

**VIIe congrès de l'Association française  
de science politique**

**Lille, 18, 19, 20 et 21 septembre 2002**

**Table-ronde n°4**

**« La radicalisation politique »**

**Sous la direction de  
Annie Collovald et Brigitte Gaiïti**

---

**La place du droit dans la radicalisation de la politique d'immigration**

**Danièle Lochak**

L'objectif de cette contribution est de mettre en lumière le rapport entre les processus de radicalisation et la production normative : l'impact qu'ils ont sur la législation ou la jurisprudence et, réciproquement, la façon dont le droit agit en retour sur ces processus, la contribution qu'il y apporte, la fonction qu'il remplit (renforcement, atténuation, légitimation, etc.). On s'intéressera en particulier aux hypothèses où la radicalisation se traduit par l'émergence de nouvelles catégories juridiques, qui vont donc s'intégrer au droit positif, mais qui vont aussi produire des effets plus généraux sur les représentations collectives.

• Ceci implique de resituer la question posée dans le contexte plus général d'une *réflexion sur les conditions d'émergence des catégories juridiques et sur leur fonction*<sup>1</sup>. Même si certaines catégories paraissent correspondre à un découpage objectif de la réalité observable (distinction majeur-mineur, homme-femme) ou se borner à formaliser des faits ou de situations qui ont déjà une existence empirique (le mariage, ou le vol), l'introduction d'un nouveau concept, d'une nouvelle notion, dans un texte ou une norme juridique, résulte toujours d'un choix : c'est en effet le législateur (ou parfois le juge), qui sélectionne les éléments de la réalité qu'il estime opportun d'intégrer au discours juridique, qui décide d'attacher des conséquences juridiques à tel ou tel de ces éléments, autrement dit de transformer en catégorie juridique une catégorie biologique, sociale, politique, voire idéologique (les « bonnes mœurs »). Et l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique produit en retour des effets sociaux, à la fois pratiques et symboliques : des effets pratiques, parce que c'est une condition pour réglementer, organiser, réprimer, des situations ou des conduites ; des effets symboliques (ou idéologiques), parce que, en qualifiant juridiquement une situation ou une conduite, on la fait accéder à une forme de reconnaissance

---

1. Les catégories juridiques peuvent être définies comme des ensembles de faits, d'objets, d'actes auxquels la loi ou tout autre norme attache des conséquences juridiques déterminées.

officielle, qui peut être positive (le Pacs porte en lui la reconnaissance de l'existence – et de la légitimité – du couple homosexuel) ou négative (la décision du législateur de réprimer le harcèlement moral équivaut à en admettre à la fois l'existence et les méfaits).

Pour évaluer la fonction propre du droit et des catégories juridiques dans les processus de radicalisation, il faut donc toujours avoir à l'esprit que le droit ne se résume pas dans un ensemble de règles contraignantes, qu'il est aussi phénomène de discours : discours sur le monde environnant qu'il découpe et reconstruit selon ses propres notions et critères, non sans occulter ce que ce découpage a d'arbitraire et en le donnant à voir comme inhérent à l'ordre naturel des choses. Compte tenu du capital d'autorité dont jouit le texte juridique, notamment sous la forme de la loi écrite, ce discours jouit de surcroît d'une crédibilité particulière : chacun est incité à voir le monde à travers le prisme des catégories et des propositions juridiques, et l'image de l'ordre social qui s'en dégage tend à s'imposer comme évidente et nécessaire. Le droit positif, dont la fonction est de poser les règles de la vie en société, de définir des situations et des comportements légaux ou illégaux, influe aussi sur la perception de ce qui est acceptable ou normal.

• Ces prémisses une fois posées, il s'agit de tester ces hypothèses *en examinant un certain nombre de catégories juridiques dont on peut lier l'émergence à des processus de radicalisation*. Dans la perspective d'une analyse exhaustive, il conviendrait d'inclure dans la réflexion à la fois la radicalisation qui vient « d'en haut », autrement dit la radicalisation des politiques publiques (on pense notamment à la lutte contre l'immigration clandestine ou contre le terrorisme), et celle qui vient « d'en bas », autrement dit la radicalisation des revendications et des « répertoires d'action » de certains groupes sociaux (ce qui peut aller des revendications indépendantistes jusqu'à la demande de pénalisation de comportements comme le harcèlement sexuel ou moral ou l'homophobie)<sup>2</sup>. La liste potentielle des concepts à explorer est donc longue. On y fera bien sûr figurer le « terrorisme », la « sécurité publique » et la « sécurité intérieure », mais aussi le « harcèlement » (moral, sexuel), la « parité », et même le « crime contre l'humanité », dont la définition s'élargit et la répression se perfectionne à mesure que se radicalise la volonté de lutter contre l'impunité. On remarque au passage – et il vaut la peine d'y réfléchir – que les processus de radicalisation se traduisent souvent, sur le plan juridique, par un surcroît de répression et de pénalisation, de sorte que le code pénal est un réservoir particulièrement important de catégories juridiques (qui sont en pratique de nouveaux délits) dont l'émergence est liée à un processus de radicalisation.

Notre démarche consistera à mettre en lumière successivement les conditions d'émergence et de pérennisation des catégories juridiques (1), puis l'importance de leur fonction symbolique, à côté de leur fonction instrumentale (2), enfin le rôle ambivalent du juge dans les processus de radicalisation (3), pour déboucher en conclusion sur le constat que le processus de radicalisation a tendance à s'auto-entretenir et que le droit favorise cette tendance. Cette grille d'analyse est suffisamment générale pour servir de point d'appui à une réflexion d'ensemble sur l'invention et les usages des catégories juridiques dans les processus de radicalisation. Faute de temps, on se limitera à un exemple particulier : celui de la lutte contre l'immigration irrégulière, qui a

---

2. La frontière entre ces deux types de processus de radicalisation n'est évidemment pas étanche : d'abord, parce que la radicalisation d'une politique répressive est souvent une réplique à la radicalisation des méthodes d'action de groupes dénoncés comme extrémistes (les attentats terroristes, mais aussi les occupations d'immeubles par les « sans logis » ou les barrages érigés sur les voies de communication à l'appui de revendications corporatistes) ; parce que, dans d'autres cas, la radicalisation des politiques publiques se veut une réponse à ce qui est perçu, à tort ou à raison, comme une demande sociale (on pense aux politiques de sécurité) ; parce que, enfin, la radicalisation des revendications portées par les acteurs sociaux ne peut recevoir une traduction juridique que par le biais d'une intervention des pouvoirs publics, qui reprennent donc à leur compte les exigences venues « d'en bas ».

engendré, depuis une trentaine d'années, une production normative considérable et une floraison de dispositifs nouveaux et donc de notions juridiques nouvelles comme la « rétention administrative », la « reconduite à la frontière », la « zone d'attente », ou encore le « risque migratoire ». En guise de prologue, nous rappellerons ce qui autorise à parler de « radicalisation » pour caractériser l'évolution de la politique d'immigration depuis une trentaine d'années.

### **Prologue : la « radicalisation » de la politique d'immigration**

Le processus de radicalisation qui a affecté la politique d'immigration, depuis 1974 n'est pas unique dans l'histoire : entre 1932 et 1939, on a assisté, sous l'effet de la crise économique, de l'arrivée des réfugiés politiques, puis de l'approche de la guerre, à une frénésie législative et réglementaire visant à la fois à assurer une surveillance policière toujours plus étroite des étrangers et à donner des gages aux différentes corporations (médecins, artisans, commerçants) réclamant protection contre la concurrence étrangère. Mais la réglementation de l'époque reste fruste : elle se borne à interdire, à imposer, à réprimer, elle opère, à quelques exceptions près (création de la carte de commerçant, puis d'artisan), avec les catégories existantes. Ce qui caractérise l'époque actuelle, par contraste, c'est l'inventivité normative dont fait preuve le législateur, inventivité qui ouvre donc un champ d'investigation étendu à qui s'intéresse aux rapports entre les processus de radicalisation et l'émergence des catégories juridiques.

Comment expliquer cette plus grande inventivité du législateur ? Force est de constater, d'abord, que, d'une façon générale, le droit d'aujourd'hui est bien plus sophistiqué que celui d'hier, ce qui se traduit par un raffinement et une démultiplication des catégories juridiques. Les autres raisons nous conduisent à empiéter sur le fond de l'analyse à venir : évoquons-les malgré tout brièvement. Le fait que le législateur travaille désormais sous l'œil du Conseil constitutionnel pousse dans le même sens : pour justifier le fait de pouvoir garder sous surveillance jusqu'à vingt jours les étrangers à qui l'accès au territoire est refusé ou qui demandent l'asile à la frontière, alors que les étrangers en instance de départ forcé ne pouvaient être « retenus » que pendant dix jours (désormais douze), il fallait pouvoir plaider, fût-ce au rebours de l'évidence, que l'atteinte portée à la liberté individuelle était moindre dans le premier cas que dans le second : c'est ainsi que le maintien en « zone d'attente » est venu prendre place à côté du maintien en « rétention ». Enfin, certains mots sont trop connotés pour être utilisés : l'internement étant tabou, car rappelant les camps et la guerre d'Algérie, les étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement ne sont ni internés, ni détenus, mais... « maintenus ».

Depuis bientôt trente ans, donc, la préoccupation première des pouvoirs publics est de rendre effectif le contrôle des flux migratoires et de lutter contre l'immigration irrégulière<sup>3</sup>. Si l'on s'en tient au champ strict de notre étude<sup>4</sup>, la politique de maîtrise des flux migratoires

---

3. Il faudrait en réalité nuancer cette présentation, qui, compte tenu de l'angle d'analyse choisi, met essentiellement l'accent sur le renforcement de la dimension répressive de la politique d'immigration et laisse de côté les progrès qui, incontestablement, ont aussi marqué la condition des étrangers pendant la période considérée. On trouve en effet dans la législation sur le séjour des dispositions protectrices, introduites notamment entre 1981 et 1984, qui ne figuraient pas – et n'étaient même pas concevables – dans le texte initial de 1945. On pense en particulier à la carte de résident, valable dix ans et automatiquement renouvelable, qu'ont vocation à obtenir « de plein droit » (voilà encore une catégorie juridique nouvelle, mais inspirée cette fois par un souci de protection) les étrangers ayant des attaches familiales ou personnelles en France. Reste – et là, on retombe dans notre problématique – que les garanties conférées ont été progressivement grignotées, à mesure que la politique de l'immigration se radicalisait.

4. Car la radicalisation de la politique d'immigration s'est faite sentir de bien d'autres façons encore. Ainsi, la maîtrise des flux migratoires, qui ne devait théoriquement concerner que l'immigration de main-d'œuvre, a aussi eu des conséquences sur les autres « flux » d'immigration : les demandeurs d'asile ont vu leur sort se détériorer ; le

suppose de mieux contrôler l'accès au territoire : d'où l'allongement de la liste des conditions imposées pour pouvoir entrer en France (visas, certificats d'hébergement, ressources...) et le perfectionnement du dispositif de refoulement aux frontières (zones d'attente). Elle implique également de pouvoir repérer et contraindre au départ ceux qui sont entrés ou se sont maintenus irrégulièrement sur le territoire, d'où la légalisation des contrôles d'identité, la sévérité croissante des peines sanctionnant l'entrée et le séjour irrégulier, l'élargissement des motifs d'éloignement, la possibilité de reconduire de force à la frontière les étrangers en situation irrégulière et de maintenir en rétention l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement.

## 1. L'émergence et la pérennisation des catégories juridiques

Dans quel contexte les notions nouvelles apparaissent-elles, sous l'effet de quelles forces, selon quel processus ? Comment les nouveaux concepts sont-ils introduits dans le lexique juridique (la loi, la jurisprudence), après passage le cas échéant par le langage commun, le langage politique, ou le langage bureaucratique ? Comment se forment les néologismes ? La dimension linguistique peut d'autant moins être laissée de côté que les mots ne sont pas neutres.

Mais il faut aussi essayer de comprendre comment les catégories nouvelles se pérennisent. Alors même qu'elles ont été critiquées au départ, notamment par l'opposition, on constate qu'elles ne tardent pas à s'acclimater, à faire consensus, au point (mais ici on empiète déjà sur le point suivant de l'analyse) que leur existence finit par paraître naturelle et évidente, immunisée contre toute critique.

### a/ La « rétention » : une histoire de droit(s), une histoire de mots.

#### Une histoire de droit(s)

À l'origine, c'est une pratique administrative clandestine : à partir de 1964, l'administration place au centre d'Arenc, dans l'enceinte du port de Marseille, des étrangers en instance d'expulsion, en attendant un prochain bateau. Pratique clandestine, mais surtout dépourvue de tout fondement légal : car, aussi étrange que cela puisse paraître rétrospectivement, l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans son texte initial, et jusqu'en 1980, ne contient aucune disposition permettant le renvoi forcé des étrangers expulsés, non plus qu'aucune disposition autorisant à éloigner des étrangers simplement parce qu'ils sont en situation irrégulière.

Au début des années 70, la pratique de ces détentions arbitraires se généralise et la durée de l'enfermement s'allonge. C'est en avril 1975 que l'existence du centre est dévoilée au public, à l'occasion d'une procédure engagée contre le gouvernement, pour séquestration, par le Syndicat des avocats de France. Après avoir tenté de donner une base juridique à ces pratiques, par la voie d'une circulaire – qui sera annulée par le Conseil d'État – puis d'un décret, le gouvernement intègre au projet de loi Bonnet modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945 deux dispositions : la première précise que « l'étranger qui n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français peut, s'il y a nécessité, être maintenu

---

regroupement familial, libéralisé dans un premier temps, a été soumis par la suite à des conditions plus strictes ; les étrangers ayant des attaches familiales ou personnelles en France, à qui un véritable droit au séjour avait été reconnu par les lois de 1981 et 1984, ont vu ce droit progressivement grignoté par les textes ultérieurs ; les étudiants, soumis à des procédures de pré-inscription de plus en plus rigides, se sont vu également refuser toute possibilité de demeurer durablement en France ; Par ailleurs, dans un but de dissuasion, les étrangers en situation irrégulière se sont vu retirer le bénéfice de la protection sociale.

par décision écrite motivée dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ » ; la seconde dispose que « la personne expulsée [...] peut, s'il y a nécessité, être détenue jusqu'à l'exécution effective de l'expulsion [dans un établissement pénitentiaire] ». Les réactions à ce projet qui permet l'enfermement des étrangers sur simple décision administrative sont virulentes. L'opposition d'alors – socialistes et communistes – s'insurge contre « cette nouvelle forme de détention arbitraire » ; des professeurs de droit prennent la plume pour s'inquiéter, dans les colonnes des journaux, d'un projet qui va à l'encontre des principes constitutionnels les mieux établis ; Paul Teitgen y voit la réapparition de l'internement administratif, comme aux plus sombres heures de la guerre d'Algérie. Mais dans les rangs de l'UDF aussi, les critiques sont acerbes ; et le Sénat, où le RPR n'a pas la majorité, rejette finalement le projet, qui sera voté en troisième lecture par la seule Assemblée nationale.

Le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois d'une loi concernant l'immigration, adopte l'attitude prudente dont il ne se départira plus par la suite. Dans sa décision du 9 janvier 1980, il estime que l'intervention du juge pour prolonger la privation de liberté au-delà d'un certain délai (48 heures dans le premier cas, sept jours dans le second) suffit à faire échapper le dispositif adopté au grief d'internement arbitraire. Il invalide cependant la seconde disposition, estimant que le délai de sept jours est trop long au regard des exigences constitutionnelles qui placent la liberté individuelle sous la sauvegarde du juge judiciaire.

Quelques mois plus tard, la gauche arrive au pouvoir et met en chantier une nouvelle réforme de l'ordonnance de 1945 : la loi du 29 octobre 1981 prend sur beaucoup de points le contre-pied de la loi Bonnet et introduit dans la législation une série de garanties nouvelles. Elle maintient pourtant en vigueur la possibilité de « maintenir » les étrangers en instance de départ forcé dans des locaux placés sous surveillance policière jusqu'à leur départ effectif. Car la gauche reprend à son compte l'objectif de fermeture des frontières et de lutte contre l'immigration clandestine : n'estimant pas opportun de se priver des moyens d'assurer l'effectivité des mesures d'éloignement, elle laisse donc subsister dans la législation, en l'entourant seulement de quelques garanties de procédure supplémentaires cette possibilité d'enfermement qu'elle avait si âprement critiquée lorsqu'elle était dans l'opposition.

Par la suite, les dispositions concernant la rétention administrative ont été modifiées à plusieurs reprises, mais le débat a porté à chaque fois sur les conditions et la durée de la rétention, jamais sur le bien-fondé du dispositif. C'est même une majorité de gauche qui a porté le délai de la rétention à douze jours, comme c'est une majorité de gauche qui a institué le maintien en zone d'attente (voir plus loin) qui peut, lui, durer jusqu'à vingt jours.

L'enfermement des étrangers s'est banalisé, il est devenu un élément « naturel », « incontournable », de toute politique de maîtrise des flux migratoires. Et plus personne n'imagine qu'on pourrait abolir ce dispositif, sauf à abandonner en même temps le principe de la fermeture des frontières.

### Une histoire de mots

Les mots « rétention » ou « rétention administrative » sont aujourd'hui couramment employés pour désigner l'enfermement des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire. Pourtant, jusqu'à une date récente, ils ne figuraient ni dans l'ordonnance de 1945, où ils n'ont fait leur apparition que de façon subreptice, ni dans ses décrets d'application.

C'est à l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945 que figurent les dispositions qui s'y rapportent. Il y est dit : « peut être *maintenu* [...] dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, [...], l'étranger qui (etc.) ». On y évoque « la prolongation du

*maintien* » par le juge, la vérification des « conditions du *maintien* » par le procureur ». Le terme « rétention » ne figure pas non plus dans le décret du 2 novembre 1991 pris pour l'application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance, ni dans celui du 31 mai 1997 qui le modifie.

Pourquoi « maintien », d'abord, et comment est-on passé du « maintien » à la « rétention », ensuite ? Le « maintien » connote quelque chose de temporaire, et de moins contraignant que la « détention », d'autant qu'il a lieu dans des locaux caractérisés de façon purement négative, dont on ne dit pas explicitement qu'ils sont placés sous surveillance policière. Le « maintien », c'est en somme une façon de désigner une forme d'enfermement qui ne veut pas – et qui ne peut pas – dire son nom. On rejette en effet aussi bien le mot « internement » que le mot « détention ». Le premier est tout simplement tabou, car il rappelle trop les camps de la Seconde guerre mondiale et la guerre d'Algérie : de fait, l'expression « camp de rétention », qu'elle soit utilisée de façon délibérée ou par inadvertance, provoque inmanquablement une réaction outragée de la part des responsables administratifs ou politiques, prompts à dénoncer un amalgame inacceptable. Quant au mot « détention », il figurait dans la loi Bonnet dont le législateur de 1981 entend se démarquer, et l'idée de placer en détention un individu, fût-il étranger, sur simple décision administrative semble par trop contraire aux principes dont on se réclame.

Mais « maintien » est d'une utilisation malaisée : pour désigner les lieux où sont « maintenus » les étrangers, qu'on imagine mal d'appeler : « centres – ou lieux – de maintien », les expressions « centre de rétention » et « lieu de rétention », s'imposent presque naturellement. Peu à peu, le terme « rétention » se généralise, à côté ou à la place du mot « maintien » : dans le langage des praticiens d'abord, puis dans le vocabulaire administratif officiel véhiculé par les circulaires, avant d'être consacré officiellement par la loi et les décrets.

La circulaire d'application de la loi du 27 octobre 1981, datée du 31 août 1982, parle exclusivement du « maintien des étrangers », et des « personnes maintenues », et la circulaire d'application de la première loi Pasqua, en date du 17 septembre 1986, se borne à renvoyer à la précédente, en l'absence de modification de la législation sur ce point. En revanche, la notion de « rétention » est couramment utilisée par les praticiens du droit des étrangers – administration, associations, avocats –, comme en témoigne cette phrase qui figure dans la brochure du Gisti commentant la loi du 9 septembre 1986 : « le régime de la rétention administrative... n'a subi aucune modification notable ».

L'expression ne va pas tarder à s'introduire aussi dans le langage écrit de l'administration : la circulaire du 2 août 1989, prise pour l'application de la loi Joxe du même jour, ne parle plus, dans le court paragraphe qu'elle consacre à la question, que de « rétention administrative », de « rétention », de « prolongation de la rétention », ou encore de « maintien en rétention ». Plus significative encore est la circulaire du 8 février 1994, prise pour l'application de la loi Pasqua du 24 août 1993, qui consacre un chapitre entier à « la rétention ». Désormais, le mot est bien enraciné. Le Conseil d'État lui-même n'hésite pas à mentionner « le placement en rétention administrative » (v. par exemple CE, avis, 26 mai 1995, Mme Ylmaz). Et la circulaire du 12 mai 1998, prise pour l'application de la loi Chevènement, utilise elle aussi systématiquement le terme de « rétention » pour décrire la procédure applicable, et elle comporte en annexe un modèle de document énumérant les droits de l'étranger « placé en rétention administrative », destiné à lui être remis à son arrivée.

Il faut toutefois attendre une loi du 27 décembre 1994 pour que le mot « rétention » fasse, de façon très marginale, son entrée dans le texte de l'ordonnance, à l'article 35 *quinquies*, qui vient préciser que : « Sont matériellement distincts et séparés les locaux qui ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire et qui sont soit des zones d'attente, soit des zones de rétention ». Puis, la loi Chevènement du 11 mai 1998 introduit dans l'article 35 *bis* une phrase qui vise à

apporter une nouvelle garantie aux étrangers maintenus : « le représentant de l'Etat dans le département tient à la disposition des personnes qui en font la demande les éléments d'information concernant les dates et heures du début du maintien de cet étranger en rétention et le lieu exact de celle-ci ». Enfin, le décret du 19 mars 2001 « relatif aux centres et locaux de rétention administrative » assimile clairement « maintien » et « rétention », en disposant (art. 1<sup>er</sup>) que « les étrangers qui font l'objet des mesures définies à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont maintenus sur le territoire dans des centres et locaux de rétention administrative ».

En zone d'attente, en revanche, les étrangers ne sont pas « retenus », mais bien « maintenus » : la distinction, on va le voir, a elle aussi son histoire.

### **b/ La « zone d'attente »**

Les circonstances dans lesquelles l'article 35 *quater*, relatif aux zones d'attente, a été introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont intéressantes à relater, car elles illustrent un processus récurrent dans le champ de la lutte contre l'immigration irrégulière : l'empressement à colmater toute brèche dans le dispositif législatif qui pourrait permettre à des « flux » d'immigrants indésirables de s'introduire ou de se maintenir en France. Ici, le colmatage s'opère par la mise en place d'un nouveau dispositif qui ne trouve son nom et sa forme définitive qu'après un certain nombre de péripéties.

C'est au cours de la discussion d'un texte tendant à modifier l'ordonnance de 1945 que le ministre de l'intérieur a introduit un amendement à son propre projet, dit "*amendement Marchand*". Cet amendement visait d'abord à donner une base légale à la pratique consistant à maintenir dans la zone internationale des ports et aéroports les étrangers non admis sur le territoire et ceux qui demandent à y entrer au titre de l'asile. En effet, lorsque l'étranger qui se présente à la frontière demande à bénéficier du droit d'asile, la décision de refus d'entrée en France ne peut être prise que par le ministre de l'Intérieur, après consultation du ministre des Affaires étrangères ; en attendant qu'il soit statué sur son sort, l'étranger était à l'époque maintenu dans la zone internationale pendant plusieurs jours, parfois plusieurs semaines, sans que ce « maintien » soit prévu par aucun texte. L'amendement Marchand visait aussi à allonger le délai autorisé par la loi en vigueur pour procéder au rapatriement des étrangers auxquels un refus d'entrée est opposé : ceux-ci pouvaient être placés en rétention, dans les conditions prévues à l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945, c'est-à-dire, à l'époque, pendant une durée maximale de sept jours, ; mais ce délai était jugé trop bref pour permettre d'assurer le départ effectif des étrangers.

L'amendement introduisait donc dans l'ordonnance un article 35 *quater* permettant de maintenir en zone internationale, dite « zone de transit », pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de sa demande d'admission sur le territoire, l'étranger non autorisé à entrer sur le territoire français ou demandant son admission au titre de l'asile. La durée du maintien pouvait aller jusqu'à trente jours en tout : vingt jours sur décision d'un fonctionnaire de la police des frontières, puis dix jours supplémentaires sur autorisation du président du tribunal administratif.

L'émotion suscitée par cet amendement parmi les organisations de défense des droits de l'homme ne suffit pas à dissuader les parlementaires socialistes de voter le texte, mais ils obtinrent en contrepartie d'Edith Cresson, alors Premier ministre, qu'elle saisisse le Conseil constitutionnel pour qu'il examine la constitutionnalité des dispositions adoptées. Pour défendre le dispositif imaginé, le gouvernement arguait de ce que le maintien en zone de transit organisé

par la loi était fondamentalement différent de la rétention de l'article 35 *bis*. Les lieux de rétention, disait-il, sont des locaux fermés et gardés afin de prévenir l'évasion d'étrangers présentant un risque de trouble de l'ordre public dans le port ou l'aéroport, tandis que les étrangers maintenus en zone de transit peuvent la quitter librement à tout moment à destination de tout pays étranger. Le Conseil constitutionnel a estimé pour sa part que le maintien d'un étranger en zone de transit « affectait » bien sa liberté individuelle, ce qui rendait obligatoire l'intervention du juge judiciaire et amenait à considérer le délai de trente jours comme excessif. Il a néanmoins admis l'idée que la liberté d'aller et venir n'était ici que « sensiblement entravée », alors qu'en rétention l'individu est entièrement privé de cette liberté. Ceci autorisait donc le législateur à ne pas prévoir les mêmes garanties pour le maintien en zone de transit et pour la rétention. Et c'est bien ce qu'il a fait puisque le maintien en « zone d'attente », selon la terminologie finalement adoptée par la loi du 6 juillet 1992, peut durer jusqu'à vingt jours au total (au lieu de douze, aujourd'hui, en rétention), et que l'intervention du juge judiciaire pour autoriser sa prolongation n'a lieu qu'après quatre jours au lieu de 48 heures pour la rétention.

*Remarque.* On a vu émerger récemment un nouveau « concept » issu de l'imagination des bureaucrates en charge du contrôle des frontières : les « ZAPI », ou « zones d'attente pour personnes en instance ». Jusque-là on ne connaissait que les « objets en instance » : les plis ou colis postaux qui attendent d'être remis à leur destinataire. Mais les personnes, elles, sont en instance de quoi ? L'expression, un peu comme le « maintien » de l'article 35 *bis*, est fondée sur une ellipse et un déni : elle occulte le fait que la majorité des personnes concernées sont en instance... de rapatriement forcé.

### **c/ La « reconduite à la frontière »**

Aux termes de la législation en vigueur, le préfet peut « décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière » dans une série d'hypothèses, qui se ramènent toutes à l'irrégularité de son entrée ou de son séjour (art. 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945). Elle se distingue de l'expulsion qui, elle, vise l'étranger dont le comportement constitue une menace grave pour l'ordre public.

Le terme apparaît pour la première fois dans la législation avec la loi Bonnet de 1980, où il est employé dans un sens proche du sens commun. La reconduite à la frontière n'y est pas envisagée, en effet, comme une mesure autonome, distincte de l'expulsion, mais comme une mesure d'exécution de celle-ci : en disposant que « l'étranger expulsé peut être reconduit à la frontière », elle entend permettre l'exécution forcée de la mesure d'expulsion, laquelle peut désormais viser non seulement des étrangers qui menacent l'ordre public, mais aussi les « clandestins » ou ceux dont le titre de séjour n'a pas été renouvelé.

La loi du 29 octobre 1981, tout en conservant la possibilité d'éloigner du territoire l'étranger en situation irrégulière, opère une distinction radicale entre le régime de l'expulsion, à nouveau limitée aux motifs d'ordre public, et celui de la « reconduite à la frontière », destinée à sanctionner l'entrée ou le séjour irréguliers. Les étrangers en situation irrégulière ne seront plus expulsés par la voie administrative, mais devront être déférés devant le juge correctionnel, qui pourra, en fonction de la situation personnelle et professionnelle de l'intéressé, prononcer une condamnation à une peine de prison et/ ou d'amende, assortie, le cas échéant, de la « reconduite à la frontière », qui devient ainsi une peine pénale. La loi du 9 septembre 1986, dite « loi Pasqua », conserve la « reconduite à la frontière » comme mesure autonome, à côté de l'expulsion, mais elle en transforme radicalement la nature puisqu'elle perd son caractère de peine pour devenir une mesure administrative prononcée par le préfet. La loi « Joxe » du 2 août

1989 laisse subsister ce système, en prévoyant cependant la possibilité de former un recours suspensif devant le tribunal administratif contre les mesures de reconduite à la frontière.

Ce bref rappel des torsions successives de sens qu'a subies l'expression « reconduite à la frontière » permet de comprendre comment elle s'est finalement intégrée au lexique du droit de l'immigration, en dépit de son ambiguïté foncière. En droit, en effet, elle désigne l'acte par lequel le préfet décide qu'un étranger sera reconduit à la frontière – l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, ou encore APRF dans le jargon des initiés – et non le fait matériel de cette reconduite, en dépit de ce que suggère le sens commun du terme ; et en pratique, on sait que moins de 20 % des mesures de reconduite à la frontière sont effectivement exécutées, ce qui confirme qu'il ne faut pas confondre l'acte juridique et l'acte matériel. Mais si les mots « reconduite à la frontière » désignent un acte juridique, cet acte doit être soigneusement distingué du « refus de séjour », que le préfet oppose à l'étranger qui a sollicité un titre de séjour, ainsi que de « l'invitation à quitter le territoire » qui en général accompagne ce refus de séjour !

On a là une illustration typique, mais non isolée (on pourrait faire la même démonstration à partir d'autres exemples) de l'opacité qu'engendrent, pour les non-initiés, la démultiplication des dispositifs juridiques et la sophistication des concepts juridiques qui souvent l'accompagne, surtout lorsque vient s'y greffer l'inventivité langagière propre de la bureaucratie chargée d'appliquer les textes. On est loin, en tout cas, de l'exigence d'intelligibilité de la loi, récemment érigée en objectif à valeur constitutionnelle.

#### **d/ Le « risque migratoire »**

Contrairement aux notions qu'on a évoquées jusqu'à présent, le concept de « risque migratoire » ne figure pas (pas encore ?) dans des textes à valeur normative indiscutable (lois, décrets, règlements communautaires...). Il est pourtant plus qu'une simple catégorie du vocabulaire politique, puisqu'il a fait son entrée officielle dans le lexique bureaucratique et qu'il produit des conséquences juridiques incontestables. La référence au « risque migratoire » figure notamment en toutes lettres dans le texte qui, depuis l'entrée en vigueur de la convention de Schengen, sert de « bible » aux autorités chargées d'instruire les demandes de visas : l'instruction consulaire commune adressée aux représentations diplomatiques et consulaires de l'ensemble des États parties. Concernant les « critères de base pour l'instruction de la demande », on y lit ceci : « Il est rappelé que les préoccupations essentielles qui doivent guider l'instruction des demandes de visa sont : la sécurité des Parties contractantes et la lutte contre l'immigration clandestine [...]. S'agissant du risque migratoire [...], l'examen des demandes vise à détecter les candidats à l'immigration qui cherchent à pénétrer et à s'établir dans le territoire des Parties contractantes sous le couvert de visa pour tourisme, études, affaires, visite familiale. Il convient à cet effet d'exercer une vigilance particulière sur les « populations à risque », chômeurs, personnes démunies de ressources stables, etc ». Dès lors que l'existence d'un « risque migratoire » doit logiquement déboucher sur le refus de visa, force est de convenir que la notion, quoique non consacrée par des textes ayant valeur législative ou réglementaire, produit des conséquences juridiques.

Le mot « risque » n'est pas innocent. Le risque connote l'insécurité. Son utilisation reflète et en même temps favorise les amalgames : parler de « risque migratoire », c'est laisser entendre que l'immigration représente par elle-même un « risque » pour les pays européens et pour leurs habitants, contre lequel il est légitime qu'ils se prémunissent, au même titre que le terrorisme ou la grande délinquance.

### **En marge : le « reformatage » de catégories existantes**

Si l'on s'est attachés plus particulièrement aux hypothèses dans lesquelles la radicalisation de la politique d'immigration produit de nouvelles catégories juridiques, dans beaucoup de cas la radicalisation des dispositifs législatifs prend simplement appui sur les catégories existantes. Il est vrai que ces catégories ont été « déposées » lors des sédimentations antérieures d'une législation qui, s'agissant des étrangers, a toujours été caractérisée par sa dimension policière et répressive. C'est le cas, par exemple, de plusieurs dispositifs de contrôle : visas, contrôles d'identité, contrôle des documents de séjour, qu'on a progressivement généralisés et perfectionnés, ou encore des infractions à la législation sur le séjour dont on a étendu le champ et aggravé la pénalisation.

#### Les visas

Le visa est une création très ancienne : il concrétise en effet la prérogative souveraine des États de contrôler l'accès à leur territoire. Mais les États restent libres de ne pas l'exiger. C'est ainsi qu'entre 1950 et 1974, l'évolution de la réglementation française a été dans le sens d'un assouplissement constant. Cette évolution a été brutalement stoppée à partir de 1974. Mais c'est en 1986 que, prenant prétexte de la vague d'attentats terroristes qui secoue la France, le gouvernement a décidé de rétablir l'obligation du visa d'entrée sur le territoire français pour tous les étrangers qui en étaient jusque-là dispensés, et cette obligation est restée en vigueur pour les ressortissants des pays dits « à risque migratoire », devenant une pièce maîtresse du dispositif de « maîtrise des flux migratoires », plus encore qu'un instrument de défense de la sécurité publique. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs admis que le visa pouvait être refusé non seulement pour des motifs d'ordre public mais pour tout autre motif d'intérêt général, y compris dans un but de prévention de l'immigration irrégulière.

#### Les contrôles d'identité

On pourrait là encore montrer sans peine que l'extension progressive des pouvoirs de la police en matière de contrôles d'identité (qui, dans le cas des étrangers, vise à vérifier la régularité de leur situation, puisqu'ils sont tenus de présenter à toute réquisition les documents sous le couvert desquels ils résident en France) a été en totale synchronie avec la radicalisation de la politique de lutte contre l'immigration clandestine. Les contrôles d'identité étaient déjà pratiqués à grande échelle, sous la forme des fameuses « opérations coups de poing » du ministre de l'intérieur Poniatowski, à la fin des années 70, pour débusquer les étrangers en situation irrégulière ; mais c'est la loi Peyrefitte qui, en février 1981 a donné à ces contrôles la base légale qui leur faisait défaut. La gauche, arrivée au pouvoir quelques mois plus tard, s'est bornée à mettre en place un encadrement juridique plus strict. Mais toutes les réformes ultérieures ont eu pour objet et pour effet d'élargir les hypothèses dans lesquelles la police peut contrôler l'identité des personnes et/ou demander à des personnes présumées de nationalité étrangère qu'elles présentent leurs papiers. Au même titre que les visas, les contrôles d'identité sont devenus un instrument-clé de la lutte contre l'immigration clandestine, dont aucun ministre de l'intérieur, de gauche comme de droite, n'imaginerait désormais de se priver.

#### Les délits liés au séjour irrégulier

En 1945, seuls l'entrée irrégulière, d'une part, le refus de se soumettre à une décision d'expulsion, de l'autre, étaient constitutifs de délits, le séjour irrégulier étant, lui, une simple contravention : signe d'un temps où l'immigration était vue comme une nécessité et où la méfiance envers les étrangers se situait sur un autre plan, celui de la sécurité. La liste des infractions liées à la législation sur le séjour et passibles de peines d'emprisonnement a été progressivement allongée, et les sanctions ont été aggravées. Sont aujourd'hui constitutifs de délit (la liste n'est pas exhaustive) et punis de peines d'emprisonnement, assorties le cas échéant d'une interdiction du territoire français, l'entrée mais aussi le séjour irréguliers, le fait de se soustraire ou de tenter de se soustraire (par exemple en refusant de monter dans un avion) à une mesure d'éloignement du territoire, ou encore le fait de ne pas présenter à l'autorité administrative les documents de voyage permettant l'exécution de cette mesure ou de ne pas communiquer, à défaut de ceux-ci, les renseignements permettant cette exécution.

Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, quant à lui, figurait dès l'origine dans l'ordonnance du 2 novembre 1945. Mais il a donné lieu à une interprétation de plus en plus extensive, témoin de la radicalisation de la politique d'immigration ainsi que de l'évolution des esprits. Au départ, il était implicitement admis que ce délit (puni initialement d'un mois à un an de prison mais passible aujourd'hui d'une peine de cinq ans d'emprisonnement à laquelle peuvent s'ajouter diverses peines complémentaires), visait les passeurs et trafiquants de main-d'œuvre, en gros ceux qui agissaient dans un but lucratif. À partir des années 90, des parquets ont accepté de poursuivre des personnes ou des associations, qui avaient simplement hébergé ou apporté une aide à des étrangers en situation irrégulière. Dans les premières affaires, les tribunaux ont en général prononcé la relaxe, estimant que le délit n'était pas constitué ; par la suite, des condamnations sont intervenues, et finalement la Cour de cassation a entériné cette interprétation large du délit. En introduisant des immunités en faveur des proches

parents, le législateur a à son tour, sans soulever d'objection de la part du Conseil constitutionnel, implicitement mais nécessairement validé la position de l'administration et des tribunaux.

## **2. De la fonction instrumentale aux effets symboliques**

### **a) La fonction instrumentale**

La création de nouvelles catégories juridiques vise d'abord des objectifs pratiques. Elles permettent de réglementer des situations ou des comportements (car pour réglementer, il faut préalablement donner une existence juridique, donc nommer, ce que l'on veut réglementer), ou de les réprimer (en vertu du principe de la légalité des délits et des peines, un acte ne peut être puni que s'il a d'abord été constitué en délit par le législateur). Le recours à l'instrument juridique est également indispensable à chaque fois qu'on envisage de conférer des prérogatives nouvelles à l'administration : en effet, dans une société libérale, alors que les comportements individuels sont régis par le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis », les personnes publiques, en revanche, ne peuvent agir que dans les limites de la compétence qui leur a été attribuée, donc sur la base d'une habilitation juridique.

Sans doute n'est-il pas rare que l'administration crée des situations ou se livre à des agissements qui ne sont pas pris en compte par le droit. Mais elle se trouve alors dans l'illégalité, et pour sortir de l'illégalité, il n'y a guère que deux issues : mettre fin aux situations et comportements illégaux, ou leur donner une base légale. On a vu plus haut que, dans le champ de l'immigration, cette seconde solution a été systématiquement choisie : qu'il s'agisse de la rétention administrative, du maintien en zone d'attente, de l'expulsion forcée des étrangers en situation irrégulière, des contrôles d'identité, l'intervention du législateur a très souvent eu pour but et pour effet d'entériner des pouvoirs que l'administration et la police s'étaient déjà arrogés dans les faits et dont elles n'avaient pas réussi à faire reconnaître la légalité par la justice.

Il faut donc considérer les nouvelles catégories juridiques d'abord et avant tout comme autant d'instruments visant à faciliter et à rendre plus efficace la lutte contre l'immigration clandestine, même si, au bout du compte, les règles adoptées ne produisent pas toujours les effets escomptés et si il leur arrive aussi de produire des effets non voulus, ou des effets pervers.

### **b) Les effets symboliques**

On a rappelé en commençant l'importance des effets symboliques du droit, au-delà de sa fonction instrumentale. Le droit ne régit pas seulement les rapports sociaux concrets, il influe aussi sur les représentations collectives, en offrant une certaine vision de l'ordre social. Et cette fonction-là est d'autant plus importante que, si un individu donné n'a qu'un nombre limité de chances de se voir appliquer telle ou telle norme prise isolément, l'ensemble formé par ces normes lui fournit une image globale de la société, en même temps que les repères dont il a besoin pour s'y orienter.

Autrement dit, le rôle des règles de droit ne s'épuise pas dans leur mise en œuvre concrète. Ainsi, dans le domaine que nous avons choisi d'analyser, si l'ensemble constitué par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et ses textes d'application n'est susceptible de s'appliquer qu'aux étrangers, et plus particulièrement, concernant sa dimension répressive, aux étrangers en situation irrégulière ou qui troublent l'ordre public, il produit des effets bien au-delà de ce cercle restreint : il diffuse en effet, à la fois auprès des étrangers et des Français, une certaine idée de la

place de l'étranger dans la société française, des droits respectifs des étrangers et des nationaux, et contribue à persuader chacun du caractère inéluctable de la situation créée par les textes.

Car le capital d'autorité et de crédibilité qui s'attache à la loi permet à la réalité légale de se donner pour la réalité « naturelle » : le droit « naturalise » les comportements ou les situations qu'il prend en compte, au sens où il contribue à les faire apparaître comme naturels, fondés en évidence, les mettant ainsi à l'abri de toute contestation radicale. Sur l'effet de naturalisation se greffe ainsi un effet de légitimation. Les catégories juridiques, en particulier, comme tous les mots qui permettent de nommer les choses, produisent un effet d'accoutumance : on s'habitue d'abord aux mots, puis aux représentations qu'ils véhiculent, et on finit par trouver normales, acceptables, les situations et les pratiques qu'ils désignent.

On pourrait reprendre, à propos de la législation sur les étrangers, l'hypothèse que nous formulions à propos de la législation antisémite de Vichy<sup>5</sup>, selon laquelle les lois raciales ont contribué à imprimer dans les esprits l'idée que les Juifs n'étaient pas des individus comme les autres : proposant une vision du monde fondée sur le partage de la société en deux « races » distinctes et inégales, les Juifs et les aryens, elles présentaient l'exclusion des Juifs de la société comme normale, nécessaire, conforme à l'ordre naturel des choses. *Toutes proportions gardées* (bien sûr...), l'existence d'une législation spécifique relative aux étrangers ne conforte-t-elle pas l'idée d'une différence radicale entre nationaux et étrangers ? L'inscription dans la loi des restrictions apportées à leurs droits ne contribue-t-elle pas, plus efficacement que si elles n'étaient que l'expression de l'arbitraire administratif, à les marquer du sceau de l'évidence ?

Dans sa décision du 13 août 1993, dont on considère qu'elle a posé les bases du statut constitutionnel des étrangers, le Conseil constitutionnel, tout en prenant soin d'énumérer les droits fondamentaux dont les étrangers ne peuvent être privés (ce qui, rappelons-le, n'interdit pas d'en restreindre l'exercice si et dans la mesure où l'intérêt de l'État l'exige), poursuit son raisonnement en ces termes : « [...] aucun principe non plus qu'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 ; [...] 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 ; [...] le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; [...] dans ce cadre juridique les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ». Le Conseil constitutionnel convertit en somme une série de postulats de nature politique et idéologique (la France est un État souverain, la distinction entre nationaux et étrangers est constitutive de l'État nation) en principes juridiques qu'il martèle comme autant de présomptions irréfragables et qui acquièrent ainsi une crédibilité et une légitimité au-dessus de tout soupçon.

La vision des étrangers qui se dégage de la législation n'est pas seulement celle d'un ensemble d'individus à part au sein de la collectivité nationale, qu'il est donc normal de soumettre à un statut différent, plus contraignant que celui des nationaux (visa, carte de séjour, autorisation de travail) ; la surabondance des dispositions répressives incite aussi à se représenter l'étranger comme un être foncièrement dangereux<sup>6</sup>, ne respectant pas les lois ou cherchant à les tourner, et comme un délinquant en puissance — ce qui ne peut que conforter l'opinion dans ses inclinations xénophobes.

---

5. V. notamment D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, pp. 252-285.

6. Rappelons pour mémoire ce qu'on a dit plus haut de la catégorie du « risque migratoire ».

Il n'est pas anodin, à cet égard, d'avoir érigé en délit toute infraction aux règles sur le séjour. En découle en effet une série de conséquences en chaîne : les étrangers en situation irrégulière deviennent des délinquants ; il est donc normal qu'ils soient punis, normal aussi qu'on cherche par tous moyens à les repérer (ce qui justifie, à défaut de les fonder en droit, les contrôles d'identité sélectifs), normal encore de les dénoncer, puisqu'on ne peut, dans un État de droit, laisser la délinquance impunie, normal enfin d'éloigner ceux qui se maintiennent illégalement sur le territoire, en utilisant à cette fin les moyens de contrainte nécessaires.

L'influence du droit sur les représentations collectives s'opère de façon d'autant plus subreptice et efficace que le droit neutralise le contenu polémique des termes qu'il intègre à son lexique, occulte la violence des pratiques et la réalité concrète des situations auxquelles ils renvoient. L'inscription dans la loi, et surtout la profusion des règles juridiques abstraites qui en découle, produit un effet d'euphémisation : les choses ne sont pas tuées ni cachées, au contraire leur description remplit des pages entières du *Journal officiel*, mais elles sont exprimées sur le mode de l'euphémisme. Les étrangers sont « reconduits à la frontière », ou encore « maintenus » en « rétention » ou dans des « zones d'attente », sur la base de procédures prévues dans le détail par la loi (quoique pas toujours exactement respectées). L'abstraction des concepts et des règles juridiques contribue à masquer la dimension humaine des situations, et les conséquences parfois tragiques de décisions qu'on a pris soin de « fonder en droit ».

### **3/ Radicalisation et judiciarisation : le rôle ambivalent du juge**

La mobilisation du droit à l'appui des processus de radicalisation a nécessairement une incidence sur les pratiques judiciaires, mais une incidence ambivalente : le juge est là, en effet, pour appliquer la loi, et de ce fait il se trouve être partie prenante au processus de radicalisation ; mais le juge est là aussi pour garantir le respect d'un certain nombre de règles et de principes juridiques de valeur supérieure, ce qui peut le conduire le cas échéant à en atténuer les effets.

En ce qui concerne la politique d'immigration, sa radicalisation s'est traduite par des restrictions apportées aux libertés des étrangers : liberté de circulation, liberté individuelle, droit de travailler, droit de vivre en famille, et même droit à la protection sociale... Mais cette politique ne peut s'abstraire entièrement des exigences de l'État de droit. Car, contrairement à ce qui était le cas naguère encore, où l'on ne se préoccupait pas de justifier les atteintes portées aux droits des étrangers, celles-ci doivent désormais se concilier avec les exigences constitutionnelles et les principes posés par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Ce domaine jadis abandonné au bon vouloir, pour ne pas dire à l'arbitraire du pouvoir exécutif, sur lequel le juge administratif n'exerçait qu'un contrôle distancé, surtout soucieux de ne pas s'immiscer dans un domaine de « haute police » considéré comme particulièrement sensible, se trouve désormais placé sous le contrôle du juge constitutionnel, des juges européens, du juge administratif, et même du juge judiciaire.

Il serait pourtant inexact d'imaginer le juge comme un simple frein au processus de radicalisation. Son rôle est en effet beaucoup plus ambivalent. Certes, il est là pour rappeler au législateur et à l'administration les règles dont ils auraient spontanément tendance à s'affranchir, l'impossibilité de priver les étrangers des garanties de procédures inhérentes à la notion même d'État de droit. Mais en même temps qu'il encadre le processus de radicalisation, il le conforte et le légitime.

S'agissant du Conseil constitutionnel, on pourrait sans mal montrer, en dépit de tous les discours contraires, comment il a systématiquement entériné les modifications législatives successives qui allaient dans le sens d'une plus grande sévérité, se bornant ici à invalider une

disposition ponctuelle, là à formuler une réserve d'interprétation sans portée réelle. Son principal titre de gloire est d'avoir imposé une limite de durée à la privation de liberté d'un étranger (non sans accepter l'allongement progressif de cette durée au fur et à mesure que les années passaient), et d'avoir fait admettre que seul le juge judiciaire pouvait prolonger cette privation de liberté au-delà de deux jours (ou quatre, selon les cas) ; mais lorsqu'on sait que ce juge judiciaire, dans 99 % des cas, prononce le maintien en rétention ou en zone d'attente, il faut se rendre à l'évidence : l'intervention du juge n'est pas une merveilleuse garantie constitutionnelle, mais le simple alibi de l'État de droit. De façon générale, le rôle modérateur qu'a pu exercer le Conseil constitutionnel a été largement compensé par la caution qu'il a apportée à la législation sur l'immigration, et à travers elle à la politique d'immigration.

Le juge administratif, de son côté, a accepté d'exercer un contrôle de plus en plus étendu sur les mesures prises par l'administration. Faisant prévaloir en de multiples occasions une interprétation libérale des textes, appuyée le cas échéant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sa jurisprudence a permis de conférer aux étrangers des droits et garanties allant au-delà de ceux qui étaient expressément prévus par la loi. Les progrès accomplis au cours des trente années écoulées – qui coïncident, on le voit, avec la radicalisation des politiques d'immigration – sont donc indéniables. Pourtant, le rôle joué par le juge administratif reste lui aussi ambivalent. Premier aspect de cette ambivalence : si les principes posés sont protecteurs, l'application qui en est faite est souvent beaucoup moins libérale. Une lecture attentive de sa jurisprudence montre que le Conseil d'État n'est pas prêt à sacrifier les exigences de la maîtrise des flux migratoires sur l'autel des droits des étrangers (pas même sur l'autel du droit à la vie familiale qu'il avait été le premier à proclamer avec éclat en 1978), encore moins à des considérations d'humanité : statuant en droit, en droit strict, il ne saurait se laisser émouvoir par le caractère pathétique, voire tragique, de certaines situations.

Le second aspect de cette ambivalence est plus subtil mais non moins réel. La place considérable que le contentieux des étrangers en est venu à occuper dans l'ensemble du contentieux administratif peut être interprétée en un sens comme le signe d'un renforcement de l'État de droit, puisqu'elle signifie une augmentation du nombre des recours et donc un renforcement du contrôle juridictionnel. Mais le développement du contentieux, qui reflète au demeurant surtout la précarisation du droit au séjour des étrangers (multiplication des refus de visas, des refus de séjour, des mesures d'éloignement), a aussi un effet pervers : le juge, à son corps défendant certes, est en effet amené à appliquer, à la suite de l'administration, une législation par hypothèse discriminatoire et à tonalité répressive, contribuant ainsi à l'acclimater, à la banaliser, et finalement à la légitimer.

Le rôle joué par le juge judiciaire est encore différent. On a déjà relevé que le juge civil, compétent pour prolonger la rétention et le maintien en zone d'attente, jouait surtout un rôle d'alibi, même si, par une jurisprudence plus audacieuse que celle du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a réussi à rétablir à son profit les prérogatives que le législateur avait entendu lui ôter (tel le pouvoir de remettre en liberté l'étranger « maintenu », ce qui était bien le moins pour une autorité « garante de la liberté individuelle »).

Quant au juge pénal, chargé de réprimer les infractions à la législation sur le séjour, il se trouve associé de façon encore plus directe à la politique de contrôle des flux migratoires : la dimension répressive de son intervention tend à faire passer au second plan sa dimension protectrice. La façon dont les dispositions *a priori* libérales de la loi du 29 octobre 1981 sur la reconduite à la frontière ont été très vite détournées de leur intention primitive fournit un bon exemple de cette déviation du rôle du juge. La loi, on l'a rappelé plus haut, avait confié au juge correctionnel le pouvoir de décider la reconduite à la frontière des étrangers en situation

irrégulière, en lui laissant un total pouvoir d'appréciation. Dans un premier temps, le juge, saisi lui aussi par l'« état de grâce », et allant dans le sens des souhaits exprimés par la Chancellerie dans une circulaire du 19 janvier 1982 préconisant de ne requérir la peine de reconduite à la frontière qu'avec discernement, prononce le plus souvent des peines d'amende, le cas échéant des condamnations à quinze jours de prison (alors que la peine encourue est d'un an), et rarement une peine de reconduite. Mais par la suite, sans que la législation ait changé, les condamnations à la reconduite à la frontière deviennent quasiment automatiques, et la procédure finit par se transformer en un système de justice à la chaîne n'offrant plus de réelle protection à l'étranger. Entre temps, il est vrai, une seconde circulaire, datée du 15 novembre 1982, est venue insister sur la nécessité de requérir systématiquement la reconduite à la frontière, et ceci, « pour respecter l'esprit et le but de la loi qui a conféré à l'autorité judiciaire un rôle essentiel dans le contrôle des flux migratoires »<sup>7</sup>.

Les instructions adressées périodiquement aux parquets par les ministres de la justice, pour leur rappeler que l'autorité judiciaire doit prendre toute sa part à l'action menée par le gouvernement pour améliorer l'efficacité de la répression de l'immigration clandestine, confirment que les pouvoirs publics entendent bien faire du juge un acteur essentiel de la politique menée dans ce domaine. Et la propension des tribunaux correctionnels à prononcer des peines sévères, assorties d'interdictions du territoire de longue durée, à l'encontre d'individus dont la seule faute est d'être « sans papiers », montre que le juge a effectivement fait sien « l'esprit de la loi », qui coïncide, il est vrai, avec « l'esprit du temps ».

La mobilisation du juge répressif peut paraître inévitable, dès lors que le séjour irrégulier a été érigé en délit et que la lutte contre l'immigration irrégulière est clairement annoncée comme l'une des priorités de la politique pénale des pouvoirs publics. Mais cette conception du rôle du juge fragilise l'exercice de ce qui reste sa fonction première dans un État de droit : veiller au respect des procédures légales et à la garantie des droits des individus.

### **Conclusion : la radicalisation, phénomène auto-entretenu**

L'expérience montre que tout processus de radicalisation a tendance à s'auto-entretenir. Et sa traduction dans la loi renforce cette tendance. D'abord, la mise en place d'un instrument juridique nouveau ne peut qu'accroître la propension à l'utiliser pour poursuivre les objectifs qu'on s'est fixés ; doté de ce nouvel instrument, le processus de radicalisation se poursuivra d'autant plus aisément.

Il faut compter aussi avec l'effet conservateur du droit : une pratique consacrée par la loi a d'autant plus de chances de se pérenniser. Le nombre de lois « de circonstances », votées sous la pression d'événements exceptionnels, et restées malgré tout en vigueur de façon durable, l'atteste de façon éclairante. Pour s'en tenir au domaine qui nous concerne, un très grand nombre de textes adoptés dans les années 30, période de radicalisation de la politique d'immigration, n'ont jamais été abrogés ou ne l'ont été que très récemment : la loi de 1932 sur le contingentement de la main-d'œuvre étrangère a survécu jusqu'en 1981, de même que le régime dérogatoire des associations étrangères instauré par un décret-loi de 1939 et l'obligation pour les étrangers d'obtenir une autorisation préfectorale pour se marier ; les dernières incapacités frappant les naturalisés n'ont disparu qu'en 1983 ; la carte d'artisan et de commerçant, elle, existe toujours ; quant au décret-loi

---

7. Abandonné par la loi Pasqua, en 1986, ce système, qui tendait à faire de l'institution judiciaire le simple auxiliaire de la police, ne sera pas rétabli par la loi Joxe de 1989 mais remplacé par un système où le rôle de l'administration (qui prononce la reconduite à la frontière) et celui du juge (qui contrôle la légalité de celle-ci) sont mieux distingués.

de 1939 sur les publications étrangères, il est resté en vigueur jusqu'à aujourd'hui, et c'est un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 2001 le déclarant incompatible avec la liberté d'expression qui a fini par en avoir raison.

Plus stables encore que les règles sont les catégories qui les sous-tendent. Les règles peuvent bien changer, les catégories, elles, semblent vouées à la pérennité. On les voit naître, à un moment donné ; on les voit beaucoup plus rarement disparaître. Lorsque le législateur se résigne à les rayer des textes, c'est en général parce qu'elles sont depuis longtemps tombées en désuétude. Mieux encore : les catégories juridiques, en raison de leur abstraction, possèdent des potentialités d'extension que peuvent utiliser à plein les processus de radicalisation et qui poussent, même, à la radicalisation : le « harcèlement sexuel » a rendu pensable le « harcèlement moral » ; le délit de discrimination raciale a servi de modèle pour réprimer les autres formes de discrimination (sexe, orientation sexuelle, santé...) ; la pénalisation des propos racistes fonde la revendication d'une pénalisation des propos homophobes ou sexistes, etc.

Enfin, l'effet de légitimation et l'effet d'accoutumance qu'on a répertoriés plus haut parmi les effets symboliques du droit et des catégories juridiques, contribuent à l'acceptation du processus de radicalisation, et donc à sa pérennisation.