* moderne, un individu qui, avant encore de l'être matériellement, est déjà juridiquement un exilé¹¹.

L'immigration : une « politique commune »

Ce phénomène n'a pas qu'une dimension étatique : à travers un jeu d'interactions ascendantes d'abord (des gouvernements nationaux aux institutions supranationales) puis descendantes (des dispositifs supranationaux aux législations nationales), une pernicieuse liaison entre maîtrise de l'immigration et droit punitif caractérise les politiques mises en place en matière d'immigration au niveau de l'Union européenne. Avant que le Traité de Lisbonne ait fait de l'immigration une « politique commune » (visant la création d'un système intégré de gestion des frontières extérieures et la création d'un régime commun d'asile et de gestion de l'immigration illégale), c'est le Pacte européen sur l'immigration et l'asile approuvé en 2008 sous la présidence française qui a accéléré, au niveau communautaire, la mise en œuvre d'une politique du contrôle de l'immigration utilitariste et répressive.

D'ailleurs, les premiers dispositifs adoptés dans ce cadre semblent confirmer ces deux volets de la politique migratoire européenne. D'une part, la directive « carte bleue européenne » favorise l'entrée et le séjour des extracommunautaires aux fins d'un emploi hautement qualifié. D'autre part, la directive « retour » prévoit la possibilité de recourir à l'enfermement des migrants en instance d'éloignement du territoire pour une durée allant jusqu'à dix-huit mois et une « interdiction de retour » jusqu'à cinq ans de tout l'espace Schengen (lequel ne regroupe rien de moins que vingt-cinq États dont vingt-deux sont membres de l'Union européenne) bâtissant ainsi, face aux étrangers « indésirables », les nouvelles murailles de la « forteresse Europe »¹².

¹¹ Sur le concept d' « homo sacer », voir Giorgio Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*. Tome 1, Seuil, 1997.

¹² L'interdiction du retour peut cependant dépasser cinq ans si le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale.

Et c'est encore sous le prétexte du respect des obligations découlant du droit communautaire que le gouvernement français vient de proposer un projet de loi en matière d'immigration. Cinquième réforme en sept ans¹³, ce projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale début octobre 2010, vise le renforcement du régime administratif applicable aux étrangers en situation irrégulière. Nous utilisons à dessein le terme prétexte car la législation nationale, si elle semble faire sienne l'esprit des dispositifs supranationaux, n'adopte pas pour autant les protections prévues pour encadrer les dispositifs les plus afflictifs.

C'est ainsi que, si la réforme est approuvée (et elle le sera très probablement), les autorités administratives pourront créer des zones d'attente « à la carte », c'est-à-dire non seulement dans les postes de frontières déterminés, mais aussi n'importe où « un groupe d'étrangers » sera découvert comme venant d'arriver sur le territoire national. En même temps, la durée de la rétention des étrangers « nécessaire » à leur expulsion passera de 32 jours à 45 jours. Mais les zones d'attente et les camps de rétention risquent de devenir de véritables « espaces de non-droit ». Le rôle du juge des libertés et de la détention se voit en effet marginalisé dans le projet de loi : ce n'est qu'au bout de cinq jours que ce dernier pourra décider si un étranger doit être libéré ou maintenu en rétention (quand le délai était jusqu'à présent de 48 heures) et il ne pourra le faire que sur la base de la constatation d'irrégularités de procédure présentant « un caractère substantiel » et ayant « pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger ».

La pénalisation du droit de l'immigration

Et si, d'un côté, les dispositifs d'éloignement sont pris en charge par l'administration pour écarter les garanties posées par le droit pénal, c'est, de l'autre, à ce dernier qu'il est fait appel pour délimiter une « terre brûlée » autour des étrangers qui séjourneraient irrégulièrement sur le territoire national. C'est qu'en France la pénalisation du statut de « clandestinité » n'a jamais été un tabou comme ce peut être le cas ailleurs en

¹³ Voir la loi « relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour et à la nationalité des étrangers en France » et la loi « relative au droit d'asile » de 2003 ; la loi « relative à l'immigration et l'intégration » de 2006 ; la loi « relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile » de 2007.

Europe. L'ordre juridique français incrimine non seulement l'entrée et le séjour en condition irrégulière mais aussi « toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France ». Ce délit (dit « de solidarité »), introduit par décret-loi en 1938¹⁴ et intégré, depuis 2005, dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoyant des peines draconiennes (cinq ans et d'une amende de 30 000 euros), est aujourd'hui utilisé surtout pour intimider des personnes qui choisiraient de côtoyer des étrangers en situation irrégulière et de leur porter assistance au quotidien.

Pour autant, ces infractions ne représentent qu'une partie de l'arsenal pénal déployé pour isoler les étrangers en situation irrégulière. C'est en effet sans compter sur les délits d'outrage, d'injure, de diffamation, ou le délit d'entrave à la circulation d'un aéronef, utilisés d'une part pour priver les étrangers qui entrent ou séjournent illégalement en France de toute forme de soutien, et, d'autre part, pour signifier à la population entière qu'on ne peut impunément s'opposer à la politique discriminatoire et volontairement autoritaire menée par un gouvernement décomplexé¹⁵.

C'est aussi dans cet esprit d'exclusion que, en matière d'immigration, le législateur italien a récemment fait appel au droit pénal. Le premier « *pacchetto sicurezza* », approuvé par décret-loi en 2008, en surfant sur l'onde émotionnelle provoquée par certains faits divers, a introduit la circonstance aggravante « de clandestinité ». D'abord applicable à tous les étrangers séjournant de manière irrégulière sur le territoire national qui commettent une infraction, puis limitée aux seuls étrangers extracommunautaires afin d'éviter la violation du droit de l'Union européenne, cette aggravation de peine trouverait selon le législateur son fondement juridique dans une présomption de dangerosité relevant de la violation de la discipline administrative en matière d'immigration.

¹⁴ Article 4 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers.

¹⁵ Voir le dossier « Les délits de la solidarité », disponible sur le site internet du GISTI (www.gisti.org/delits-de-solidarite).

Dépourvue au contraire de tout substrat empirique et clairement inspirée d'une finalité de discrimination sur une base « géopolitique » voire « ethnique »¹⁶, la circonstance aggravante de clandestinité a été annulée par la Cour constitutionnelle italienne en 2010. Rappelant la jurisprudence selon laquelle l'absence d'un titre légitimant le séjour de l'étranger dans le territoire de l'État ne peut pas être considérée de manière univoque comme « un élément symptomatique de la dangerosité sociale de l'étranger », la Cour a déclaré que la présomption générale et absolue de dangerosité du migrant irrégulier présumée par un durcissement des peines qui ne s'appliquent qu'à une « typologie d'auteur », indépendamment de l'évaluation des conditions dans lesquelles l'infraction a été commise, « est contraire au principe de légalité des délits et des peines qui prévoit de manière indérogable qu'une personne ne doit être punie que pour ses actions et non pour son statut individuel »¹⁷.

En Italie comme en France, ce régime pénal de l'exclusion démontre toutefois une résistance inquiétante aux principes fondamentaux du droit. L'introduction en 2009 de l'infraction « de l'entrée et du séjour illégaux des étrangers » dans l'ordre juridique italien est venue en apporter une nouvelle fois la preuve. Critiquée de manière virulente par la communauté des juristes, l'infraction a pourtant été validée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt rendu le même jour de celui censurant la circonstance aggravante de clandestinité¹⁸.

Cette polarisation du droit pénal se réalise à travers l'introduction de normes juridiques en contradiction avec les principes reconnus aux niveaux constitutionnel ou conventionnel : sur le plan de l'incrimination, on punit des conditions subjectives considérées comme dangereuses pour la société (de la culpabilité à la dangerosité) et, sur le plan de la peine, on abandonne toute finalité de réinsertion et de resocialisation pour lui

¹⁶ On doit cette expression efficace à Massimo Donini, « Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione », *Questione giustizia*, n° 1, 2009, p. 101 sq. (notamment p. 118-119).

¹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 249, 8 juillet 2010.

¹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 250, 8 juillet 2010. Une nouvelle question de constitutionnalité pour violation des principes d'égalité et de légalité a été déposée par le Tribunal de Modena (cf. ordonnance n° 140/2010, publiée sur *Gazzetta Ufficiale* du 26 mai 2010, n° 21).

préférer l'exclusion et la neutralisation du condamné (de la peine à la mesure de sûreté). Enfin, sur le plan procédural, le droit de l'ennemi fait en sorte de contourner le juge et le contrôle impartial qu'il pourrait exercer : on abuse des instruments para-pénaux de prévention et de contrôle, de détention administrative, d'opérations de police (dénaturation du droit pénal, pénalisation du contrôle administratif). Et si cette notion de droit pénal trouve son origine dans un débat doctrinal développé en Allemagne et en Amérique du Sud, elle doit surtout beaucoup aux pratiques anti-terroristes de l'après 11-septembre et au lien qui s'est progressivement (ré)-établi entre les individus et le concept de dangerosité²¹.

Mais l'activisme des gouvernements, singulièrement motivé par des raisons purement électoralistes, rend rapidement caduque toute tentative de réflexion ou de catégorisation doctrinale. Le concept juridique de citoyenneté ne semble lui-même plus capable de garantir l'application d'un « droit pénal de l'ami » : la récente proposition de déchoir de la nationalité française les citoyens français d'origine étrangère qui ont porté atteinte à la vie de dépositaires de l'autorité publique ; les expulsions massives de Roms et le contournement des droits de circulation et d'installation qui leur sont reconnus en tant que citoyens européens ; enfin, l'entrée en vigueur en France, au nom de la sécurité collective, de l'interdiction absolue et générale du voile intégral dans tout espace public, démontrent à quel point le contrôle pénal de l'immigration peut subir une inquiétante torsion, se déplaçant cette fois vers une « tutelle pénale de l'identité »²².

Bien que le discours identitaire ne se construise plus autour de la notion de race, l'histoire de la France comme celle de l'Italie qui à différentes échelles ont chacune connu le racisme d'État, nous obligent à rappeler que la « rationalisation des inégalités »

²¹ Voir notamment Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.* Sur les effets de la « guerre totale contre le terrorisme » consécutive au 11 septembre 2001 sur la criminalisation des migrants, voir Cristina Fernandez, Alejandra Manavella et José Maria Ortuño, « The effects of exceptional legislation on criminalization of immigrants and people suspected of terrorism », disponible sur le site www.libertysecurity.org.

²² Pour cette expression, voir Marco Pellissero, « Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione », texte dactyloscript.

passa à l'époque par un droit administratif renforcé par le droit pénal²³. Véhiculée par les mécanismes contraignants de l'intégration juridique européenne, la circulation de ces dispositifs d'exclusion risque de fragiliser la construction d'une véritable « communauté européenne » : face aux migrants, cette Europe qui était censée ouvrir une ère d'échanges et de prospérité, semble en effet briser une telle promesse en érigeant sur la peur de l'autre des murs qui, comme les *limes* de l'empire Romain, attestent son incapacité à penser « d'autres horizons et un autre avenir »²⁴.

Article publié dans laviedesidees.fr, le 30 novembre 2010.

© laviedesidees.fr

²³ Sur la politique criminelle sous les régimes autoritaires en Italie et en France, voir respectivement Guido Neppi-Modona et Marco Pelissero, « La politica criminale durante il fascismo », in Luciano Violante (dir.), *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Einaudi, 1997 et Danièle Lochak, *Le droit et les juifs en France depuis la Révolution*, Dalloz, 2009. Sur le lien entre identité nationale et immigration, voir Séverine Dessajan, Nicolas Hossard et Elsa Ramos, *Immigration et identité nationale : Une altérité revisitée*, L'Harmattan, 2009 ; Agnès Maillot, *Identité nationale et immigration : La liaison dangereuse*, Éditions Les Carnets de l'Info, 2008.

²⁴ Aldo Schiavone, *L'Histoire brisée. La Rome antique et l'Occident moderne*, Belin, 1996, p. 233. Voir aussi Mireille Delmas-Marty, *Vers une communauté des valeurs ?*, Seuil, à paraître, 2011, p. 387-390. Sur les murs comme symbole du déclin de l'État-nation, voir Wendy Brown, *Murs. Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté Étatique*, Les Prairies Ordinaires, 2009.