

Institut d'études politiques de Paris
Master Recherche « Politique et sociétés en Europe » - Politiques Publiques

**La pénalisation de l'aide au séjour irrégulier :
De la volonté politique à la réalité judiciaire**

Olivia Müller

Mémoire de Master 2
Sous la direction de Manlio Cinalli

Remerciements

Je souhaite adresser ici tous mes remerciements aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont ainsi contribué à l'élaboration de ce mémoire, en particulier Stéphane Maugendre, Philippe Lioret et Matthieu Bonduelle.

Je remercie sincèrement Manlio Cinalli, directeur de ce mémoire, pour son aide et son soutien sans faille durant toute la préparation de cette recherche, ainsi que Marie-Elisabeth Jeannin pour sa relecture attentive de mes textes.

« Obéir à la loi, cela n'est pas clair. »

Saint Just

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	7
L’ancrage du délit d’aide au séjour irrégulier dans le droit français.....	8
La contestation de la mise en œuvre du délit d’aide au séjour irrégulier.....	10
Objet de recherche et concepts employés	13
La théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel.....	14
L’apport des méthodes du New Public Management.....	17
La clé d’analyse : l’alliance du droit et de la science politique.....	18
Problématique.....	21
Méthodologie	21
Annonce de plan.....	23
PREMIERE PARTIE :	25
CLE DE LA MISE EN ŒUVRE POLITIQUE DU DELIT D’AIDE AU SEJOUR IRREGULIER, LA THEORIE NEO-INSTITUTIONNALISTE DU CHOIX RATIONNEL	25
Chapitre I. Le délit d’aide au séjour : un objet juridique non identifié ?	26
Section I. Un délit infiniment indéfinissable.....	26
Paragraphe 1. Les éléments constitutifs du délit d’aide au séjour irrégulier.....	26
Paragraphe 2. L’impossible décryptage de l’infraction.....	27
Section 2. Un délit reconduit, malgré tout	29
Paragraphe 1. Un délit facteur d’insécurité juridique.....	29
Paragraphe 2. Un délit délibérément large	31
Chapitre 2. Le délit d’aide ou le développement d’une action publique latérale: un adjuvant à la politique de « maîtrise des flux migratoires »	35
Section 1. Le délit d’aide : résultante du constat d’échec d’une politique volontariste de « maîtrise des flux migratoires »	35
Paragraphe 1. 1974-2009 : le développement continu d’une politique de « maîtrise des flux migratoires »	35
Paragraphe 2. Les éléments révélateurs de l’incapacité à « maîtriser les flux migratoires ».....	38
Paragraphe 3. La nécessité de réaffirmer la rentabilité de l’action publique	44
Section 2. Le « naming and shaming » comme épreuve démonstrative d’efficacité politique.....	48

Paragraphe 1. Des passeurs aux « aidants »: la malléabilité de l'article L622-1 du Ceseda	48
Paragraphe 2. Le déplacement de l'action publique : une stratégie rentable... ..	51
Paragraphe 3. ...face à deux « situations-problèmes »	54
Chapitre III. Le discours, instrument stratégique de justification de la rationalité de l'action publique.....	57
Section 1. Face à l'éveil d'un doute sur la rationalité de l'action publique, pour le bien collectif.....	57
Paragraphe 1. Les sources de la contestation du délit d'aide au séjour irrégulier.....	57
Paragraphe 2. La constitution d'une remise en cause généralisée de la mise en œuvre du délit d'aide au séjour irrégulier	64
Section 2. ...le discours politique s'adapte, méthodiquement	71
Paragraphe 1. Le discours : un instrument politique pragmatique.....	72
Paragraphe 2. Du déplacement de l'action au déplacement du discours.....	77
Paragraphe 3. La désignation d'un ennemi	79
DEUXIEME PARTIE :	82
LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DU DELIT D'AIDE AU SEJOUR IRREGULIER : QUAND L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE ANEANTIT LE DISCOURS....	82
Chapitre 1. L'étude jurisprudentielle, la clé d'analyse d'un désaccord parfait.....	83
Section 1. Le désaccord sur la notion de peine ou l'interprétation multiforme de la mise en œuvre du délit d'aide	83
Paragraphe 1. La garde à vue : de la mesure procédurale d'investigation à la sanction pénale	83
Paragraphe 2. De la transgression des règles de droit à la culpabilité pénale	87
Section 2. Le juge : maître du jeu.....	90
Paragraphe 1. La découverte du sens de l'article L622-1 : un exercice prétorien	90
Paragraphe 2. L'étude jurisprudentielle comme outil d'analyse du discours.....	92
Chapitre 2. L'aide au séjour irrégulier : un comportement judiciaire	94
Section 1. Le cas des « aidants » poursuivis, puis relaxés	94
Section 2. Le cas des « aidants » poursuivis mais dispensés de peines.	98
Chapitre III. La pénalisation des « aidants », une réalité bel et bien observable	107
Section 1. Un sujet qui gêne.....	107
Section 2. Des jugements probants : quand le mobile de l'aide devient indifférent.....	109
CONCLUSION	114

ANNEXES	119
1. Liste des entretiens, par ordre chronologique	119
2. Article paru dans <i>Libération</i> , le 30 juin 2009	120
3. Lettre envoyée par M. Besson aux associations, le 7 avril 2009.....	122
4. Rapport établi par la Commission des lois sur la proposition, de Monsieur le député Daniel Goldberg, d'amender l'article L622-1 du Ceseda	125
BIBLIOGRAPHIE	126

INTRODUCTION

Lors de notre premier entretien, Stéphane Maugendre¹ m'explique que nous pouvons de plus en plus observer un processus de « pénalisation indirecte » du droit des étrangers. En fait, précise-t-il, il y aurait une tendance de plus en plus forte à pénaliser tout ce qui touche, de près ou de loin, les personnes en situation irrégulière, qu'il s'agisse par exemple de leur employeur ou de leur entourage proche.

Cette affirmation m'interpelle. Le droit des étrangers ne relève-t-il pas, par nature, du droit administratif (pour ce qui concerne l'éloignement des personnes en situation irrégulière) et du droit pénal (pour ce qui s'agit du séjour irrégulier des étrangers)?

Je tente alors de mieux cerner ce mécanisme délicat de pénalisation indirecte. Immédiatement, je commence à souhaiter travailler sur ce sujet dans le cadre d'un mémoire de Master 2 de politiques publiques. Mais peu à peu, le désenchantement s'installe. Je comprends que jamais, en quelques mois, je ne pourrai traiter un aussi vaste sujet.

Cependant, rien ne m'empêchait de l'illustrer en me cantonnant à un seul et unique angle d'approche.

Le « délit de solidarité », plus connu juridiquement comme le délit d'aide au séjour irrégulier, m'a semblé de loin être l'objet d'étude idoine pour révéler ce processus de « pénalisation indirecte ». D'autant plus qu'aucune recherche n'avait été produite sur ce sujet. Tout restait à découvrir. Quelques semaines plus tard, une polémique d'ampleur allait naître, précisément sur ce sujet. Et je n'étais pas au bout de mes surprises.

L'ancrage du délit d'aide au séjour irrégulier dans le droit français

Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers des étrangers en France trouve ses origines dans l'article 4 d'un décret-loi adopté par le gouvernement Daladier, le 2 mai 1938. Ce décret participe, dans un contexte de crise liée à l'approche de la Seconde Guerre mondiale, à un mouvement global de refonte de la réglementation existante. Pour la première fois, tous les aspects de l'entrée et du séjour des étrangers vont être inscrits dans le droit français. La législation d'après-guerre sur les étrangers s'inspirera largement de ce décret-loi adopté par le gouvernement Daladier. Ainsi, l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France reprend mot pour mot la formulation de l'article 4 du décret-loi de 1938, sur le délit d'aide au séjour irrégulier. Jusqu'à ce qu'en 2004, le même texte soit codifié à l'article L622-1 du chapitre II «

¹ Avocat et Président du Gisti

Aide à l'entrée et au séjour irréguliers » du titre II du Livre VI du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Dès l'origine, le champ d'application de l'article 21 de l'ordonnance du 21 novembre 1945 est défini de façon très large. Le législateur a ainsi fait le choix de créer une infraction autonome du délit d'entrée ou de séjour irréguliers sur le territoire. L'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers devient répréhensible et est davantage sanctionnée que l'entrée ou le séjour irréguliers. Ainsi, en 1945, les « aidants » encouraient une peine d'un mois à un an d'emprisonnement et une amende de 600 francs à 12 000 francs. La loi du 5 juillet 1972 porte ces peines de deux mois à deux ans pour l'emprisonnement et jusqu'à 200 000 francs pour l'amende. Les peines encourues sont enfin de nouveau alourdies par la loi du 31 décembre 1991 qui dispose que les « aidants » seront punis à 5 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

Le séjour irrégulier, en revanche, est punissable d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende. Notons que jusqu'à la loi du 29 octobre 1981, le séjour irrégulier n'était passible que d'une simple contravention, avant d'être institué en délit, puni des mêmes peines que l'entrée irrégulière.

Le champ d'application de l'incrimination est très vaste : le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier est constitué que l'aide soit directe ou indirecte. Notons la particularité de cette disposition : en droit pénal même la « complicité indirecte » est généralement réfutée par la doctrine et la jurisprudence.

De la même façon, la jurisprudence refuse de punir la tentative de complicité, alors que l'article L. 622-1 s'applique indifféremment, qu'il y ait aide ou tentative d'aide au séjour.

L'existence d'un délit d'aide à la commission d'un autre délit ne peut se justifier que par un motif d'intérêt général particulièrement fort. En l'occurrence, les travaux parlementaires précisent qu'il s'agirait de lutter contre les filières d'immigration clandestine.

Si les peines n'ont pas été aggravées depuis 1991, quelques modifications législatives ont permis de modifier le champ d'application de l'aide au séjour irrégulier. Ainsi, certains « aidants » sont immunisés : les ascendants, descendants et le conjoint de l'étranger (loi du 22 juillet 1996²) ne peuvent être poursuivis. Puis les frères et sœurs, les conjoints des personnes bénéficiant déjà d'une immunité, et les personnes vivant en situation maritale avec l'étranger seront mis hors de cause (loi du 11 mai 1998³). Notons enfin qu'une immunité

² Loi n°96-647

³ Loi n°98-349

« humanitaire » a été introduite par la loi du 26 novembre 2003⁴. Cependant elle demeure très restrictive. Seule l'aide ayant été apportée face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, est immunisée.

En dehors de ces immunités législatives, le champ d'application de l'article L622-1 du Ceseda demeure très délicat à définir, tant la formulation législative est englobante.

La contestation de la mise en œuvre du délit d'aide au séjour irrégulier

Le texte de loi précise que « toute personne, qui aura par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour d'un étranger en France » est punissable.

Jusqu'en 1996, cette disposition législative demeurait assez méconnue et semblait n'être appliquée qu'aux filières de passeurs, conformément au souhait du législateur. Cependant « l'affaire Jacqueline Deltombe » lance un mouvement de prise de conscience et de contestation généralisée de l'article L622-1 du Ceseda.

Mme Deltombe, membre d'une association d'aide aux étrangers, est interpellée, placée en garde à vue, puis jugée en février 1996, pour avoir hébergé chez elle un ami zaïrois. Elle sera reconnue coupable, mais dispensée de peine, sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda.

La confusion est grande. Les associations commencent alors à dénoncer la mise en œuvre de cette disposition législative, constitutive d'un véritable « délit de solidarité ».

Le mouvement général de remise en cause de l'article L622-1 du Ceseda sera également renforcé par la discussion au Parlement de la loi du 22 juillet 1996, qui s'attachait à élargir la notion d'acte de terrorisme en ajoutant de nouvelles infractions à la liste de celles énoncées à l'article 421 du Code pénal, et en y incluant précisément celle d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.

Si cette loi sera invalidée par le Conseil Constitutionnel, il n'en demeure pas moins que la méfiance à l'égard de l'article L622-1 du Ceseda s'est installée. Les cas d'« aidants » poursuivis pour avoir aidé une personne en situation irrégulière, par simple solidarité, seront de plus en plus nombreux à être relatés dans la presse.

Les associations dénoncent un emploi systématique de l'article L622-1 du Ceseda pour condamner tout type d'aide, y compris humanitaire. La répression envers les « aidants » se serait accrue et se ferait de plus en plus vigoureuse.

⁴ Loi n°2003-1119

Ainsi, le 16 juillet 2007, une assistante sociale à Belfort travaille au sein de l'Association *Solidarité femmes*. Elle est convoquée dans les bureaux de la Police Aux Frontières (PAF) pour avoir refusé de transmettre aux agents de la PAF l'adresse d'une femme sans papiers suivie par l'association. Elle est placée en garde à vue. On lui demande ensuite de signer un procès verbal l'incriminant d'aide au séjour irrégulier. Elle refuse. Elle est finalement libérée le même jour. Le 20 septembre 2007, le Parquet a classé l'affaire sans suite, pour absence d'infraction.

Rappelons également le cas de deux intervenantes sociales salariées de l'association *France Terre d'Asile* interpellées à leurs domiciles et placées en garde à vue, le 19 novembre 2007, à 6 heures du matin. Les policiers ayant retrouvé, sur une personne en situation irrégulière, une carte de visite à en-tête de l'association et le numéro de portable des deux salariés, elles ont été suspectées d'aide au séjour irrégulier en bande organisée.

Le 17 février 2009, à la suite de l'arrestation d'un sans-papiers, lequel dit être hébergé par la communauté *Emmaüs*, la police aux frontières convoque le responsable de la Communauté de Pointe Rouge, à Marseille. Il est placé en garde à vue pour avoir refusé de fournir un fichier contenant le nom des personnes hébergées. Il sera finalement libéré. Mais s'en suivra une perquisition de la police dans les locaux du centre pour récupérer les dossiers des personnes accueillis.

Le 18 février 2009, une bénévole des *Restos du cœur* et de l'association *Terre d'errance* est arrêtée à son domicile et placée en garde à vue dans le cadre d'une commission rogatoire pour aide au séjour irrégulier commis en bande organisée. Elle organisait des dons d'habits et de nourriture pour les migrants de Calais, et rechargeait leur téléphone portable.

Puis, en mars 2009, le film *Welcome*, du réalisateur français Philippe Lioret, sort dans les salles de cinéma françaises. Ce film dénonce sévèrement la répression appliquée aux personnes qui aident les étrangers en situation irrégulière. Son succès est considérable. À partir de là, nous le verrons, la contestation de la politique de condamnation des « aidants » s'amplifie.

À cela s'ajoute une proposition de loi du député socialiste Daniel Goldberg, discutée à l'Assemblée Nationale le 30 avril 2009, visant à modifier l'article L622-1 du Ceseda. Entre le mois de mars et d'avril 2009, les manifestations seront nombreuses, les pétitions courantes, et les articles de presse traitant ce sujet, de plus en plus fréquent. Le ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale devra, à plusieurs reprises, expliquer ses choix politiques et assurer de la rationalité de son action en matière d'aide au séjour irrégulier. C'est

alors qu'il affirmera que personne n'a été condamné, en 65 ans d'application de l'article L622-1 du Ceseda, pour avoir aidé un étranger, en l'hébergeant, en le transportant, ou bien même encore en rechargeant leur téléphone portable. Selon lui, la polémique et la crainte des membres d'association ou de particuliers venant en aide aux personnes en situation irrégulière n'ont pas lieu d'être. Le « « délit de solidarité » est un mythe » résume-t-il.

Cependant, malgré ses nombreuses déclarations publiques, les critiques se font de plus en plus vives. Des associations comme le Gisti, le Secours Populaire, la LDH, la Fédération d'Entraide Protestante, Emmaüs... dénoncent la pression subie au quotidien. L'article L622-1 du Ceseda constituerait une véritable Epée de Damoclès. Si les membres de ses associations semblent savoir qu'ils ne risquent pas véritablement de se voir appliquer des peines pénales, ils dénoncent, malgré tout, le fait de pouvoir être interpellés et poursuivis, sur le seul fondement de cet article de loi. La menace est présente à leurs yeux, sur leur travail, au quotidien.

Il n'est donc pas encore véritablement question de dénoncer la pénalisation du délit d'aide au séjour. Ce qui est contesté, c'est la pression, la crainte ressentie de ne plus pouvoir exercer son métier librement.

Seul le Gisti dresse rapidement, fin avril 2009, une liste de personnes condamnées pour aide au séjour irrégulier.

C'est alors que la question de la pénalisation (c'est-à-dire de l'application de peines pénales) des « aidants » commencent à être débattue. Le terme même de pénalisation est complexe. Nous tenterons de démontrer qu'il peut-être employé dès lors qu'un comportement est sanctionné par la mise en œuvre de peines pénales. Mais le simple fait que des « aidants » soient placés en garde à vue nous permet-il de parler de pénalisation de l'aide au séjour irrégulier ? Nous nous permettrons alors de sortir des qualifications juridiques classiques pour essayer d'expliquer en quoi la garde à vue peut-être perçue comme une sanction pénale, à part entière. Avant de mettre en évidence, ensuite, la judiciarisation (c'est à dire l'utilisation croissante de l'arsenal judiciaire) de l'aide au séjour irrégulier. Pour enfin conclure en affirmant qu'il existe bel et bien une véritable pénalisation de l'aide au séjour.

Cependant le ministre va aussitôt invalider ce travail, en affirmant que les personnes condamnées « sont allées plus loin » que la simple aide humanitaire, en facilitant, notamment, le travail des passeurs.

Les vérités et les contrevérités s'accumulent, formant au bout de quelques semaines un *imbroglio* difficilement démêlable. Que signifie l'article L 622-1 du Ceseda ? Qu'implique-t-il concrètement ? Peut-on être poursuivi ou condamné sur ce fondement ?

Médias, associations, et politiques ne s'accordent pas sur le sens de l'article L 622-1 du Ceseda et sur l'application qui en est faite par l'administration, les forces de police et les magistrats. Une véritable lutte interprétative s'installe entre les acteurs.

C'est alors que la volonté d'explicitier l'article L622-1 du Ceseda se fait jour, pour tous. Pour comprendre sa mise en œuvre, comprendre ses interprétations, comprendre son sens.

Si difficile à cerner qu'il soit, une question reste posée, durant plusieurs mois : Pourquoi les acteurs politiques décident-ils de maintenir et d'utiliser un article de loi si flou et si général ? L'étude de la rhétorique employée par le ministre se révélera alors très utile, pour comprendre la volonté des entrepreneurs politiques en matière de mise en œuvre du délit d'aide.

Objet de recherche et concepts employés

L'action politique en matière d'aide au séjour irrégulier sera largement analysée. Pour la comprendre, nous avons décidé de nous pencher plus globalement sur la politique de « maîtrise des flux migratoires ».

Rapidement, il apparaît qu'en matière d'immigration, les politiques souhaitant répondre à des objectifs très précis, leur crédibilité dépend de leur capacité à atteindre et à répondre de ces objectifs pré-fixés et chiffrés. Des moyens importants et des dépenses colossales sont déployés pour atteindre les résultats escomptés en matière de régulation des entrées et du séjour des étrangers irréguliers en France. Mais, nous le verrons, rien de plus incertain et de plus difficile aujourd'hui que de « maîtriser les flux migratoires ».

Nous tenterons alors de valider une hypothèse : en matière de gestion de l'immigration irrégulière, l'échec est latent, si ce n'est flagrant, et ce, depuis de nombreuses années.

Raison pour laquelle les entrepreneurs politiques tentent de masquer leur défaillance en rationalisant autant que possible leur action politique. Pour démontrer l'efficacité de l'action publique il faut atteindre quoi qu'il arrive les objectifs fixés, au risque sinon de perdre toute légitimité.

Nous essayerons de démontrer que la répression de l'aide au séjour irrégulier est un moyen efficace, utilisé par les acteurs politiques, pour remédier à l'inefficacité de leur action en matière de répression de l'immigration.

Plutôt que de se limiter à poursuivre et condamner les personnes en situation irrégulière, les entrepreneurs politiques décident d'étendre le champ de l'action publique. Désormais, les

interpellations d'« aidants⁵ » font partie des objectifs chiffrés, fixés par le gouvernement. La marge de manœuvre est plus large, du fait même de la généralité de l'infraction « d'aide », et les chances d'atteindre les résultats escomptés sont plus importantes. On fixe ainsi des objectifs sur une catégorie de personnes plus vaste et indéfinie, « les « aidants », pour être sur de pouvoir agir, et se montrer performants.

C'est alors que nous soutenons l'idée qu'une véritable *action publique latérale*⁶ est mise en oeuvre par le gouvernement, par l'élargissement de la cible de l'action politique. Ce ne sont plus seulement les personnes en situation irrégulière qui feront l'objet d'une action publique répressive, objectivée et quantifiée, mais ce sont également les « aidants », leur entourage, qui pourront faire l'objet d'un mécanisme de « naming and shaming⁷ ». Les acteurs politiques ont tout intérêt à étendre leur marge de manœuvre, quitte à blâmer les « aidants », éventuels « facilitateurs de régularisation ». La mise en oeuvre de la répression du délit d'aide au séjour pourrait donc permettre d'atteindre un certain niveau de résultats, si décisif dans une politique gérée par des objectifs chiffrés.

C'est ce qu'atteste la loi de Finances pour 2009, si 27 000 personnes en situation irrégulière devront avoir quitté le territoire français en 2009, 5 000 « aidants » devront également avoir été interpellés. Il s'agirait d'une stratégie délibérée.

La théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel

La théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel nous permettra de mieux comprendre l'action publique en matière migratoire et de mener à bien nos développements. Cette théorie insiste tout d'abord sur un point : les entrepreneurs politiques emploient les institutions pour mener à bien leur action publique. Ainsi, les institutions deviennent des éléments à part entière du « jeu politique⁸ ». Alec Stone précise⁹ : « Les régimes -et pour la même raison toute institution- peuvent peser, parfois de façon essentielle, sur la manière dont les acteurs calculent leurs intérêts et la manière dont les ressources sont redistribuées. ».

⁵ Loi de Finances pour 2009

⁶ C'est Pierre Lascoumes, qui lors d'une présentation de projets de recherche, m'aura proposé cette brillante expression d'action publique latérale, que je décide finalement de développer tout au long de ce mémoire.

⁷ La stratégie du « show and shame » ou « naming and shaming », nous le verrons, est développée notamment au sujet de l'étude des méthodes employées par le GAFI-I pour évaluer la participation des institutions financières nationales à la lutte contre le blanchiment.

⁸ A. STONE, « Le « néo-institutionnalisme ». Défis conceptuels et méthodologiques. », dans *Politix*, 1992, n°20, p. 156 à 168

⁹ *idem*

En l'occurrence, le délit d'aide au séjour, institutionnalisé par un article de loi du droit français, peut être employé, utilisé et déployé pour répondre au mieux à la volonté politique de « maîtriser les flux migratoires ». Le ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'identité Nationale doit répondre à cette exigence. Il a été institué notamment dans ce but. À lui de trouver les meilleurs moyens pour rendre cet objectif réalisable, et lutter contre la modestie des résultats jusqu'alors produits. G. March et P. Olsen précisent : « Nous supposons que les acteurs politiques consultent leurs préférences personnelles et leurs attentes subjectives, puis choisissent les actions si possibles cohérentes avec ces préférences ou ces attentes ¹⁰ ». Nous soutenons que les entrepreneurs politiques ont pu faire le choix d'employer un article de loi très large et très général pour mener à bien leur politique, en disposant alors d'une grande marge d'action. Ils avaient également intérêt à ce que le plus grand nombre de personnes se trouvent soumis à cet article de loi. Les considérations de M. Weber¹¹ peuvent aussi être prises en compte. Il montrait que la régularité des comportements ne peut-être pour l'autorité publique qu'un moyen au bénéfice de fins ultimes. Seule la conformité des comportements permettrait de les atteindre. D'autant plus que les préférences des acteurs politiques peuvent être davantage légitimés, dès lors qu'ils sont exprimés en prenant appui sur une législation en vigueur.

Nous tenterons alors d'affirmer qu'en matière migratoire, l'acteur (« quelqu'un est acteur par sa simple appartenance au contexte d'action étudiée, dans la mesure où son comportement contribue à structurer ce contexte¹² ») agit en fonction d'une rationalité stratégique et d'un calcul précis. Mais notons dès à présent que « rationalité ne signifie pas lucidité ou conscience pas plus que calcul ne renvoie à utilitarisme et instrumentalité purs¹³ ». L'acteur a dès lors un rôle crucial. Il agit sur la politique. Friedberg précisera qu'il crée des problèmes, en les actualisant et en les transformant en même temps. Nous analyserons donc le lien entre les objectifs fixés en matière de politique migratoire et le développement, devenu problématique, de la répression de l'aide au séjour irrégulier.

Mais si la norme, l'institution, permet d'orienter le comportement politique, l'article L622-1 du Ceseda est tellement flou et ambigu, que nous pourrions également affirmer que le comportement et la volonté politique permettent d'orienter la norme. Ils lui donnent corps, en

¹⁰ G. MARCH et P. OLSEN, « The new-institutionalism : Organizational Factors in Political Life », *American Political Science Review*, 1984, n°78

¹¹ M. WEBER, *Economie et société*, Paris, Plon, 1971

¹² E. FRIEDBERG, « Le raisonnement stratégique comme méthode d'analyse et comme outil d'intervention », *L'analyse stratégique, sa genèse, ses applications et ses problèmes actuels. Autour de Michel Crozier*. 1994. Paris. Seuil. Colloque de Cerisy. P. 135-152

¹³ E. FRIEDBERG, *idem*

l'interprétant, le mettant en œuvre de la manière la plus utile, la plus libre et la plus stratégique possible. L'absence de pré-définition juridique de ce délit, facilitant indéniablement ce processus.

La politique migratoire peut alors être conduite selon les intérêts des acteurs chargés de la mettre en œuvre¹⁴. G. March et P. Olsen précisent : « L'intention et l'action calculée sont imbriquées dans des règles et des institutions qui sont constituées, nourries et interprétées dans le système politique. »

Cependant, les intérêts et les actions calculées des entrepreneurs politiques peuvent être confrontés à ceux des acteurs de la société civile, notamment à ceux des associations. Un véritable combat pourra alors s'instaurer, chacun luttant pour défendre ses propres préférences. Si l'action politique peut-être légitimée par l'existence même d'une règle de droit en vigueur depuis soixante-quatre ans, (la longévité d'une règle de droit peut atténuer sa contestabilité, du fait même de sa prévisibilité¹⁵), la mise en œuvre de la norme a pris une nouvelle tournure. Au risque de susciter la réaction de la société civile car la règle, soudain, a changé. Les associations et les citoyens réfractaires à la politique mise en œuvre s'uniront et développeront pétitions, manifestations et communiqués de presse pour dénoncer l'atteinte à leur liberté d'agir, l'atteinte à leurs désirs d'entraide et de solidarité envers les étrangers. Le ministre quant à lui multipliera les discours et les interviews pour démontrer et affirmer la rationalité et le bien fondé de son action. Une lutte s'instaure alors entre « contrôleurs et contrôlés¹⁶ ». P. Duran précise : « L'intérêt est bien de saisir comment une règle est susceptible d'être comprise par un individu et comment du même coup elle sera intégrée dans une stratégie d'acteurs dans la mesure où une règle agit en fonction des significations qu'on est capable de lui donner¹⁷ ».

Les analyses de K. Shepsle¹⁸, de G. March et P. Olsen¹⁹, de P. Hall et Rosemary C.R. Taylor²⁰, de R. Blame et S. Brouard²¹, ou bien même de D. North²² se révéleront essentielles pour appréhender la mise en œuvre politique du délit d'aide au séjour irrégulier.

¹⁴ G. MARCH et P. OLSEN, *Rediscovering Institutions*, New York, Free Press, 1989

¹⁵ P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », dans *Politiques et management public*, vol. 11, n°4, déc. 1993

¹⁶ *idem*

¹⁷ P. DURAN,

¹⁸ K. SHEPSELE : « Studying institutions : some lessons from the rational choice approach », dans *Journal of theoretical politics*, 1989, <http://jtp.sagepub.com/cgi/content/abstract/1/2/131>

¹⁹ G. MARCH et P. OLSEN, « The new institutionalism : organizational factors in political life », *The American Political Science Review*, Vol. 78, n°3, p. 734-759 ; *Rediscovering Institutions*, Free Press, 1989

²⁰ P. A. HALL , R. C. R. TAYLOR, « La science politique et les trois néo-institutionnalismes », *RFSP*, 1997, vol. 47, p. 469-496

L'apport des méthodes du New Public Management

La doctrine du New Public Management sera à prendre en considération pour construire notre développement. En matière d'aide au séjour irrégulier la Loi de Finances pour 2009, précisant que 5 000 « aidants » devront être interpellés, fixe un objectif bien plus important que ceux des années précédentes.

C'est l'application d'indicateurs de performance à une notion aussi peu technique que l'aide au séjour qui marque les esprits, et qui a pu encourager le développement de la contestation. L'idée d'une rationalité gestionnaire rentable n'est pas acceptée. Elle est considérée, en l'occurrence, comme inadaptée.

L'action publique est quantifiée, la répression de l'aide au séjour irrégulier, numériquement cadrée. Est ainsi développée une logique de la mesure tout azimut, mesure de l'efficacité, de l'efficience, de l'effectivité. L'idée sous-jacente étant que « l'agent public doit rendre des comptes à la Nation²³ », y compris en matière d'immigration.

A. Spire relève qu'à partir de 2003, un « pilotage statistique de l'activité d'éloignement » a pris le pas sur toutes les autres considérations²⁴.

Les entrepreneurs politiques sont alors guidés par une rationalité de type managériale. La performance fonde la rationalité de l'action.

Les exigences de rentabilité, si bien développée par la théorie du New Public Management²⁵, sont cruciales au sein de la gestion de la politique de « maîtrise des flux migratoires ». Dans ce domaine, « l'Etat stratège²⁶ » est en marche. Désormais les administrations centrales définissent des objectifs et des principes d'action. Nous tenterons de cerner et de définir ces programmes d'actions en matière migratoire, et de comprendre comment interviennent la référence aux objectifs chiffrés dans la politique de répression de l'aide au séjour irrégulier, et

²¹ R. BLAME et S. BROUARD, « Les conséquences des choix politiques : choix rationnel et action publique », dans *RSFP*, vol. 55, n°1, 2005, p. 33-50

²² D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990

²³ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*

²⁴ A. SPIRE, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'agir, 2008

²⁵ P. AUCOIN, « Administrative reform in public management : paradigmes, principes, paradoxes and pendulums », *Governance*, vol. 3, avril 1990, p. 115-137 ; P. BEZES, « l'Etat et les savoirs managériaux : essor et développement de la gestion publique en France », dans F. LACASSE et P. E. VERRIER, *Trenet ans de réforme de l'Etat*, Paris, Dunod, 2005

²⁶ P. BEZES, « Le modèle de « l'Etat –stratège » : genèse d'une forme organisationnelle dans l'administration française », dans *Sociologie du travail*, 2005, vol. 47, p. 431 à 450

dans l'interprétation qui peut-être faite de l'article L 622-1 du Ceseda²⁷. Le délit d'aide au séjour constituera une véritable ressource, pour répondre à des buts précis et prédéfinis. Il pourrait constituer une des solutions à un problème complexe.

La clé d'analyse : l'alliance du droit et de la science politique

Mais pour comprendre la mise en œuvre politique du délit d'aide au séjour irrégulier, nous avons rapidement fait le choix d'étudier également sa mise en œuvre juridique.

C'est la conjugaison du droit et de la science politiques qui allait, peu à peu, nous permettre de mener cette recherche. Les politiques se fondant sur le droit pour légitimer leur action, nous ne pouvions faire abstraction d'une analyse juridique du délit d'aide.

Certes l'attrait pour le droit et la volonté de l'inclure au sein de cette recherche était indéniablement lié à mon parcours. Etudiante en droit pendant quatre ans, j'allais finalement découvrir et approfondir, en Master 2 de politiques publiques, les sciences politiques. L'indifférence des juristes (au delà des deux premières années de formation en droit) aux recherches de sciences politiques était telle que la seule possibilité pour pouvoir allier les deux disciplines était de sortir, un temps, de la faculté de droit. Cette année, j'allais enfin avoir l'occasion, grâce à cette recherche, de manier le droit et les sciences politiques, de les agencer, de passer de l'un à l'autre, de comprendre, surtout, l'un grâce à l'autre. Une occasion s'offrait alors de désacraliser la ligne de démarcation officielle entre les deux disciplines. La possibilité offerte de décroiser, le temps d'une recherche, les disciplines (en essayant au mieux, bien entendu, de ne pas les assimiler ni de les dénaturer) me semblait être une chance et un exercice merveilleux.

« Il s'agit de réagir contre de vieux réflexes disciplinaires, ceux-là même qui, dans le champ des sciences sociales, après l'avoir fondée, entretiennent une large indifférence au droit²⁸. » Il sera alors question, tout au long de ce mémoire, de tenter de sortir de « l'enfermement volontaire²⁹ »³⁰. Etudier le délit d'aide au séjour irrégulier en faisant une impasse juridique sur le sujet aurait été absurde. Le droit était un outil de connaissance essentiel pour appréhender un tel sujet, pour comprendre sa mise en œuvre, certes, mais également pour comprendre ce

²⁷ Notons que J-B AUBY rappelle que « la référence aux objectifs est présente dans l'interprétation que l'administration fait des textes », « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *Revue du droit public et de la science politique*, n°3, 1983

²⁸ J. CAILLOSSE, « Le droit comme méthode ? Réflexions depuis le cas français », dans J. CAILLOSSE, D. RENARD, D. de BECHILLON, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, 2000

²⁹ *idem*

³⁰ cf également J. CAILLOSSE, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n°26.

qu'il était en lui-même, ce qui le constituait, ce qu'il signifiait, ses fondements juridiques. « Car dans l'oubli du droit ce que l'on perd ne touche pas seulement la forme ou le style de l'objet étudié, mais son identité ou son économie³¹ ». Pierre Legendre met en garde les étudiants : « Il convient de réagir vivement contre une tendance à esquiver les problèmes du Droit tenus pour superflus et dénués d'intérêt. L'étudiant doit être mis en garde contre l'oubli du Droit, porteur de significations fondamentales.³² »

Bien entendu, les recherches alliant droit et politique existent³³ et ces préoccupations ne sont pas nouvelles. Certains chercheurs ont également largement contribué à rompre les frontières strictement établies³⁴. Cependant, l'idée que le droit pourrait contribuer à une connaissance plus aboutie des politiques publiques, et inversement, semble encore assez marginale. On dénonce encore l'irréalité du droit, abordé et décrit souvent sous l'angle d'un positivisme rigide. Si le droit peut être abordé sous l'angle des textes, l'étude de leur mise en œuvre (au delà de leur application jurisprudentielle) peut également être envisageable et très intéressante.

Dans une étude sur la mise en œuvre d'une infraction pénale explicable par la théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel, la prise en considération du droit ne semble pas inutile. En effet, le droit est et demeure en lui-même et par lui-même un moyen au service de fins déterminées. En cela même il pouvait contribuer à renforcer notre développement.

P. Duran relève que rien n'empêche un individu de chercher à utiliser la règle de droit à son profit³⁵. Des questions d'interprétations entrent alors inévitablement en jeu.

Les considérations de A. Jeammaud sont ici essentielles : « les règles juridiques sont plus naturellement exposées à une lutte pour le sens que dotées du sens clair qu'on leur prête d'autant plus volontiers que leur libellé paraît sans équivoque³⁶ ». L'application et la mise en œuvre d'une norme est en elle-même le produit d'un choix d'interprétation. En ce qui concerne le délit d'aide, la définition est tellement vague, que les différents acteurs ne peuvent qu'interpréter, tant bien que mal, le texte de loi.

³¹ CAILLOSSE, RENARD, BECHILLON, *op. cit*

³² P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, Paris, 1968, p. 20

³³ cf à titre d'exemple, J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997 ; P. RICOEUR, *Le juste*, Eds. Esprit, Paris, 1995

³⁴ cf. les recherches de P. LASCOUMES ou de D. LOCHAK ; P. DURAND, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », dans *Politiques et management public*, vol. 11, n°4, déc. 1993 ; J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT, *La judiciarisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, 2000. Cf. les travaux des juristes du CURAPP d'Amiens.

³⁵ P. DURAN, *op. cit*

³⁶ A. JEAMMAUD, « Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », dans M. MIAILLE, *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 95.

R. Dworkin écrit d'ailleurs que « l'interprétation dans le domaine juridique est un acte essentiellement politique, car elle fait entrer dans l'expérience même du droit, des convictions, des croyances, des principes, des théories etc... qui varient selon la morale et l'univers politiques propres à chaque interprète³⁷ ». Nous tenterons de démontrer comment l'interprétation donnée par les entrepreneurs politiques est en réalité guidée par des considérations bien plus générales, sur une politique plus globale d'immigration. Sous couvert de « juridicité » les entrepreneurs politiques tentent de légitimer une action politique, en assurant alors sa neutralité et sa « justesse ». Mais nous pourrions démontrer que le droit lui-même, quand il est objet de discours politiques, devient un outil politique malléable.

Il s'agit de sortir des dogmatismes respectifs, et d'étudier non seulement la Norme, mais aussi l'Acteur, et surtout l'application et l'appréhension de la Norme par l'Acteur. Comme l'explique si bien J. Caillosse, « on sait la proximité du droit avec le pouvoir³⁸ », pourquoi donc s'évertuer, systématiquement, à étudier l'un sans l'autre ? D'autant plus que l'étude juridique permet de comprendre et de rendre visible, de révéler certains éléments essentiels dans l'analyse des faits.

Le droit nous permettra donc, tout au long de cette recherche, de révéler l'existence d'une véritable politique publique structurée quant au délit d'aide au séjour irrégulier. La seule présence d'un dispositif juridique ne permet pas de déduire de l'existence d'une politique publique. Mais quand le droit soutient et permet la réalisation d'un projet d'action publique, quand il est interprété et mis en œuvre par les politiques, alors il peut devenir l'objet d'une politique publique, qui pénètre l'espace public.

P. Duran explique qu'« il nous paraît clair que si le management public ne peut se faire hors du droit, il n'est pas certain que le droit, dans ses usages, puisse désormais se passer du management³⁹ ». En ce qui concerne le délit d'aide au séjour irrégulier, le droit est managé, malaxé, utilisé en vue de la réalisation d'un projet politique.

La règle de droit est alors employée par un « Etat-stratège ». Elle remplit un rôle « promotionnel⁴⁰ ». Nous tenterons de démontrer que l'article L622-1 du Cesda sera employé et mis en œuvre parce qu'il constitue avant tout, par sa généralité et sa malléabilité, un instrument idoine d'efficacité et de performance. Il permet une souplesse dans l'action, absolument immense. P. Duran précise : « L'utilisation de la règle est aussi fonction des

³⁷ R. DWORKIN, *Une question de principe*, PUF, Paris, 1996

³⁸ J. CAILLOSSE, *op. cit.*

³⁹ P. DURAN, *op. cit.*

⁴⁰ N. BOBBIO cité par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988

propriétés de la règle elle-même⁴¹ ». Et de poursuivre en affirmant que « Dès lors que la loi en particulier porte des buts spécifiques mais non spécifiés, la mise en œuvre voit dans les règles d'application l'occasion d'une opérationnalisation des buts ».

Ce que les propriétés de l'article L622-1 du Ceseda, nous le verrons, permettent largement.

Problématique

Comment est-ce que le constat de l'incapacité globale à « maîtriser les flux migratoires » peut conduire les acteurs politiques, guidés par la performance, à étendre le champ de la répression de l'immigration irrégulière ?

Et comment est-ce que le droit permet de comprendre la réalité de ce processus ?

Méthodologie

Nous sommes alors confrontés à deux problèmes : celui de la formulation d'une règle de droit, et celui de sa mise en œuvre politique et juridique.

Et « si l'on considère que la réalisation du droit s'effectue non dans l'idée mais dans les faits, alors le droit pourra être évalué par rapport aux faits, et entre ainsi dans le mouvement de l'évolution sociale⁴² ».

Durant cette recherche, c'est ce que nous avons tenté de faire : comprendre le droit par sa mise en œuvre, juridique et politique.

Pour cela, le terrain allait être essentiel.

Les entretiens d'abord m'ont permis de déceler des enjeux essentiels. Les différents acteurs rencontrés m'ont permis d'évaluer le sens du délit d'aide au séjour irrégulier et de comprendre ce qu'il pouvait engendrer dans les faits, les difficultés qui pouvaient émaner, en pratique, de la généralité de sa formulation.

Les entretiens ont pu se faire, en partie, grâce à un « effet boule-de-neige ». Certains de mes interlocuteurs m'ont conseillé d'en contacter d'autres, et ainsi de suite. L'arborescence, à n'en pas douter, a joué. Le soutien et les conseils de Stéphane Maugendre ont également été précieux.

Ensuite, l'accord du député Daniel Goldberg, pour que je puisse assister et observer, pendant une semaine, le travail de la Commission des lois, m'a permis de bien avancer dans mon

⁴¹ P. DURAN, *op. cit*

⁴² P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratique de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986

travail. Les entretiens réalisés par la Commission étaient riches, et m'ont permis de recueillir de nombreuses informations. J'ai également pu accompagner M. Goldberg une journée à Calais, et ainsi rencontrer les acteurs du Calaisis, comprendre leurs réelles préoccupations, tant commentées et décrites par la presse. L'observation d'une distribution de repas, à des centaines de migrants, le long d'un hangar sur les côtes de Calais, m'ont permis de voir le travail réalisé par les membres d'associations et de comprendre leurs inquiétudes.

Au fil des semaines, le travail de terrain s'est enrichi. Plus les informations s'accumulaient, plus je réussissais à cerner les enjeux du délit d'aide au séjour irrégulier. Professeurs d'universités, magistrats, avocats, hommes politiques, hauts fonctionnaires, associatifs, m'ont permis de cerner les problèmes posés par la mise en œuvre de l'article L622-1 du Ceseda, tant pour les gouvernants que pour les gouvernés. Tous mes interlocuteurs ont su me consacrer du temps, et ont accepté de répondre à mes questions avec une spontanéité et une sincérité déconcertantes. Le flou de la situation, la généralité de l'article L622-1 du Ceseda, l'importance de la polémique et la rapidité avec laquelle elle s'est répandue ont permis des échanges riches. Mes interlocuteurs, parfois eux-mêmes en recherche d'un sens à donner à l'article L622-1 du Ceseda étaient très ouverts à la discussion. Ils en sont venus eux-mêmes quelques fois à me poser des questions, la relation se trouvant ainsi inversée. La difficulté décrite par H. Chamboredon de « s'imposer aux imposants⁴³ » n'a par là même pas été tellement ressentie en conduisant ces entretiens semi structurés.

Les entretiens avec les « aidants » et l'écoute attentive de leurs récits ont également été indispensables pour comprendre si la pression décrite était vraiment plus importante qu'auparavant, et si les interpellations avaient réellement augmenté. D'autant plus que l'accès aux données statistiques, nous le verrons, s'est révélée impossible et délicate.

Cette recherche se fonde donc essentiellement sur une analyse qualitative de la mise en œuvre du délit d'aide au séjour. Ainsi, l'exploration prendra le pas sur la vérification.

L'étude de la littérature grise, essentiellement des rapports au Parlement et des comptes-rendus de débat à l'Assemblée Nationale, m'ont permis de cerner et d'appréhender les positions de chacun et d'évaluer l'évolution du délit d'aide au séjour. L'étude de la législation était également essentielle pour comprendre les modifications législatives qui ont pu être faites de l'article L 662-1 du Ceseda. Par ailleurs la lecture du Code Pénal a pu être très utile, pour placer le délit d'aide au séjour irrégulier dans son contexte, et en cerner la singularité (essentiellement dans sa formulation), par rapport à d'autres infractions codifiées. L'étude

⁴³ H. CHAMBOREDON, « S'imposer aux imposants », *Genèses*, 16, juin 1994, p. 114-132

des sites Internet et des communiqués qui pouvaient y être publiés, durant plusieurs mois ont également été une source d'informations non négligeable, notamment pour suivre le conflit entre les associations et le ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale.

La base de données *Factiva* m'a permis de comprendre l'évolution du traitement médiatique du délit d'aide au séjour. Cette recherche fait découvrir certains éléments surprenants. La courbe était incroyablement ascendante. Jamais le délit d'aide au séjour irrégulier n'avait été à ce point analysé et traité dans les médias. Cette information m'a poussé à me demander pourquoi les médias se sont à ce point emparés de ce thème aujourd'hui, et ce, bien plus qu'ils ne l'avaient jamais fait.

Enfin, les bases de données *Dalloz* et *Legifrance* ont été une source incroyablement riche et utile pour analyser la jurisprudence et découvrir la réalité de la mise en œuvre juridique du délit d'aide. Les cas relatés les plus récents proviennent d'une recherche plus personnelle (discussion avec les associations, lecture des médias, recherche sur Internet...). L'analyse jurisprudentielle nous a permis de sortir de l'interprétation purement politique du juridique, développée par le Ministre de l'Immigration dans différents de ces discours.

Annonce de plan

Nous étudierons donc, dans un premier temps, l'impact sociétal que peut susciter l'existence même d'une norme législative et la modification de sa mise en œuvre. Dans l'étude du délit d'aide, nous pourrions observer que ce qui crispe d'abord les « gouvernés », ce n'est pas tant l'application juridique de l'article L622-1 du Ceseda, c'est son existence même, sa validité actuelle, formulée comme telle⁴⁴. C'est la positivité du délit, dans sa généralité, qui inquiète, dans un premier temps.

Puis ce seront les effets de cette règle, son application, qui feront l'objet de toutes les critiques. P. Duran précise : « on n'obéit plus seulement pour ce que sont les règles constituant le cadre de l'action, mais pour ce qu'on pense que sont ou seront les résultats de celle-ci. » Nous étudierons alors le combat entre les acteurs, politiques et civiles, sur le sens du délit d'aide au séjour irrégulier, et sur la réalité de sa mise en œuvre. Tout au long de cette

⁴⁴ F. EWALD, lorsqu'il engageait à « parler droit » écrivait d'ailleurs : « Peut-être le moment est-il venu de le reconnaître : la valeur du droit ne tient pas à ce qu'il se fonderait sur un régime de valeurs que tout le monde devrait respecter, mais à sa seule existence. Sa positivité fait sa valeur », *Le Journal Littéraire*, n°1, 15 sept, 15 nov 1987, p. 91

partie, nous tenterons de comprendre les raisons du volontarisme puissant des entrepreneurs politiques d'appliquer l'article L 622-1 du Ceseda.

Dans un second temps, nous procéderons en quelque sorte à une vérification de la véracité du discours politique sur la mise en œuvre du délit d'aide au séjour irrégulier. L'étude de sa mise en œuvre jurisprudentielle nous permettra de développer l'idée d'une pénalisation du délit d'aide au séjour irrégulier.

Première partie :

**Clé de la mise en œuvre politique du délit d'aide au séjour
irrégulier, la théorie néo-institutionnaliste du choix
rationnel**

Si le délit d'aide au séjour surprend dans un premier temps tant sa formulation est floue et englobante (Chapitre I), il n'en demeure pas moins qu'il est un remède, pour les entrepreneurs politiques, contre les vicissitudes de la politique de « maîtrise des flux migratoires » (Chapitre II). L'étude de la rhétorique des *policy makers* se révélera alors essentielle pour tenter de cerner la stratégie déployée (Chapitre III).

Chapitre I. Le délit d'aide au séjour : un objet juridique non identifié ?

Section I. Un délit infiniment indéfinissable

Paragraphe 1. Les éléments constitutifs du délit d'aide au séjour irrégulier

L'alinéa 1 de l'article L622-1 du Ceseda dispose que « 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 sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros ».

La lecture de cet article laisse perplexe. Sa relecture conduit à la dubitation. Son analyse suscite le désarroi.

« Toute personne » : le champ d'application est large. Le législateur n'a pas défini spécifiquement l'auteur de l'infraction. Cet article vise à sanctionner l'ensemble de la population, française et étrangère, qui aurait commis ce délit. L'incrimination est très générale.

« Par aide » : le terme est indéfini juridiquement. Le droit ne connaît habituellement pas ce terme. La notion ne semble pas vraiment juridique. Mais puisqu'elle existe en l'occurrence, Gérard Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*⁴⁵, l'a ainsi expliqué: « Synonyme d'assistance ; le mot aide tend à remplacer le mot « assistance » lorsque celle-ci est fournie par une collectivité. Secours. Assistance d'ordre matériel, moral ou physique (soutien, appui, soins) apportée à une personne en difficulté ; parfois secours à une personne en danger. »

L'aide englobe le soutien. Elle renvoie, dans la conscience collective, à une forme d'acte altruiste. Il est précisé qu'elle peut-être matérielle, morale ou physique. Des comportements très différents sont donc visés. Benoît Mercuzot⁴⁶ constate, à propos de l'article L622-1 du

⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007 (1987)

⁴⁶ B. MERCUZOT, « L'article 21 de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 : un défi aux fondements du droit » in *Dalloz*, 1995, p. 250

Ceseda, que « L'aide mutuelle que pourraient s'apporter des étrangers en situation irrégulière pourrait être sanctionnée, aggravant pour chacun d'eux la sanction qu'ils encourent pour l'irrégularité de leur séjour ».

La surprise est grande quand, à première vue, on constate qu'un article du droit pénal sanctionne l'aide, y compris morale et physique.

Mais il est surtout frappant de constater que les éléments constitutifs de l'aide, de l'acte incriminé, ne sont jamais définis matériellement. Le corps du délit reste indéfini.

« directe ou indirecte » : Là encore les termes sont généraux, et peu clairs. Qu'est-ce que l'aide indirecte ? Aucun juriste, avocat, professeur d'université, juge, homme politique ou haut fonctionnaire n'a pu me l'expliquer. Comment la déterminer, la constater ou bien même la prouver ? Tout ce que l'on peut affirmer de manière certaine, c'est que l'aide doit avoir été fournie de manière intentionnelle⁴⁷.

« facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers » : toutes les étapes permettant la présence étrangère en France sont visés. Il est également surprenant de constater que le législateur a souhaité préciser que la tentative de facilitation est réprimée.

La personne étrangère qui, à l'étranger, aurait tenté de faciliter l'entrée d'un étranger en France, serait donc également visée.

La généralité de l'infraction est donc frappante. Stéphane Maugendre précise⁴⁸ qu'il faut bien comprendre que la « *tentative de facilitation par aide indirecte* » est sanctionnée.

Ainsi l'auteur, les faits incriminés et l'objet de l'infraction ne sont pas précisément définis, ce qui est rare en droit pénal. Elle est très peu cadrée, légalement et juridiquement. Il serait possible de parler d'un embryon de définition.

Paragraphe 2. L'impossible décryptage de l'infraction

Notons que seule la définition légale du racolage semble présenter les mêmes caractéristiques. Il est ainsi expliqué que c'est « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende⁴⁹ ».

⁴⁷ En effet, l'article 121-3 du Code Pénal dispose qu' « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Ce principe général du droit pénal trouve évidemment application en matière de répression de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.

⁴⁸ Entretien réalisé avec Stéphane Maugendre, avocat et Président du GISTI

⁴⁹ Article 225-10-1 du Code Pénal

La matérialité de l'infraction et l'élément intentionnel de l'infraction peuvent résulter d'une « attitude même passive », ce qui demeure assez mystérieux, juridiquement.

Aux juges alors de préciser la portée et la signification de ce texte en ayant recours aux travaux préparatoires et en évitant, surtout, toute interprétation littérale. Elle se révélerait vaine (nous étudierons la jurisprudence plus en avant, dans la deuxième partie de ce mémoire). Notons cependant dès à présent que dans un arrêt du 30 octobre 1995, le Tribunal de Grande Instance de Toulouse relève que « la rédaction de l'article 21 en terme générique visant « toute personne » et toutes actions directes ou indirectes facilitant le séjour irrégulier d'un étranger en France, ne semble pas répondre aux exigences du principe de légalité, aucun des éléments de l'infraction n'étant énoncé avec suffisamment de précision ».

Où commence et s'arrête le délit d'aide au séjour irrégulier ? Aucun de mes interlocuteurs n'a donc su répondre à cette question.

Le responsable des questions juridiques au bureau de la lutte contre les fraudes, des contrôles et de l'éloignement du Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale, n'a pas su, lui non plus, m'expliquer ce que signifiait cet article. Il m'a précisé : « *l'aide incriminée, c'est celle qui n'est pas ponctuelle, celle qui s'inscrit dans un registre durable* ». Et au Directeur de l'Immigration de me préciser : « *C'est une obscénité ce mot aide. Il aurait mieux valu employer par exemple l'expression anglaise excessive support ou bien même collaboration, mais ce n'est pas possible (...) Nous sommes dans la dialectique de l'imperfection raisonnée* »⁵⁰. Quoiqu'il en soit, le terme n'est pas modifié et les députés de la majorité se sont opposés à tout amendement ou modification de l'article L622-1.

Un député de la majorité, Etienne Pinte⁵¹, précise également que « *le gros problème, c'est le choix des mots. Le gouvernement n'aurait pas dû utiliser le mot « aide »* ».

Le député Daniel Goldberg précise, quant à lui, que ce n'est pas une analyse juridique du délit d'aide au séjour irrégulier qu'il faut tenter de faire, puisque rien ne serait juridique dans la formulation de cet article. Il explique : « *c'est pas une analyse juridique qu'il faut faire. Un élève de CM2 peut comprendre le « toute personne » dans l'article* ».

Le texte est ambigu. Sa portée, très incertaine, pour bon nombre de personnes.

Ainsi, lors d'un débat au Sénat autour d'une proposition visant à modifier l'article L622-1 du Cesda, les interrogations étaient déjà nombreuses :

« Serait-ce vraiment un crime pour un journaliste, un professeur ou un scientifique français d'accueillir un collègue algérien condamné à mort dans son pays et qui arrive chez lui en lui

⁵⁰ Entretien réalisé au Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale

⁵¹ Entretien réalisé à l'Assemblée Nationale

disant : « J'ai demandé le droit d'asile. Je préférerais ne pas être dans un centre de rétention. Je vous demande de m'héberger pendant deux ou trois jours » ? (...) je voudrais savoir si les personnes qui, par amitié et parce que c'est tout simplement normal, accepteraient de recevoir, dans ce cas précis, une personne à laquelle on accordera très probablement le droit d'asile seraient passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou d'une amende de 200 000 frcs ? »⁵². « Cette question reste sans réponse » note Bernard Mercuzot⁵³.

En 2009, Marianne Lagrue⁵⁴, auditionnée par la Commission des lois, dans le cadre de la proposition de loi du député Daniel Goldberg visant à modifier l'article L622-1 du Ceseda, s'inquiète également de la portée de l'article :

« *Compte tenu de la terminologie, on pourrait craindre que les avocats soient poursuivis pour assistance* »⁵⁵.

L'imprécision du texte inquiète. Il favoriserait les amalgames entre les passeurs (les auteurs présumés du délit d'aide au séjour irrégulier) et les personnes agissant par simple solidarité. La contamination pénale pourrait jouer, sans entrave.

Et le vieux diagnostic du déclin de la loi, de son manque terrible de précision⁵⁶, se trouve conforter, une fois de plus.

Section 2. Un délit reconduit, malgré tout

Paragraphe 1. Un délit facteur d'insécurité juridique

Force est de constater que l'article L622-1 du Ceseda demeure en vigueur, depuis 1945.

Et ce, en dépit du principe de la légalité des délits et des peines.

Cette règle est un principe fondamental du droit pénal, un de ses fils directeurs (il y en a deux au sein du bloc de constitutionnalité, le deuxième étant celui de la présomption d'innocence).

Il dicte au législateur ce qu'il est obligatoire de respecter, quand il rédige ou étudie une loi.

Pour le comprendre, il faut se référer à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme qui énonce que « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » et à

⁵² Intervention de Mme F. SELIGMANN, *JO Sénat CR*, 16 novembre 1994, p. 5614

⁵³ *op. cit*

⁵⁴ Avocate, élue au Conseil National des Barreaux

⁵⁵ Propos recueillis lors de l'observation des auditions organisées par la Commission des lois.

⁵⁶ P.A. ROBERT, « LA prolifération des lois, maladie de l'organisme juridique contemporain », *Gaz. Pal.*, 7 juillet 1938, p. 5 ; R.E. CHARLIER, « Vicissitudes de la loi », *Mélanges Maury*, t II, p.303 ; R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977, p. 43

une décision du Conseil Constitutionnel dans laquelle il est précisé que le législateur doit « définir les infractions en terme précisément clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁵⁷.

Ainsi, « Le principe de légalité ne s'impose pas comme une sorte d'obligation morale ou comme règle de conduite qu'il est convenable de suivre : il s'impose comme une véritable règle de droit avec comme conséquence et sanction l'annulation de la disposition législative qui lui est contraire »⁵⁸.

Les professeurs Christine Lazerges et Dominique Rousseau précisent que « si l'on a pu observer que le contrôle simplement potentiel du Conseil Constitutionnel conduit le législateur à s'auto-limiter en étant vigilant quant au respect même de ce principe, l'auto-contrôle du Parlement est souvent insuffisant »⁵⁹. En l'occurrence, en 1945, quand l'ordonnance instituant le délit d'aide au séjour irrégulier fut adoptée, le Conseil Constitutionnel n'existait pas encore. Aucun contrôle de constitutionnalité ne pouvait donc être envisagé.

À l'imprécision de la loi s'ajoute l'augmentation du nombre de textes de lois et de leurs modifications. Les auteurs poursuivent en constatant, de manière plus générale, que « l'avalanche d'infractions nouvelles depuis des décennies, illustre un mouvement déjà ancien de pénalisation des comportements (...) il renforce le caractère virtuel de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi pénale » ».

Depuis 1994, on l'a vu, beaucoup d'auteurs s'accordent pour contester le caractère spécialement flou de l'article L622-1 du Ceseda et à relever l'insécurité juridique qui en découle. Or, les entrepreneurs politiques, en l'occurrence le législateur, auraient pu reprendre à bon escient les dispositions inscrites à l'article 27 de la Convention de Schengen, pour rendre les choses plus claires. Cet article précise que le délit de l'article L622-1 du Ceseda ne doit viser explicitement que les personnes ayant facilité « à des fins lucratives »⁶⁰ l'entrée et le séjour irréguliers d'un étranger.

Benoît Mercuzot⁶¹ note que dans la formulation et la rédaction de la loi adoptée en 1994, qui modifie l'article L622-1, il avait été délibérément choisi de ne pas faire figurer la mention « à

⁵⁷ Cons. Const., 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, *Rec. Cons. Const.*, p. 15

⁵⁸ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, p. 169 et s.

⁵⁹ C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, « Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel du 13 mars 2003 », *Revue de droit public*, n°4, 2003, p. 1155

⁶⁰ « Les parties contractantes s'engagent à instaurer des sanctions appropriées à l'encontre de quiconque aide ou tente d'aider, à des fins lucratives, un étranger à pénétrer ou à séjourner sur le territoire d'une Partie contractante en violation de la législation de cette Partie contractante relative à l'entrée et au séjour des étrangers ».

Art. 27 de la Convention d'application des accords de Schengen, 19 juin 1990, *RGDI publ.*, 1991. 523

⁶¹ *op. cit.*

des fins lucratives » de l'article 27 de la Convention de Schengen. Ce choix résulterait de la volonté exprimée, lors des débats parlementaires, de permettre la poursuite pénale « des agissements qui relèveraient par exemple de l'infiltration en France d'éléments appartenants à des réseaux islamistes, terroristes ou d'espionnage »⁶².

Le droit européen a précisé, plus tard encore, la portée de l'aide au séjour irrégulier. Ainsi, le Conseil européen de Tampere en 1999 a souligné l'importance de lutter contre le trafic des êtres humains et a insisté sur la nécessité de rapprocher les règles de droit pénal des différents Etats membres. La directive du 28 novembre 2002⁶³ du Conseil de l'Union européenne en découlera. Elle invite alors chaque Etat membre à adopter des sanctions appropriées « à l'encontre de quiconque aide sciemment, **dans un but lucratif**, une personne non ressortissante d'un Etat membre à séjourner sur le territoire d'un Etat membre en violation de la législation de cet Etat relative au séjour des étrangers ».

Pour autant force est de constater que la loi du 26 novembre 2003, qui modifie une nouvelle fois l'article L622-1, ne prendra pas en considération la directive de 2002. À aucun moment, le législateur français n'a souhaité restreindre le champ d'application de l'article L622-1⁶⁴. Il n'a pas souhaité non plus en préciser la portée. Et il était en mesure de le faire, puisque la directive laissait une grande liberté aux Etats quant aux moyens d'atteindre les résultats prescrits. Elle admettait qu'ils pouvaient maintenir, librement, par un droit plus répressif, des dispositions plus restrictives envers les « aidants »,

Paragraphe 2. Un délit délibérément large

Notons que cette absence de précision de la portée exacte de l'article L622-1 du Ceseda peut s'expliquer par des considérations politiques très rationalistes. En effet, quoi de plus judicieux pour les entrepreneurs politiques que de maintenir une formulation très large et très englobante de la loi, pour pouvoir remplir au mieux leurs objectifs (en l'occurrence : la

⁶² Explication donnée par le ministre de l'Intérieur, lors de la présentation du projet de loi à l'Assemblée Nationale, *JOAN CR*, 17 décembre 1997, p. 9269-9270

⁶³ Directive n°2002/90/CE

⁶⁴ Dans son rapport sur la loi du 26 novembre 2003, le député Thierry Mariani justifiait l'absence de précision quant aux motivations de l'aide au séjour irrégulier, en reprenant le raisonnement développé par les membres du gouvernement, en 1994 : « la question d'intégrer la condition "de fins lucratives" s'est déjà posée lors de la transposition de l'accord de Schengen par la loi du 27 décembre 1994 portant modification de l'ordonnance de 1945. Le législateur s'y était opposé afin de "poursuivre des agissements qui relèveraient par exemple de l'infiltration en France d'éléments appartenant à des réseaux d'islamistes, terroristes ou d'espionnage" » (*Rapport n°949 (XIIème législature) au nom de la Commission des lois*).

répression des filières clandestines de passeurs qui facilitent l'immigration irrégulière, ou bien même encore la lutte contre le terrorisme) ?

C'est bien ce qui s'est produit lors de l'adoption de la loi n°96-647 du 22 juillet 1996 qui modifiait l'article L622-1 du Ceseda (anciennement l'article 21 de l'ordonnance de 1945). Cette loi s'attachait à élargir la notion d'acte de terrorisme en ajoutant de nouvelles infractions à la liste de celles énoncées à l'article 421 du Code Pénal et en y incluant précisément celle d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers.

D'autant plus qu'à la suite de l'adoption de cette loi, le Conseil Constitutionnel saisi par les parlementaires de l'opposition dont Robert Badinter, le 16 juillet 1996⁶⁵ (conformément à une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle le Conseil Constitutionnel peut contrôler une loi promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ⁶⁶») n'a pas conclu à l'inconstitutionnalité de cet article au regard du principe de la légalité des délits et des peines. Il précise, sur le plan de la légalité organique, qu' « il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers et qui peuvent notamment fixer un système de sanctions pénales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et des délits, ainsi que les peines qui leur sont applicables »⁶⁷.

Il faut cependant noter que dans cette décision, si le Conseil Constitutionnel invalide l'assimilation de l'aide au séjour irrégulier à un acte de terrorisme⁶⁸, il consacre aussi pour la première fois le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire pourtant du principe de la légalité des délits et des peines. Pour autant le Conseil Constitutionnel ne conclut pas à l'inconstitutionnalité de l'article L622-1 du Ceseda au regard des exigences de la légalité matérielle. Les professeurs de droit C. Teitgen-Colly et F. Julien-Lafferrière écrivent alors dans un commentaire de cette décision que « l'avenir dira si en préférant consacrer le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, plutôt que de déclarer inconstitutionnel l'article 21 de l'ordonnance en raison de sa généralité ou d'énoncer des réserves d'interprétation, le Conseil a permis d'éviter l'arbitraire dans l'application de cet article ⁶⁹».

⁶⁵ Déc. n°96-377 DC

⁶⁶ CC, 85-187 DC, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, 25 janvier 1985

⁶⁷ Le Conseil Constitutionnel confirme ce qu'il avait déjà énoncé dans une décision n°93-325 DC du 13 août 1993. Il s'agit là d'un rappel de l'article 34 de la Constitution de 1958.

⁶⁸ « Le législateur a entaché son appréciation d'une disproportion manifeste »

⁶⁹ C. TEITGEN-COLLY et F. JULIEN-LAFERRIERE, Commentaire de la décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996, *AJDA*, 20 janvier 1997, p.92 et s.

En admettant la formulation de l'article L622-1 du Ceseda tout en sanctionnant son intégration parmi les infractions terroristes, le Conseil Constitutionnel tranche, tout en restant dans le compromis. François Luchaire relève d'ailleurs que si l'aide au séjour avait été considérée par le Conseil comme un acte de terrorisme, « l'imprécision de l'article 21 (aujourd'hui article L622-1 du Ceseda) n'aurait pu être acceptée »⁷⁰.

Quoi qu'il en soit les marges d'interprétation de l'article L622-1 du Ceseda sont dès lors immenses. C'est ce que l'on verra dans une deuxième partie.

« *L'imagination est au pouvoir* » résume Stéphane Maugendre, lors d'un entretien.

Le flou de l'article L622-1 du Ceseda permet aux politiques une marge de manœuvre immense dans le pilotage de l'action publique.

Le point de vue de Pierre Legendre se révèle alors précieux :

La théorie politique habituelle a « le plus grand mal à concevoir que le problème de l'organisation normative suppose -je dis suppose, comme on suppose un axiome- une mise en scène (...) une vaste entreprise théâtrale. Autrement dit, pas de légitimité sans métaphore, sans montage de fictions. Si l'on tient pour secondaire ou si l'on refuse de reconnaître cette dimension du système normatif, on ne comprend pas bien la logique dogmatique, la genèse des normes, pas plus qu'on ne saisit l'efficacité des manœuvres de pouvoir parce que ces manœuvres sont avant tout la manœuvre des images et que le droit finalement est lié au pouvoir par cette articulation des images »⁷¹.

En ne précisant pas davantage l'étendue effective de l'article L622-1 du Ceseda, en maintenant un article globalement flou, l'Etat et les entrepreneurs politiques se seraient donc donné le pouvoir de développer plusieurs scénarios, plusieurs mises en scènes, selon les besoins et les objectifs du moment. L'imprécision permet alors l'action libre, débarrassée de toute entrave juridique.

Le flou du droit en vient à influencer sur la marge d'action des politiques.

La loi est ouverte, si largement que l'on peut y faire entrer presque n'importe quel acte.

Le mépris du droit européen et la validation, par le Conseil Constitutionnel, de la formulation de l'article L622-1 du Ceseda laissent donc libres les entrepreneurs politiques en charge des questions migratoires d'utiliser ce délit pour rendre leur programme de répression de l'immigration irrégulière à la fois plus effectif, plus efficace et plus efficient.

⁷⁰ F. LUCHAIRE, *Revue de droit public*, 1996, p. 1257

⁷¹ P. LEGENDRE, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n°74, mars-avril 1993, p. 107 et s.

Le délit d'aide au séjour irrégulier devient un moyen au service des gouvernants pour atteindre un but : la diminution du nombre d'étrangers en situation irrégulière et la lutte contre le travail illégal. Il constituerait un outil attrayant pour les acteurs politiques, leur permettant alors de maximiser leurs intérêts en répondant à des objectifs prédéfinis précis. (Les objectifs fixés en matière de lutte contre l'immigration irrégulière seront étudiés plus en avant.)

L'absence de nouvelle saisine du Conseil Constitutionnel, à partir de 1996, peut s'expliquer là encore par l'intérêt des acteurs pour qui le coût d'une reformulation de la règle (obligatoire pour que le Conseil Constitutionnel puisse être saisi) aurait pu se révéler trop lourd en terme de temps. Et un changement normatif aurait risqué de remettre en question les objectifs fixés en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et de démantèlement des filières. Cependant, notons qu'une loi organique, discutée au Parlement à la rentrée 2009, devrait permettre de soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'un texte législatif devant les juridictions ordinaires⁷² (les juges du premier ressort pourront alors décider de former une question préjudicielle, et ce seront les juges suprême qui décideront du renvoi de cette question au Conseil Constitutionnel). En se plaçant sur un terrain purement prospectif, il est donc possible d'imaginer que des associations comme le Gisti profiteront peut être de cette occasion pour arguer de l'inconstitutionnalité de l'article L622-1 du Ceseda, notamment sur le fondement du principe de la légalité des délits et des peines.

Avec l'article L622-1 du Ceseda, les acteurs politiques disposent bien d'une règle à respecter, mais, flexible et malléable, elle les autorise à orienter leur comportement de manière assez libre.

Néanmoins, la fin justifie-t-elle les moyens ?

À cette vaste interrogation, il n'est pas question ici d'apporter une réponse à cette large question, qui se révélerait rapidement subjective et/ou caricaturale, cependant le rapport entre les moyens employés par les acteurs politiques et les buts qu'ils se fixent semble mériter attention.

⁷² Art. 29 et 30 de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

Chapitre 2. Le délit d'aide ou le développement d'une action publique latérale : un adjuvant à la politique de « maîtrise des flux migratoires »

Section 1. Le délit d'aide : résultante du constat d'échec d'une politique volontariste de « maîtrise des flux migratoires »

Paragraphe 1. 1974-2009 : le développement continu d'une politique de « maîtrise des flux migratoires »

En 1974, après le premier choc pétrolier et les premières manifestations du chômage, les politiques migratoires prennent une nouvelle forme. Pour la première fois, il devient très clair politiquement que l'immigration des travailleurs est suspendue. Les justifications principales étant des raisons de nature conséquentialiste : « Nous ne pouvons accueillir toute la misère du monde⁷³ », « Il faut éviter tout appel d'air », « pour protéger l'économie française ». Deux objectifs, qui perdureront jusqu'à aujourd'hui, apparaissent : il faut lutter vigoureusement contre l'immigration clandestine (irrégulière) et fermer les frontières contre l'immigration de main d'œuvre d'une part, et intégrer les personnes résidant régulièrement en France, d'autre part. « Ces objectifs, la gauche les a fait sien aussi bien que la droite » note le Professeur Danièle Lochak⁷⁴. Le responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, des contrôles et de l'éloignement l'affirme également : « *Si tu retires les dates des circulaires, je te défie d'en reconnaître une qui soit de gauche ou de droite.* »⁷⁵ Lorsque la gauche se trouve au pouvoir, certains droits et garanties supprimés par la droite sont rétablis, cependant les dispositifs répressifs ne sont jamais remis en cause frontalement. Ainsi, il n'est pas question d'étudier les politiques migratoires en fonction de l'alternance au pouvoir des gouvernements, puisqu'il semblerait, au regard des législations successives, que toutes tendent à s'orienter dans une même direction : « la maîtrise des flux migratoires ». Il s'agirait plutôt d'analyser dans un premier temps la continuité de la politique d'immigration développée depuis 1974 pour tenter de comprendre dans un second temps ce qui conduit les gouvernements à étendre la répression de l'immigration à l'entourage de l'immigré.

⁷³ Michel Rocard

⁷⁴ D. LOCHAK. « Politique d'immigration : de la fermeture à la sélection, trente ans d'errements » in C. RODIER et E. TERRAY. *Immigration : fantasmes et réalité*. La Découverte. 2008

⁷⁵ Entretien au Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'identité Nationale

Notons d'abord, au regard d'un bref historique des législations adoptées depuis 1974, que toutes vont dans le sens d'un durcissement des conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Ainsi, en 1980, la « loi Bonnet »⁷⁶ permet à l'administration de renvoyer des étrangers en situation irrégulière. Le séjour irrégulier devient un motif d'expulsion. La rétention administrative, préalable, souvent, à une procédure d'expulsion, apparaît.

Entre 1981 et 1986, un gouvernement de gauche réinstaure quelques garanties pour les étrangers, notamment certaines immunités face à l'expulsion, ou la création de la carte de séjour de 10 ans.

En 1986, la « loi Pasqua »⁷⁷ restreint les dispositions protectrices des étrangers. Les garanties de procédure en cas d'expulsion sont revues à la baisse (le Préfet peut statuer seul, et sans qu'aucune procédure assurant les droits de la défense ne soit obligatoire, sur la reconduite des étrangers en situation irrégulière), les immunités contre l'éloignement sont moindres, la liste des documents exigés pour entrer sur le territoire français est allongée et l'accès à la carte de résident est soumis à des conditions plus draconiennes.

En 1989, la « loi Joxe »⁷⁸ réinstaure certaines garanties de procédure. Cependant, en 1992, alors qu'un gouvernement de gauche est toujours au pouvoir, de nouvelles mesures présentées comme tendant à la « maîtrise de l'immigration » sont mises en œuvre : sanctions contre les compagnies aériennes qui amènent aux frontières des voyageurs démunis de documents nécessaires, création de zones d'attente dans les ports et aéroports où les étrangers non admis sur le territoire peuvent être maintenus pendant vingt jours, renforcement des peines encourues en matière de travail clandestin

En 1993, une majorité de droite adopte « les nouvelles lois Pasqua »⁷⁹. La lutte contre l'immigration clandestine est présentée comme une priorité de l'action politique nationale. Les possibilités de regroupement familial sont restreintes et des sanctions sévères menacent ceux dont la famille se maintient irrégulièrement sur le territoire national. Le droit au séjour des conjoints de français est limité. Les étrangers en situation irrégulière perdent tout droit aux prestations de Sécurité sociale. Les personnes entrées en France alors qu'elles étaient enfant se voient retirer la garantie de pouvoir y demeurer après leur majorité.

⁷⁶ Loi n°80-9 du 10 janvier 1980

⁷⁷ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986

⁷⁸ Loi n°89-548 du 2 août 1989

⁷⁹Loi 93-933 du 22 juillet 1993 et Loi n°93-1027 du 24 août 1993 complétée par la loi n° 93- 1417 du 30 décembre 1993

En 1997, la « loi Debré »⁸⁰ admet l'impossibilité d'appliquer strictement les dispositions des « lois Pasqua » et crée pour les étrangers privés de l'accès à la carte de résident, une carte de séjour temporaire. Cependant les passeports des étrangers en situation irrégulière sont confisqués. Les empreintes digitales des étrangers qui sollicitent un titre de séjour peuvent être mémorisées. De nouvelles possibilités sont données à l'administration pour retirer un titre de séjour ou refuser un renouvellement.

En 1998, la « loi Chevènement »⁸¹ modifie peu le droit. La carte de séjour « vie privée et familiale » est créée, mais toutes les dispositions adoptées par les gouvernements précédents demeurent en vigueur.

En 2003, la « loi Sarkozy I »⁸², « loi relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France », adoptée par une procédure d'urgence, renforce le dispositif répressif de l'immigration en France. On relève notamment que la durée de la rétention administrative n'est plus de 12 jours mais de 32 jours ou que les parents d'enfants français sont désormais privés de l'accès direct à la carte de résident. Cette loi sera complétée par la « loi Sarkozy II »⁸³ (là encore adoptée par une procédure d'urgence). Les possibilités légales de régularisation sont réduites. L'obligation de quitter le territoire français (OQTF) est créée. Il s'agit de lutter contre « l'immigration subie » et de favoriser « l'immigration choisie », de mieux adapter l'immigration aux besoins économiques de la France.

En 2007, la « loi Hortefeux »⁸⁴ durcit les conditions du regroupement familial et autorise, sous certaines conditions, le recours aux tests ADN.

L'inflation législative, en matière de droit des étrangers, est frappante. À ces législations s'ajoutent également une multitude de dispositions éparses, énoncées dans des lois qui n'ont pas trait uniquement au droit des étrangers, mais qui pour autant modifient sensiblement les procédures ou le droit applicable. Notons également que la législation est enfin complétée par des centaines de circulaires et de directives (dont certaines sont des applications directes de dispositions européennes) qui tendent le plus souvent à préciser l'application des nouvelles règles en vigueur. Serge Slama note qu' « entre 2003 et 2009, l'ordonnance de 1945 a connu douze modifications de sa partie législative, et mille de sa partie réglementaire. »⁸⁵

Cette profusion de règles pourrait être la preuve d'une maîtrise assurée des flux migratoires et d'une gestion efficace de l'immigration irrégulière. Pourtant certains éléments poussent à

⁸⁰ Loi n°97-396 du 24 avril 1997

⁸¹ Loi n°98-348 du 11 mai 1998

⁸² Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003

⁸³ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006

⁸⁴ Loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007

⁸⁵ Séminaire organisé par le FNARS le 27 mars 2009

s'interroger sur la réussite des politiques migratoires développées depuis une trentaine d'années.

Paragraphe 2. Les éléments révélateurs de l'incapacité à « maîtriser les flux migratoires »

Tout d'abord, en matière d'immigration, si les règles sont là, elles sont sans cesse plus nombreuses, fréquemment réformées et souvent floues (l'article L622-1 en est un parfait exemple). Le jeu de casuistique, pour les agents de l'administration, est dès lors très prégnant. C'est ainsi que certains agents décideront d'adapter certaines règles, voir d'en ignorer d'autres. « Pour passer du général au particulier, ils développent des logiques qui leur sont propres et qui se retrouvent ensuite dans les circulaires et dans les décisions qui en découlent. C'est ainsi que se constitue un sens commun bureaucratique qui tend à prendre le pas sur les dispositions juridiques elles-mêmes »⁸⁶. Les agents de l'administration se créent alors leur propre autonomie. Ils se mettent à développer leur interprétation personnelle de certains textes. Par leur activité de régulation, ils en viennent dans une certaine mesure à élaborer eux-mêmes les politiques migratoires. Et là encore toutes les stratégies politiques de maîtrise de l'immigration peuvent être mises en échec. La pratique des politiques migratoires se révèle quelque peu anarchique. Les règles sont trop nombreuses, les agents ne comprennent plus, dans ces conditions, comment mettre en œuvre certaines règles. La maîtrise n'est pas absolue. Si les lignes semblent clairement tracées, en pratique, elles semblent difficilement applicables, à la lettre. Les pratiques officieuses peuvent ainsi aisément se développer. Alexis Spire⁸⁷ décrit la création et le développement d'un véritable « infra-droit » secret et instable, en matière d'immigration, qui permet tout. Les règles deviennent malléables et ajustables. Et les fonctionnaires partagent une conception commune de leur travail. Ils ont un ethos commun. Ils vont tous réinvestir et s'incorporer les règles. Les membres d'une même administration développent ainsi une forme de « solidarité organique⁸⁸ » très puissante. Et pour rien au monde il semblerait que les agents ne veuillent abandonner le pouvoir dont ils bénéficient sur la vie des administrés. Ils entretiennent un climat d'insécurité juridique qui sera le garant le plus fiable de leur latitude d'action et de leur docilité. Les décisions qu'ils prennent peuvent bouleverser la situation administrative, la trajectoire individuelle des individus venus les

⁸⁶ A. SPIRE. *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration en France*. Raisons d'agir. 2008

⁸⁷ A. SPIRE. *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*. Grasset. 2005

⁸⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893

consulter. Un véritable rapport artisanal au droit est développé. Ces pratiques sont d'autant plus développées que la plupart des agents n'ont aucune formation juridique. Ils sont dès lors contraints d'acquérir un sens pratique qui leur permet de faire face à certaines situations. La norme juridique est mise à distance et les marges d'appréciation sont immenses. Et pour une politique qui souhaite obtenir des résultats clairs et probants, le flou semble encore très important. L'échec est flagrant.

Il est notable, ensuite, que la prolifération des lois, des règlements, des circulaires, en matière d'immigration irrégulière traduit encore une forme d'échec dans la gestion d'une question politique. Si les politiques migratoires suivent une certaine continuité depuis une trentaine d'années, il n'en demeure pas moins que les moyens utilisés pour réprimer et tenter de restreindre l'immigration irrégulière sont sans cesse modulés et retouchés. L'action publique est constamment l'objet de remaniements, retranscrits dans les différentes dispositions juridiques successives. Ces remaniements constants peuvent dénoter une certaine forme de malaise. Ils peuvent également conduire à « l'indigestion du corps social ». « L'intelligence humaine est rebelle à saisir et à enregistrer une masse trop importante de commandements et de défenses ; la mémoire humaine est inapte à la retenir ; la volonté humaine est incapable de l'effort nécessaire pour l'observer dans sa totalité. Cette allergie va progresser en chaîne. Car la mauvaise assimilation du corps social incline, comme on l'a dit, le législateur à multiplier les définitions et les explications, au risque de s'embrouiller dans les détails, à répéter ses ordres ou ses défenses d'une manière qui révèle de plus en plus manifestement son impuissance, et à les assortir de sanctions dont le nombre et la minutie deviennent de plus en plus insupportables à ses sujets. À moins qu'il ne se décide à concéder des exceptions accroissant la complication de sa loi, et créant des inégalités et des jalousies peu favorables au respect de celle-ci. »⁸⁹

D'une manière générale, la lisibilité du droit des étrangers est très brouillée. Dans une perspective d'efficacité et de reconnaissance de la rationalité de l'action publique par les acteurs sociaux, l'accumulation des mesures prises pour maîtriser les flux migratoires n'apporteront pas une reconnaissance immédiate aux entrepreneurs politiques. La prolifération du droit en matière d'immigration n'est pas signe de bonne santé juridique et politique. L'incompréhension du corps social est grande en matière de régulation de l'immigration. Or dans une perspective de choix rationnels, l'entrepreneur politique a tout intérêt à adopter des mesures visibles, simples et productives de résultats probants.

⁸⁹ R. SAVATIER. « L'inflation législative et l'indigestion du corps social » in *Dalloz*, 1977, p. 43

Notons également que la rationalisation des politiques de « maîtrise des flux migratoires » est remise en cause par la rationalisation de l'intérêt des migrants. « D'une façon générale, plutôt que de misère, il faudrait parler de désespérance. À elle seule, la pauvreté n'est pas un motif de départ. Si une personne a le sentiment que, par son travail et son action, elle est en mesure d'améliorer sa situation dans un délai raisonnable, dans la plupart des cas, elle ne partira pas. Mais les candidats à la migration viennent le plus souvent de pays bloqués, verrouillés, où aucune perspective de transformation n'est concevable, où toute initiative se heurte à l'inertie, à la corruption ou à l'oppression, et où aucune action collective n'est possible pour changer la situation. En pareil cas, comme le montre Albert Hirschman⁹⁰, le départ est une solution rationnelle, il est même la seule solution rationnelle. »⁹¹. Ainsi, les objectifs rationalisés des migrants et des politiques des pays d'accueil se confrontent. Si les reconduites à la frontière et les OQTF se multiplient en répondant à des objectifs chiffrés très précis, il ne semblerait pas que les flux migratoires s'atténuent, ni que la volonté des migrants de venir en France (et plus largement en Occident) s'essouffle. Les entrées irrégulières sur le territoire national ne peuvent être, par nature, ni comptabilisées ni chiffrées. Mais il est largement admis que l'irrégularité persiste malgré le développement de dispositifs juridiques et statistiques dissuasifs.

La politique de « maîtrise des flux migratoires » est aussi indéniablement confrontée à la mondialisation, qui donne une nouvelle impulsion aux mouvements de la population. Elle réduit d'abord considérablement le coût des communications et des transports, et facilite clairement les déplacements à travers le monde. Les informations concernant le mode de vie dans les pays les plus riches sont de plus en plus nombreuses et accessibles. La volonté de partir et les vellétés de départ s'en trouvent renforcées. Et les politiques nationales ne semblent pas pouvoir contrer ces décisions privées. Les Etats savent qu'ils n'ont que très peu d'emprise sur ces choix, et sur la circulation des migrants.

D'autre part, la politique d'objectifs chiffrés, instaurée en 2006 par Nicolas Sarkozy, consistant notamment à « éloigner » un nombre précis d'étrangers atteint un coût considérable. Le coût annuel d'une place en rétention varie de 74 000 euros à 190 000 euros, selon les centres de rétention. Carine Fouteau⁹² relève que l'association la Cimade dénombre 1 724 places dans les centres de rétention en France, ce qui permet une première estimation allant de 127,6 à 327,6 millions d'euros par an (sachant que les taux d'occupation avoisinent

⁹⁰ A. HIRSCHMAN, *Exit and voice. Face au déclin des entreprises et des institutions*, Editions ouvrières, Paris 1972

⁹¹ E. TERRAY. Pourquoi partent-ils ? in C. RODIER et E. TERRAY, *op. cit*

⁹² C. FOUTEAU, « Combien ça coûte, combien ça rapporte ? » in C. RODIER et E. TERRAY, *op. cit*

100%, selon l'association). Soit entre 5 500 et 14 000 euros pour une expulsion « réussie ». L'auteur poursuit, « cela serait sans compter la rémunération des agents de police chargés des escortes et de la garde des centres de rétention. Présentés dans la mission sécurité du budget, les seuls éléments disponibles concernent l'ensemble de la police des étrangers. Avec 11 482 postes (en équivalent à temps plein), on atteint plus de 560 millions d'euros de dépenses. » En réalité, le coût de la répression de l'immigration irrégulière n'est pas établi, et reste très difficile à quantifier.

Le Directeur de l'Immigration au Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale, M. Etienne, l'affirme :

« On dépasse les centaines de millions d'euros, entre les CRA, les CADA, la PAF, les CRS, les services de sécurité et de police de l'interpellation, les agents des Préfectures, les Consuls, les fonctionnaires du Ministère... Le budget du Ministère est de 570 millions d'euros. Mais c'est une bonne question, on ne sait pas aujourd'hui combien coûte la répression de l'immigration irrégulière. »⁹³

Ainsi, malgré des coûts qui pourraient être importants, les résultats de l'action publique en matière de maîtrise de l'immigration irrégulière restent incertains. Les moyens et les dépenses déployés pour maîtriser les entrées et les séjours irréguliers n'assurent pas de résultats évidents. Rien ne prouve que l'immigration irrégulière a diminué, et plus encore, aucun élément ne permet d'affirmer qu'elle peut diminuer.

Pour autant, on tente de rationaliser au maximum cette politique de maîtrise de l'immigration irrégulière. La lutte contre l'irrégularité doit répondre à des objectifs chiffrés et atteindre des résultats pré-fixés. Alexis Spire⁹⁴ explique que les fonctionnaires doivent répondre à divers objectifs tout en disposant d'une grande liberté de gestion pour les atteindre. Sont ainsi mis en place par exemple des indicateurs de performance qu'il faut respecter. En bref, toute la nouvelle logique repose sur une forme de rationalité gestionnaire rentable. On développe une logique de la mesure tout azimut, mesure de l'efficacité, de l'effectivité, de l'efficience. On quantifie l'action publique. On la rationalise par des chiffres.

En matière d'immigration, les objectifs chiffrés se sont généralisés en devenant monnaie courante depuis 2003. La création d'un Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale a accru cette pratique. L'ancien Ministre de l'Immigration, M. Hortefeux, a fondé ainsi toute sa politique et sa légitimité sur l'atteinte annuelle d'objectifs chiffrés : 25

⁹³ Entretien réalisé au Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale

⁹⁴ *op.cit*

000 étrangers devaient quitter le territoire en 2007, 27 000 auront dû partir fin 2009⁹⁵. La pression sur la bureaucratie est devenue intense. La norme de productivité devient un élément clé de l'évaluation des fonctionnaires. La gestion se massifie et s'uniformise. Serge Slama explique : « *Il y a quelque chose de plus en plus industriel, de plus en plus massif.* »⁹⁶ « Vous devez, sans attendre la nouvelle loi, augmenter les reconduites. Des objectifs chiffrés vous seront fixés, sachant que l'objectif national est de multiplier par deux, à court terme le nombre de reconduites » affirme, en 2003, le Ministre de l'Intérieur M. Sarkozy⁹⁷. Les mesures sont spectaculaires et sensationnelles. Elles devraient assurer l'efficacité du gouvernement, du moins en apparence, en matière de gestion de l'immigration. Elles permettent de brandir les résultats chiffrés de l'action publique. Cependant, ces mesures ont été largement critiquées, considérées comme inutiles, inatteignables et inefficaces. Ainsi, « Quand on décortique les chiffres, force est de constater que la réalité a été camouflée pour tenter à tout prix de pouvoir afficher un bilan conforme aux objectifs plus que volontaristes de maîtrise de l'immigration imposés par le Président de la République (...) Il existe différents types de « reconduites ». Certaines sont forcées, d'autres « volontaires ». Ces dernières concernent le plus souvent des Roumains et parfois des Bulgares, qui ont le droit de rentrer en France sans visa (...) Pour les responsables de la police, les « vraies reconduites concernent les étrangers que l'on ramène hors d'une zone de libre-circulation vers la France, d'abord en Afrique, en Asie, en Amérique ou en Europe de l'Est. Or, ces reconduites-là n'augmentent pas. Elles représentent moins de la moitié (46%) des 14 660 reconduites annoncées par M. Hortefeux pour les cinq premiers mois de 2008. »

Et de poursuivre, « l'important est toujours que les annonces soient profitables, que les échecs soient camouflés et que l'apparence soit sauve. »⁹⁸

Matthieu Bonduelle, juge d'instruction en décharge d'activités pour être Secrétaire général du Syndicat de la Magistrature relève également que « *depuis 2002, il y a une certaine dépendance des parquets à l'exécutif. Il y a une reprise en main de la magistrature. Mme Dati convoque des Procureurs dans son bureau parce qu'il n'y a pas assez de peines planchées. Il y a une pression statistique vraiment énorme. Et les nominations sont très politisées, aussi* »⁹⁹.

⁹⁵ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009

⁹⁶ Séminaire FNARS, 27 mars 2009

⁹⁷ Discours de N. Sarkozy, Ministre de l'Intérieur, 26 septembre 2003

⁹⁸ P. WEIL. « Politique d'immigration : le dessin des chiffres ». Enquête réalisée pour *Le Monde*. 15 janvier 2009

⁹⁹ Entretien réalisé au Syndicat de la Magistrature

En réalité, la politique des quotas est perçue comme un véritable échec, pour beaucoup, y compris au sein des rangs de la majorité :

« Ce qui pollue l'atmosphère, c'est le problème des quotas. On est à la merci de tous les dérapages, ça donne corps aux dérapages. »¹⁰⁰

Quelques jours auparavant, le même député rappelle à la tribune du Parlement, devant M. Besson : *« Aussi, face aux arrivées massives et très souvent dans des conditions dramatiques, de réfugiés à Malte ou à Lampedusa, par exemple, nous faudra-t-il réfléchir à une véritable politique de solidarité entre États de l'Union européenne.*

Puisque nous avons l'occasion d'aborder les thèmes de l'immigration et de l'intégration, permettez-moi d'appeler votre attention sur les modalités de la maîtrise des flux migratoires sur notre territoire. Vous savez que je suis hostile à la notion de quotas. Les hommes ne sont pas des marchandises que l'on peut soumettre à quotas, comme le lait ou la pêche. Qu'il faille renvoyer chez elles, avec humanité, les personnes qui ne remplissent pas les conditions pour se maintenir chez nous, je ne le conteste pas. Ce que je déplore, c'est d'entendre des préfets, au mois de novembre dernier, à la suite de dérives ou de bavures, me dire : « Que voulez-vous, monsieur le député, les services du ministère m'ont appelé pour me dire que je n'avais pas fait mon chiffre... » Les préfets ne doivent pas être harcelés ou mis sous pression, ce qui peut avoir pour conséquence des expulsions parfois juridiquement contestables (...) Je vous demande donc, monsieur le ministre, de rappeler à vos collègues que leurs services doivent respecter l'ordre républicain. En conclusion, je souhaite que chacun à sa place soit un éveilleur de conscience, comme nous le demande Albert Camus »¹⁰¹.

Face à ces différents écueils, la politique actuelle de « maîtrise des flux migratoires » peut s'analyser en terme de néo-institutionnalisme du choix rationnel. Cette perspective calculatrice permet de « privilégier les aspects du comportement humain qui sont instrumentaux et orientés dans le sens d'un calcul stratégique. Elle postule que les individus cherchent à maximiser leur réussite par rapport à un ensemble d'objectifs définis par une fonction de préférence donnée et que, ce faisant, ils adoptent un comportement stratégique, c'est à dire qu'ils examinent tous les choix possibles pour sélectionner ceux qui procurent un bénéfice maximal. »¹⁰²

¹⁰⁰ Entretien réalisé à l'Assemblée Nationale avec M. Etienne Pinte, député membre de la majorité. Ancien maire de Versailles.

¹⁰¹ Intervention de M.Pinte à l'Assemblée Nationale, le 30 avril 2009, lors de la discussion autour de la proposition de loi du député Daniel Goldberg amendement l'article L622-1 du Ceseda

¹⁰² P.A. HALL, ROSEMARY C.R. TAYLOR, « La science politique et les trois néo-institutionnalismes » in *RFSP*, vol. 47, n°3-4, juin-août 1997, p.469-496

Paragraphe 3. La nécessité de réaffirmer la rentabilité de l'action publique

La volonté d'afficher une gestion toujours plus rationnelle et contrôlée de la politique de gestion de l'immigration irrégulière conduit non pas à abandonner les objectifs chiffrés, mais au contraire à les étendre à une nouvelle catégorie d'individus. On déplace, on décale la ligne d'action. Ainsi, en 2009, si 27 000 personnes devront quitter le territoire, 5 000 personnes « aidantes » devront également être interpellées (notons que l'objectif est de 5 500 interpellations d' « aidants » en 2011). Les chiffres augmentent, comme pour faire oublier une déficience de la gestion au fond d'une question très complexe.

La rentabilité à tout prix semble guider l'action publique. Au regard des déclarations du Directeur de l'Immigration, il est d'ailleurs possible de se demander pourquoi afficher une telle certitude dans la gestion de l'immigration irrégulière, en passant nécessairement par des objectifs chiffrés alors que la réalité reste floue.

« Jusqu'en 2006-2007, on pouvait rester irrégulièrement en France, dans un consensus général. Désormais on part ou on régularise. On sort des situations illégales. Mais c'est très difficile de trouver les voix et les moyens de sortir les gens de l'illégalité. Je pense ici à Taléran qui dit « qu'on ne sort de l'ambiguïté qu'à son détriment ». En matière d'immigration, on ne sort de l'ambiguïté que de façon violente. On tente de limiter au maximum la violence, mais la ligne politique implique que nous gérons ce processus. Et oui, ce processus peut-être violent, pour pouvoir vaincre la peur de l'illégal (...) Avec ce Ministère, nous en sommes aux quatre premières secondes de la vie d'une administration. Et à la question de comment, on peut répondre qu'on élabore. Ce qu'on peut affirmer, c'est qu'il faut lutter contre l'économie noire, l'économie souterraine, qui est la négation de l'appartenance. »

Ainsi, la logique néo-managériale très largement réaffirmée par la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF) prend le pas sur les incertitudes quand à la pertinence de poursuivre une gestion guidée par des exigences de rentabilité quantitative. Les performances doivent pouvoir être mesurées par des indicateurs précis. Cependant en matière de gestion de l'immigration, les indicateurs sont largement remis en cause, et la performance semble être inquantifiable. Le besoin d'être efficace, et de prouver que son action publique est rentable l'emporte en toute occurrence. Pour Michel Feher, N. Sarkozy « est le premier à utiliser l'immigration comme faire-valoir du volontarisme en politique (...) Expulser, c'est

techniquement possible, il suffit de se donner des objectifs chiffrés et d'appeler efficacité le fait de les tenir. »¹⁰³

Cependant, ces résultats permettent-ils réellement de lutter contre l'immigration irrégulière et « l'économie souterraine » ? Rien n'est moins certain. En matière d'immigration irrégulière, les chiffres ne peuvent véritablement être connus. Le Rapport au Parlement, sur les orientations de la politique de l'immigration de 2007¹⁰⁴ (le dernier publié en date), l'atteste : « l'importance et la nature de la population entrée puis séjournant de façon irrégulière sur le territoire national ne peuvent faire l'objet d'une comptabilisation et d'un suivi précis (...) L'immigration clandestine est difficile, voir impossible à quantifier (...) Par définition, les étrangers entrant irrégulièrement sur le territoire français ne font l'objet d'aucun enregistrement administratif d'ensemble et ne peuvent donc pas être dénombrés.» Alors, l'estimation du nombre d'étrangers en situation irrégulière se fait à partir de différents indicateurs. Pour l'entrée irrégulière sur le territoire, des indicateurs permettent « d'évaluer l'importance de la pression migratoire aux frontières » :

- le nombre de placements en zone d'attente
- le nombre de refoulements à la frontière
- le nombre de demandes d'asile à la frontière

Pour le séjour irrégulier, d'autres indicateurs permettent « d'évaluer le nombre de séjours irréguliers » :

- le nombre de déboutés du droit d'asile
- le nombre de délivrances de titres aux étrangers déclarant être entrés de manière irrégulière sur le territoire
- le nombre d'interpellations et d'infractions à la législation sur les étrangers
- le nombre de mesures d'éloignement non exécutées
- le nombre de bénéficiaires de l'aide médicale d'Etat

Et même au regard de ces indicateurs, le nombre de personnes séjournant irrégulièrement sur le territoire français ne semble pas vraiment diminuer de manière flagrante.

	2003	2004	2006
Demandeurs			

¹⁰³ Cette France là. La Découverte, 2009

¹⁰⁴ Les orientations de la politique de l'immigration. Rapport au Parlement. La Documentation Française. 2007

d'asile déboutés	29 600	38 800	60 000
Admissions dérogatoires au séjour	25 871	28 268	31 600
Interpellations	45 500	44 545	63 681
Infractions à la législation	66 062	70 529	89 938
Placements en rétention	28 155	30 043	29 257
APRF non exécutés	39 665	51 501	46 698
Aide médicale d'Etat	170 000	146 297	178 689

Sources : MIAT (DCPAF-DLPAJ)- OFPRA-CNAMTS

Ces données l'attestent : s'il est clairement possible de constater que ces chiffres démontrent l'accroissement des mesures répressives (le nombre d'interpellations, d'infractions à la législation et de placement en rétention ont augmenté, de manière constante), rien ne permet d'apprécier une éventuelle diminution du nombre de personnes séjournant de manière irrégulière sur le territoire français.

Dans le cadre d'un Etat de plus en plus administré selon les théories du New Public Management¹⁰⁵, l'incertitude quant aux résultats concrets de l'action publique de répression de l'immigration irrégulière peut devenir frustrante. Il est donc envisageable d'admettre que les politiques publiques, à la suite d'un certain constat d'échec, et face à une crainte de l'inefficacité, pourraient exiger davantage de résultats concrets, fiables, quantifiés. Les chiffres fixés augmentent ainsi, d'années en années, tandis que l'incertitude quant à l'efficacité réelle d'une telle politique demeure très incertaine. La « maîtrise des flux migratoires » est-elle possible au XXIème siècle ? Il semblerait que les « policy makers » chargés de l'immigration soient confrontés ici à un défi qui mette à mal leurs exigences d'efficacité et de rationalité. Les objectifs chiffrés sont donc maintenus, afin de démontrer une

¹⁰⁵ Aucoin, P., "Administrative Reform in Public Management : paradigms, principles, paradoxes and pendulums", in *Governance*, Vol.3, N°2, April 1990, pp.115-137 ; Bezes, P., « L'Etat et les savoirs managériaux : essor et développement de la gestion publique en France », in Lacasse, F. et Verrier, P.-E. (dir.), *Trente ans de réforme de l'Etat*, Paris, Dunod, 2005, p.9-40.

forme d'action, de gestion du problème, d'efficacité à tout prix. L'absence de certitude quant à la possibilité réelle de maîtriser l'immigration irrégulière conduit à accroître sa répression en éloignant, ou en enfermant. Ce qui permet d'avoir du chiffre et des résultats, facilement.

Notons également que Nicolas Sarkozy a fait de l'immigration un thème principal de sa campagne et de son programme présidentiel. M. Patrick Stefanini, ancien Secrétaire général du ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale souligne : « Les questions soulevées par la maîtrise des flux migratoires, l'intégration des étrangers, en situation régulière, titulaires d'un titre de séjour, l'accès à la nationalité et au delà la prise en compte dans le débat public du concept d'identité nationale, ont été au centre des engagements du Président de la République durant la campagne présidentielle. »¹⁰⁶

Il a ainsi assuré que les flux migratoires seraient maîtrisés. Il s'est engagé à développer une politique ferme de lutte contre l'immigration clandestine, et une politique de renvoi des immigrés irréguliers dans leur pays d'origine. Dès lors le développement d'objectifs chiffrés en matière de reconduite à la frontière, et d'interpellation de filières de passeurs devait témoigner de la rationalité et de la maîtrise de cette politique . Mais fallait-il l'étendre à la lutte contre une catégorie d'individus très floue, voir inconnue, les « aidants » ? La politique très stratégique et calculée de répression de l'aide au séjour irrégulier peut-elle inclure la répression de l'aide simplement solidaire et altruiste ?

Une référence à l'éthologie pourrait, en l'occurrence, éclairer le débat. Pour beaucoup d'éthologues, l'homme est un « animal éthique »¹⁰⁷. Il est susceptible d'action orientée vers autrui. Les exemples d'assistance, dénotant une certaine forme d'altruisme, sont souvent cités en exemple : « en parlant d'altruisme (...) (les biologistes) veulent dire que les organismes font quelque chose sans attendre un retour immédiat, et peut-être même en s'exposant à des désavantages, voire un danger. »¹⁰⁸

Dans un rapport d'aide authentique, la connaissance des risques et du danger ne devrait donc pas réfréner les velléités d'altruisme des « aidants ». La politique, très néo-institutionnaliste du choix rationnel, d'incrimination de l'aide au séjour peut-elle avoir des répercussions sur les actions altruistes des « animaux éthiques » ?

¹⁰⁶ <http://www.performancepublique.gouv.fr/farandole/2008/pap/html/DBGPGMPRESSTRATPGM303.html>

¹⁰⁷ C.H. WADDINGTON *The Ethical Animal*, Londres, 1960

¹⁰⁸ M. RUSE, « Une défense de l'éthique évolutionniste » in J-P. CHANGEUX, *Fondements naturels de l'éthique*, Paris, 1991, p.45

Section 2. Le « naming and shaming » comme épreuve démonstrative d'efficienne politique

Paragraphe 1. Des passeurs aux « aidants »: la malléabilité de l'article L622-1 du Ceseda

L'article 21 de l'ordonnance de 1945 (article L622-1 du Ceseda) est directement issu d'un décret adopté sous le gouvernement Daladier, en 1938. Il trouve donc ses origines dans un contexte historique très particulier de fermeture des frontières, au lendemain de la crise de 1929 et à la veille de la Seconde Guerre Mondiale. Cependant la formulation adoptée en 1938 demeure en vigueur, bien que certaines immunités soient venues s'ajouter à la règle, et que les sanctions aient été alourdies.

Peu à peu, l'article L 622-1 du Ceseda a été officiellement employé par les gouvernements successifs, et par les juridictions compétentes, pour lutter contre les filières dites de « passeurs ». Il était donc admis que seuls les réseaux organisés, les filières, étaient visés par cet article.

Au regard des statistiques, les condamnations rendues sur le fondement de l'article L 622-1 du Ceseda sont nombreuses. Le Ministère de la Justice dispose de certaines données de 1996 à 2007. Ainsi, il est possible de constater que de 1996 à 2002, les décisions de justice sanctionnant des agissements sur le fondement de l'article L 622-1 ont été de moins en moins nombreuses. À partir de 2003, les condamnations ont connu une recrudescence importante, jusqu'à atteindre, en 2007, le même niveau qu'en 1996.

Années	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Condamnations sur fdmt L 622-1	1046	903	916	905	977	749	711	906	1054	980	1189	1050

Source : Exploitation statistique du casier judiciaire-SDSE- Ministère de la Justice

La situation ne semble donc pas si différente entre 1996 et 2007. Ces statistiques ne démontrent un accroissement non négligeable des condamnations sur le fondement de cet article. Entre 2002 et 2007, l'accroissement est substantiel.

Les gouvernements au pouvoir depuis 1998 affirment et insistent tour à tour sur un point fondamental. L'article L 622-1, réprimant l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour

irréguliers, serait utilisé dans le seul et unique but de lutter contre les passeurs et les filières d'immigration clandestine.

Cependant, l'article L 622-5, qui réprime directement et uniquement les réseaux en bande organisée est, quant à lui très peu utilisé par les Cours de justice. Cet article dispose que :

« Les infractions prévues à l'article L. 622-1 sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 Euros d'amende :

1° Lorsqu'elles sont commises en bande organisée ;

2° Lorsqu'elles sont commises dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ;

3° Lorsqu'elles ont pour effet de soumettre les étrangers à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine ;

4° Lorsqu'elles sont commises au moyen d'une habilitation ou d'un titre de circulation en zone réservée d'un aéroport ou d'un port ;

5° Lorsqu'elles ont comme effet, pour des mineurs étrangers, de les éloigner de leur milieu familial ou de leur environnement traditionnel. »

À la lecture de cet article, il semblerait que les alinéas 1, 3 et 4 visent directement les filières d'immigration clandestine, et seraient tout à fait appropriés pour répondre aux volontés gouvernementales de supprimer toutes filières facilitant l'immigration irrégulière. Cependant, au regard des mêmes statistiques du Ministère de la Justice, l'article L 622-5 a, pendant longtemps, été très peu utilisé, et demeure, encore en 2007 très largement sous-employé. Les condamnations rendues sur ce fondement demeure bien moins fréquentes que celles rendues sur le fondement de l'article L622-1.

Années	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Condamnations sur fdmt L622-5					5			83	129	111	135	199

Source : *Exploitation statistique du Casier judiciaire-SDSE- Ministère de la Justice*

Si, au regard de ces données, il semblerait que la lutte contre les passeurs soit de plus en plus effective (nous pouvons constater que le nombre de condamnations rendues sur le fondement des articles L622-1 et L622-5 ont nettement augmenté depuis 2003, première

année aux fonctions de Ministre de l'Intérieur de Nicolas Sarkozy), il est cependant surprenant de continuer à sur-employer l'article L622-1 pour lutter contre les filières d'immigration clandestine, alors qu'un article est expressément prévu pour réprimer ce genre de réseaux.

Cette étrangeté juridique, le Directeur de l'Immigration l'explique par le fait que « *aujourd'hui, nous voulons être en mesure de sanctionner. Nous voulons aller vers plus dur.* »

En réalité, l'article L 622-5 demeure un fondement bien moins fréquent aux condamnations de l'aide au séjour irrégulier, puisqu'il est beaucoup plus délicat à employer. Il est en effet bien plus difficile de prouver une aide « commise en bande organisée » ou bien même une aide commise « dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ».

Mais le gouvernement s'est engagé à lutter contre les filières de passeurs, et en a même fait un des objectifs principaux de sa politique d'immigration.

Si les condamnations sur ce fondement ont augmenté, et si certaines filières ont été décelées, les résultats demeurent peu probants. Les filières sont extrêmement bien organisées. La lutte contre ces organisations est longue et les avancées se font petit à petit, lentement. À première vue donc, la lutte contre les bandes organisées n'est pas très gratifiante ni même rentable puisque les résultats sont peu nombreux.

Toujours dans un objectif d'efficacité, il fallait donc trouver un moyen de démontrer l'efficacité de l'action publique en matière de répression de l'immigration irrégulière, et des filières facilitant l'entrée et le séjour irrégulier sur le territoire. Les méthodes du management public, qui lui-même correspond à « l'ensemble des processus de finalisation, d'organisation, d'animation et de contrôle des organisations publiques, visant à développer leurs performances générales et à piloter leur évolution dans le respect de leur vocation ¹⁰⁹ », sont déployées. L'amélioration de la performance publique est le but premier des gouvernants.

C'est alors que l'article L 622-1 devient utile. Le terme « d'aide » contenu dans le texte permettait de fixer des objectifs en employant le mot « aidant », objet non identifié juridiquement. L'aspect très général du terme permet de réprimer toutes les formes d'aide, et les interpellations peuvent dès lors être bien plus nombreuses. On pouvait donc fixer des

¹⁰⁹ A. BARTOLI, *Le management dans les organisations publiques*, Paris, Dunod, 2^{ème} éd., 2005, p.97-98

objectifs chiffrés élevés, les risques de ne pas les atteindre se trouvant réduits. La généralisation permettait une assurance de résultats.

Paragraphe 2. Le déplacement de l'action publique : une stratégie rentable...

On étend l'incrimination, ou du moins on décide de l'utiliser sans la préciser, pour développer, alors, une forme d'action publique latérale.

Mais en pratique, quels sont les effets de ce déplacement de l'action ?

Le député Daniel Goldberg, ayant déposé une nouvelle proposition de loi pour essayer d'amender, une nouvelle fois l'article L622-1 du Ceseda, s'est également interrogé sur ce point. Il a donc reçu, dans le cadre de la Commission des lois, différents acteurs, pour essayer de comprendre.

J'ai eu la chance de pouvoir assister à ces auditions. Et cette latéralisation de l'action, en pratique, semble avoir un impact important :

M. Patrick Dugois¹¹⁰ explique ainsi qu'une descente de police a eu lieu dans des locaux d'Emmaüs à Marseille pour répertorier les compagnons sans papiers. Un compagnon a été interpellé, ainsi qu'un responsable d'Emmaüs, pour être auditionné. Depuis ces interpellations *« un de nos compagnons, une personne très faible, sous traitement, a eu peur et a disparu. Il a donc arrêté tous ses traitements. On le recherche ».*

« Il y a une véritable déstabilisation des structures associatives, dans leur travail quotidien. C'est une question de politiques publiques. Au nom d'une politique, je déstabilise le socle social. Le socle du socle de la société. C'est catastrophique (...) C'est pas parce qu'on a pas atteint ses quotas que l'humanité ou la dignité doit disparaître. »

Mme. Sophie Alary¹¹¹ et Mme. Lise Fender¹¹², de la FNARS explique: *« La situation a changé depuis début 2008. En juin dernier, on a dû organiser une assemblée générale et voter une motion pour rappeler le principe d'accueil inconditionnel dans les centre d'hébergement et pour rassurer les travailleurs sociaux. Des membres des préfectures viennent dans les centres d'hébergement d'urgence et demandent des listes de personnes en situation irrégulière. Des policiers rôdent autour des centres. Il y a une vraie question d'éthique qui se pose. »*

¹¹⁰ Délégué général d'Emmaüs

¹¹¹ Responsable du service des missions à la Fnars

¹¹² Chargée de mission, FNARS

Pour M. Olivier Bress¹¹³, de la Fédération de l'Entraide Protestante, « *Le discours qui assure qu'on contribue à aider le travail des passeurs est faux. C'est justement parce qu'il y a des liens sûrs avec les associations que les personnes ont moins de chance de faire appel aux passeurs. Il y a une véritable nécessité de donner confiance aux personnes qui mènent ces actions de soutien. Cet article (L622-1) permet l'intimidation par le Ministre. Il faut supprimer toute intimidation.* »

Mme Agnès Tricoire¹¹⁴, de la Ligue des droits de l'Homme, note qu' « *Il y a un véritable harcèlement policier, des insultes, un discours menaçant envers les militants. On leur répète qu'ils aident les passeurs.* » Mais ce sont des paroles verbales, difficiles à dénoncer. Il y a également de plus en plus de gardes à vue de militants. Contrairement à ce que dit le Ministre, ça existe. Il y a presque une remise en cause de la liberté d'association. »

M. Jean Haffner¹¹⁵, du Secours Catholique, explique « *Il y a une dizaine d'années, avec la loi Chevènement, ça avait déjà fait débat. Mais le Conseil Constitutionnel avait annulé un article sur ce thème-là, de l'aide, justement. Aujourd'hui, il y a une véritable ambiguïté des termes. Au Secours Catholique, on nous appelle une fois par semaine pour savoir si on peut héberger un étranger ou si on est passible du délit de solidarité. Et il y a un problème d'interpellation dans les communautés.* »

Quant à M. Pierre Henry¹¹⁶, de l'association France Terre d'Asile, il raconte :

« *Fin 2007, deux intervenantes sociales agissent dans le cadre d'un dispositif d'aide à l'enfance financé par l'Etat. Elles sont interpellées à 6 heures du matin chez elles, et sont placées en garde à vue 12h pour l'une et 14h pour l'autre, pour suspicion d'aide au séjour irrégulier en bande organisée. Elles avaient donné à des étrangers leur carte de visite avec l'en-tête de l'association, et avaient rajouté leur numéro de portable. Le Procureur de la République a parlé d'une générosité mal placée. Mais on ne peut renier la relation d'aide inhérente au travail social.* »

Dans le Calais, le discours est le même¹¹⁷.

M. Jean-Claude Lenoir, vice-président de l'association Sallam, affirme que « *L'existence de cette loi permet aux services de police d'agiter la menace. Les gardes à vue sont nombreuses. Il y a des ordres et une envie de les appliquer. Un membre de l'association a conduit deux migrants lourdement blessés à l'hôpital. Il a été placé 48h en garde à vue. Il n'y a plus*

¹¹³ Secrétaire général de la Fédération de l'Entraide Protestante

¹¹⁴ Membre du bureau national de la LDH

¹¹⁵ Responsable du département « étrangers » au Secours Catholique

¹¹⁶ Directeur général de France Terre d'Asile

¹¹⁷ Propos recueillis dans le cadre des auditions organisées à Calais par la Commission des lois.

forcément de cas qui remontent jusqu'à l'hôpital, mais la garde à vue c'est quand même quelque chose. ».

Jean-Claude Lenoir a lui-même été poursuivi pour « aide au séjour irrégulier ». Jugé, il est finalement condamné à un 1 mois de prison avec sursis. Mais surtout dit-il « *« J'ai été privé pendant 3 ans de carte d'identité. Il y a les écoutes téléphoniques aussi. Et au bout d'un an et demi d'enquête le commandant m'a dit que je n'avais rien fait de répréhensible. »*

« Moustache », bénévole au sein de l'association Sallam a également été mis en examen pour aide au séjour irrégulier en bande organisée, et placé, du même coup, en garde à vue pendant 30 heures. Si aucune peine pénale n'est directement prononcée, « Moustache » rappelle que « *pendant un an et demi, j'ai été interdit d'aller sur le terrain. »*

La bénévole de l'association Terre d'Errance, également auditionnée par la Commission des lois, rappelle le cas de Mme Monique Pouille. Cette bénévole au sein de Terre d'Errance a été placé en garde à vue, elle aussi, pour « aide au séjour irrégulier en bande organisée ». Cette bénévole avait l'habitude de recharger les téléphones portables de certains étrangers. Selon les autorités de police, elle aurait pu contribuer, malgré elle, à faciliter le travail des passeurs.

Tous s'accordent à dire que les procédures visant à intimider les bénévoles sont de plus en plus nombreuses.

Le Sous-Préfet de Calais, auditionné lui aussi par la Commission des lois semble surpris lorsque M. Goldberg affirme que les bénévoles se sentent en insécurité : « *Je m'étonne vraiment. On se connaît tous. On a jamais senti ce sentiment »*. Et d'ajouter, lorsque M. Goldberg lui demande pourquoi la police n'a pas voulu participer au Conseil des migrants organiser par la ville de Calais : « *Nous ne sommes pas là pour participer à un dialogue avec les associations, pour participer à une amélioration des conditions d'accueil des migrants. Nous ne voulons pas de la création d'un pôle d'accueil de jour : ce serait un pôle d'attraction qui conduirait encore plus de migrants à Calais. »*

Selon M. Jean-Yves Topin, directeur central de la police aux frontières (PAF), « *Aucun membre d'association n'a été condamné, mais beaucoup de procédures sont en cours. En 2008, 4314 aidants ont été interpellés. 101 filières ont été identifiées et démantelées . Il existe une quinzaine de procédures sur lesquelles sont mis en cause des associatifs(...) Quand vous aidez une fois, c'est de l'humanitaire, quand vous aidez mille fois, c'est un système. On approvisionne le système (...). Mais la mauvaise formulation de la loi conduit à une mauvaise application de la loi (...) Moi je ne protège pas M. Sissoko ou un tel, j'applique une politique d'Etat. »*

Tous les membres d'associations auditionnées s'accordent à dire que l'existence et l'utilisation de l'article L622-1 est, en soi, une véritable Epée de Damoclès, qui anéantit ou alourdit une partie de leur travail. Les termes d'intimidation, de déstabilisation, de menace, d'interpellation, de garde à vue sont récurrents. Ainsi, il semblerait, à la simple écoute de ces récits, que l'article L622-1 vise également les « aidants humanitaires ».

Paragraphe 3. ...face à deux « situations-problèmes »

Mais sans étudier dès à présent l'étendue réelle de cet article et sans s'interroger sur sa véritable mise en œuvre, nous pouvons essayer de comprendre pourquoi la Loi de Finances pour 2009 décide d'employer un terme si large que celui d'« aidants » pour désigner des objectifs et indicateurs.

Notons pour commencer que l'inscription de cet objectif dans une loi, publiée au Journal Officiel, permet de publiciser les ambitions des entrepreneurs politiques, et de rendre officiel la stigmatisation des aidants : ils seront interpellés.

La stratégie du « show and shame » ou « naming and shaming » est développée notamment au sujet de l'étude des méthodes employées par le GAFI-I pour évaluer la participation des institutions financières nationales à la lutte contre le blanchiment est dès lors intéressante¹¹⁸. Ainsi, le principal outil de travail du GAFI était une grille de quarante recommandations (40 R) qui permettait de comparer les pratiques bancaires et leurs modes de surveillance. Mais face aux difficultés rencontrées et aux réticences de certains pays, est proposée l'idée d'instaurer une « liste noire », stigmatisant tous les rétifs. P. Lascoumes explique : « Ce listage est censé résoudre deux types de situations-problèmes : donner un contenu à la notion floue de « pays non respectueux des 40 R » et faciliter la tâche des institutions financières en désignant des « paradis réglementaires ». Il s'agissait alors pour le GAFI de réagir pour éviter de perdre toute crédibilité.

Dans le cadre de l'analyse du délit d'aide au séjour irrégulier, sous l'angle de la théorie néo-institutionnelle du choix rationnel, il semblerait tout à fait possible d'envisager la fixation de l'interpellation de 5 000 « aidants » dans la Loi de Finances pour 2009 comme un moyen idoine pour résoudre, là aussi, deux types de « situations problèmes » : donner un contenu à la notion floue de « lutte contre les passeurs », et à l'objectif très ambitieux de « lutte contre l'immigration irrégulière », en facilitant la tâche des autorités en charge d'appliquer la

¹¹⁸ P. LASCOUMES. « La mobilisation internationale ambiguë : stigmatisation et normalisation des places offshore » in *Mondialisation et gouvernance mondiale*, sous la direction de J. LAROCHE, P.U.F, 2003

répression de l'immigration irrégulière grâce à l'utilisation légale d'un terme très flou et englobant pour répondre à des objectifs chiffrés. Ainsi par « le naming and shaming » les acteurs politiques peuvent réorienter une partie de leurs pratiques, et de leur action, pour tenter de répondre à des objectifs très précis, et difficilement atteignables. Le développement d'une action publique latérale de stigmatisation des aidants est très malléable, et donc très avantageuse pour des politiques qui doivent répondre d'objectifs précis. D'autant plus que le responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, des contrôles et de l'éloignement précise : « *La légitimité morale de l'aide a disparu. Ils imaginent (les aidants) qu'ils sont utiles socialement. Mais c'est la fin programmée des réseaux underground post-68* ».

Une cible imprécise pour des objectifs précis, quoi de plus intéressant et rationnel de la part des politiques ? Quoi de plus confortable, et utile que de fixer des objectifs chiffrés sur une catégorie de personnes et de délinquants indéfinissable ?

Le Directeur de l'Immigration et le responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, des contrôles et de l'éloignement ne savent d'ailleurs pas comment définir l'aide ou les « aidants ». Mais ils répètent : « *Nous voulons être en mesure de sanctionner* ».

A partir de 2002, M. Sarkozy, Ministre de l'Intérieur, a affirmé une volonté très forte de lutter contre l'immigration clandestine. Il s'y est engagé ensuite dans son programme présidentiel, en fixant des objectifs, et en affirmant qu'ils seraient atteints.

(Notons qu'à propos de ces objectifs chiffrés, un certain flou, voir un malaise, persiste. Ainsi, un des dirigeants de la PAF affirme: « *ils sont nationaux mais sont attribués par département. Dans le Calaisie, ils doivent faire le quart des objectifs* ». Un sous-préfet du nord de la France, quant à lui, explique que : « *à ma connaissance, il n'y a pas d'objectifs au niveau départemental* ».)

Il ne restait plus qu'à trouver des outils suffisants pour remplir ces objectifs. L'aide, qui peut-être perçue comme facilitant l'immigration irrégulière et donc susceptible d'entraver le programme des entrepreneurs politiques, était déjà réprimée au Code Pénal, il suffisait de mettre en œuvre cette incrimination. Ainsi, dans une réponse ministérielle, le Ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy affirme que « *ces dispositions (de l'article L622-1) ont essentiellement pour objet de donner les moyens juridiques de lutter contre les réseaux organisés d'immigration clandestine* ¹¹⁹ ».

¹¹⁹ Rep min n°66968, JOAN Q, 1 août 2006, p. 8153.

Matthieu Bonduelle, secrétaire général du Syndicat de la Magistrature¹²⁰ explique qu’

« Il y a une volonté politique très ferme à l’égard de l’immigration. Et le pouvoir se rend compte que cet outil pénal est utile. Dans leur esprit, le pénal a une force dissuasive.

Le droit pénal repose sur une fiction selon laquelle on raisonne en termes de coûts-avantages. Mais en réalité les gens agissent pour une toute autre raison. L’effet dissuasif est très faible. Les peines ne vont pas décourager les étrangers qui veulent venir. Il y a du cynisme politique aussi derrière tout ça, une conscience que c’est plus simple de faire certaines choses au pénal qu’à l’administratif. Mais les peines pénales ne vont pas régler les flux migratoires au niveau mondial. Il s’agit d’une question économique mondiale. Les problèmes sont plus politiques, plus sociologiques même.

Pour le délit d’aide, on a intérêt à ce que les « aidants » humanitaires aient peur, qu’ils se sentent un peu réfrénés dans leur envie de porter assistance. »

Les théoriciens de l’école des choix rationnels soulignent le rôle de l’interaction stratégique et de la tactique dans la détermination des situations politiques. Ils énoncent qu’il est vraisemblable que le comportement d’un acteur soit déterminé par un calcul stratégique influencé par les attentes de l’acteur concernant le comportement probable des autres acteurs. Les institutions structurent cette interaction. Les entrepreneurs politiques en charge de l’immigration pourraient donc habilement employer la législation pénale pour réfréner les velléités des « aidants » qui facilitent le séjour des étrangers, et qui pourraient être des obstacles directs à la réalisation des objectifs fixés par la nouvelle politique migratoire. Les acteurs politiques le répètent : « L’aide contribue à créer un appel d’air », « l’aide facilite le travail des passeurs »...

Il semblerait donc que les entrepreneurs politiques aient choisi d’utiliser les lois pénales pour s’assurer de détenir en mains toutes les clés pour mener à bien leurs engagements, et pour ne perdre aucune crédibilité. Mais il se pourrait que la rationalité de cette action publique puisse être remise en cause par différents éléments.

Cependant, il est possible de noter dès à présent que si la rationalité de l’action publique en matière de répression des « aidants » au séjour irrégulier est vivement contestée, cette politique réussit à perdurer depuis de nombreuses années. Toutes les propositions de loi visant à amender l’article L622-1 du Ceseda ont été rejetées. Notons que Kenneth Shepsle observe que les acteurs peuvent hésiter à changer les règles institutionnelles parce que, bien qu’une

¹²⁰ Entretien réalisé au Syndicat de la Magistrature

réforme puisse leur permettre de réaliser un gain immédiat lié au contexte actuel, ils sont confrontés à de grandes incertitudes concernant l'impact de nouvelles règles sur des décisions qui ne sont pas encore prévues¹²¹.

Les entrepreneurs de la politique de « maîtrise des flux migratoires » ont tout intérêt à ce que leur politique soit reconnue comme étant rationnelle et utile. Pour ce faire le discours sur cette politique est crucial. Au regard des considérations de K. Shepsel, il se doit d'être rassurant. Il devra par exemple permettre de démontrer le plus méthodiquement possible que la modification de la ligne directrice de l'action publique se révélerait coûteuse et que les résultats seraient très aléatoires.

Chapitre III. Le discours, instrument stratégique de justification de la rationalité de l'action publique

Section 1. Face à l'éveil d'un doute sur la rationalité de l'action publique, pour le bien collectif...

Paragraphe 1. Les sources de la contestation du délit d'aide au séjour irrégulier

La répression de l'aide au séjour irrégulier ne date pas d'hier, et sa contestation pas davantage.

Depuis 1996 (date de la première interpellation d'un membre d'une association pour aide au séjour irrégulier), les associations, relayées par la presse, condamnent la mise en œuvre de l'article L622-1 du Ceseda. Différents mouvements de contestation ont pris forme depuis une dizaine d'années, notamment sous la forme de pétitions citoyennes suivant la mise en examen de quelques membres d'associations, pour aide au séjour irrégulier. Au regard des articles de presse (*Le Monde*, *Libération*, *Le Figaro*) écrits sur ce sujet, il est possible de constater que les mouvements de contestation étaient la résultante directe de quelques cas de poursuite éparés, encore assez peu nombreux. Les quelques articles publiés sur ce sujet restaient irréguliers, ponctuels et essentiellement informatifs.

En 2009, la lutte contre le délit d'aide au séjour irrégulier (renommé *délit de solidarité* après avoir été appelé en 2003 *délit d'humanité*) prend une nouvelle tournure. Elle ne fustige pas seulement la poursuite de quelques bénévoles. Ce sont les fondements même de cet article de

¹²¹ K. A. SHEPSEL, « Institutional Equilibrium and Equilibrium Institutions », in H.F. WEISBERG, *Political science. The Sciences of Politics*, New York, Agathon, 1986, p. 51-81

loi qui sont analysés et vilipendés, ainsi que les effets de sa mise en œuvre. Les critiques se sont massivement généralisées, et il est désormais question de contester les pratiques policières intimidantes guidées par une politique globale et chiffrée de « maîtrise des flux migratoires ». Les coûts induits par l'action publique, en vue de mener rapidement à bien un objectif politique, semblent désormais trop élevés, aux yeux de beaucoup.

Il semble donc intéressant d'analyser les éléments moteurs de la contestation sociale pour comprendre, ensuite, ce qu'elle véhicule, en essayant d'être le plus objectif possible.

Etant données la multiplication des articles de presse sur ce thème du « délit de solidarité » à partir du 14 mars 2009, et de la déposition, le 18 mars 2009, d'une proposition de loi socialiste visant à dépénaliser l'aide au séjour irrégulier qui ne soit pas une aide rendue à titre onéreux, un élément clé semble avoir été un moteur puissant de contestation et de remise en cause de la rationalité de l'action publique.

Il s'agit de la sortie au cinéma, le 11 mars 2009, du film *Welcome*, réalisé par M. Philippe Lioret.

Le cinéma, ou « l'art de raconter des histoires » : un éveilleur de conscience et une puissance agissante de remise en cause de la rationalité de l'action publique ? La question mérite attention.

Résumons, avant toute chose, le synopsis du film : Bilal, un jeune Kurde, est arrivé à Calais. Il attend, comme de nombreux autres migrants, de trouver le moment propice pour pouvoir franchir la Manche et atteindre, enfin, l'Angleterre, pour retrouver son amie, qui l'attend. Comme tous les autres, le jeune homme décide finalement de se dissimuler, planquer, dans un des camions qui lui permettrait, peut-être, de franchir la frontière. Sensible et terriblement humain, il ne supporte pas les tortures imposées pour ne pas se faire repérer par les « filtres de CO2 » des policiers et douaniers. Il décide alors qu'il atteindra l'Angleterre autrement, en traversant la Manche, à la nage. À la piscine municipale, il se dirige vers Simon, maître nageur un peu bourru, pour apprendre le crawl et l'endurance. Refusant d'abord le projet de Bilal, Simon décidera finalement de l'aider. Peu importe pourquoi, après tout. Il l'aidera, jusqu'au bout.

C'est alors que le réalisateur met en scène les interpellations, les gardes à vues, et autres procédures intimidantes auxquelles sont confrontés les « aidants ».

Lors d'un entretien réalisé avec Philippe Lioret, le réalisateur m'explique :

« Raconter des tranches de vie, ça me permet d'avoir l'impression d'être vivant, dans mon époque. Je me sens plus à l'aise avec des histoires. J'envisage des personnages, qui peuvent servir à incarner des faits de société qui me touchent. J'ai une énorme affection pour la

fiction. Il peut y avoir une dramaturgie forte. Depuis les dramaturges grecs, c'est comme ça. Tout le théâtre antique est une fiction qui raconte une époque. C'est plus fort que le journalisme. Le problème des migrants du Calaisie a été maintes fois traité. On voit, mais on ne regarde pas. On entend, mais on n'écoute pas. Welcome est une dramaturgie du réel (ce qui est différent d'une fiction puisque tout ce qu'il y a dans le film existe).

Il ne faut pas avoir peur des moyens du cinéma, des histoires intimes, de la musique, de la force du grand écran, de la salle noire...

Scénariser une histoire en 1h30 permet d'avoir une bonne force évocatrice.

À la base ce film n'était pas un brûlot politique. Mais petit à petit, le film est sorti des pages « culture », pour aller dans les pages « société » et « politique » des journaux (...) Les députés socialistes ont utilisé la médiatisation du film pour déposer leur projet de loi. Et évidemment, j'ai eu l'impression d'être récupéré, mais ce n'est pas grave, si c'est pour la bonne cause (...) (...) Un film naît avec les spectateurs. Ce qui compte c'est l'effet qu'il produit. Et c'est là le mystère d'une œuvre. »

Le film au mois de juin atteignait 1,5 millions d'entrées, et il se pourrait bien que l'impact du film ait été immense.

En considérant différents éléments, il semble possible d'affirmer qu'il a été l'éveilleur et le révélateur d'un doute généralisé sur la rationalité de l'action publique en matière d'aide au séjour irrégulier.

Notons tout d'abord que les articles de presse, très fessipares jusqu'alors, ont été de plus en plus nombreux à traiter du « délit de solidarité », et ce, dès le 14 mars 2009¹²².

Le Monde, Libération et Le Figaro n'avait rien écrit sur ce sujet depuis le 21 août 2004 (date du jugement de deux bénévoles de l'Association Sallam). Mais à partir du 14 mars 2009, les articles se sont succédés, de plus en plus nombreux. Pour des raisons méthodologiques temporelles et rédactionnelles évidentes, je n'ai pas pu tenir compte des articles écrits après le 30 juin 2009. Ainsi, entre les mois de mars et juin 2009, 5 articles du *Monde*, 15 articles de *Libération* et 5 du *Figaro* traitent directement du délit de solidarité.

L'évolution du traitement médiatique du *délit de solidarité* peut-être retracée quantitativement, tout d'abord, en relevant le nombre d'articles écrits par année sur ce sujet :

Tab 1 : Nombre d'articles sur le *délit de solidarité* dans trois grands quotidiens nationaux

¹²² Recherche effectuée à partir des termes « délit de solidarité » sur le site Factiva

	<i>Le Monde</i>	<i>Libération</i>	<i>Le Figaro</i>
1996	1	0	0
1997	1	0	0
1998	2	1	1
1999	1	4	0
2000	1	0	0
2001	0	0	0
2002	0	0	0
2003	3	3	2
2004	1	5	0
2005	0	0	0
2006	0	0	0
2007	0	0	0
2008	0	0	0
2009	5	15	5

Source : Factiva

Tab 2 : Nombre de références faites au *délit de solidarité* dans la presse écrite française du 30 juin 1996 au 30 juin 2009

	Références au délit de solidarité
Du 30/06/96 au 30/06/97	23
Du 30/06/97 au 30/06/98	44
Du 30/06/98 au 30/06/99	47
Du 30/06/99 au 30/06/00	41
Du 30/06/00 au 30/06/01	81
Du 30/06/01 au 30/06/02	102
Du 30/06/02 au 30/06/03	103
Du 30/06/03 au 30/06/04	158
Du 30/06/04 au 30/06/05	173
Du 30/06/05 au 30/06/06	174
Du 30/06/06 au 30/06/07	245
Du 30/06/07 au 30/06/08	290
Du 30/06/08 au 30/06/09	653

Le tableau n°2 démontre, certes, que les références au *délit de solidarité* ont considérablement augmenté au fil des années (la politique de « maîtrise des flux migratoires » s'étant sans cesse réaffirmée et renforcée), mais il permet surtout de constater qu'en 2009, elles ont été extrêmement nombreuses.

L'opinion était-elle prête « quelque part », c'est-à-dire inconsciemment, à s'emparer du film, puis à faire sien le sujet que développait la presse, jour après jour? La cause des « sans-papiers » ne rallie pas généralement les suffrages de nos concitoyens, mais le sentiment latent d'injustices subies par des anonymes, véhiculé par l'ambiance de crise économique, peut avoir joué son rôle, et puis, en apprenant qu'on s'en prenait à des Français mis en garde à vue pour « délit d'aide », une solidarité élémentaire s'est fait jour.

La force des médias est d'avoir su rebondir sur l'événement cinématographique, en jouant sur des ressorts forts : la revendication de justice et d'humanité, sans oublier un élément puissant, le goût bien français et toujours présent pour la fronde contre police et gouvernement.

Certes, selon Hugues Moutouh¹²³, « les médias exercent sur la formation de l'opinion publique (...) un effet considérable, en expliquant aux gens non pas ce qu'ils doivent penser, mais ce à quoi ils doivent penser ». Mais il est indiscutable que le film *Welcome* a d'abord donné à penser, avant que la presse s'empare du sujet et fasse du « délit de solidarité » un sujet médiatique.

Dès lors, les récits retraçant les différents cas de poursuite de membres d'association ou de citoyens ordinaires se sont multipliés dans la presse écrite. Les associations, qui contestaient depuis longtemps le délit d'aide au séjour ont eu, grâce à la médiatisation enclenchée par la sortie du film de Philippe Lioret, un socle pour s'exprimer, durablement, en dehors de quelques cas circonstanciés qui avaient pu intéresser auparavant les médias. (Notons que fin 2008 déjà, la Ligue des Droits de l'Homme (LDH) avait alerté l'Observatoire pour la Protection des défenseurs des droits de l'Homme (un programme conjoint de la FIDH et de l'Organisation Mondiale Contre la Torture (OMCT) de la multiplication récente des cas d'entrave à la défense des droits des migrants. Une consultante avait été mandatée pour réaliser une étude préparatoire. L'Observatoire a ensuite chargé une mission internationale d'enquête d'examiner les conditions d'exercice de la défense des migrants). Désormais c'est le « délit de solidarité » et les fondements même de son existence qui sont médiatisés.

¹²³ Qui emploie la théorie de l'Agenda setting : H. MOUTOUH, « La communication médiatique déterminant de l'action publique » in *Pouvoirs*, Le Seuil, 2006/4, n°119, p. 15 et s.

En parcourant les titres des articles écrits à ce sujet dans *Libération*, *Le Monde* et *Le Figaro*, il est possible de constater que ce ne sont plus seulement les poursuites des « aidants » qui sont analysées, mais le délit lui-même, dans sa forme et ses fondements. Ainsi du 16 avril 1996 au 14 mars 2009, les articles écrits sur le *délit de solidarité* s'intitulaient :

« *Manifestation contre le délit d'entraide*¹²⁴ ; *La CGT mobilise contre le délit de solidarité*¹²⁵ ; *Un cégétiste en procès pour avoir favorisé la fuite d'un sans-papiers*¹²⁶ ; *Condamné pour avoir défendu un sans-papiers*¹²⁷ ; *Aidons encore les sans-papiers*¹²⁸ ; *Pas de délit de solidarité pour Delphine*¹²⁹ ; *Délit de solidarité pour avoir aidé un sans-papiers*¹³⁰ ; *Tous délinquants de la solidarité*¹³¹ ; *Des compagnons d'Emmaüs inquiétés pour avoir l'aide apportée à des clandestins*¹³² ; *Nicolas Sarkozy s'en prend aux délinquants de la solidarité*¹³³ ; *Jugés pour délit de solidarité*¹³⁴ ; *Sangatte : la solidarité sur le banc des accusés*¹³⁵ ; *Délit de bon cœur*¹³⁶ ; *Dispense de peine pour les deux militants accusés d'avoir hébergé des sans-papiers*¹³⁷ ; *Aide aux clandestins : condamnations sans peines*¹³⁸ ; *Il y a de la justice à désobéir*»¹³⁹.

À partir du 14 mars 2009, les articles sont dénommés :

« *Poursuivis pour avoir été solidaires*¹⁴⁰ ; « *Welcome* » *au débat sur le délit d'entraide*¹⁴¹ ; *Des soutiens aux sans-papiers demandent à être poursuivis*¹⁴² ; *5 500 prisonniers volontaires pour interpellier le pouvoir*¹⁴³ ; *Besson contredit les associations*¹⁴⁴ ; *Le délit de solidarité aux sans-papiers existe-t-il*¹⁴⁵ ? ; *Calais Voie sans issue*¹⁴⁶ ; *Le PS n'obtient pas la suppression du*

¹²⁴ *Le Monde*, 16 avril 1996

¹²⁵ *Libération*, 4 mars 1999

¹²⁶ *Le Monde*, 8 mars 1999

¹²⁷ *Libération*, 23 mars 1999

¹²⁸ *Libération*, 1^{er} juillet 1999

¹²⁹ *Libération*, 1^{er} novembre 1999

¹³⁰ *Le Monde*, 23 février 2000

¹³¹ *Libération*, 10 juin 2003

¹³² *Le Figaro*, 14 juin 2003

¹³³ *Le Monde*, 29 juin 2003

¹³⁴ *Libération*, 3 juin 2004

¹³⁵ *Libération*, 19 août 2004

¹³⁶ *Libération*, 20 août 2004

¹³⁷ *Le Monde*, 21 août 2004

¹³⁸ *Libération*, 21 août 2004

¹³⁹ *Libération*, 21 août 2004

¹⁴⁰ *Libération*, 14 mars 2009

¹⁴¹ *Libération*, 14 mars 2009

¹⁴² *Le Monde.fr*, 25 mars 2009

¹⁴³ *Libération*, 8 avril 2009

¹⁴⁴ *Libération*, 8 avril 2009

¹⁴⁵ *Le Monde.fr*, 8 avril 2009

¹⁴⁶ *Le Monde*, 9 avril 2009

« délit de solidarité »¹⁴⁷ ; La provocation des « délinquants solidaires » soutenant les clandestins¹⁴⁸ ; Le délit de « solidarité amoureuse »¹⁴⁹ ; L'agitation d'un prétendu délit de solidarité ne doit rien au hasard¹⁵⁰ ; Le délit de solidarité toujours en cour¹⁵¹ ; La solidarité avec des étrangers reste un délit¹⁵² ; Délit de solidarité : la FIDH veut forcer la France à s'expliquer¹⁵³ ; À le barre : À Rodez, le délit d'humanité d'un guinéen¹⁵⁴ ; Délit de solidarité à Rodez, Eric Besson cumule les fautes¹⁵⁵ ;

Entre 1996 et 2009, sur 16 articles écrit, 9 sont directement liés à des interpellations ou des procès d' « aidants ».

De mars à juin 2009 sur 15 articles sur le « délit de solidarité », 12 d'entre eux interrogent directement le délit en lui-même et ne relatent pas seulement des poursuites d'aidants.

Un débat de fond s'est fait jour.

Le film a donc bien eu un rôle de révélateur. Notons ici ce que Jean Cazeneuve constate : « Dans le cadre d'une société libérale où les médias ne sont pas tous totalement dirigés et surveillés par l'État, ainsi lorsque l'influence de la télévision peut être contrebalancée par la lecture de tel journal, on observe rarement des changements d'opinion déterminés directement par la propagande. Ce qui se produit alors le plus souvent, ce sont des effets de renforcement des opinions déjà existantes.¹⁵⁶ » Ainsi, les associations pouvaient s'exprimer sur ce sujet, elles allaient être écoutées, l'opinion publique était touchée, enfin.

En 1998 ou en 2003, quand le délit d'aide au séjour irrégulier avait déjà fait l'objet de mobilisations, il était surtout question de contester précisément la mise en examen de certaines personnes. Aujourd'hui, en 2009, c'est avant tout le climat général qui est remis en cause et médiatisé. On dénonce la pression.

Patrick Weil, lors d'un séminaire organisé par la Fnars¹⁵⁷, précise que « Les choses vont toujours mal dans les associations, donc quelques fois ça rend aveugle sur le degré du mal. Mais aujourd'hui, on a un pouvoir qui essaie d'aboutir à une politique raciste. De manière

¹⁴⁷ *Le Figaro*, 9 avril 2009

¹⁴⁸ *Le Figaro*, 9 avril 2009

¹⁴⁹ *Libération*, 27 avril 2009

¹⁵⁰ *Libération*, 30 avril 2009

¹⁵¹ *Libération*, 2 mai 2009

¹⁵² *Libération*, 12 mai 2009

¹⁵³ *Le Monde*, 13 juin 2009

¹⁵⁴ *Libération*, 24 juin 2009

¹⁵⁵ *Libération*, 30 juin 2009

¹⁵⁶ J. CAZENEUVE, « La société de l'ubiquité » in *Communication et Diffusion*, 1972

¹⁵⁷ Séminaire FNARS, 27 mars 2009

camouflée. » Il poursuivra en affirmant : « Et le rôle du chercheur, c'est de dévoiler ce qui est camouflé ».

Paragraphe 2. La constitution d'une remise en cause généralisée de la mise en œuvre du délit d'aide au séjour irrégulier

Les associations se fondent sur la multiplication et la généralisation des interpellations de leurs membres pour remettre en cause la rationalité de l'action publique. Les coûts de cette politique sembleraient de plus en plus élevés, pour de plus en plus de personnes.

Au cours des années 2007-2008-2009, les mis en examens de membres d'association se seraient multipliés. Si l'ensemble des interpellations se sont soldées, pour la très grande majorité, par une absence de poursuite judiciaire, ou par un jugement dispensant de peine les prévenus, le climat général d'intimidation dégagé par la mise en œuvre de l'article L622-1 a pu être très largement dénoncé dans la presse, intéressée par ce sujet.

Notons que nous n'avons pas pu vérifier statistiquement si les interpellations de membres d'associations et de particuliers sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda ont véritablement augmentées. L'officier en charge de répondre à ma demande au Ministère de l'Intérieur m'a ainsi expliqué, au téléphone : « *On m'a dit que ce n'était pas possible aujourd'hui de vous les transmettre (les données statistiques sur l'évolution des interpellations produites sur le fondement de l'article L622-2 du ceseda), et de répondre à votre requête. Je ne sais pas pourquoi. Vous savez, nous, on prend ce qu'on nous vend.* »

Aucune analyse quantitative ne peut donc être annoncée. Sur ce point, l'étude produite dans ce mémoire se fonde donc essentiellement sur les déclarations des membres et des présidents d'association.

Une remise en cause générale de la politique de « maîtrise des flux migratoires » et de ce qu'elle peut engendrer apparaît donc à la fin de l'hiver 2009.

Ainsi, *Libération* écrit, dans son éditorial du 14 mars 2009 que « certes, on n'enferme pas les coupables de « délit d'entraide ». Mais on leur créé des ennuis, on les interroge, on leur promet des amendes, bref, on cherche par la tracasserie policière à les dissuader de manifester leur compassion ». S'en suit, dans le journal du même jour, un article rapportant que

« Vendredi, une cinquantaine d'associations ont publié un communiqué dénonçant « la répression croissante qui s'exerce un peu partout à l'encontre de militants, ou de simples citoyens, ou d'institutions de l'action sociale, qui veillent au respect des droits fondamentaux des étrangers ». Bien sûr, et comme l'affirme Besson, rares sont les poursuites débouchant sur des condamnations. Le gouvernement n'a aucune envie de faire des martyrs de la cause des sans-papiers. Ce qu'il veut, c'est créer un climat, faire peur, et décourager tout geste de solidarité ».

Le 25 mars 2009 (quelques jours avant que ne paraisse un très long article, intitulé « Calais, voie sans issue » dans les pages *Horizons du Monde*), *Le Monde.fr* publie un article qui là encore, retranscrit les cas d'interpellation des membres d'association. Puis, le journaliste s'interroge sur une polémique : « Depuis la sortie du film de Philippe Lioret, le ministre de l'Immigration, Eric Besson, ne cesse de répéter que la police « traque les passeurs, pas les migrants ou ceux qui les aident. Reste que les procédures judiciaires pour aide au séjour irrégulier vont aujourd'hui jusqu'à concerner des concubins français d'étrangers en situation irrégulière (...) ».

Les articles de ce type se sont enchaînés, au fil des semaines. En même temps que la contestation sociale prenait forme (manifestations, pétitions...). Le Ministre de l'Immigration s'est donc saisi de la question, et a répondu aux différentes allégations remettant en cause sa politique. Il affirmera à plusieurs reprises que « *le délit de solidarité est un mythe. Ceux qui manifestent doivent être rassurés, ils manifestent contre un mythe.* »¹⁵⁸ (Nous étudierons plus en profondeur le discours de M. Besson, dans un second temps). La polémique est lancée.

Les journalistes, qui s'étaient saisis du sujet, dès la sortie du film, ne vont plus seulement retranscrire les positions des différents acteurs, ils vont aussi prendre position, et remettre en cause, plus ou moins directement la politique menée par le Ministre de l'Immigration, en matière de répression de l'aide au séjour irrégulier.

L'affaire Salimou Fofana leur fournit une belle occasion.

Article publié dans Libération, le 30 juin 2009 (cf. l'article entier en annexe 2) :

(...)

Nier, encore et toujours. Jusqu'à la mauvaise foi, jusqu'au mensonge. Le ministre de l'Immigration s'accroche à son credo : «Le délit de solidarité n'existe pas.» Y compris quand Libération lui apporte la preuve du contraire.

¹⁵⁸ Eric Besson, invité de *La matinale de France Inter*, le 8 avril 2009

Le 24 juin, Gilbert Laval, correspondant de Libé à Toulouse, raconte l'histoire de Salimou Fofana, Guinéen en situation régulière, jugé devant le tribunal de grande instance de Rodez pour avoir parfois hébergé un compatriote sans papiers.

Ce matin-là, Eric Besson est l'invité de la matinale de France Inter. Lors de la revue de presse, Frédéric Pommier reprend l'article de Libé et interroge ainsi le ministre. «Une peine d'au moins cinq mois a été requise contre Salimou Fofana, pour avoir occasionnellement hébergé, parfois nourri, un compatriote sans papiers. Si l'on parle de délit d'humanité, êtes-vous d'accord cette fois pour dire que cela existe, M. Besson» ?

«Non, absolument pas, rétorque le ministre, qui affirme: sur cette affaire, je veux vous faire noter que le procureur d'une part et le préfet d'autre part ont dit que l'affaire était beaucoup plus large, les faits reprochés beaucoup plus larges que ceux que vous venez de citer, et que l'affaire d'immigration illégale était incidente, annexe, par rapport à l'affaire principale.»

Et de conclure : «Quand je dis que le délit de solidarité n'existe pas, je dis quelque chose de simple : il n'y a pas de bénévole, d'humanitaire, ou de particulier qui ait, en France, en soixante-cinq ans, une seule fois été condamné pour avoir aidé, hébergé, nourri, conduit dans sa voiture, etc. un étranger en situation irrégulière.»

Résumons le propos du ministre : si Salimou Fofana a été jugé, si cinq mois ont été requis contre lui, c'est parce que les faits étaient plus larges que la seule aide à un clandestin. Eric Besson est fidèle à sa ligne. Au prix d'une grande mauvaise foi. Dans sa défense têtue, le ministre n'a raison que sur un point, anecdotique par ailleurs : l'«affaire d'immigration illégale» - telle qu'il la nomme - est effectivement une procédure incidente.

C'est dans le cadre d'une première enquête pour travail dissimulé (Salimou Fofana était soupçonné d'exercer une activité de voyance, non déclarée auprès des services sociaux et fiscaux) que son domicile de Rodez a été perquisitionné. Et c'est à cette occasion qu'ont été découverts des documents appartenant à un compatriote en situation irrégulière, déclenchant une seconde enquête.

Mais Eric Besson a tort sur tout le reste, et surtout quand il laisse entendre que les cinq mois requis par le parquet contre Salimou Fofana l'ont été pour l'ensemble des faits. Car les deux affaires sont totalement distinctes. L'une (aide à un étranger en situation irrégulière) dépend du parquet de Rodez tandis que l'autre (travail dissimulé) dépend du parquet de Millau, et n'a d'ailleurs pas encore donné lieu à des poursuites. «Si les deux affaires avaient été liées, on aurait regroupé», confirme le parquet de Millau.

Le 17 juin, c'est uniquement au titre de l'aide à un étranger en situation irrégulière que Salimou Fofana a été jugé. La citation à comparaître est limpide : son unique motif est

«l'aide à l'entrée, à la circulation, ou au séjour irrégulier d'un étranger en France». Le désormais fameux article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Dans le détail, on lit que Salimou Fofana a été jugé «pour avoir, à Rodez, le 3 février, par aide directe ou indirecte, en l'espèce en hébergeant, nourrissant et conservant des documents personnels et administratifs, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation, ou le séjour irrégulier en France de Namingui Baya, étranger». Il ne fut question de rien d'autre lors de l'audience.

(...) »

Cet article permet de constater que la presse a pu être un des outils de remise en cause directe de la rationalité de la politique de répression de l'aide au séjour irrégulier. Plus encore, c'est la crédibilité même de l'action publique qui est ébranlée. Il ne s'agit pas ici de savoir qui a tort ou raison, ce qu'il importe pour l'heure de relever, c'est que les médias ont pu être une source de contestation franche de l'action des pouvoirs publics.

Les analyses de François-Henry de Virieu¹⁵⁹ sont ici précieuses. L'auteur insiste, pour lui les médias constituent «une réalité sociale qui tout à la fois prolonge et renforce les pouvoirs antérieurs, perturbe leurs relations traditionnelles et donne un poids considérable à de nouveaux acteurs» : les opinions publiques et les médiateurs professionnels, qui s'imposent à la place des intellectuels et des hommes politiques. Dans cette médiacratie, le pouvoir médiatique soumettrait la classe politique à sa propre influence.

Sans vouloir sur-estimer le rôle des médias, il faut cependant constater que les médias (presse écrite et radio), prenant le relais de la sortie du film *Welcome*, ont donc suscité une polémique, à laquelle le ministre de l'Immigration, remis en cause de toutes parts, à décider de prendre part.

Catherine Coroller, journaliste à *Libération*, qui a souvent écrit sur le « délit de solidarité » en 2009, explique cette médiatisation, avant tout par « *l'effet du film Welcome. Le film de Philippe Lioret a créé un emballement, puis M. Besson s'en est mêlé et il y avait la proposition de loi socialiste. Et puis, il y avait toute une série d'affaires relatées, par les associations, le cas des compagnons d'Emmaüs, des salariés de France Terre d'Asile, déjà, à l'époque. Ça paraissait logique d'en parler. On savait plus ou moins qu'on était dans l'illégalité en aidant, mais quand des cas le confirme, que les associations mettent des mots*

¹⁵⁹ F-H de VIRIEU, *La Médiacratie*, Flammarion, 1992

là-dessus... Je connaissais cet article de loi, mais là je l'ai vraiment lu, j'en ai analysé le contenu, chaque mot(...). Il y a un moment où les choses font sens, où ça paraît évident qu'il faut en parler¹⁶⁰ ».

Les associations, puis les médias en analysant la politique du Ministre de l'Immigration, au quotidien, l'ont conduit à s'expliquer et à justifier la cohérence de sa politique.

Enfin, la proposition de loi du député Daniel Goldberg,, visant à modifier l'article L622-1, a suscité divers débats, au cours desquels les députés de l'opposition, ont pu discuter vigoureusement la politique menée autour du délit d'aide au séjour irrégulier.

Dans un premier temps, le rapport établi au nom de la Commission des lois condamne la logique de l'article L622-1 dans sa rédaction actuelle (annexe 4).

Puis, lors d'un débat à l'Assemblée Nationale, au cours duquel à été discuté les amendements proposés par les socialistes, différents députés se sont exprimés, publiquement, devant le ministre de l'Immigration, présent ce jour là.

Daniel Goldberg interpelle ainsi le ministre :

« Monsieur le ministre, vous parlez de « mythe » à propos du délit de solidarité ; vous affirmez qu'il n'y a aujourd'hui aucune condamnation, aucune interpellation, aucune intimidation de citoyens bénévoles ou de travailleurs sociaux. Vous le savez, nous ne sommes pas d'accord sur ce point. Mais si, malgré tout, c'était le cas, alors modifions la loi pour qu'elle traduise cette réalité que vous décrivez. Sinon, expliquez-nous enfin précisément en quoi ce que nous proposons aujourd'hui empêcherait de lutter contre les filières d'immigration clandestine ? Au lieu de manier comme ce matin encore, les approximations et les contre-vérités. (...)

Vous feignez de découvrir les objectifs d'interpellations d'aidants, pourtant inscrits dans le budget 2009 d'un ministère que vous êtes censé connaître. Vous parlez d'« expression maladroite », mais vous refusez pourtant de distinguer clairement dans la loi, comme nous vous le proposons, les personnes qui agissent à titre onéreux et celles qui sont mues par la solidarité.

D'autant plus que, même s'il y avait absence de condamnation, il serait inexact d'en déduire que la loi n'est pas appliquée. Bien au contraire : lorsque l'article L. 622-1 fonde une interpellation par les forces de l'ordre ou une garde à vue, cela constitue assurément une application de la loi. De même, une personne peut se voir notifier par cet article le refus lors d'une décision administrative, ce qui est aussi une application de la loi, notamment dans le

¹⁶⁰ Entretien téléphonique

cas d'une demande de naturalisation. Mais ce sont là des cas que vous n'évoquez jamais, monsieur le ministre, dans les explications que vous donnez, tout cela n'étant par ailleurs pas quantifié aujourd'hui. »

Sandrine Mazetier poursuit : « Également chargé de l'évaluation des politiques publiques, vous n'interrogez jamais de manière rationnelle et sérieuse les fondements de la politique d'immigration de votre gouvernement : les quotas d'expulsions, leur coût et leur inefficacité – en d'autres termes, le milliard d'euros dépensé en pure perte par votre prédécesseur, Brice Hortefeux, pour ses 45 000 expulsions, dont l'essentiel concerne des ressortissants communautaires qui peuvent revenir quand ils le souhaitent sur notre territoire.

Vous avez prétendu dans cet hémicycle que l'article L. 622-1 du CESEDA avait permis le démantèlement de quatre mille filières : c'est faux. Vous avez d'ailleurs revu ce chiffre à la baisse hier, en le ramenant à mille, mille personnes et non plus filières. Vous conviendrez que ce n'est pas exactement la même chose(...)

La vérité, c'est que vous ne maîtrisez rien. Tout ce qui est excessif est insignifiant, comme vos insultes, vos menaces et vous-même, monsieur le néo-ministre de l'identité nationale. La stratégie de l'intimidation et des chiffres truqués ne marche pas.

L'esprit cartésien de nos concitoyens la décode parfaitement : 60 % d'entre eux sont opposés aux quotas d'expulsions(...)

Et, puisque vous aimez les chiffres tout en les ignorant, je vous en cite un dernier : de la Pointe Rouge de Marseille au port de Dunkerque, de Paris à Donzère, 80 % de nos concitoyens veulent la suppression du délit de solidarité. Cela devrait vous rendre raisonnable et vous amener à étudier sérieusement la question. »

Noël Mamère prend ensuite la parole : « Vous ne pouvez pas maintenir plus longtemps une situation insupportable et qui n'est pas conforme, comme l'a dit Daniel Goldberg, à la directive européenne de 2002 (...)

Bien au-delà de ce débat, il faut en effet remettre en cause la politique d'un Gouvernement qui gouverne par la peur. Au nom de l'obligation de résultat, il est en train d'installer une politique sécuritaire à tous les étages. »

Catherine Coutelle explique : « vous m'aviez invitée à relire Jaurès. Jaurès, je peux le citer car, moi, je ne l'ai pas trahi ! Jaurès a écrit : « Le courage c'est de chercher la vérité et de la dire ». Alors, monsieur le ministre, nous vous demandons simplement un peu de courage, celui de reconnaître que le délit de solidarité existe bel et bien. Contrairement à votre ligne de défense depuis la sortie du film Welcome, ce délit n'est pas un mythe. Les listes produites par le GITSI, la Cimade ou la Ligue des droits de l'homme en attestent.

Au-delà des condamnations, ce sont des centaines d'interpellations. Même s'il n'y a pas d'action en justice (...)

Nous vous demandons, monsieur le ministre, d'avoir aussi le courage de renoncer à votre obsession des résultats chiffrés, car elle conduit à de nombreuses dérives, à des excès de zèle, au mépris du droit. Lisez le rapport que vient de sortir la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Il est accablant ! Et il dénonce votre politique du chiffre.

La loi de finances de 2009 prévoit l'objectif de 5 000 interpellations d'aidants, puis de 5 500 en 2011. Quelle conception curieuse qui consiste à fixer par avance le nombre de délits et même sa progression ! Mais surtout, cela met la pression sur ceux qui doivent atteindre cet objectif. Dès lors, le risque de confondre passeurs et aidants solidaires s'accroît inévitablement. »

Puis Gilles Cocquempot ajoute : « Monsieur le ministre, vous dites que, depuis soixante-cinq ans, aucun humanitaire n'a été condamné pour avoir aidé, donné à manger, pris en voiture en auto-stop, une personne en situation irrégulière. Pour autant, vous ne dites pas qu'aucun humanitaire n'a été inquiété, voire poursuivi(...)

Si j'en crois le Figaro Magazine du 18 avril 2009, vous avez aussi dit que, l'an dernier, 4 500 personnes avaient été interpellées sur la base de l'article L. 622-1 – des passeurs, trafiquants et complices – et que 1 000 d'entre elles avaient été condamnées, mais aucun humanitaire, car la loi ne les vise pas. Ce sont les chiffres que vous avancez, mais même pris tels quels, je me dis que 3 500 personnes ont été inquiétées pour rien et, je le suppose, mises en garde à vue,... »

Pour Marylise Lebranchu, enfin : « Vous nous avez choqués en parlant de mythe pour ce délit de solidarité. Je pense que vous n'avez pas réfléchi à ce que cela implique. Vous savez très bien que, pour placer quelqu'un en garde à vue, parfois menotté d'ailleurs, il faut que ce pour quoi on le prive un moment de liberté soit lié à un délit (...) C'est donc bien un problème de droit, monsieur le ministre, et ce n'est pas un mythe. Ce n'est pas parce que les magistrats ne prononcent pas de condamnation que le délit n'existe pas (...)

Vous prétendez que le délit de solidarité est un mythe, et qu'il n'existe, dans ce domaine, que des gardes à vue. Mais celles-ci ne peuvent intervenir que quand quelqu'un est soupçonné d'un délit prévu par le code. Si le délit de solidarité est un mythe, pourquoi des gardes à vue auraient-elles lieu ? »

La politique mise en œuvre n'est donc pas simplement débattue. Sa légitimité, et sa rationalité sont directement réfutées. L'interaction entre les différents acteurs, autour d'une institution (les règles législatives, les normes, en l'occurrence un article du Code Pénal) est vive. Encore

une fois, l'analyse de ces débats semble pouvoir se faire autour de la théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel, qui laisse une place essentielle aux règles, considérées comme des arrangements institutionnels. Ces règles, dès lors sont reconnues comme ayant des effets sur les avantages et les coûts qui préoccupent les acteurs rationnels.

Elinor Ostrom rappelle que les règles sont sujettes à des interventions de la part des acteurs humains et qu'elles sont donc sujettes au changement.

En l'occurrence, la proposition de loi des députés socialistes (qui elle aussi était indubitablement motivée par des considérations très rationnelles et stratégiques, du fait même que les députés à l'initiative de cette loi se trouvaient dans les rangs de l'opposition) a été rejetée par 326 voix contre 225. La proposition d'amender l'article L622-1 a donc, encore une fois, été mise à l'écart.

Comment les acteurs se comportent-ils face à une telle désapprobation, médiatique qui plus est ?

Face à de telles mises en exergue des différents coûts qu'engendre le maintien de l'article L622-1, le discours en défense était lui aussi très rationnel. Nous le verrons, il se pourrait, conformément à la théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel, que les entrepreneurs politiques responsables des questions migratoires (représentés en l'occurrence par le Ministre de l'Immigration), ébranlés, aient adopté, au milieu d'un arsenal de choix, la solution qui leur procure un bénéfice maximal. Comme l'explique Hugues Moutouh, « Un sujet d'actualité brûlant, une très large couverture médiatique, une forte émotion de l'opinion publique et la machine gouvernementale s'emballe, avec une idée fixe: montrer que le gouvernement a bien «vu» le problème et qu'il a déjà «sa» solution. »¹⁶¹

Pour comprendre comment les acteurs peuvent interagir, stratégiquement autour d'une institution, il semble donc important d'étudier désormais la démarche employée par le gouvernement pour réaffirmer la rationalité de son action. Car non seulement les médias se sont saisis de la question du « délit de solidarité », mais ils n'ont pas abandonné ce sujet au fil des semaines et des mois. Subrepticement, la polémique a enflé. Les médias ont persisté à analyser et à essayer de comprendre.

Mais les médias constituent-ils un contre-pouvoir efficace face à la stratégie et au calcul politique ?

Section 2. ...le discours politique s'adapte, méthodiquement

¹⁶¹ H. MOUTOUH, « La communication médiatique, déterminant de l'action publique » in *Pouvoirs*, Le Seuil, 2006/4, n°119, p. 15 à 28

Paragraphe 1. Le discours : un instrument politique pragmatique

Le discours peut être défini comme « l'ensemble de manifestations verbales, orales ou écrites, tenues pour significative d'une idéologie ou d'un état des mentalités à une époque, concernant un domaine¹⁶² ». Il peut également désigner « toute série d'énoncés oraux ou écrits (voire non verbaux), effectués par un sujet en tant qu'ils sont adressés à d'autres, donnant ainsi lieu à une énonciation¹⁶³ ».

Le discours est un des outils majeurs de toute entreprise de communication.

Avant de se pencher sur le discours d'un membre du gouvernement du président N. Sarkozy, on ne peut que noter que pour un grand nombre d'auteurs spécialisés en communication Nicolas Sarkozy et les membres de sa majorité accordent un rôle crucial à la communication dans le développement de leur politique, suivant en cela la tendance amorcée au siècle précédent.

Comme l'indique Christian Delporte¹⁶⁴ « L'importance prise par la communication au sein de la sphère politique s'est affirmée, tout au long du XXème siècle, sous l'effet de l'évolution des techniques, de l'audace et du pragmatisme des hommes politiques ».

Les discours, en l'occurrence, s'inscrivent dans le registre de la rationalité, du concret et du pragmatisme, la reconnaissance par l'opinion publique de la capacité d'action étant primordiale dans le développement de l'action publique.

Comme le rappelle J.B Thompson¹⁶⁵, les médias contribuent directement à l'interaction sociale. Ainsi, s'ils ont permis aux associations de faire valoir leurs inquiétudes face à l'utilisation croissante de l'article L622-1 du Ceseda, ils ont surtout permis d'engager le débat, auquel le Ministre a rapidement pris part. La médiatisation du « délit de solidarité » a ainsi donné de l'ampleur à la contestation et au malaise social, en les rendant visibles. Dès lors, une interaction directe a pu se former entre le ministre et les associations. Le Ministre, face à la multiplication des articles, et des remises en cause publiques de ses actions, a choisi de réagir, pour que la communication ne se fasse pas dans un sens unique. Une nouvelle forme d'interaction quasi-privée a donc pu prendre forme par un échange de courrier entre les acteurs (nous employons ici le terme de quasi-privé puisque cet échange de correspondance a

¹⁶² *Le Petit Larousse*

¹⁶³ GIUST-DESPRAIRIES et LEVY, « Analyse de discours » in *Vocabulaire de sociopsychologie*, Eres, 2002

¹⁶⁴ C. DELPORTE, *La France dans les yeux. Une histoire de communication politique de 1930 à nos jours*. Flammarion, 2007

¹⁶⁵ J-B THOMPSON, « La nouvelle visibilité » in *Réseaux*, 2005/1, n°129-130, p.59 à 87

été publiée sur les sites Internet des associations ayant pris part au mouvement et sur le site du Ministère de l'Immigration).

L'interaction étant née, restait au gouvernement alors à démontrer la rationalité de son action, pour éviter le plus stratégiquement possible, la remise en cause de sa crédibilité. Il fallait donc que soient optimisés les choix des entrepreneurs politiques et que la dénonciation des coûts, engendrés par la politique de répression de l'aide au séjour, soit désamorcée.

Une lettre en particulier, la première envoyée par M. Besson aux associations, pose les bases de tout le discours développé ensuite par le Ministre dans les médias. Elle est un condensé de ce qui sera réaffirmé durant plusieurs semaines. Il semble donc utile de l'étudier pour comprendre comment le Ministre, dont l'action a été remise en cause, décide de mener sa défense.

Elle fait suite à un l'appel de plusieurs associations (GISTI, Secours catholique, Fédération de l'entraide protestante, Emmaüs France, Cimade, Uniopss, Comede, RESF, Fasti) à signer une pétition contre le « délit de solidarité »...:

« Action collective

Si la solidarité devient un délit, nous demandons à être poursuivis pour ce délit !

Objectif chiffré de reconduites à la frontière pour 2010 : 28 000

Objectif chiffré d'interpellations d'aidants pour 2010 : 5 500

(source : Loi de finances 2009)

Aujourd'hui, en France, il est devenu criminel d'accueillir, d'accompagner, ou seulement d'aider une personne en situation irrégulière.....

Le 18 février 2009, à 7h 45 du matin, la police frappe à la porte de Monique Pouille, 59 ans, bénévole aux Restos du coeur et à l'association Terre d'errance. Depuis deux ans et demi, cette femme organise les dons de nourriture et d'habits pour les migrants qui errent autour de Calais dans l'espoir de passer en Angleterre. Elle recharge aussi leurs portables. Les policiers lui on dit : « on vient vous chercher pour vous mettre en garde à vue, pour flagrant délit d'aide aux personnes en situation irrégulière ».

L'interpellation le 16 février 2009 d'Hamid, un sans-papier accueilli par la communauté Emmaüs de Marseille Pointe-Rouge, s'est transformée le 17 février 2009, en opération

policière dans cette communauté. Ainsi, sur décision du parquet de Marseille une perquisition a eu lieu dans la dite communauté Emmaüs aux fins de recenser la présence d'éventuels compagnons sans papiers. Dans le même cadre, Kamel un responsable de la communauté a été mis en garde à vue pendant 6 heures le 17 février.

Ces faits s'ajoutent à une liste déjà longue de militants associatifs ou de citoyens ordinaires poursuivis pour avoir manifesté leur solidarité ou agi avec humanité à l'égard de migrants privés du droit au séjour. Alors demain, quels gestes du quotidien seront punis pour remplir les objectifs du Ministère de l'immigration ? Votre médecin sera-t-il interpellé pour avoir soigné un sans-papiers malade, ou votre facteur pour lui avoir distribué son courrier ? L'instituteur de vos enfants sera-t-il inquiété pour avoir appris à lire à un enfant dont les parents sont en situation irrégulière ?

Nous sommes tous concernés : parce qu' avant d'être « sans-papiers », ces hommes, ces femmes et ces enfants sont des personnes en difficulté, isolées et démunies et il est de notre devoir de citoyen de les aider dans la dignité et le respect dû à chaque être humain.

Alors si la solidarité devient un délit, nous demandons à être poursuivis pour ce délit ! »

...Monsieur Besson répond directement aux associations signataires (cf. la totalité de la lettre en annexe 3) :

« Paris, le 7 avril 2009

Monsieur le Président,

Votre association a signé, avec d'autres associations, un communiqué de presse en date du 25 mars 2009, intitulé « Si la solidarité devient un délit, nous demandons à être poursuivis pour ce délit ! », et appelé à des manifestations le 8 avril 2009 sur ce thème.

Ce communiqué est constitué d'une suite d'affirmations infondées, qu'il m'est impossible de laisser sans réponse.

(...)

Vous indiquez ensuite que selon vous « aujourd’hui, en France, il est devenu criminel d’accueillir, d’accompagner, ou seulement d’aider une personne en situation irrégulière. »

Cette affirmation est mensongère. L’article L.622-1 du Code de l’Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d’Asile (CESEDA) prévoit que toute personne qui facilite ou tente de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d’un étranger en France commet non pas un crime mais un délit, et s’expose donc à un risque de poursuites, à l’exception, comme le précise l’article L.622-4, des personnes qui ont aidé un membre de leur famille, ou des personnes qui ont aidé quelqu’un en situation de détresse.

Toute personne, particulier, bénévole, association, qui s’est limitée à accueillir, accompagner, héberger des clandestins en situation de détresse, n’est donc pas concernée par ce délit. Et j’observe qu’en 65 années d’application de cette loi, personne en France n’a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière.

L’Etat lui-même est le premier à accueillir dans les centres d’hébergement d’urgence les étrangers en détresse, quelle que soit leur situation administrative. Il apporte, avec les collectivités locales, un important soutien technique et financier, plus de 20 millions d’euros par an, aux associations venant en aide aux immigrés en situation irrégulière, dont le rôle humanitaire est indispensable.

Les 4 personnes qui ont été poursuivies ou condamnées en un demi-siècle au titre de l’article L.622-1 du CESEDA sont allées beaucoup plus loin que l’action humanitaire, en participant au travail des passeurs en toute connaissance de cause.

(...)

Vous vous dites ensuite porteur d’une « liste déjà longue de militants associatifs ou de citoyens ordinaires poursuivis pour avoir manifesté leur solidarité ou agi avec humanité à l’égard de migrants privés du droit au séjour ». Cette « longue liste » m’a été promise à de nombreuses reprises depuis mon entrée en fonctions. Je suis tout-à-fait disposé, si vous voulez bien me la transmettre, à l’examiner avec vous de manière transparente et contradictoire.

Vous posez enfin un certain nombre de questions « Votre médecin sera-t-il interpellé pour avoir soigné un sans-papier malade, ou votre facteur pour lui avoir distribué son courrier ? L'instituteur de vos enfants sera-t-il inquiété pour avoir appris à lire à un enfant dont les parents sont en situation irrégulière ? » Là encore, et vous le savez très bien, ces affirmations sont totalement caricaturales et dénuées de tout fondement. Aucun médecin, aucun facteur, aucun instituteur n'a jamais été et ne sera jamais mis en cause à ce titre.

Vous concluez votre communiqué en demandant à être poursuivi pour ce prétendu « délit de solidarité ». Je suis au regret de vous indiquer que de telles poursuites ne sont pas possibles, parce que ce « délit de solidarité » n'existe pas.

(...)

Permettez-moi de vous dire enfin que je regrette profondément que vous prêtiez le nom de votre association, et les valeurs humanistes dont elle se veut le symbole, à une campagne de désinformation qui fait finalement le jeu de ces filières.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Eric BESSON »

Le message est assez long mais il énonce clairement que: le « délit de solidarité » n'existe pas.

Les affirmations produites par les associations sont réfutées une à une Les termes dispersés dans le corps de la lettre de « infondées, mensongère, peu vraisemblable, caricaturales, insignifiants, désinformation » vise à démanteler l'action et le message du 25 mars 2009.

Les affirmations « j'observe, il m'est impossible de laisser sans réponse, je suis tout à fait disposé, je suis au regret de vous indiquer, vous le savez très bien », permettent au ministre de démontrer que, si les remises en cause de son action sont infondées, il réagit malgré tout et prend le problème à bras le corps. Il semble vouloir affirmer que les contestations ont été prises en compte, et que c'est après les avoir bien étudiées qu'il peut réaffirmer la logique de son action.

Le discours se veut rassurant :

« Toute personne, particulier, bénévole, association, qui s'est limité à accueillir, accompagner, héberger des clandestins en situation de détresse, n'est donc pas concernée par ce délit. Et j'observe qu'en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière ». Il poursuit, « aucun médecin, aucun facteur, aucun instituteur n'a jamais été et ne sera jamais mis en cause à ce titre ».

S'il fournit, dans un premier temps, une interprétation de l'article L622-1, M. Besson se fonde ensuite sur la mise en œuvre et l'application de cet article. Il affirme que non seulement l'article L622-1 ne conduit pas à la condamnation des membres d'association ou des associations elles-mêmes, mais il étend ses observations à tout citoyen ordinaire, au « bon père de famille ». La réponse est large et englobante. Méthodiquement et stratégiquement le discours se veut tranquilisant et pédagogique. Le ministre rappelle ce qu'il souhaite punir et dédouane les actes de solidarité. Une personne solidaire ne pourra être reconnue responsable ou coupable d'aide au séjour irrégulier.

Le ministre ne pouvait que réfuter les accusations dont il est l'objet. L'analyse de Jean Leca se révèle ici précieuse : « La crédibilité des engagements gouvernementaux dépend généralement du temps qui est concédé aux gouvernants pour les tenir et être jugés sur leurs résultats ; or le gouvernant « pluraliste » a un horizon temporel très court, son agenda est sans arrêt bousculé par l'impitoyable sanction d'une « opinion », elle-même de plus en plus sensible au court terme (...). Comme le Prince machiavélien, le Prince démocratique gouverne à la réputation, mais celle-ci ne lui est plus comptée comme un crédit sur lequel il pourrait tirer, mais comme une dette qu'il doit sans cesse honorer sinon au comptant du moins à court terme¹⁶⁶ ».

Paragraphe 2. Du déplacement de l'action au déplacement du discours

Mais on doit remarquer que le Ministre se fonde uniquement sur les condamnations, et ne mentionne pas les interpellations, pourtant visées par la loi de Finances, dénoncée par les associations. Il ne s'appuie donc que sur la mise en œuvre de l'article L622-1, non pas sur celle de la loi de finances pour 2009.

Il faut alors remarquer un déplacement du discours. M. Besson insiste sur l'absence de condamnations des membres d'association et des particuliers pour affirmer que l'article L622-

¹⁶⁶ J. LECA, « Ce que l'analyse des politiques publiques pourraient apprendre sur le gouvernement démocratique » in « Enjeux, controverses et analyses des politiques publiques » in *RFSP*, 1996, vol.46, n°1.

1 du Ceseda ne présente aucun risque pour eux. Cependant, les associations interpellaient les citoyens et certainement aussi les entrepreneurs politiques sur les augmentations du nombre de poursuites.

M. Besson « observe » ensuite qu'aucune personne agissant par simple solidarité n'a été condamnée. Il s'attribue, en l'occurrence, cette absence de condamnation, pour dédramatiser sa politique alors même que les décisions de justice ne dépendent en rien de sa volonté. Cette absence de condamnation dépend entièrement de l'interprétation des juges du siège et de l'application qu'ils font de l'article L622-1. Aucune loi ne peut imposer un nombre précis de condamnations, pour un délit, en quelque matière que ce soit. Le principe de l'indépendance des juges et de la justice et celui de la séparation des pouvoirs demeurant vigoureusement ancré dans le droit français. En revanche, sur les quelques cas mentionnés d'audition, d'interpellation, et d'opération de contrôle de membres d'association, il rappelle que « ces opérations ont été ordonnées non par mon administration, mais par la Justice ». Il omet cependant de préciser qu'en matière d'interpellations, une loi existe et fixe des objectifs. La Justice doit donc appliquer cette loi et répondre à aux objectifs qu'elle fixe en matière d'interpellations. Ces objectifs dépendent directement du Président de la République (ainsi que le rappelle le ministre : « comme vous le savez, les objectifs fixés par le Président de la République(...) ¹⁶⁷), de son gouvernement et de facto de l'administration du ministre.

Le ministre fonde donc la rationalité de son action sur des décisions de justice qui ne dépendent, à priori, en rien de sa volonté. Il semble oublier ainsi entièrement les objectifs fixés par le gouvernement, en affirmant qu'ils sont appliqués par la justice, et non par ses services.

Le discours est très stratégique. En parlant des condamnations, il se dispense de fournir toute explication sur les poursuites (« ensemble des actes par lequel le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi et des actes accomplis par un juge d'instruction (ou un officier de police judiciaire) pour découvrir l'auteur d'une infraction pénale, rassembler les preuves et les charges, le renvoyer devant les juridictions de jugement . (Avant l'exercice de l'action publique, l'enquête préliminaire contre une personne soupçonnée d'être l'auteur d'une infraction n'est pas une poursuite pénale proprement dite mais l'expression est en usage) ¹⁶⁸).

« Besson se fonde tout de suite sur le terrain de l'application de la loi ». Mais il y a aussi la loi en elle-même poursuit Matthieu Bonduelle. Ce comportement serait très rationnel, puisque

¹⁶⁷ Par.3 de la lettre de M. Besson

¹⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Broché, 2005

politiquement on n'inquiète pas la collectivité en affirmant qu'aucun particulier ne peut être condamné, mais en même temps on maintient une loi très large, qui permet d'agir très librement.

Notons également que dans cette lettre M. Besson définit les « aidants » comme les « personnes participant activement aux filières d'immigration clandestine ». Il donne donc une interprétation du terme, jusqu'alors très flou et indéfini, pour éclairer sa politique (sans jamais l'officialiser, au demeurant).

Cependant, à la fin de sa lettre, il écrit que les associations participent à « une campagne, qui fait finalement le jeu de ces filières ».

Paragraphe 3. La désignation d'un ennemi

Sans réemployer le terme de « participation », le ministre affirme que les associations à la tête de cette « campagne de désinformation » permettent en quelque sorte aux filières de prospérer.

Sont dès lors disqualifiées les attaques portées contre la politique gouvernementale. En accusant les associations de répandre un message tronqué, le ministre se place donc en victime d'une polémique infondée et inutile.

Pierre Muller note d'ailleurs que la « politique d'efficacité »¹⁶⁹ est souvent caractérisée, lors de la résolution d'un problème, par la désignation d'un « ennemi »¹⁷⁰.

L'analyse de Patrick Charaudau¹⁷¹ semble bien convenir aux petits arrangements avec la vérité décelée ici. « Par nature, le jeu politique est en tension permanente entre la perversité et le « mentir vrai » (...) « le vrai semblant pouvant conduire aux faux semblants ».

Le Ministre, conformément à la théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel, a donc bien défendu ses intérêts. En effet, il n'y aurait eu aucun profit pour lui à remettre en cause l'application de l'article L622-1 du Ceseda et des objectifs qui l'accompagnent.

Selon J-L Cambell, les individus agissent en fonction de leurs intérêts. Leurs préférences politiques sont déterminées par une logique coût/bénéfice¹⁷². En l'occurrence, le coût d'une remise en cause de la rédaction de l'article L622-1 aurait été trop lourd en temps et en incertitude quant à la possibilité d'atteindre alors encore les objectifs fixés. D'autant plus que

¹⁶⁹ G. MAJONE, « Décisions publiques et délibération » in *Revue française de sciences politiques*, 44(4), août 1994, p.579-598

¹⁷⁰ P.MULLER, « Cinq défis pour l'analyse des politiques publiques » in « Enjeux, controverses et tendances de l'analyse des politiques publiques » in *Revue française de sciences politiques*, 1996, vol.46, n°1

¹⁷¹ P. CHARAUDEAU, *Le discours politique. Le masque du pouvoir*, Vuibert, 2005

¹⁷² J-L Cambell, *Sociologie et sociétés*, vol. 34, n°1, printemps 2002

c'est précisément la rédaction actuelle de cet article qui permettrait, aux yeux des entrepreneurs politiques en charge de l'immigration (dont le Ministre endosse la « paternité politique ¹⁷³»), de lutter vigoureusement contre les filières de passeurs, et d'en tirer bénéfice en atteignant les objectifs fixés par la loi.

Les méthodes du Management public décrites plus avant et adoptées par le gouvernement ne l'engageraient pas à satisfaire les revendications des associations, des citoyens (manifestants, pétitionnaires) ou encore moins des députés de l'opposition puisqu'il vise « à améliorer la « performance publique » en permettant à l'administration d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés à coût minimal¹⁷⁴ ».

Ainsi, les représentations des différents acteurs sont fortement antagonistes. Toute construction d'un sens commun est impossible.

Mais notons ce que Paul Ricoeur¹⁷⁵ affirmait : « Un texte en effet est toujours plus qu'une succession linéaire de phrases ; il consiste en une totalité structurée qui peut toujours être construite de plusieurs façons différentes. À cet égard la pluralité d'expression, voire le conflit, ne constitue pas un défaut, un vice mais un apanage de la compréhension en tant que telle au cœur de l'interprétation ».

L'analyse des discours et des positions sur la mise en œuvre de l'article L622-1 du Ceseda nous a donc permis de comprendre les enjeux et le débat autour d'un tel texte de loi. Les désaccords autour de l'application juridique de l'article L622-1 se sont révélés vifs et nombreux. Une véritable lutte pour le sens s'est développée.

Face à une telle dissonance dans les discours sur l'application du délit d'aide au séjour irrégulier, le droit semble être l'outil idoine pour analyser de facto et comprendre la mise en œuvre effective de l'article L622-1 du Ceseda.

Des discours autour de l'application juridique du délit d'aide, étudions désormais la réalité jurisprudentielle.

Et bien que Portalis, dans sa présentation du Code Pénal de 1810 ait affirmé : « En matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence », force est de constater que, en

¹⁷³ P. MULLER, *Les politiques publiques*, P.U.F, 2008

¹⁷⁴ J. CHEVALIER, *L'Etat postmoderne*, Paris, LGDJ, 2003, p. 67

¹⁷⁵ P. RICOEUR, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, p.15 et s. ; et dans « Interprétation et /ou argumentation », in *Le Juste*, Ed. Esprit, Paris, 1995, p. 163

l'occurrence, la jurisprudence est là et que l'imprécision de la loi conduit inévitablement à son étude, pour mieux comprendre .

Deuxième partie :

**La mise en œuvre juridique du délit d'aide au séjour
irrégulier : quand l'interprétation jurisprudentielle
anéantit le discours**

Pour comprendre la mise en œuvre du délit d'aide au séjour et pour tenter de démêler un imbroglio vivace, l'étude de la jurisprudence allait être essentielle (Chapitre I). C'est alors que quand bien même nous pensions que l'étude de l'application du délit d'aide au séjour allait avant tout répondre à un processus de judiciarisation (Chapitre II), nous allons finalement découvrir que l'aide au séjour irrégulier est, sans aucun doute, un comportement pénalisé (Chapitre III).

Chapitre 1. L'étude jurisprudentielle, la clé d'analyse d'un désaccord parfait

Section 1. Le désaccord sur la notion de peine ou l'interprétation multiforme de la mise en œuvre du délit d'aide

Paragraphe 1. La garde à vue : de la mesure procédurale d'investigation à la sanction pénale

Comme nous l'avons constaté, les gardes à vues de bénévoles, de particuliers ou de membres d'associations sont nombreuses.

L'article 77 du Code de Procédure Pénal énonce que « l'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction ».

Jean Pradel¹⁷⁶ explique que la garde à vue est « une détention sous contrainte¹⁷⁷ d'une personne suspecte, aux fins d'auditions dans les locaux de la police judiciaire. La garde-à-vue existe à la fois dans l'enquête préliminaire et dans l'enquête de flagrance. »

La contrainte, rappelons-le, est une « gêne qu'éprouve quelqu'un qui subit une pression, à qui on impose une attitude contraire à sa volonté »¹⁷⁸. La personne mise en garde à vue n'a donc pas le choix. Elle doit se conformer à cette procédure, elle n'a pas la liberté d'y renoncer.

¹⁷⁶ J. PRADEL. *Manuel de procédure pénale*. Editions Cujas. 2008 (1976)

¹⁷⁷ La garde à vue se caractérise bien par la contrainte, résultant le plus souvent d'une interpellation. L'individu qui séjourne dans un poste de police n'y est pas arrivé librement. Sur le critère de contrainte, cf. notamment *Crim.*, 6 décembre 2000, *B.C.*, n°367

Pour autant, si la garde-à-vue porte atteinte au libre-arbitre de la personne, elle n'est évidemment pas une peine pénale au sens courant et entendu du terme.

La présomption d'innocence y est assurée et affirmée.

Mais pour autant, ne peut-on pas soutenir, au sein de notre recherche, qu'elle peut constituer une peine, une sanction en elle-même, qui rendrait, dans un premier temps, la personne responsable de certains actes ?

Jean -Luc Lennon¹⁷⁹ affirme que « la garde-à-vue est sans aucun doute une mesure liberticide et c'est pour cette raison qu'elle doit être utilisée par l'officier de police judiciaire avec parcimonie. » Si l'auteur rappelle que « son contenu strictement réglementé par la loi assure au suspect l'exercice de droits fondamentaux, il précise cependant que « la garde-à-vue est une mesure gravement attentatoire à la liberté individuelle ». Et « l'interpellation est l'acte coercitif par excellence à l'issue duquel le suspect perd, pour un moment, sa liberté d'aller et venir. C'est un acte grave, parfois violent, notamment lorsque la personne appréhendée tente d'échapper à l'emprise des agents spécialement habilités à procéder à son arrestation » . Il précise enfin que si la contrainte est réductible au seul défaut de consentement du suspect à collaborer aux actes d'enquête, « il conviendrait sans doute de tenir compte de la contrainte psychologique réelle exercée par les policiers lorsqu'ils usent de leurs différentes prérogatives et qui rend le consentement du suspect sinon forcé, du moins implicite. Que penser en effet du consentement, et donc de l'absence de contrainte, pesant sur le suspect qui assiste à une perquisition effectuée en flagrant délit -alors qu'il vient lui-même d'être interpellé- lorsqu'il est « invité » par les enquêteurs à les suivre jusqu'à leur service pour y être auditionné ? Les mesures coercitives ne se réduisent pas, selon nous au seul usage de la force, la contrainte psychologique, y a sa part d'ombre ».

Ainsi, si la garde-à-vue n'est pas une peine au sens traditionnel du droit pénal, on ne peut nier qu'elle prive temporairement de liberté (et la doctrine insiste sur le fait qu'elle ne prive cependant pas les personnes de leurs droits) un individu. Si dans un mémoire de droit « pur » et purement positiviste, il semblerait impossible de dire que la garde-à-vue est en elle-même une sanction pénale, il semblerait envisageable dans un travail de sciences politiques de s'interroger sur les répercussions d'une telle procédure, et de se demander si la garde-à-vue ne condamne pas, à sa manière, les individus, en les stigmatisant.

¹⁷⁸ *Le Petit Larousse*

¹⁷⁹ J-L. LENNON. « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect » in *Dalloz*, chronique p. 887. 2006

En effet, pourquoi les membres et responsables d'associations soulignent-ils avec autant de vigueur la difficulté rencontrée dans leur travail d'assistance aux étrangers ? Pourquoi gardent-ils une inquiétude sur les répercussions d'une éventuelle aide aux étrangers, quand bien même ils savent qu'ils ne risquent au pire des cas qu'une « simple garde à vue » et aucune condamnation à la clé ?

Et bien parce qu'il semblerait que la mise en garde à vue d'une personne peut-être perçue comme une forme de sanction de ses actions, ou en tout cas comme une remise en cause de ses activités, dictée par une logique du soupçon poussée à son paroxysme. La garde-à-vue, tous s'accordent à le dire, ce n'est pas rien. L'effet dissuasif qu'elle produit est immense, ne serait-ce que par la honte causée par une privation provisoire de liberté, dans les locaux de la police. Si l'objectif direct de la garde-à-vue n'est évidemment pas de punir l'individu (mais bien de permettre aux autorités de police de faciliter un travail d'investigation), ses éléments constitutifs (détention, dans des locaux de police, fouilles) conduisent à s'interroger sur la nature punitive de cette mesure. Le droit de faire appel à un avocat n'atténuant en rien cet aspect. La détention, même très provisoire, n'est pas absolument anodine. Le fait même de pouvoir appeler quelqu'un pour se défendre, ou pour comprendre les raisons de sa garde-à-vue, démontre bien que l'individu placé en garde-à-vue peut penser avoir commis une faute condamnable, et que la garde à vue n'est que le point de départ de sa sanction.

Pour Matthieu Bonduelle, *« une peine est une sanction afflictive ou infamante. Afflictif, c'est ce qui fait souffrir. Infamant, c'est ce qui porte atteinte à la personne »*. À partir de là, en sortant des qualifications pénales strictes, qu'est-ce qui nous empêche de dire qu'une garde à vue peut être une peine, ou du moins une mesure perçue comme telle ? Affirmer que cette mesure peut être infamante ne semble pas totalement folklorique. Le Secrétaire général du Syndicat de la magistrature poursuit, *« il peut y avoir un débat sur ce qu'est une peine. Même la Cour Européenne des droits de l'Homme ne s'arrête pas à la qualification pénale de la peine. Elle observe ce que tel ou tel Etat pratique, et décide ensuite s'il s'agit ou non d'une peine. Elle l'a fait avec la contrainte par corps. Au Syndicat, on a essayé de démontrer par exemple que la rétention de sûreté était une peine »*.

Dans le cas du délit d'aide, *« Besson ne parle que des condamnations, ce qui le dispense de parler des poursuites. Mais en attendant, on peut subir tout un tas d'actes coercitifs, qui sont des peines. Mais le placement en garde à vue ça implique le menottage, la fouille, le fichage. Et les fiches ne sont pas forcément remises à jour très souvent. On reste donc le plus souvent auteur, alors même qu'on a été innocenté. C'est pas neutre, c'est pas rien tout ça.*

On pourrait dire qu'il y a une échelle, des degrés de peine. Et la peine maximale, c'est la peine juridique. »

Les membres d'associations rencontrés se sentent coupables. La multiplication des cas de garde à vue génère une pression. Ils craignent eux aussi d'être interpellés et « placés », même quelques heures. En détention, même brièvement, l'idée d'avoir commis une action répréhensible se fait jour. On sort de la normalité. On entre dans la catégorie des suspects, aux yeux de tous. Symboliquement l'impact est fort. La honte est puissante. C'est ce qu'a pu décrire Jean-Claude Lenoir de l'association Sallam, ou de nombreux autres membres d'associations. Au regard de leur entourage, la suspicion était là, dès lors qu'ils ont été placés en garde à vue.

Le fait même d'être retenu entre quatre murs, enfermé, comporte indéniablement l'idée de sanction, même si la garde à vue n'est pas suivie de poursuites.

La sanction, ou la peine¹⁸⁰, est, selon Gérard Cornu¹⁸¹ un « châtement édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (nulla poena sine legis) ». Il poursuit en affirmant qu'il peut également s'agir du « châtement infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi (peine prononcée) ». Au regard de ces considérations, seules les condamnations rendues sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda par le juge répressif constitueraient des peines pénales, et la simple garde à vue (ou bien même les interpellations ou les contrôles d'identité) n'auraient pas lieu d'inquiéter les membres d'associations ou les simples particuliers « aidants ». Leur comportement ne serait en rien pénalisé, et les quelques mesures coercitives à leur encontre, ne seraient pas des peines. Elles sont dictées par un Officier de Police Judiciaire, non par un juge.

Cependant, notons également que pour les professeurs de droits R. Merle et A. Vitu¹⁸², « sanctionner un acte, cela consiste à constater officiellement son existence et à lui attribuer les conséquences variables que comporte sa logique interne¹⁸³ (...) la sanction d'une activité délictueuse peut revêtir des aspects très variés (...) elle pourrait même, comme le proposent certains auteurs¹⁸⁴, être intégrée « dans un système unitaire de défense sociale » au sein duquel il n'y aurait ni peines ni mesures de sûreté, mais des sanctions innommés qui seraient inspirées « par des critères à la fois physiques, sociaux et moraux ».

¹⁸⁰ Les termes « peine » et « sanction pénale » son ici entendu comme étant synonymes.

¹⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit*

¹⁸² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Editions cujas, 1997

¹⁸³ cf. également FAUCONNET, *La responsabilité. Etudes de sociologie*, Alcan, 1920 ; LA GRASSERIE, *Des principes sociologiques de la criminologie*, ou JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*.

¹⁸⁴ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 144 et s.

Lénine, cité par M. Klotchkov¹⁸⁵, professait, quant à lui, que l'élément essentiel de la sanction réside dans le blâme public qu'elle comporte et dans la rapidité de sa prononciation.

Paragraphe 2. De la transgression des règles de droit à la culpabilité pénale

Ainsi, les mesures coercitives auxquelles peuvent être confrontés les « aidants » et le sentiment de honte ressentie et si souvent décrit les conduisent à dénoncer un véritable « délit de solidarité », sanctionné et sanctionnable. À partir du moment où ils ne peuvent plus agir en toute liberté et aider quand bon leur semble, l'idée même de sanction est présente dans leur esprit.

Si l'on se souvient que le mot « peine » provient d'un terme grec qui signifie « poids », l'assimilation de la garde à vue, des interpellations etc... des « aidants » à une sorte de peine affligeante ne semble pas si étrange ou contestable¹⁸⁶. La garde-à-vue ou les quelques autres mesures coercitives subies sont pour eux intimidantes. Marc Ancel¹⁸⁷ écrit à ce propos que « l'intimidation -dont nous ne songeons pas à nier l'existence psychologique- ne résulte pas, en effet, de la seule précision légale de la sanction ni même du prononcé de la condamnation : dans la réalité concrète, elle dérive essentiellement de l'obligation (...) de rendre compte de l'acte commis devant une autorité qualifiée ».

Ainsi, les contraintes subies par les « aidants » en raison de l'objectif de répression de l'immigration irrégulière et des filières de passeurs semblent trop fortes et injustifiées aux yeux de nombre d'entre eux. Si l'on se remémore ce qu'affirmait Beccaria¹⁸⁸, force est de constater que ses considérations ne s'éloignent pas tellement des revendications des « aidants » : « Tout châtement qui ne découle pas d'une nécessité absolue, dit le grand Montesquieu, est tyrannique, proposition que l'on pourrait généraliser en disant : tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique ».

Lorsque l'on analyse ce que constitue une peine pénale, il est possible, on l'a vu, d'affirmer qu'elle a un caractère afflictif : elle a pour but immédiat et pour conséquence de procurer une souffrance plus ou moins intense. La souffrance peut-être physique, morale ou matérielle¹⁸⁹. Elle a également un caractère infamant : elle reflète alors la réprobation sociale qui s'attache à une conduite.

¹⁸⁵ M. KLOTCHKOV, *Archives de politique criminelle*, 1977, n°3, p. 207

¹⁸⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1972 : cf. la dénonciation de l'auteur du « quadrillage » de l'organisation sociale par la pénalité.

¹⁸⁷ M. ANCEL, *Défendre la défense sociale ?*, R.S.C., 1964, p. 192

¹⁸⁸ BECCARIA, *Des délits et des peines*, Librairie Droz, 1965

¹⁸⁹ MERLE et VITU, *op. cit*

En l'occurrence, et au regard des considérations développées dans la première partie de cette analyse, rien ne nous empêche de dire que les « aidants », même s'ils ne sont pas tous condamnés pénalement, *stricto sensu*, se voient cependant affligés par des mesures pénalisantes. Psychologiquement, moralement et voir même physiquement, ces mesures, ces « peines », leur semblent insupportables. Le fait même d'être enfermé ou contraint par la force publique, quelques heures ou quelques jours, comporte indéniablement une idée de dangerosité, de délictuosité. Et la contestation qui s'est développée massivement ses derniers mois était reliée à ce sentiment, si bien décrit, déjà, par Paul Fauconnet : « La responsabilité, c'est l'aptitude à devenir légitimement le patient de la peine. Punir le responsable est pour la société un devoir et par conséquent un droit : punir des irresponsables est par conséquent un crime¹⁹⁰ ». Ce sentiment de responsabilité illégitime est fortement ressenti par les associations, et c'est contre quoi elles se révoltent. Mis en garde à vue, les « aidants » ont l'impression d'enfreindre une loi, qui a priori ne leur était pas destinée. P. Fauconnet précise : « Le crime n'est pas dans l'acte, mais dans le rapport de l'acte avec la règle : ce qui le constitue, c'est la violation, l'infraction, la transgression, tous vocables qui impliquent l'idée d'un conflit de forces¹⁹¹ ». Par les mesures coercitives qui leur sont appliquées, même s'il ne s'agit pas formellement de peines, les « aidants » se sentent illégitimement en transgression avec la règle, en marge de ce qui doit se faire. Le conflit entre la conviction morale des « aidants » d'agir « justement » et la mise en œuvre politique de la règle est fort. « Il suffit que la société soit furieuse pour qu'elle frappe » poursuit l'auteur. Et cette colère prendrait souvent la forme de sanctions. En devenant la « cible » d'une politique publique répressive de l'immigration irrégulière, les « aidants » ont le sentiment que la colère s'exprime à travers une pléiade de sanctions diffuses et indirectes à leur égard. « En définitive, des sociétés imaginent de toutes pièces des crimes pour s'expliquer à elles-mêmes leur colère et elles imputent ces crimes pour pouvoir, en les punissant, s'affranchir de leur irritation douloureuse¹⁹². »

Et c'est pour cela que la confusion s'est installée entre les associations, la presse, et le Ministre de l'Immigration. Les premiers ont parlé de « délit de solidarité », terme il faut le reconnaître, aussi inconnu juridiquement que celui d' « aide ». Il est vrai que légalement le délit de solidarité n'existe pas, il n'est énoncé dans aucun Code. Il aurait été plus correct, sans doute de parler de « délit d'aide », en reprenant ainsi des termes directement utilisés par le Code Pénal.

¹⁹⁰ P. FAUCONNET, *op. cit.*, p 254

¹⁹¹ *op. cit.*, p. 275

¹⁹² P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 289

Le Ministre de l'Immigration, face aux dénonciations et aux contestations de la société civile a donc affirmé et répété, durant de nombreuses semaines, que « le délit de solidarité n'existe pas. C'est un mythe¹⁹³ ».

Si l'expression « délit de solidarité » peut être un mythe, du moins juridiquement parlant, les arrestations et les poursuites d'« aidants » sur le fondement de l'article L622-1 ne le sont pas pour autant. Pour le ministre, ce délit serait un mythe puisque « *personne n'a été condamné pour avoir hébergé, donné à manger, transporter en autostop un étranger, en 65 ans*¹⁹⁴ ». Il poursuivra en affirmant que si en 65 ans, il n'y a eu aucune condamnation, c'est bien qu'« *il n'y a pas de flou* ».

Mais notons que D. Kaminski, S. Snacken et M. Van de Kerchove¹⁹⁵ précisent qu'« une politique pénale qui se veut efficace et visible se construit et s'exécute plus facilement par le biais d'organes hiérarchisés comme la police et le ministère public que par des juges du fond qui décident de cas individuels ». Si M. Besson affirme qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter puisqu'il n'y a pas de condamnations d'« aidants », il n'empêche que la politique de répression de l'aide au séjour peut exister, par d'autres moyens, qui permettront en outre de répondre rapidement et efficacement aux objectifs gouvernementaux fixés en la matière.

La députée, Mme. Marylise Lebranchu, précise : « *Vous nous avez choqués en parlant de mythe pour ce délit de solidarité. Je pense que vous n'avez pas réfléchi à ce que cela implique. Vous savez très bien que, pour placer quelqu'un en garde à vue, parfois menotté d'ailleurs, il faut que ce pour quoi on le prive un moment de liberté soit lié à un délit (...)* Sinon, chaque personne ainsi convoquée, interpellée, arrêtée, menottée parfois – on a quelques photos, quelques témoignages –, bénévole appartenant à une association ou citoyen aidant, aurait pu porter plainte et aurait gagné. C'est donc bien un problème de droit, monsieur le ministre, et ce n'est pas un mythe. Ce n'est pas parce que les magistrats ne prononcent pas de condamnation que le délit n'existe pas (...) Si le délit de solidarité n'est pas sanctionné par la justice, il est bien reconnu par la police judiciaire, la police de l'air et la police des frontières. En plus, monsieur le ministre, il y a les objectifs et indicateurs de performance fixés par la loi de finances pour votre ministère. J'ai été ministre de la justice et

¹⁹³ Eric Besson, invité de *La Matinale de France Inter*, le 8 avril 2009. Il répètera cette même phrase à chacune de ses interviews, dans tous les journaux. Il l'affirmera également à l'Assemblée Nationale, lors du débat sur la proposition de loi du député D. Goldberg, le 30 avril 2009.

¹⁹⁴ *Idem*. Phrase également inscrite dans la première lettre envoyée aux associations, que l'on a étudié.

¹⁹⁵ D. KAMINSKI, S. SNAKEN et M. VAN de KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution » in *Déviante et société*, 2007/4, vol.31, p. 487 à 504

*sans doute suis-je nulle en droit, je vous l'accorde, mais je sais lire les textes de loi : 4 500 interpellations prévues en 2008, 5 000 pour 2009.*¹⁹⁶»

Le désaccord entre le ministre et les associations porte sur l'idée même de condamnation et de culpabilité. Les « aidants » se sentent réprimés et coupables du fait même de pouvoir être placés en garde à vue, sur le seul fondement de leur action « humanitaire ». Pour le Ministre, l'absence de condamnation par un juge pénal d'un « aidant » sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda est un élément suffisant pour ne pas s'inquiéter et ne pas modifier la loi. (Cependant, nous le verrons, l'étude de la jurisprudence se révèle bien plus délicate, et il semble abstrait d'affirmer qu'aucune condamnation pour avoir héberger, nourri etc...un étranger n'existe).

Quoi qu'il en soit les amalgames et les confusions dans ce débat auront été nombreux, sans doute aussi par le fait même du flou de l'article L622-1 du Ceseda.

Si l'interprétation de l'article en lui-même se révélait délicate, on l'a vu, l'interprétation de sa mise en œuvre avait de grandes chances de l'être également.

Face à un tel flou, il semblait bon de se tourner, en dernier recours, vers l'interprétation qu'allait en donner le juge. Cet article de loi lui a-t-il permis de sanctionner des « aidants » ?

Section 2. Le juge : maître du jeu

Paragraphe 1. La découverte du sens de l'article L622-1 : un exercice prétorien

Beccaria¹⁹⁷ écrivait que « Les inconvénients qui proviennent de l'observation rigoureuse de la lettre d'une loi pénale ne sauraient être mis en balance avec les désordres que provoque son interprétation. Ces inconvénients, tous momentanés, entraîneront une modification facile autant que nécessaire des termes de la loi qui sont une cause d'incertitude ».

En l'occurrence, les termes obscurs de l'article L622-1 du Ceseda demeurent. Si l'on suivait à la lettre les observations de Beccaria, toute personne qui viendrait en aide à un étranger, de quelque manière que ce soit, se verrait condamner à 30 000 euros d'amende et 5 ans d'emprisonnement. Mais bien évidemment, en présence de termes aussi flou que « aide » ou

¹⁹⁶ Propos tenus lors du débat, autour de la proposition de loi du député D. Goldberg., à l'Assemblée Nationale, le 30 avril 2009

¹⁹⁷ *Op.cit*

«indirect » ou « tenté de faciliter » dans un article de loi, le rôle du juge est immense et indispensable, tant que la loi ne se fait pas plus précise.

Il tente alors de remettre de l'ordre, en interprétant. Plus encore, il définit, explique, encadre, délimite l'infraction. Il comble les lacunes.

« Le mot « interprétation » désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose – qui peut-être un objet matériel ou un énoncé- et le produit de cette opération¹⁹⁸. » En l'occurrence, les juges doivent créer la signification de l'article L622-1 du Ceseda. Leurs énoncés ont alors, en quelque sorte, une valeur normative, ce qui peut-être assez perturbant en matière pénale. Ils ont à interpréter la loi en employant une méthode particulière, en tranchant entre la méthode littérale, la méthode téléologique et la méthode analogique. La méthode littérale s'attache à la lettre de la loi plutôt qu'à l'esprit de la loi. L'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*¹⁹⁹ prévaut dans cette méthode, conforme à la pensée de Beccaria et Montesquieu. Cette technique interprétative peut être vue comme « stérilisante », « elle fige le droit dans une attitude dépassée, alors qu'il est chose vivante²⁰⁰ ». En l'occurrence, elle ne semble vraiment pas convenir.

La méthode téléologique reconnaît que la lettre de la loi est essentielle et que l'interprète doit la respecter, cependant, elle attribue une importance première au but de la loi. Le juge doit alors tenter de respecter et de rechercher l'exacte volonté de l'auteur du texte. Cette méthode admet également qu'il faut éviter prudemment toute interprétation contraire aux principes généraux du droit pénal. En interprétant, le juge devra ici tenir compte des précédents jurisprudentiels, des travaux préparatoires, de l'évolution sociale pour ne pas détacher et délier le texte du contexte actuel prévalant. En France, il semblerait que cette méthode prédomine, et nous verrons qu'il semblerait qu'elle prévale également sur les autres dans le cadre de l'interprétation et de l'application jurisprudentielle de l'article L622-1 du Ceseda.

La méthode analogique « consiste à résoudre une espèce pénale non prévue par la loi en se réclamant de son esprit latent²⁰¹ ». Elle semble moins nous intéresser dans le cadre de notre analyse, et peut, a priori, être écartée.

Le juge a donc à rechercher le sens d'un texte imprécis et obscur, pour contribuer à la création du droit en matière d'aide au séjour, en évitant au mieux l'arbitraire²⁰².

¹⁹⁸ M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001

¹⁹⁹ Quand la loi a voulu quelque chose elle l'a dit, quand elle ne l'a pas voulu, elle s'est tue.

²⁰⁰ M. MERLE et A. VITU, *op. cit*

²⁰¹ JIMENEZ DE ASUA, L'analogie en droit pénal in *R.S.C.*, 1949, p. 187 ; SALVAGNO-CAMPOS, « Le délit innomé et l'interprétation analogique » in *R.I.D.P.*, 1933, p. 162 et s.

²⁰² Notons que la Cour de Cassation l'admet en allant parfois jusqu'à affirmer expressément qu'il appartient aux juges du fond « de rechercher l'objet de la loi et son domaine d'application », *Crim.*, 21 janvier 1969

Théodore Roosevelt écrivait déjà que « Les organes principaux de création du droit peuvent être et sont souvent des juges, du fait que ceux-ci ont le dernier mot pour dire ce qu'est le droit dans leur Etat ²⁰³ ».

Le responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, des contrôles et de l'éloignement l'explique très clairement : « *La jurisprudence déterminera le sens de l'article L622-1 du Ceseda (...) le juge a son mot à dire sur le sujet. Il donne le la* ».

L'article L622-1 du Ceseda peut-être interprété de mille façons. Les significations sont multiples, il s'agit d'en choisir une. Face à un tel article de loi, l'interprétation ne peut-être une fonction de la connaissance (les juges ne savent pas non plus ce qu'est l'aide. La notion, on l'a vue, n'est pas prédéfinie, ni même courante en droit), elle est indéniablement une fonction de la volonté²⁰⁴, le résultat d'un choix. L'interprétation traduit les préférences subjectives de celui qui l'exprime²⁰⁵.

Ainsi, « la jurisprudence a un rôle créateur de droit : c'est là une vérité banale²⁰⁶ ». En l'occurrence, dans le cadre de cette recherche, nous ne pouvions comprendre le délit d'aide au séjour sans étudier la jurisprudence. Elle n'allait donc pas simplement « déclarer » le droit comme l'annonçait Jeremy Bentham²⁰⁷, elle allait éclairer le droit.

Notons que M.Barwick écrivait que même les lois les plus soigneusement rédigées, qui utilisent les termes juridiques les plus simples et les plus précis, « laissent toujours subsister certaines lacunes qui doivent être comblées par le juge et comportent toujours des ambiguïtés et des incertitudes qui, finalement, doivent être résolues par la voie judiciaire²⁰⁸ ».

Dans le cas de l'article L622-1 du Ceseda, le juge a donc de nombreuses lacunes à combler.

Paragraphe 2. L'étude jurisprudentielle comme outil d'analyse du discours

Mais surtout, en étudiant la jurisprudence, nous allons pouvoir découvrir si les inquiétudes des associations, qui dénoncent une véritable pénalisation de leurs actions, se révèlent fondées. Seule l'étude de la jurisprudence nous permet de déceler la réalité, de

²⁰³ Extrait du message envoyé par le président Théodore Roosevelt au Congrès des Etats-Unis le 8 décembre 1908, in CAPPELLETTI, MAURO, *Le pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990

²⁰⁴ On s'écarte alors de la conception traditionnelle de l'interprétation, en s'appuyant sur la conception opposée, quelquefois appelée la conception « réaliste » de l'interprétation.

²⁰⁵ M. TROPER, *op. cit*

²⁰⁶ CAPPELLETTI, MAURO, *op. cit*

²⁰⁷ cf. H.L.A HART, *The Collected Works of Jeremy Bentham. Of Laws in General*, University of London, The Athlone Press, 1970, p. 184-195, p. 232-236, p. 239-240

²⁰⁸ cf. la conférence faite en juillet 1979 par le Chief Justice d'Australie Sir Garfield BARWICK, *Judiciary Law : Some Observations Thereon*, 33 *Current Legal Problems*, 1980, p. 239 s.

découvrir si le discours du ministre est véridique ou s'il a été uniquement guidé par des considérations rationalistes, quitte à avancer des données parfois erronées. Car dans son discours, le ministre a interprété la jurisprudence, ou plus exactement, il l'a retranscrite et résumée, comme une donnée objective. M. Cappelletti²⁰⁹ précise : « Interpréter veut dire en vérité pénétrer les pensées, les inspirations, le langage d'autres personnes en vue de les comprendre et – pour le juge comme pour l'exécutant d'une œuvre musicale- les reproduire, en « faire application », les « exécuter » dans un contexte nouveau de temps et de lieu ». En l'occurrence, le ministre a dressé un bref état des lieux, depuis 65 ans, des condamnations d'« aidants » et a fondé sa politique sur son analyse des décisions de justice. Il a alors prétendu démontrer la validité et la cohérence de son action en affirmant avoir étudié de manière exhaustive toutes les décisions de justice rendues sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda. Avant de conclure, on l'a vu, en affirmant : « C'est un mythe ».

Pour comprendre si la pénalisation de l'aide « humanitaire » était, ou non, une fiction, il semblait donc indispensable de se pencher sur du concret, sur des jugements déjà rendus. D'autant plus que le ministre « observe qu'en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière²¹⁰ ». L'aide humanitaire ne serait à ses yeux absolument pas visée. Il l'a définie d'ailleurs tout autrement que les auteurs du *Grand Larousse*²¹¹ : « il faut bien s'entendre sur la signification du terme « humanitaire » : il ne fait pas l'objet d'une définition précise, mais renvoie clairement à la sauvegarde des vies et aux interventions en situation d'urgence. L'aide humanitaire, ce ne peut être le concours apporté à un étranger pour s'installer durablement en situation irrégulière sur notre territoire ». Le discours est très affirmé. La notion d'urgence semble prévaloir dans la définition et dans la délimitation de ce qui entre dans l'« humanitaire ».

Son affirmation se fait ensuite rétroactive. Il fallait donc étudier la jurisprudence rendue, depuis 65 ans, pour tenter de déceler une part, même infime, de la réalité de la mise en œuvre du délit d'aide au séjour irrégulier. Mais je ne suis pas la seule à avoir décidé d'étudier la jurisprudence rendue depuis 65 ans pour tenter de discerner ce qui se passait concrètement. Les associations elles-mêmes, lancées par une initiative du Gisti et de son président actuel,

²⁰⁹ *op. cit*

²¹⁰ Lettre de M. Besson aux associations

²¹¹ Humanitaire : « Se dit d'une action, d'une institution, d'une doctrine (parfois de quelqu'un qui s'intéresse au bien de l'humanité, qui cherche à améliorer la condition de l'homme, par l'élimination des maux et des injustices, la réforme de la société etc. » *Le Grand Larousse Universel*.

Stéphane Maugendre, ont décidé de s'y atteler pour prouver certains faits et pour légitimer leurs revendications.

Cependant pour le ministre : « *Concernant le GISTI, abondamment cité, je pense que vous avez franchement tort de vous appuyer sur ses déclarations*²¹² ». La liste de condamnations produite par le Gisti, et complétée par quelques autres associations (notamment « Les Amoureux au ban public²¹³ ») a été immédiatement réfutée et décrédibilisée. « *La crédibilité du Gisti en la matière est quasiment nulle*²¹⁴ ».

Encore une fois, face aux nombreuses vérités et contres-vérités affirmées de toutes parts, il fallait donc tenter d'analyser, objectivement, la jurisprudence, et l'œuvre prétorienne des magistrats. Des condamnations d' « aidants » agissants dans un but humanitaire ont-elles oui ou non été rendues sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda ?

De quelle créativité a fait preuve le juge français en ce qui concerne la mise en œuvre d'un article aussi flou que le L622-1 du Ceseda, ce juge français pourtant décrit par de nombreux auteurs comme carriériste et relativement conservateur, n'aimant pas « se mettre en évidence en créant des règles de droit²¹⁵ » ? « L'éducation professionnelle qu'il a reçue tend à développer des comportements d'ordre technique plutôt qu'une attitude critique et « policy oriented », touchant la politique du droit.²¹⁶ » Cependant, face à l'article L622-1 du Ceseda, le juge allait devoir sortir des sentiers battus. Le jeu de casuistique étant immense, le juge jugera au cas par cas, à chaque fois, en individualisant les peines.

Chapitre 2. L'aide au séjour irrégulier : un comportement judiciairisé

Section 1. Le cas des « aidants » poursuivis, puis relaxés

M. Matthieu Bonduelle, le Secrétaire général du Syndicat de la Magistrature, explique que nous pouvons observer « *une application du texte qui ne va pas jusqu'à la condamnation, parce que la justice fait son boulot peut-être*²¹⁷ ».

Sans doute, les condamnations des « aidants » agissant dans un simple but humanitaire sont-elles, à première vue, bien rares. Si les poursuites ont pu être nombreuses, les magistrats

²¹² Propos recueillis à l'Assemblée nationale, le 30 avril 2009

²¹³ La Cimade

²¹⁴ Eric Besson, invité sur RMC le 22 avril 2009

²¹⁵ R. DAVID, *Le droit français, I, Les données fondamentales du droit français*, LGDJ, 1960, p. 50 ; cf. également K. ZWEIFERT et H. KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1971, p. 311-328

²¹⁶ CAPPELLETTI, *op.cit*

²¹⁷ Entretien réalisé au Syndicat de la Magistrature

semblent avoir mis un frein à toute condamnation abusive, sur le fondement de l'article L622-1 du Cesda. Le texte de loi ne semble donc pas avoir été interprété dans un sens trop extensif, ni extensible.

Le ministre Eric Besson, dans un sens, ne se s'y serait pas trompé. Les « aidants » agissant dans un but absolument altruiste ne serait pas visés par des condamnations pénales, qui demeureraient réservées aux seuls passeurs.

Son discours est valable si l'on relève que, en effet, les cas de relaxe d' « aidants » existent. Les exemples sont là, on ne peut le nier.

Ainsi, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 26 février 1997²¹⁸, casse et annule un arrêt de la Cour d'Appel de Metz du 17 novembre 1995²¹⁹, qui condamnait un « aidant » à 15 jours de prison avec sursis, pour avoir transporté un étranger en situation irrégulière, entre le centre ville et le supermarché.

Pour la Cour de cassation, *« Attendu qu'Hassan Ali X..., poursuivi du chef du délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France pour avoir transporté dans son automobile un ressortissant somalien en situation irrégulière, a été relaxé par le tribunal correctionnel qui a retenu que, s'il était établi que le prévenu avait eu connaissance, en dépit de ses dénégations, de l'irrégularité de la situation de la personne transportée, l'élément matériel de l'infraction n'était pas caractérisé dès lors que n'était pas rapportée la preuve que l'étranger avait été hébergé ou que sa circulation sur le territoire français avait été facilitée ; Attendu que, pour infirmer le jugement et déclarer Hassan Ali X... coupable, l'arrêt attaqué se borne à énoncer que le seul fait du transport dans un véhicule suffit à constituer l'élément matériel du délit ;*

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans constater que le prévenu, qui soutenait le contraire, avait eu connaissance de l'irrégularité de la situation de la personne transportée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue ; »

On le voit, les juges ne semblent pas trop savoir quand le délit est ou non constitué. Le Tribunal Correctionnel se fondait sur une jurisprudence antérieure, et affirmait que seul l'hébergement ou la facilitation de circulation sur le territoire pouvaient être condamnés (notons que le ministre affirme en revanche que l'hébergement qui n'est pas effectué à titre onéreux ne serait pas condamné). En revanche, pour la Cour d'Appel, le transport en voiture

²¹⁸ n°96-82158

²¹⁹ n°95-1182

suffit à caractériser l'infraction. La caractérisation de l'élément matériel du délit, du fait même de l'obscurité de la loi, est délicate.

Une décision de la Cour de Cassation du 8 avril 1999²²⁰, qui confirme une décision de la Cour d'Appel de Paris du 17 novembre 1997, peut également être relevée. En effet, en l'espèce, elle confirme la relaxe d'un employé de la *Compagnie des Wagons Lits* qui était poursuivi pour aide au séjour irrégulier au motif qu'il avait été vu par un cadre de la *Compagnie* en train de discuter avec un « groupe d'asiatiques ». Ce dernier affirmait également que cet employé venait souvent à la Gare de Lyon, en dehors de ses heures de services. Son prénom et son numéro de téléphone auraient été retrouvés dans le carnet d'adresses d'un étranger. Enfin, des rumeurs couraient sur cet employé. Il était accusé de faire partie d'un trafic organisant le séjour irrégulier de ressortissants chinois.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif que la preuve de ces éléments ne sont pas rapportés.

D'autres relaxes dues, entre autres, aux immunités prévues à l'article L622-4 du Ceseda, peuvent être constatées.

Le Tribunal Correctionnel de Lyon, le 18 mars 2008, relaxe la concubine française d'une personne en situation irrégulière. Le couple vivait ensemble depuis un an et allait se marier. La concubine française se rend en Turquie pour faire des achats en prévision du mariage. À son retour, elle est arrêtée sur le tarmac de l'aéroport, fouillée, puis placée en garde-à-vue. Son compagnon, qui était venue la chercher à l'aéroport, s'était fait arrêté quelques instants plus tôt. Il est expulsé et sa concubine se trouve poursuivie pour aide au séjour irrégulier. Elle sera finalement relaxée sur le fondement de l'article L622-4 du Ceseda.

Le Tribunal correctionnel d'Aurillac rend un jugement similaire, pour un autre couple, le 30 août 2007.

La Cour d'Appel de Versailles décidera également, le 7 novembre 1996, que l'immunité du conjoint doit être étendue à la cohabitation antérieure au mariage. En effet, restreindre l'immunité de l'article L622-4 du Ceseda aux situations de concubinage hors mariage serait de nature à porter atteinte à la liberté de fonder une famille consacrée et garantie, sans distinction, entre la famille naturelle et légitime, par les articles 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La décision rendue par le Tribunal de Grande Instance de Toulouse, le 30 octobre 1995, est également très intéressante à étudier. Si tous les juges du fond décidaient de s'inspirer de cette

²²⁰ n°98-80-385

décision dans leurs délibérés, les « aidants » n'auraient alors aucune raison de s'inquiéter outre mesure.

« Attendu que la généralité des termes (de l'article 21 de l'ordonnance de 1945 (article L622-1 du Ceseda) semble viser des comportements aussi divers que le passeur, le trafiquant de main d'œuvre clandestine ou le financeur de réseau terroriste ; mais pourrait aussi inclure dans une interprétation large l'organisation humanitaire fournissant nourriture et habits à des étrangers clandestins ; l'ecclésiastique exerçant la charité dans les mêmes conditions, le médecin qui soignerait l'étranger en situation irrégulière sans qu'il y ait urgence. (...)

Attendu que sanctionner toutes les aides aux étrangers en séjour irrégulier conduirait cette population à vivre hors de tout contact humain et affectif ; qu'une telle exigence serait contraire au principe de sauvegarde de la dignité humaine récemment affirmée par le Conseil Constitutionnel (...)

Qu'on ne saurait contester le droit de deux êtres à s'aimer et à agir en fonction de ce sentiment ; que la loi elle même a concrétisé ce principe (...)

Attendu en conséquence, que sur la base des principes qui viennent d'être énoncés une interprétation large de l'article 21 est à exclure ; qu'elle ne peut viser ni les comportements humanitaires ni les attitudes inspirées uniquement par l'amour et l'affection des intéressés. »

En l'espèce le Tribunal a donc relaxé la concubine poursuivie sur le fondement de l'aide au séjour puisqu'il était démontré que « l'aide au séjour irrégulier n'est que la conséquence du lien affectif ».

Si toutes les décisions de justice étaient semblables à celle-ci, le discours de M.Besson ne serait certainement pas aussi contesté. Seules les aides se rapprochant des méthodes déployées par les filières de passeurs seraient poursuivies.

Lors du débat du 30 avril dernier à l'Assemblée Nationale, les députés membres de la majorité se fondaient également sur les cas jurisprudentiels de relaxe des « aidants » pour affirmer que le « délit de solidarité » n'existe pas. C'est ce qu'à pu défendre, par exemple, M. Eric Diard :

« Au nom du groupe UMP, je tiens à rappeler quelques faits précis concernant le texte de loi déposé par le groupe socialiste visant à supprimer le « délit de solidarité ».

Tout d'abord, il est essentiel de dire que le délit de solidarité n'existe pas et n'existera jamais ! La loi en vigueur depuis 1945, c'est-à-dire les articles L. 622-1 à L. 622-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dit que toute personne qui facilite ou tente de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France s'expose à un risque de poursuite, à l'exception des personnes qui ont aidé un membre de leur

famille. Il ne s'agit donc pas de poursuivre l'aide à une personne mais le fait de faciliter son entrée, sa circulation ou son séjour sur le sol français en méconnaissance des règles applicables.

En outre, toute personne, particulier, bénévole ou association, qui s'est limitée à héberger des clandestins en situation de détresse n'est pas concernée par ce délit. Nous l'avons souvent rappelé : personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement hébergé ou nourri un clandestin, ou rechargé son téléphone portable ! (...)

Des immunités pénales sont prévues pour les proches et les personnes qui ont aidé une personne en situation irrégulière se trouvant en détresse. (...)

Cet article permet donc l'immunité des actes humanitaires désintéressés.

J'ai les chiffres, Madame Mazetier : plus de 4 000 personnes ont été mises en cause en 2008 sur le territoire français pour des faits d'aide à l'entrée et au séjour d'étrangers en situation irrégulière. Ces chiffres ne sont pas contestés. Mais aucune d'entre elles n'a été inquiétée pour le seul fait d'avoir hébergé un étranger en situation irrégulière ! »

Aucune condamnation ne pourrait donc être prononcée sur le seul fondement de l'article L622-1 du Ceseda, si l'on en croit les affirmations des entrepreneurs politiques en charge des questions migratoires. Si l'on admet la véracité de ces considérations, il n'existerait donc aucune décision de justice qui se fonde uniquement sur cet article de loi pour sanctionner un comportement d'aide au séjour irrégulier (qu'il s'agisse de l'hébergement, du transport, du soutien matériel...).

Mais en recherchant un peu plus encore, les choses semblent être moins claires.

Section 2. Le cas des « aidants » poursuivis mais dispensés de peines.

Il semblerait donc que la majorité des « aidants » (ou du moins, ceux dont l'affaire a été médiatisée) ne se sont pas vu appliquer de peines pénales. C'est ce qu'affirme les « policy makers » en charge des questions migratoires.

Il n'en demeure pas moins cependant qu'ils ont pu être reconnus coupables, condamnés, tout en étant « simplement » dispensés de peine. Et le Ministre de l'Immigration semble faire un amalgame entre la pénalisation et la condamnation des « aidants ».

S'ils peuvent ne pas être pénalisés, ils ne sont pas, malgré tout, totalement ignorés par la mise en œuvre de la politique publique de répression de l'aide au séjour irrégulier.

Ainsi, nous avons pu recueillir²²¹ à travers une recherche approfondie, mais non exhaustive, sur des bases de données²²² collectant la jurisprudence française un panel de cas d'aidants poursuivis, voir condamnés, mais dispensés de peines.

Il est alors possible de constater que nombre d' « aidants » poursuivis sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda se sont souvent vu appliquer une « condamnation avec dispense de peine ».

La cas le plus récent, découvert grâce à une discussion avec un journaliste radio (à Rome !) mérite attention. Il s'agit du procès de Mme Claudine Louis²²³.

Cette dame ne fait partie d'aucune association, mais participe à une action développée par la *Chaîne de l'espoir*. Cette association humanitaire d'aide à l'enfance développe un réseau de familles d'accueil, pour aider notamment de jeunes étrangers arrivés en France seuls, ou en famille. Claudine Louis prend connaissance de la présence d'une famille afghane réunie (avec cent autres Afghans) au square Villemin, dans le 10^{ème} arrondissement de Paris²²⁴. Lors d'un passage à Paris (Claudine Louis me précise : « *je viens à Paris tous les deux mois, à chaque vacances scolaires, pour venir chercher mes petites filles* »), elle décide de se rendre dans ce square, pour rencontrer cette famille. Très intéressée, depuis longtemps, par l'Afghanistan, elle discute avec un des fils aînés de cette famille. Son histoire la touche et l'interpelle aussi, reconnaît-elle, parce qu'il est « *le fils d'un Moudjahidin du Commandant Massoud, dont le père a été tué* ». Elle se propose donc d'accueillir ce jeune homme de « seize ans et demi », en février 2009. Au bout de quelque temps, elle décide de mettre la Préfecture face à ses responsabilités. Elle dépose alors le jeune homme à la Préfecture, s'en va, et attend devant la Préfecture pour voir ce qu'il se passe. « *Ils étaient obligée de le prendre en charge* » explique-t-elle. Et d'ailleurs, « *il a aujourd'hui été placé dans un foyer. Lui, maintenant, est très bien. Et puis depuis la médiatisation et le soutien des associations, il a désormais une tutrice, il sera scolarisé à la rentrée, il a une carte de séjour (à renouveler) et il est soigné* ».

Cependant le procureur, affecté, décide de poursuivre Mme Louis pour hébergement d'une personne en situation irrégulière, en utilisant comme fondement l'article L622-1 du Ceseda. Mais me précise-t-elle, « *Le procureur n'avait pas le droit de se fonder sur sa situation*

²²¹ Avec l'immense aide du Gisti et plus particulièrement de son président, M. Stéphane Maugendre. Cette recherche a également pu être complétée grâce à un document publié par la Cimade et les Amoureux au ban public : « Délit de solidarité, les contrevérités de M. Besson ».

²²² Dalloz et Legifrance

²²³ Entretien réalisé au téléphone

²²⁴ Entre temps, le 18 août dernier, les Afghans ont été expulsés de ce jardin public, sur décision de la Mairie de Paris.

irrégulière, c'est un mineur. Il s'est rendu compte ensuite de son erreur ». Quoi qu'il en soit, elle comparait en justice au début de l'été 2009. Le Procureur requiert à son égard une condamnation sans peine. Son avocat, en revanche, plaide pour la relaxe.

Elle me décrit alors « *la tension, la lourdeur* » qu'ont pu provoquer son audition, son procès, même si, tient-elle à me préciser : « *le juge a été correct et très honnête* ». Cela reste « *épuisant, même si on m'affirme qu'aucune peine ne sera requise à mon égard. J'ai été très chamboulée, déçue, je n'étais pas prête à ça. Comme toute grand-mère, vous savez, je tricote dans mon coin* » m'explique-t-elle, clairement et calmement. « *Mais je suis très chrétienne, je ne pouvais pas accepter la situation (...) Et je ne peux pas me sentir coupable. On m'a toujours appris à aider mon voisin.* »

Elle poursuit son récit en m'expliquant qu'elle est très surprise de ce terme de « condamnation sans peine », qu'elle découvre. « *Dans la mesure où il y a condamnation, mais sans peine, il y a toujours une condamnation. Donc dans ce cas, je ferai appel. Pour pas que cette décision fasse jurisprudence (ce serait alors la première fois que l'on condamne une personne sur le fondement de l'article L622-1 du Ceseda pour hébergement d'un mineur en situation irrégulière).* » « *Mon avocat envisage cette condamnation sans peine avec gêne.* » Le délibéré sera rendu le 8 septembre.

L'histoire est proche de celle de Mme Jaqueline Deltombe, la première « aidante » dont l'affaire a vraiment été médiatisée, la première membre d'association poursuivie sur le fondement du délit d'aide au séjour irrégulier, aussi. Le 26 novembre 1996, elle est interpellée, placée en garde-à-vue, puis jugée, en février, pour avoir hébergé chez elle un ami zaïrois. Le jugement rendu par le Tribunal de Lille et confirmé par la Cour d'Appel de Douai la reconnaît coupable d'aide au séjour irrégulier, mais dispensée de peine.

Notons également, en ce qu'il s'agit des condamnations de personnes extérieures au milieu proche et direct de l'étranger (les tiers) le jugement du Tribunal Correctionnel de Douai, du 9 août 2004, qui condamne, mais dispense de peine, le membre d'une association qui a plusieurs fois hébergé des personnes en situation irrégulière.

Les conjoints de personnes en situation irrégulière sont également nombreux à se voir condamner pour aide au séjour, tout en étant dispensés de peine²²⁵.

²²⁵ Malgré les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L622-4 du Ceseda qui immunise le « conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ».

Ainsi, Sandrine et Madjid décident de se marier après un an de concubinage. Le maire qui devait les marier décide d'envoyer le dossier de mariage au Procureur. La police interpelle Madjid, qui est finalement expulsé. Sandrine se rend en Algérie pour l'épouser. À son retour, elle apprend qu'elle est convoquée devant le tribunal pour « délit d'aide au séjour irrégulier ». Extrait du jugement du Tribunal de Grande Instance de Tarascon du 29 janvier 2008 ²²⁶:

« Attendu qu'elle est prévenue d'avoir, à Arles, entre le 15 janvier 2007 et le 09 octobre 2007, en tout cas sur le territoire national et depuis temps n'emportant pas prescription facilité, par aide directe ou indirecte, le séjour irrégulier sur le territoire national de D...né le ...à...(Algérie) de nationalité étrangère ;

(...)

Attendu qu'il résulte des éléments du dossier et des débats que les faits sont établis à l'encontre du prévenu ;

Attendu qu'au vu des éléments en cause, il apparaît que le reclassement du prévenu est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé ; qu'il convient en conséquence de faire bénéficier Mademoiselle J...des dispositions de l'article 132-58 et 132-59²²⁷ du code pénal en la dispensant de peine. »

Notons également la décision rendue par la Cour d'appel de Douai, le 14 novembre 2006²²⁸ :

« C... était prévenu d'avoir à Calais, Marck, Cocquelles (...), par aide directe ou indirecte, en l'espèce, en hébergeant, véhiculant et en fournissant des moyens matériels de subsistance et de communication, facilité ou tenté de faciliter la circulation et le séjour de T... et M..., étrangers en situation irrégulière, faits antérieurement prévus et réprimés par l'article 21 de l'ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 et actuellement prévu par les articles L622-1, L622-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers(...)

Attendu que pour entrer en voie de relaxe partielle en faveur de C..., le tribunal l'a fait bénéficier des dispositions de l'article L622-4, 2° du Ceseda, qui prévoient que ne peut donner lieu à des poursuites pénales l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait d'une personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui(...)

²²⁶ n°105-2008

²²⁷ Article 132-59 du Code Pénal : « La dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé.

La juridiction qui prononce une dispense de peine peut décider que sa décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire.

La dispense de peine ne s'étend pas au paiement des frais du procès. »

²²⁸ N°06/01132

Attendu que T... a bien précisé qu'au départ il passait seulement deux à trois nuits chez C... et que c'était seulement lorsque les choses s'étaient stabilisées qu'ils avaient décidé d'aller déposer sa demande d'asile(...)

Attendu que c'est à tort que le tribunal a estimé que C vivait notoirement en situation maritale lors des faits avec T... ; que la Cour infirme donc la relaxe partielle et déclare le prévenu coupable de ces faits sans qu'il y ait lieu de prononcer une peine à son égard puisque C... a déjà été déclaré coupable du même délit en faveur de M..., dispensé de peine et que le Parquet n'a pas fait appel sur ce point, le jugement étant définitif à son égard. »

Nous pouvons également relever la condamnation, toujours sans peine, de personnes ayant aidé des membres de leur famille²²⁹. La décision de la Cour d'Appel de Bastia du 11 avril 2007 est alors assez illustrative :

« À la suite de l'envoi d'un courrier anonyme à la police de l'air et des frontières en avril 2006, des enquêteurs se sont rendus au domicile de Monsieur M., le 25 avril.

Sur place, ils ont été reçus par Monsieur M., qui a donné son consentement pour la perquisition de son logement, et, à cette occasion, les policiers ont constaté la présence de Monsieur A., en situation irrégulière puisque son visa était périmé depuis le 10 mars 2006.

Auditionné par les policiers, Monsieur M. a indiqué que Monsieur A. est son gendre comme étant le mari de sa fille Fatima, qu'il héberge chez lui depuis trois mois car tous deux cherchent un logement qu'ils n'ont pas encore trouvé, et qu'il est au courant que son visa est périmé et sait qu'il devait repartir au Maroc(...)

En hébergeant Monsieur A. dans son domicile, et dès lors, en lui fournissant un toit et plus largement de quoi subvenir à tous ses besoins matériels, Monsieur M. lui a apporté une aide directe et a facilité son maintien sur le territoire national au sens du texte précité.

Par ailleurs en application de l'article L622-4 du même code, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement de l'article L622-1 à L622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

- 1. des ascendants ou descendants de l'étranger (...)*
- 2. du conjoint de l'étranger (...)*

Monsieur M. père de l'épouse de monsieur A., n'entre dans aucune des catégories juridiques limitativement énumérées dans une loi qui n'enfreint aucun des principes fondamentaux

²²⁹ Et qui ne rentre pas dans le cadre des immunités prévues par l'alinéa 1 de l'article L622-4 du Ceseda : ne peuvent être poursuivis « les ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à vivre séparément ».

énoncés à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme puisqu'elle prévoit un mécanisme d'impunité légales pour les personnes les plus proches de l'étranger en situation irrégulière.

(...)

Monsieur M. ne peut donc qu'être déclaré coupable de l'infraction poursuivie. »

On l'a vu, pour le ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'identité Nationale, une absence de peines pénales équivaut à une absence de condamnation.

Mais toutes ces personnes qui ont été condamnées pour aide au séjour irrégulier tout en bénéficiant d'une dispense de peine demeurent coupables d'un délit. Elles ne sont pas innocentées. Elles ont donc pu ressentir le poids du procès pénal et de la sentence. Elles ont été reconnues comme étant auteur d'une infraction. Et les observations de Michel Foucault²³⁰ peuvent être prise en considération : « L'infraction oppose en effet un individu au corps social tout entier (...) l'infacteur devient l'ennemi commun ». Lourde peine quoi qu'il en soit, même si aucune sanction n'est officiellement rendue.

À la lecture de la littérature existante²³¹ sur les fondements du droit de punir, il est possible de constater que les différents courants doctrinaux assignent à la peine pénale divers objectifs : élimination, resocialisation, intimidation, rétribution, prévention, réinsertion, répression, rééducation...

Au moment de la promulgation du Code Pénal de 1810, répression et intimidation prévalent. Ainsi, le Code Pénal s'efforce de rendre l'exécution des peines publique. Les châtiments sont présentés comme exemplaires. Le spectacle des souffrances infligées au condamné est présenté comme un modèle pour ceux qui viendraient à l'imiter. Le Code Pénal prévoit ainsi la peine d'exposition comme préalable à l'exécution de la peine de travaux forcés ou de réclusion. Amandine Chouvet-Lefrançois²³² explique que cette sanction consiste à laisser le condamné exposé, pour une durée variable, sur un échafaud situé sur la place publique du lieu du jugement. Il est attaché à un poteau et un écriteau indique son nom, sa profession, son domicile, la cause de sa condamnation, et le jugement rendu contre lui.

²³⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1972, p. 92-93

²³¹ cf. notamment : S. TZITZIS, *La philosophie pénale*, P.U.F., 1996 ; R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*. De Saleilles à aujourd'hui, Réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, suivie de : *L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, Ed. Eres, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001 ; J-H ROBERT, *Droit pénal général*, P.U.F, 6^{ème} édition, 2005 ; P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2001.

²³² A. CHOUVET-LEFRANCOIS, « Les finalités de la sanction en droit pénal » in C. MASCALA, *À propos de la sanction*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007

Sans comparer bien évidemment les jugements des condamnés à des peines de travaux forcés ou de réclusion au XVIIIème siècle et les condamnés pour aide au séjour irrégulier aujourd'hui, l'étude des sanctions prévues lors de la promulgation du Code Pénal, nous permet de comprendre que déjà, à l'époque, la honte publique jouait un rôle majeur dans la sanction du condamné. Pire que la peine de réclusion par exemple, on lui infligeait une mise au grand jour des délits ou des crimes commis. L'étalage et l'exposition du condamné constituaient, en soi, une peine.

Aujourd'hui, ces châtiments publics n'existent plus, ou du moins pas de la même manière. Cependant, il ne semble pas impossible d'affirmer que la honte créée par un procès, sur la personne appelée à comparaître, n'a pas complètement disparue.

Notons, dans un premier temps, que les salles d'audience sont ouvertes à tous, le procès est en général public. On imagine donc bien que le prévenu n'est pas forcément très fier, face au regard de l'auditoire, de comparaître en justice. Puis, quelques fois, les procès sont médiatisés. Ce fut le cas pour une grande partie des jugements d' « aidants ». Là encore, si la médiatisation peut-être un soutien, elle permet aussi de dévoiler à tous la mise en cause d'une personne, son procès et éventuellement sa responsabilité et sa condamnation. Enfin, les jugements sont ensuite consultables par tous. Ils sont publics, même si les noms des partis n'y figurent pas.

Un procès d'une personne n'est donc pas dénué de tout impact sur la personne concernée. Comparaître en justice constitue en soi une épreuve qui n'est souvent pas anodine ou habituelle. Et être condamné, dans un second temps constitue une épreuve plus lourde encore, même lorsque aucune sanction n'est prononcée. On est publiquement reconnu coupable, auteur d'une faute. Le jugement de condamnation est dès lors une déclaration qui « porte publiquement un jugement de réprobation sur une conduite humaine²³³ ». Saleilles²³⁴ a bien souligné que la déclaration de culpabilité contient « l'affirmation d'une dissimilitude, d'une sécession plus ou moins radicale » entre le délinquant et les autres catégories de citoyens. Elle développe l'effet interne de la déchéance qui frappe un membre du groupe social : « la honte publique ». Les sentiments de culpabilité et de honte peuvent alors être puissants. Lorsque l'on est coupable mais dispensé de peine, il n'est certes pas nécessaire de répondre de son acte en assumant une sanction, mais il faudra savoir évacuer ce sentiment de culpabilité, tout en se « rachetant », officieusement, aux yeux de tous.

²³³ R. MERLE et A. VITU, *op.cit*

²³⁴ R. SALEILLES, *De l'individualisation de la peine*, 3^{ème} éd., p. 174.

Or, dans le discours du ministre M. Besson, cette dimension-là ne semble pas prise en considération. L'humiliation ou le malaise que peut créer une condamnation, même sans peine, ne semble pas avoir d'importance.

Le ministre affirme et observe qu' « *en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière.* »

Cette affirmation est surprenante au regard des cas jurisprudentiels signalés ci-dessus.

Pour expliquer cet aveuglement apparent, différentes hypothèses peuvent être envisagées :

-le ministre et son cabinet n'ont réellement pas eu connaissance de ces affaires de personnes condamnées. Ce qui semble peu probable, dès lors que l'on sait la quantité de travail fournie par les membres d'un cabinet de ministre, lorsqu'ils « explorent » ou « s'attaquent » à un dossier.

-le ministre fait l'amalgame entre la condamnation sans peine et la relaxe²³⁵. Cette dernière hypothèse est plausible tant il est vrai que certaines nuances peuvent être délicates à percevoir. Mais il semblerait étrange que le responsable des questions juridiques au cabinet ministériel n'ait pas soulevé ce point.

-le ministre avait connaissance de cette jurisprudence, mais pour des raisons très rationalistes, il a préféré l'ignorer, pour se montrer rassurant, et pour ne pas risquer la contestation. Il aurait donc fourni une justification stratégique de son action, quitte à ce qu'elle soit en partie erronée. Cette hypothèse, au regard de notre démonstration, semble la plus fondée.

Que les juridictions jugent différemment des considérations politiques et des observations des entrepreneurs politiques, c'est un fait fréquent. Mais que le ministre procède à une analyse des jugements rendus dans un domaine précis pour en faire une analyse, rendue publique, mais en partie erronée, c'est un peu plus rare.

Les effets produits par les instruments normatifs employés pour développer et diffuser une politique migratoire (en l'occurrence l'article L622-1 du Cesda), sont donc interprétés eux aussi dans un sens très rationaliste.

Et cette interprétation du droit, uniforme et assurée, que développent les acteurs en charge des politiques migratoires peut surprendre. Car il est désormais bien établie que « la fiction selon laquelle la légalité est une et indivisible, exigeant une application générale et abstraite,

²³⁵ La théorie de la rationalité limitée peut alors se révéler éclairante. En effet Herbert Simon insiste sur les différentes limites à la rationalité des décideurs : le savoir d'un individu est par nature incomplet et fragmenté, la mémoire individuelle est réduite et sélective, l'action d'un individu dépend aussi d'habitudes, de routines et de choix passés...

H. SIMON, *Administrative Behaviour*, New York, Free Press, 1945

constitue une des principales fictions des sociétés démocratiques (...) Dès que l'on s'attache aux conditions d'application d'un texte de loi ou d'un règlement précis, le caractère unitaire du droit formel éclate à l'observation face à la multiplicité des situations particulières et des réponses pragmatiques qui leur sont faites²³⁶ ».

La condamnation avec dispense de peine n'est rien d'autre qu'une personnalisation de la sanction²³⁷.

S'imaginer qu'une norme aussi générale que l'article L622-1 pouvait être mise en œuvre par les acteurs du monde judiciaire, plus spécifiquement par les juges, d'une manière totalement et absolument uniforme, relevait de la fiction.

« Les 4 personnes qui ont été poursuivies ou condamnées en un demi-siècle au titre de l'article L.622-1 du CESEDA sont allées beaucoup plus loin que l'action humanitaire, en participant au travail des passeurs en toute connaissance de cause²³⁸ » devient une affirmation difficilement crédible.

Il semble y avoir de la part des entrepreneurs politiques une forme de rejet, de négation de la réalité juridique, ou du moins une atténuation de ses effets. Elle est présentée (dans les discours) comme totalement ineffective²³⁹ en ce qui concerne les « aidants ». Le droit devient dès lors un instrument stratégique, modulable, interprétable en fonction des intérêts personnels de chacun. En bref, un outil que l'on peut détourner, pour optimiser son action.

Les observations de M. Foucault²⁴⁰ se révèlent précieuses : « Déplacer l'objectif et en changer l'échelle. Définir de nouvelles tactiques pour atteindre une cible qui est maintenant plus ténue mais aussi plus largement répandue dans le corps social. Trouver de nouvelles techniques pour y ajuster les punitions et en adapter les effets. Poser de nouveaux principes pour régulariser, affiner, universaliser l'art de châtier. Homogénéiser son exercice. Diminuer son coût économique et politique en augmentant son efficacité et en multipliant ses circuits. »

Ces appréciations illustrent relativement bien la tendance développée autour de la mise en œuvre juridique du délit d'aide au séjour irrégulier. Les entrepreneurs politiques posent les principes, les juges les appliquent, puis les politiques interprètent, ajustent les punitions, en

²³⁶ P. LASCOUMES, « Normes juridiques et politiques publiques » in *L'Année sociologique*, 1990, n°40, p. 43 et s.

²³⁷ Personnalisation de la peine : « mode d'appréciation de la peine consistant, pour les juridictions répressives – suivant le vœu de la loi mais dans les limites fixées par elle- à prononcer les peines et à fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. » G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

²³⁸ Lettre de M. Besson envoyée aux associations, déjà citée

²³⁹ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *L'année sociologique*, 1958

²⁴⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1972, p. 92 et s.

adaptent les effets à travers une rhétorique très travaillée et détaillée. Le but étant sans cesse de réduire les coûts de cette politique de maîtrise des flux migratoires.

Et à l'auteur de poursuivre²⁴¹ : « Il faut punir exactement assez pour empêcher. Déplacement donc dans la mécanique de l'exemple : dans une pénalité de supplice, l'exemple était la réplique du crime ; il avait, par une sorte de manipulation jumelée, à le montrer et à montrer en même temps le pouvoir souverain qui le maîtrisait ; dans une pénalité calculée d'après ses propres effets, l'exemple doit renvoyer au crime, mais de la manière la plus discrète possible, indiquer l'intervention du pouvoir mais avec la plus grande économie... »

Des condamnations existent, mais on les dissimule en avançant les dispenses de peines.

Au fur et à mesure que les recherches s'approfondissent, la surprise du chercheur s'accroît. En effet, en étudiant plus encore le reste de la jurisprudence, et en s'écartant des cas soutenus par les médias ou les associations, il est rapidement possible de se rendre compte que non seulement des « aidants » sont condamnés, mais qu'ils peuvent également être pénalisés. Des peines pénales peuvent être requises à leur égard, alors même qu'ils ne participent à aucune filière de passeurs, sur le seul fondement de l'article L622-1 du Ceseda. C'est alors que le discours du ministre est déconsidéré, et que la rationalité de l'action publique s'effrite.

Chapitre III. La pénalisation des « aidants », une réalité bel et bien observable

Section 1. Un sujet qui gêne

En réalité, dans le domaine de l'aide au séjour irrégulier, il n'est pas question de pénalisation indirecte. Il est bel et bien possible de parler de pénalisation directe. L'entourage des personnes en situation irrégulière peut se voir directement sanctionné pénalement sur un seul fondement : l'article L622-1 du Ceseda. Et il est même surprenant de constater, on le verra, que cet article est plus souvent employé qu'on ne le croit. Quand les juges pourraient condamner un particulier pour « travail clandestin », ils préféreront employer l'article L622-1 du Ceseda. Cet article est tellement malléable qu'il peut être utilisé pour sanctionner bon nombre de pratiques, et les juges s'en sont rendus compte.

²⁴¹ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 96 et s.

En réalité, il est très difficile de comprendre l'application juridique de l'aide au séjour irrégulier, même en ce qui concerne la mise en œuvre effective de peines pénales. Pour des faits similaires, certains « aidants », comme on l'a vu, sont simplement poursuivis, d'autres condamnés avec une dispense de peines, et les plus malchanceux sont condamnés avec une peine pénale.

G. Tarde²⁴² rappelle que les peines sont individualisées, et « le malheur est qu'individualiser la peine pénale, c'est l'inégaliser pour des fautes égales ». En effet, pour des mêmes faits, la peine pourra être plus ou moins lourde.

Cependant, certains « aidants » se sont-ils vu appliquer les peines initialement prévues par la loi ? Si certains médias ont pu tenter de « marquer le coup » en affirmant que l'aide altruiste pouvait conduire à une condamnation à 30 000 euros d'amende et à 5 ans d'emprisonnement, il est évident, bien entendu, que ce n'est jamais arrivé. Cependant, des peines assez lourdes ont pu être prononcées.

Il semblerait pourtant que personne ne s'en soit vraiment rendu compte, excepté quelques associations (le Gisti notamment qui a été la première association à effectuer une vraie recherche, découvrant que certains actes de solidarité pouvaient être pénalisés).

L'assistante d'un député de la majorité m'a affirmé, très clairement, qu'il y avait « *beaucoup de mauvaise foi dans cette histoire. On criminalise (les associations, les médias...). Il y a beaucoup d'idées fausses (...) Actuellement, je persiste à penser qu'on ne risque pas d'être condamné, même si on peut-être inquiété (...) Il y a beaucoup de sensationnel, on fait croire aux gens qu'ils ne pourront pas héberger leur sœur... C'est de l'excès. Ce n'est pas un vrai problème* ». Pour autant, lorsque je lui ai montré les quelques décisions de justice que j'avais sur moi ce jour-là, et qui, au demeurant, étaient assez probantes, la surprise fut perceptible. Ayant fait des études de droit, elle a rapidement pu comprendre le sens de ces décisions. Elle s'est dite étonnée, et pensait en faire des photocopies. Avant de les reposer, pour finalement me les rendre.

La réaction fut la même lors d'un entretien au Ministère de l'Immigration. Le responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, de l'éloignement et des contrôles ne m'a rien demandé lorsqu'au milieu de l'entretien je lui proposais de lire les décisions que j'avais pu trouver. Il n'a pas relevé cette proposition et a continué à m'expliquer les fondements et aboutissants de la politique migratoire actuelle. Cependant, une fois l'entretien fini, et le Directeur de l'Immigration parti, il s'est proposé pour me

²⁴² G TARDE, Préface, R. SALEILLES, *De l'individualiation de la peine, op. cit*

raccompagner à la sortie du Ministère. C'est seulement alors en bas de l'immeuble qu'il me reparle des décisions que j'avais évoquées. Il m'en demande les références, rapidement. Il avait donc bien entendu ma proposition, lors de l'entretien « officiel », mais n'avait préféré ne pas réagir, pour des raisons qui lui sont personnelles.

On va le voir, il existe bien des « aidants » qui, agissant à des fins solidaires, se voient condamnés et punis par une sanction pénale. La peine devient alors la conséquence directe de leur action d'aide à une personne en situation irrégulière.

P. Fauconnet²⁴³ précise : « Ce qui est utile d'une manière universelle, c'est qu'il y ait une responsabilité, des responsables (...). Si la répression, l'expiation du crime est la fonction principale de la peine, ce n'est pas la seule, et l'importance relative des fonctions subalternes de prévention spéciale peut devenir, dans certaines sociétés, considérable. »

Il se pourrait donc que certaines peines aient été rendues à titre d'exemple, pour prévenir un « débordement » des actions d'aide aux étrangers, tant craint par les entrepreneurs politiques. Ce qui revient à « marquer le coup », pour ne pas que l'aide puisse trop entraver la politique de répression de l'immigration irrégulière.

Section 2. Des jugements probants : quand le mobile de l'aide devient indifférent

En effectuant des recherches sur les bases de données jurisprudentielles numérisées, pour essayer de comprendre si les affirmations des différents acteurs se révélaient fondées, différentes décisions de justice ont rapidement attiré mon attention.

Une décision de la Cour d'Appel de Metz²⁴⁴, du 17 novembre 1995 condamne M. X à 15 jours d'emprisonnement avec sursis, pour avoir « *transporté M. B, rencontré fortuitement au centre ville à Metz, vers le supermarché le plus proche pour permettre à son compatriote de se restaurer* ».

Les juges fondent ainsi leur décision : « *attendu que l'incrimination de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne prévoit pas seulement l'aide apportée pour faciliter l'entrée des personnes visées sur le territoire français mais également l'aide apportée pendant le séjour notamment par le transport (...). Que cette condition est suffisante pour que le délit soit constitué en son élément matériel* ».

Les juges décident d'appliquer l'article L622-1 du Ceseda de manière extensive.

²⁴³ P. Fauconnet, *op.cit*

²⁴⁴ n° 1182/95

Il est dès lors très clair, à la lecture de cette décision, que l'hébergement et le transport d'une personne (les juges précisent : « *que la distance ou la destination du transport est indifférente* ») en situation irrégulière constituent des aides au séjour irrégulier, qui peuvent être punies pénalement.

Une décision de la Cour d'Appel d'Orléans du 27 mars 2000, *Delphine B. et Bendehiba S. c/ ministère public*, est également très révélatrice de l'état du droit actuel, en matière d'aide au séjour irrégulier.

Il est directement énoncé « *Que des considérations humanitaires et l'absence de but lucratif ne sauraient suffire à caractériser l'aide légitime (...) et que le mobile de l'aide apportée à l'étranger demeure indifférent* ».

Ainsi, toute aide aux étrangers est punissable, conformément, finalement, à ce qu'énonce l'article L622-1 du Ceseda. Les juges ne font pas la distinction entre les passeurs ou les « aidants » agissant dans un but humanitaire. Ils appliquent la loi, à la lettre et condamnent « toute aide ». Le but poursuivi par l'« aidant » n'est pas recherché. On s'éloigne alors de l'interprétation téléologique de la loi, et on contredit au passage le discours du ministre.

En l'espèce, une personne membre d'un collectif de soutien aux étrangers en situation irrégulière a été condamnée à 2 mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir facilité administrativement une reconnaissance de paternité.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Metz²⁴⁵, du 4 octobre 1989, mérite également attention.

Les juges décident de condamner une personne pour avoir hébergé sa belle-mère « *bien qu'ayant connaissance de sa situation irrégulière, en raison de son état de santé déficient, la dame B. souffrant de diabète et de tension artérielle* », à deux mois d'emprisonnement et deux mille francs d'amende avec sursis.

Cette décision est assez ancienne. Aujourd'hui l'« aidant » pourrait certainement bénéficier de l'immunité prévue à l'article L622-4 du Ceseda, cependant, elle demeure importante et intéressante, étant donné que le ministre de l'immigration a affirmé que personne n'avait été condamné pour avoir hébergé etc... en 65 années d'application de la loi. Se positionnant lui-même dans la durée pour affirmer la rationalité de son action, nous ne pouvons, nous aussi, qu'approfondir nos recherches dans le temps.

Une décision de la Cour d'Appel de Montpellier du 17 juin 2008 nous permet de rappeler que l'immunité prévue à l'article L622-4 du Ceseda ne concerne que certains parents proches de

²⁴⁵ n°767/89

l'étranger. Des membres de la famille d'une personne en situation irrégulière peuvent encore être condamnés sur le fondement de l'aide au séjour irrégulier.

Ainsi, M.X, qui « *a accueilli et hébergé à son domicile des membres de sa famille* » tout en ayant connaissance de leur situation irrégulière, a été condamné à une amende de 500 euros.

« *Attendu qu'en hébergeant des étrangers dont il connaissait la situation irrégulière sur le territoire national, M. X s'est rendu coupable des faits visés à la prévention.* »

Il est possible de constater, en l'espèce, que M. X était également poursuivi pour avoir fait travailler, avec lui, ces personnes membres de sa famille. Les juges auraient donc pu le punir sur le fondement du travail illicite. Ils décident cependant de ne relever que l'hébergement, pour le condamner sur le fondement de l'aide au séjour irrégulier.

Une décision de la Cour de Cassation²⁴⁶ cette fois-ci, du 21 janvier 2004, peut également être signalée.

Un chauffeur de taxi est condamné à 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 2 ans d'interdiction d'exercer son métier « *aux motifs que les enquêteurs de police aux frontières de Calais ont établis que le prévenu conduisait régulièrement des clandestins à Dunkerque, Marquise ou Boulogne-sur-Mer et que ceux-ci étaient ensuite mis dans un camion pour qu'ils passent en Grande-Bretagne* ».

Cette décision, là encore, permet d'attester qu'il est possible d'être condamné sur le fondement de l'aide au séjour pour avoir transporté une personne en situation irrégulière.

Cette décision est surprenante. Elle demeure très floue sur la fréquence avec laquelle le chauffeur conduisait les étrangers d'un point à un autre. Sur quel fondement peut-on se baser pour interdire à un chauffeur de recevoir des personnes en situation irrégulière dans son taxi ? Comment peut-on prouver qu'il avait connaissance de l'irrégularité de ces étrangers ? Un chauffeur de taxi doit-il désormais demander un titre de séjour à ses clients ? Doit-il refuser certains clients au motif qu'ils semblent étrangers en apparence, à Calais qui plus est ? Ces questions peuvent sembler caricaturales, néanmoins elles ne peuvent qu'être posées.

Enfin, une dernière décision mérite d'être citée. Il s'agit là encore d'un arrêt de la Cour de Cassation du 3 octobre 2000²⁴⁷. Les juges ont alors condamné une personne à deux mois d'emprisonnement avec sursis et 3000 francs d'amende pour avoir lors d'un procès (avec l'aide de nombreux autres auditeurs du procès) facilité la fuite d'un étranger soumis à un arrêté de reconduite à la frontière. Là encore, l'article L622-1 du Ceseda a pu être aisément employé.

²⁴⁶ n°03-80.328

²⁴⁷ n°99-86.796

D'autres décisions ont été répertoriées par l'association « Les amoureux au ban public ». Nous pourrions les énumérer une à une, mais la lecture de cette recherche risquerait alors de se révéler fastidieuse, voire assommante.

Ce qu'il faut retenir, en réalité, et on a pu le voir, c'est que cet article du Ceseda est utilisé par les juges pour réprimer des actions très différentes. Et ce n'est pas surprenant, au regard de la formulation de la loi.

Parmi les décisions étudiées, certaines ont été répertoriées et publiées par le Gisti. La réaction du ministre de l'immigration a alors été immédiate²⁴⁸.

« Ces 32 cas, censés démontrer l'existence d'un prétendu « délit de solidarité », confirment au contraire l'inexistence d'un tel délit.. Aucune des 32 personnes condamnées n'a agi à titre humanitaire ou de solidarité. Et aucune des 32 personnes ne s'est même limitée à héberger un étranger en situation irrégulière. Ces personnes sont toutes allées plus loin. L'analyse détaillée montre même que certaines d'entre elles sont allées extrêmement loin. Je ne peux que regretter profondément que des associations comme le GISTI prennent la défense de cas aussi indéfendables et intolérables d'exploitation des êtres humains, d'esclavagisme moderne, et de marchands de sommeil. En prenant la défense de cas aussi odieux, et en confondant action humanitaire et traite des êtres humains, le GISTI, dont la mission devrait être de soutenir les immigrés, se décrédibilise complètement ».

Et au Cabinet du ministre d'ajouter dans une note publiée sur le site du Ministère de l'Immigration :

« L'analyse de ces 32 condamnations montre tout d'abord qu'aucune d'entre elles ne concerne un militant associatif ou un bénévole d'une association humanitaire ou un étranger en situation de détresse. Cette liste confirme que l'action humanitaire n'est absolument pas concernée par l'article L.622-1 du CESEDA, et que le prétendu « délit de solidarité » n'existe pas ».

Ces déclarations peuvent surprendre.

Les décisions sont claires, et leur lecture approfondie a permis de dresser un constat évident : des personnes agissant à titre humanitaire ont été poursuivies, condamnées et pénalisées pour avoir aidé une personne en situation irrégulière. Elles ne sont pas allées plus loin que la simple solidarité. D'autres décisions auraient également pu être citées dans ce mémoire, dans lesquelles les juges employaient l'article L622-1 du Ceseda pour condamner certains actes de solidarité. Elles auraient pu être également très probantes, mais elles présentaient un caractère

²⁴⁸ Note publiée par le Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale intitulée : « Du prétendu « délit de solidarité »

plus flou, ou plus subtil. Nous nous sommes donc sciemment bornés à ne relever que les plus simples, les plus frappantes et les plus évidentes, pour qu'il ne puisse pas nous être rétorqué que ces personnes sont « allées plus loin », voir « extrêmement plus loin ».

Le Ministre a donc réitéré ses affirmations.

Dans la lettre envoyée aux associations au début du mois d'avril 2009, il affirmait que « personne n'avait été condamné pour avoir hébergé, transporté etc... » une personne en situation irrégulière.

Dans la note publiée sur le site du Ministère, le 21 avril 2009, il ne s'agit plus de « personne » (ce qui inclut tout « particulier » ou « citoyen ordinaire ») mais de militant associatif ou de bénévole. Le discours est moins large et englobant, il est atténué en quelque sorte, très discrètement.

En revanche, il se veut plus incisif envers les associations, ou en tout cas envers le Gisti. L'attaque est particulièrement frontale, étonnamment virulente.

Il est également affirmé que « aucune des personnes condamnées n'a agi à titre humanitaire ou de solidarité ». Mais que constitue alors l'hébergement d'un ami, d'un cousin, ou bien même encore le transport d'un inconnu affamé ?

La volonté d'affirmer la rationalité de l'action publique, de la politique mise en œuvre semble l'emporter sur toute autre considération, au point de « nier, encore et toujours ²⁴⁹ » la réalité judiciaire, au risque de paraître de mauvaise foi.

²⁴⁹ article de *Libération*, du 30 juin 2009.

CONCLUSION

Tout au long de cette recherche, nous avons donc tenté d’embrasser l’ensemble des problèmes posés par la pénalisation de l’aide au séjour irrégulier, depuis l’historique de la législation, jusqu’au vécu du quotidien des associations. Démarche qui passe par l’étude approfondie de l’action publique en la matière sous l’angle de la théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel.

Nous avons également essayé de donner au droit une place essentielle dans l’analyse des politiques publiques. Droit et politique ont tenté d’être imbriqués, pour mieux donner à comprendre la place et le rôle du droit comme enjeu, comme cadre et comme ressource dans le jeu politique.

Enfin c’est grâce à l’éclairage conjugué du droit et des sciences politiques qui nous avons pu cerner le processus de pénalisation de l’aide au séjour irrégulier, et d’en comprendre les sources.

L’étude du discours du Ministre de l’Immigration, de l’Intégration et de l’Identité nationale nous a permis de déceler l’écart qui pouvait se creuser entre la rhétorique et la justification de l’action publique d’un côté et la réalité judiciaire de l’autre.

Un article d’Andrew Geddes²⁵⁰ nous permet de bien résumer cette ambiguïté. L’auteur se demande pourquoi les partis politiques italiens de droite déploient un arsenal rhétorique particulièrement répressif, alors que dans les faits, ces mêmes partis ne restreignent pas vraiment les régularisations. Un double mouvement, répressif et permissif, est alors mis en œuvre. Les discours, les décisions et les actions politiques ne semblent pas converger ni s’orienter dans la même direction. Cette réalité pourrait là encore s’expliquer, précise l’auteur, par la nécessité de masquer la défaillance de l’action publique à restreindre, voir à bloquer, les flux migratoires, car cela « relève du travail de Sisyphe²⁵¹ ».

La théorie néo-institutionnaliste du choix rationnel nous a permis d’expliquer le développement de la mise en œuvre du délit d’aide au séjour irrégulier par la mise en valeur, par les acteurs, de leurs propres intérêts. Ainsi, l’application de ce délit à un public plus large que les « passeurs » leur aurait permis de répondre aux exigences de performance et de rentabilité de l’action publique.

²⁵⁰ A. GEDDES, « Il rombo dei cannoni ? Immigration and the centre-right in Italy », *Journal of European Public Policy*, avril 2008, p. 349-366

²⁵¹ *idem*

Cependant assurer systématiquement que les acteurs poursuivent l'efficacité, la rentabilité, en prenant en compte leur propre bénéfice est un exercice quelque peu sordide. Il est difficilement imaginable de soutenir que les politiques et les responsables de l'action publique n'agissent qu'en termes de profit et de stratégie. Et ce serait « une image relativement simpliste des motivations humaines²⁵² ».

Il est ensuite délicat d'assurer l'automaticité de cette théorie, étant donné que les structures de préférence des agents peuvent être très variables. Cette théorie proposerait une conception « relativement légère de la rationalité humaine²⁵³ ». L'auteur poursuit, « Il suffit d'avoir attendu à un feu rouge sans personne autour pour reconnaître qu'il y a des dimensions de la relation entre les institutions et l'action qui ne sont peut-être pas très utilitaires, ni correctement modélisées par les théories des choix rationnels ».

D'autres théories auraient pu être utilisées pour expliquer le développement et les effets du délit d'aide au séjour irrégulier. Notamment le néo-institutionnalisme historique, et la notion de « path dependence » auraient permis de souligner le poids des choix effectués dans le passé et celui des institutions politiques sur les décisions présentes. Ainsi, il aurait été intéressant d'analyser et de comprendre la mise en œuvre du délit d'aide au séjour en se penchant davantage sur l'évolution de la législation et des politiques publiques en matière de droit des étrangers.

Cette recherche aurait également pu se faire en s'appuyant plus encore sur l'analyse cognitive des politiques publiques (proche cependant des théories néo-institutionnalistes). L'action de l'Etat en matière de politique migratoire aurait donc pu être abordé sous l'angle de ses objectifs, mais en insistant plus encore sur la représentation du problème, sur l'idée que s'en fait l'opinion publique, ses conséquences et les solutions envisageables pour le résoudre²⁵⁴. Les politiques publiques auraient été analysées « comme des processus à travers lesquels vont être élaborées les représentations qu'une société se donne pour comprendre et agir sur le réel tel qu'il est perçu²⁵⁵ ». Mettre l'accent sur la fonction cognitive nous aurait sûrement permis de mieux cerner les différentes représentations et interprétations qui ont pu être développées sur le délit d'aide au séjour irrégulier ou « délit de solidarité » (cette différence d'appellation

²⁵² P. A. HALL, R. TAYLOR, « Political science and the three new-institutionalism », *Political studies*, 1996, p. 936-957

²⁵³ *idem*

²⁵⁴ P. MULLER, *Les politiques publiques*, PUF, éd. 2008, p. 59

²⁵⁵ *idem*

étant en elle même une preuve de l'écart perceptif qui existe sur un tel sujet, entre les acteurs). Ainsi les *croyances*²⁵⁶ des acteurs auraient pu être un outil d'analyse très intéressant. Cette approche nous aurait également permis d'aborder la question du changement, tant des objectifs des politiques (la restriction renforcée de l'immigration irrégulière) que des instruments qui permettent la concrétisation de l'action publique en matière migratoire (l'élargissement de la mise en œuvre de l'article L622-A du Cesda). Nous aurions ainsi pu nous interroger et découvrir de nombreux éléments en nous interrogeant sur la nécessité du changement. Jusqu'à quel point les acteurs en charge des politiques migratoires étaient-ils libres d'étendre le champ d'application du délit d'aide au séjour irrégulier ? La question de la « contrainte du changement²⁵⁷ » aurait mérité attention, si nous avions décidé d'adopter cette approche.

Il aurait également été très intéressant de donner une dimension comparative à cette recherche. La comparaison avec la politique italienne de maîtrise des flux migratoires aurait permis un apport scientifique énorme, et aurait pu être une clé de compréhension et d'analyse supplémentaire.

En effet, en Italie le délit d'aide au séjour irrégulier n'existe pas en tant que tel en droit interne. Cependant ces deux dernières années, les législations réprimant l'aide au séjour irrégulier se multiplient. Ainsi, les propriétaires qui louent leur appartement à des immigrés irréguliers sont directement passibles de peines de prison.

Un amendement à l'article 35 de la loi du 6 mars 1998 qui régit le séjour des étrangers en Italie a également été proposé par la Ligue du Nord, parti membre de la majorité, pour que soit supprimée l'interdiction faite aux médecins de transmettre les informations qu'ils possèdent sur leurs patients en situation irrégulière. Le signalement de l'étranger « hors la loi » est désormais autorisé. Cet amendement a provoqué un véritable tollé chez les médecins italiens qui ont dénoncé un article anticonstitutionnel, et contraire au droit fondamental de chaque individu d'accéder aux soins médicaux.

Ces mesures enfin sont facilitées par l'institution, depuis le mois de mai 2009, du délit d'immigration irrégulière.

Cette comparaison nous aurait alors permis de nous pencher sur la question du mouvement de pénalisation de l'immigration irrégulière, de manière plus globale et exhaustive.

²⁵⁶ P. A. SABATIER et E. SCHLAGER, « Les approches cognitives des politiques publiques : perspectives américaines », *Revue française de science politique*, vol. 50, n°22, avril 2000.

²⁵⁷ P. MULLER, *Op. cit*

Cependant ce travail aurait demandé bien plus de temps, et se rapprocherait davantage d'une recherche réalisable en doctorat.

Bertold Brecht affirmait : « Si tu arrives à vivre ce temps d'égalité où l'homme aidera l'homme, alors tu connaîtras la liberté. »

Durant ces quelques mois de recherche, en écoutant des hommes (et des femmes), j'ai souvent cru entendre le souffle de cette liberté-là.

ANNEXES

1. Liste des entretiens, par ordre chronologique

- M. Stéphane Maugendre, avocat et Président du Gisti
- M. J-M. Delarbre, fondateur du Réseau Education sans Frontières
- M. Daniel Goldberg, député
- Mme. Sara Prestianni, membre de Migr'Europ
- Mme. Georges Pau-Langevin, députée
- M. Philippe Lioret, réalisateur
- M. Matthieu Bonduelle, magistrat et Secrétaire général du Syndicat de la Magistrature
- M. Etienne Franck, directeur de l'immigration au Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale
- M. X, responsable des questions juridiques à la sous-direction de la lutte contre les fraudes, de l'éloignement et des contrôles du Ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité Nationale
- M. Etienne Pinte, député
- Mme Claudine Louis, « aidante »

2. Article paru dans *Libération*, le 30 juin 2009

« « Sur cette affaire, je veux vous faire noter que le procureur d'une part et le préfet d'autre part ont dit que l'affaire était beaucoup plus large, les faits reprochés beaucoup plus larges que ceux que vous venez de dicter. », déclarait Eric Besson, ministre de l'Identité nationale et de l'Immigration, jeudi 24 juin sur France Inter, en réponse à l'article publié le jour même dans *Libération* au sujet de Salimou Fofana, contre qui cinq mois de prison avec sursis ont été requis le 17 juin pour avoir aidé un étranger en situation irrégulière.

Nier, encore et toujours. Jusqu'à la mauvaise foi, jusqu'au mensonge. Le ministre de l'Immigration s'accroche à son credo : «Le délit de solidarité n'existe pas.» Y compris quand Libération lui apporte la preuve du contraire.

Le 24 juin, Gilbert Laval, correspondant de Libé à Toulouse, raconte l'histoire de Salimou Fofana, Guinéen en situation régulière, jugé devant le tribunal de grande instance de Rodez pour avoir parfois hébergé un compatriote sans papiers.

Ce matin-là, Eric Besson est l'invité de la matinale de France Inter. Lors de la revue de presse, Frédéric Pommier reprend l'article de Libé et interroge ainsi le ministre. «Une peine d'au moins cinq mois a été requise contre Salimou Fofana, pour avoir occasionnellement hébergé, parfois nourri, un compatriote sans papiers. Si l'on parle de délit d'humanité, êtes-vous d'accord cette fois pour dire que cela existe, M. Besson» ?

«Non, absolument pas, rétorque le ministre, qui affirme: sur cette affaire, je veux vous faire noter que le procureur d'une part et le préfet d'autre part ont dit que l'affaire était beaucoup plus large, les faits reprochés beaucoup plus larges que ceux que vous venez de citer, et que l'affaire d'immigration illégale était incidente, annexe, par rapport à l'affaire principale.»

Et de conclure : «Quand je dis que le délit de solidarité n'existe pas, je dis quelque chose de simple : il n'y a pas de bénévole, d'humanitaire, ou de particulier qui ait, en France, en soixante-cinq ans, une seule fois été condamné pour avoir aidé, hébergé, nourri, conduit dans sa voiture, etc. un étranger en situation irrégulière.»

Résumons le propos du ministre : si Salimou Fofana a été jugé, si cinq mois ont été requis contre lui, c'est parce que les faits étaient plus larges que la seule aide à un clandestin. Eric Besson est fidèle à sa ligne. Au prix d'une grande mauvaise foi. Dans sa défense têtue, le ministre n'a raison que sur un point, anecdotique par ailleurs : l'«affaire d'immigration illégale» - telle qu'il la nomme - est effectivement une procédure incidente.

C'est dans le cadre d'une première enquête pour travail dissimulé (Salimou Fofana était

soupçonné d'exercer une activité de voyance, non déclarée auprès des services sociaux et fiscaux) que son domicile de Rodez a été perquisitionné. Et c'est à cette occasion qu'ont été découverts des documents appartenant à un compatriote en situation irrégulière, déclenchant une seconde enquête.

Mais Eric Besson a tort sur tout le reste, et surtout quand il laisse entendre que les cinq mois requis par le parquet contre Salimou Fofana l'ont été pour l'ensemble des faits. Car les deux affaires sont totalement distinctes. L'une (aide à un étranger en situation irrégulière) dépend du parquet de Rodez tandis que l'autre (travail dissimulé) dépend du parquet de Millau, et n'a d'ailleurs pas encore donné lieu à des poursuites. «Si les deux affaires avaient été liées, on aurait regroupé», confirme le parquet de Millau.

Le 17 juin, c'est uniquement au titre de l'aide à un étranger en situation irrégulière que Salimou Fofana a été jugé. La citation à comparaître est limpide : son unique motif est «l'aide à l'entrée, à la circulation, ou au séjour irrégulier d'un étranger en France». Le désormais fameux article L. 622-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Dans le détail, on lit que Salimou Fofana a été jugé «pour avoir, à Rodez, le 3 février, par aide directe ou indirecte, en l'espèce en hébergeant, nourrissant et conservant des documents personnels et administratifs, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation, ou le séjour irrégulier en France de Namingui Baya, étranger». Il ne fut question de rien d'autre lors de l'audience.

Les deux affaires ne sont donc liées que dans la tête d'Eric Besson. Qui ne pourra nier une condamnation pour seul «délit de solidarité» si le tribunal devait suivre les réquisitions le 22 juillet (date du délibéré). Une éventuelle condamnation ultérieure de Salimou Fofana pour travail dissimulé n'y changerait rien. Si elle doit advenir.

Il semble que l'entourage du ministre - pour charger la barque de Salimou Fofana ? - ait été un peu aventureux à ce sujet. Interrogé par Libération, un membre du cabinet d'Eric Besson, évoquant des «faits graves», nous a ainsi assurés qu'«à la suite de l'enquête pour travail dissimulé, Salimou Fofana allait être jugé mi-juillet à Millau».

Renseignement pris auprès du parquet de Millau, aucune date d'audience n'a été fixée. Et pour cause : si l'enquête est terminée, le procureur nous a confié que le dossier était «en cours d'examen», ajoutant : «A ce jour, il n'y a aucune poursuite contre Salimou Fofana.»

3. Lettre envoyée par M. Besson aux associations, le 7 avril 2009

« Paris, le 7 avril 2009

Monsieur le Président,

Votre association a signé, avec d'autres associations, un communiqué de presse en date du 25 mars 2009, intitulé « Si la solidarité devient un délit, nous demandons à être poursuivis pour ce délit ! », et appelé à des manifestations le 8 avril 2009 sur ce thème.

Ce communiqué est constitué d'une suite d'affirmations infondées, qu'il m'est impossible de laisser sans réponse.

Même si ce n'est pas le plus grave, ce communiqué commence par une lecture erronée de la Loi de finances pour 2009. L'annexe « immigration, asile et intégration », pages 34 et 35, prévoit, à titre d'indicateurs, d'une part, un nombre de mesures de reconduites effectives à la frontière qui est une prévision de 30.000 en 2009 et une référence de 30.000 pour 2011, et d'autre part un nombre d'interpellations d'aidants qui est une prévision de 5.000 en 2009 et une référence de 5.500 pour 2011. Comme vous le savez, les objectifs fixés par le Président de la République pour 2009 sont de 27.000 reconduites à la frontière et de 5.000 interpellations d'aidants, c'est-à-dire de personnes participant activement aux filières d'immigration clandestine.

Vous indiquez ensuite que selon vous « aujourd'hui, en France, il est devenu criminel d'accueillir, d'accompagner, ou seulement d'aider une personne en situation irrégulière. »

Cette affirmation est mensongère. L'article L.622-1 du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile (CESEDA) prévoit que toute personne qui facilite ou tente de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France commet non pas un crime mais un délit, et s'expose donc à un risque de poursuites, à l'exception, comme le précise l'article L.622-4, des personnes qui ont aidé un membre de leur famille, ou des personnes qui ont aidé quelqu'un en situation de détresse.

Toute personne, particulier, bénévole, association, qui s'est limitée à accueillir, accompagner, héberger des clandestins en situation de détresse, n'est donc pas concernée par ce délit. Et j'observe qu'en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière.

L'Etat lui-même est le premier à accueillir dans les centres d'hébergement d'urgence les étrangers en détresse, quelle que soit leur situation administrative. Il apporte, avec les collectivités locales, un important soutien technique et financier, plus de 20 millions d'euros par an, aux associations venant en aide aux immigrés en situation irrégulière, dont le rôle humanitaire est indispensable.

Les 4 personnes qui ont été poursuivies ou condamnées en un demi-siècle au titre de l'article L.622-1 du CESEDA sont allées beaucoup plus loin que l'action humanitaire, en participant au travail des passeurs en toute connaissance de cause.

Vous faites ensuite référence à l'audition d'une bénévole de l'association Terre d'Errance, par les services de police, le 18 février 2009, ainsi qu'à l'interpellation, le 16 février 2009 d'un étranger en situation irrégulière qui était hébergé par la communauté Emmaüs de Marseille Pointe Rouge, et à l'opération de contrôle menée le 17 février 2009 dans les locaux de cette communauté.

Vous omettez de signaler que ces opérations ont été ordonnées non par mon administration mais par la Justice. Et dans les deux cas, sans entrer dans le détail des procédures judiciaires toujours en cours, il est peu vraisemblable que les faits visés se limitent à ceux que vous décrivez.

Vous vous dites ensuite porteur d'une « liste déjà longue de militants associatifs ou de citoyens ordinaires poursuivis pour avoir manifesté leur solidarité ou agi avec humanité à l'égard de migrants privés du droit au séjour ». Cette « longue liste » m'a été promise à de nombreuses reprises depuis mon entrée en fonctions. Je suis tout-à-fait disposé, si vous voulez bien me la transmettre, à l'examiner avec vous de manière transparente et contradictoire.

Vous posez enfin un certain nombre de questions « Votre médecin sera-t-il interpellé pour avoir soigné un sans-papier malade, ou votre facteur pour lui avoir distribué son courrier ? L'instituteur de vos enfants sera-t-il inquiété pour avoir appris à lire à un enfant dont les parents sont en situation irrégulière ? » Là encore, et vous le savez très bien, ces affirmations sont totalement caricaturales et dénuées de tout fondement. Aucun médecin, aucun facteur, aucun instituteur n'a jamais été et ne sera jamais mis en cause à ce titre.

Vous concluez votre communiqué en demandant à être poursuivi pour ce prétendu « délit de solidarité ». Je suis au regret de vous indiquer que de telles poursuites ne sont pas possibles, parce que ce « délit de solidarité » n'existe pas.

Les cinq principales associations nationales actives auprès des étrangers en situation irrégulière l'ont reconnu elles-mêmes, en publiant il y a trois semaines un guide « Que dois-je faire ? », à l'usage de leurs bénévoles et salariés. Ce guide, que je me suis procuré, et dont vous vous voudrez bien trouver copie ci-jointe, précise parfaitement, en particulier, que « les permanences d'associations peuvent accueillir qui elles souhaitent », que pour les centres d'hébergement d'urgence et lieux assimilés, « la situation de régularité administrative d'une personne n'est pas un critère à prendre en compte », et que « les associations agissant pour des raisons humanitaires ne peuvent être poursuivies ».

Votre communiqué et cet appel à manifester seraient insignifiants, s'ils ne venaient contrecarrer le remarquable effort de pédagogie entrepris avec ce guide, et entretenir de nouveau la confusion entre ce qui relève de l'action humanitaire, parfaitement légitime et utile auprès d'étrangers en situation de détresse, et ce qui participe d'une collaboration active, par passion, par idéologie, ou par imprudence, à des filières exploitant de manière indigne la misère humaine.

Permettez-moi de vous dire enfin que je regrette profondément que vous prêtiez le nom de votre association, et les valeurs humanistes dont elle se veut le symbole, à une campagne de désinformation qui fait finalement le jeu de ces filières.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Eric BESSON »

4. Rapport établi par la Commission des lois sur la proposition, de Monsieur le député Daniel Goldberg, d'amender l'article L622-1 du Ceseda

« Des personnes qui agissent à titre humanitaire peuvent subir de sérieuses conséquences du seul fait de leur comportement généreux. Une garde à vue n'est en effet jamais un évènement anodin : outre le choc qu'elle peut engendrer sur des personnes qui n'ont aucunement l'habitude de fréquenter les commissariats, elle entraîne une privation de liberté qui peut être traumatisante et peut entacher leur réputation (...) Au total, les grandes associations à vocation nationale comme les petites structures locales uniquement composées de bénévoles ont le sentiment unanime que la menace d'une interpellation policière constitue une sérieuse entrave à leur action et est susceptible de dissuader certains bénévoles. Certains estiment même que les différentes gardes à vue intervenues dans ce cadre ont pour but d'intimider les travailleurs sociaux, les salariés de ces structures et leurs bénévoles pour les dissuader d'aider les étrangers en situation irrégulière. Par ailleurs, les responsables des grands réseaux associatifs ont insisté sur les principes généraux du travail social qui sont mis à mal par l'article 622-1 du CESEDA, notamment celui de l'accueil inconditionnel. En effet, de par la nature de leurs missions, les travailleurs sociaux sont naturellement en contact avec des populations en situation irrégulière qui demandent aide, assistance, conseil ou hébergement. Afin de respecter la déontologie de leurs métiers, les travailleurs sociaux doivent venir en aide à tous ceux qui en ont besoin, indépendamment de leur situation administrative. Le Conseil supérieur du travail social (CSTS), placé auprès de la secrétaire d'État à la solidarité, a d'ailleurs rendu en juillet 2008 un avis qui aborde ces problématiques en constatant notamment « un besoin urgent de clarification entre différentes réglementations : droit de séjour, droit pénal et civil, droit de tout être humain d'être respecté et de bénéficier de la protection de son intégrité physique et morale ». L'avis conclut en souhaitant la publication d'une circulaire chargée de « clarifier des sujets tels que : la relation d'aide inhérente à l'intervention sociale ; le secret professionnel ; les conditions du délit d'aide au séjour irrégulier ».

BIBLIOGRAPHIE

ANCEL. M, *La défense sociale nouvelle*, p144 et s.

ANCEL. M. Défendre la défense sociale ? in *R.S.C.* , 1964, p. 192

ARTUFEL. C, « Nicolas Sarkozy ou la communication politique en action », *Mouvements*, 2007/4, n°52, p. 45 à 56

AUBY. J-B. « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *Revue du droit public et de la science politique*, n°3, 1983

AUCOIN, P., *Administrative Reform in Public Management : paradigms, principles, paradoxes and pendulums*, in *Governance*, Vol.3, N°2, April 1990, pp.115-137.

BARBAGLI. M. *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1998

BARTOLI. A, *Le management dans les organisations publiques*, Paris, Dunod, 2005

BEAUD. S, WEBER. F, *Guide de l'enquête de terrain*, La Découverte, 2003

BECCARIA. C. *Des délits et de peines*. Librairie Droz. 1965.

BEZES, P. *L'Etat et les savoirs managériaux : essor et développement de la gestion publique en France* , in Lacasse, F. et Verrier, P.-E. (dir.), *Trente ans de réforme de l'Etat*, Paris, Dunod, 2005, p.9-40.

BEZES. P. « Le modèle de « l'Etat stratège » : genèse d'une forme organisationnelle dans l'administration française », *Sociologie du travail*, 2005, vol. 47, p. 431 à 450

BOCKEL. A. *L'immigration au pays des droits de l'homme*. Publisud. 1991

BOURDIEU. P., *La force du droit* in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, N°64, p.3-19.

BREYER. I et DUMITRU. S. *Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. Une approche par l'éthique de la discussion*. Presses de Sciences Po/ Raisons Politiques. 2007/2-n°26. p 125 à 147

BROUARD. S et BLAME. R, « Les conséquences des choix politiques : choix rationnel et action publique », *RFSP*, vol. 55, n°1, 2005, p. 33-50

CAILLOSSE. J, RENARD. D, BECHILLON D, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, 2000

CAILLOSSE. J, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n°26

CARBONNIER. J, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, 1990, n°40

CAZENEUVE. J, « La société de l'ubiquité », *Communication et diffusion*, 1972

CHAMBORDERON. H. « S'imposer aux imposants », *Genèses*, juin 1994.

CHEVALLIER.J et LOCHAK. D, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française* in *Revue française d'administration publique*, 1982, N°24, p.53 et s.

CHEVALIER, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2003

COHEN. S. « Décisions, pouvoir et rationalité dans l'analyse de la politique étrangère » dans M. C. SMOUTS, *Les nouvelles relations internationales. Pratiques et théories*, Presses de Sciences Po, 1998, P 75-102

COMMAILLE.J et DUMOULIN. L et ROBERT. C. *La judiciarisation du politique. Leçons scientifiques*. Paris, LGDJ, 2000

COMAILLE. J. *L'esprit sociologique des lois*. PUF, 1994

CORNELIUS, A ; MARTIN,L ; HOLLIFIELD,F ; *Controlling immigration. A global perspective*, Stanford University Press, 1994

CORNU. G. *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007

COTESTA. V. *Mass media, conflitti etnici e identità degli italiani*. Studi Emigrazione, 1999

CHRISTENSEN. T et LEAGREID. P et NORMAN. R. *Blame-avoidance in central government ? The pitfalls of organizing the regulatory side of immigration policy*. IPSA World Congress. 2006

DELMAS-MARTY. M, *Pour un droit commun*, Paris, 1994

DELPORTE. C, *La France dans les yeux. Une histoire de communication politique de 1930 à nos jours*, Flammarion, 2007

DURAN. P, *Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ?*, Politiques et management public, 1993, n°4

DURKHEIM. E, *De la division du travail social*, 1893

DWORKIN. R. *Une question de principe*, PUF, Paris, 1996

FASSIN. D et MORICE. A et QUIMINAL. C. *Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*. La Découverte/Essais. 1997

FAUCONNET.P. *La responsabilité, étude de sociologie*. Alcan. 1928

FEHER. M, *Cette France là*, La Découverte, 2009

FOUCAULT.M. *Surveiller et punir*. Gallimard, 1972

FRIEDBERG. E. « Le raisonnement stratégique comme méthode d'analyse et comme outil d'intervention » dans F. PAVE, *L'analyse stratégique. Sa genèse, ses applications et ses problèmes actuels*, Le Seuil, 1994, p. 135-152

GEDDES, A. « *Il rombo dei cannoni ? Immigration and the centre-right in Italy* », *Journal of European Public Policy*, April 2008, p. 349-346

GIUST-DESPRAIRIES et LEVY, « Analyse de discours », *Voocabulaire de sociopsychologie*, Eres, 2002

GRISPIGNI, *La nuova legislazione sulla criminalità dei minori e la trasformazione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1934, p. 592.

GUIRAUDON. V. *L'intégration des immigrés ou la politique de l'esquive. Réformer sans changer de modèle in La France en mutation. 1980-2005*. Presses de Sciences Po. 2006.

HALL. P et TAYLOR. C. R. « La science politique et les trois néo-institutionnalisme », *Revue Française de Sciences Politiques*. 1997, vol. 47, p. 469-496

HART. H.L.A, *The collected works of Jeremy bentham. Of laws in general*, University of London, The Athlone Press, 1970

HASSENTEUFEL. P, *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Collin, 2008

HOOD, C. *A public Management for all seasons?*, in *Public Administration*, 1991, Vol. 69, N°1, pp.3-19.

KAMINSKI. D, SNACKEN. S, VAN DE KERCHOVE. M, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviance et société*, 2007/4, vol. 31, p. 487-504

KAUPPI. N et MADSEN. M. R, « Institutions et acteurs : rationalité, réflexivité et analyse de l'UE » dans *Politique européenne*, 2008/2, n°25, p. 87 à 113

KAYE. R. *Redefining the refugees : the UK media portrayal of asylum seekers* in Koser, Khalid & Helma Lutz *The New Migration in Europe*. Houndmills, Basingstoke; Hampshire, New Jersey: Macmillan Press, St Martin's Press. pp: 163-182.

KLOTCHKOV. V. V. *La politique criminelle et les tendances principales dans l'application des peines privatives de liberté en URSS*. Archives et politique criminelle, Paris, 1977, p. 205-219

LAROCHE. J, *Mondialisation et gouvernance mondiale*, PUF, 2003

LASCOUMES, P., *Normes juridiques et mise en œuvre de politiques publiques*, L'Année sociologique, Vol.40, 1990, p.43-71

LASCOUMES. P et SERVERIN. E, *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, Droit et sociétés, n°2, 1989

LAZERGES. C et ROUSSEAU. D, « Commentaire de la décision du Conseil Constitutionnel du 13 mars 2003 », *revue de droit public*, n°4, 2003

LECA. J, « Ce que l'analyse des politiques publiques pourraient apprendre sur le gouvernement démocratique », *RFSP*, 1996, Vol. 46, n°1

LEGENDRE. P, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Paris, 1968.

LEGENDRE. P. « Ce que nous appelons le droit » *Le Débat*, n°74, mars-avril 1993

LE NAOUR. G. « Entrer dans l'action publique en la contestant. Quand la cause des usagers de drogues devient soluble dans la politique marseillaise de lutte contre le sida et la toxicomanie » in *Politix*, 2005/2, n°70, p.9 à 28

LENNON. J-L, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue », *Dalloz*, 2006

LEVY. T. *Le désir de punir*, Paris, fayard, 1979

- LOCHAK. D et FOUTEAU. C. *Immigrés sous contrôle*. Le Cavalier Bleu Editions. 2008
- LOCHAK. D. *Face aux migrants : Etat de droit ou état de siège ?* Les éditions Textuel. 2007
- MARCH. J.G et OLSEN J.P, *Rediscovering institutions. The organizational basis of Politics*, New-York, The Free Press, 1989
- MARCH. J. G et OLSEN. J. P, « The new institutionalism : organizational factors in political life », *American Political Science Review*, 1984, n°78
- MASCALA. C. *A propos de la sanction*. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse. 2007.
- MERCUZOT. B. « L'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : un défi aux fondements du droit », *Dalloz*, 1995
- MERLE. R et VITU. A, *Traité de droit criminel*, Editions Cujas, 1997.
- MIAILLE. M. *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995
- MOUTOUH. H, « La communication médiatique déterminant de l'action publique », *Pouvoirs*, 2006/4 n°119, p. 15 à 28
- MULLER. P, *Les politiques publiques*, PUF, éd. 2008
- NOIRIEL. G. *Population, immigration et identité nationale en France XIXème et XXème*. Hachette. 1992
- NORTH. D. *Institutions, Institutional change and economic performance*, Cambridge, University Press, 1990
- PALIDDA. S. *La criminalisation des migrants*. Actes de la recherche en sciences sociales. 1999. P. 129

PRADEL. J, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Cujas, éd. 2008

RADAELLI. M. C, « Logiques de pouvoirs et récits dans les politiques publiques de l'Union Européenne », *Revue Française de Sciences Politiques*, 50 (2), p. 255- 275

REA.A et TRIPIER. M. *Sociologie de l'immigration*. Repères. La découverte. 2003

RICOEUR. P, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales » in P. AMSELEK, *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994

RODIER. C et TERRAY. E. *Immigration : fantasmes et réalités*. La découverte. 2008

SALEILLES. *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. Réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, suivie de : *L'individualisation de la peine : cent ans après Saleilles*, Ed. Eres, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001.

SAVATIER. R, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977

SAYAD. A. *La double absence*. Paris, Seuil. 1999

SHEPSELE. K. « Studying institutions : some lessons from the rational approach », *Journal of theoretical politics*, 1989

SOULEZ LARIVIERE. D et DALLE. H. *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*. Robert Laffont. 2002

SPIRE. A. *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*. Grasset. 2005

SPIRE.A. *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*. Raisons d'agir. 2008

STATHAM.P. *Understanding anti-asylum rhetoric : restrictive politics or racist publics?* In *The Political Quarterly Co*, vol. 74. 2009

STONE. A., « Le néo-institutionnalisme. Défis conceptuels et méthodologiques », *Politix*, 1992, n°20, p. 156 et s.

SUREL. Y, « Idées, intérêts, institutions, dans l'analyse des politiques publiques », *Pouvoirs*, 87, p. 161-178

TEITGEN-COLLY. C et JULIEN-LAFFERRIERE. F « Commentaire de la décision du 16 juillet 1996 », *AJDA*, 1997

THOMPSON. B. J, « La nouvelle visibilité », *Réseaux*, 2005/1, n°129/130, p. 59 à 87

D. THOUVENIN, *La responsabilité médicale : analyse des données statistiques disponibles et des arrêts rendus par la Cour de cassation et le conseil d'Etat de 1984 à 1992*, Paris, Flammarion, 1995

TROPER. M. *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001

TSOUKALA. A. *Le traitement médiatique de la criminalité étrangère en Europe* in *Déviance et société*. 2002/1-Vol.26. p 61 à 82.

TZITZIS. S. *La philosophie pénale*. PUF. 1996

VIRIEU. F-H, *La médiacratie*, Flammarion, 1992

VLIEGENTHART.R et ROGGEHAND. C. *Framing immigration and interpretation : relationships between Press and parliament in the Netherlands*. *The International Communication Gazette*, 2007

WADDINGTON. C. H, *The Ethical Animal*, Londres, 1960

WEBER. M. *Economie et société*, Paris, Plon, 1971

Rapports

- *L'explosion de la garde à vue entre 2000 et 2007*, Rapport d'Human Rights Watch, 2008
- *Les orientations de la politique d'immigration*. Rapport au Parlement. La Documentation Française. Décembre 2008
- *Immigration sélective et besoins de l'économie française*, La Documentation Française, Rapports publics, paris, 2006
- *Immigration clandestine une réalité inacceptable. Une réponse ferme, juste et humaine*. Les rapports au Sénat. N°300. 2005-2006
- *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, La Documentation Française, 2006.
- *L'Accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration : rapport au président de la République suivi des réponses et des organismes intéressés*. La Cour des Comptes, 2005
- *République et particularismes*, Jacqueline COSTA-LASCOUX, La Documentation Française, 2005
- *Le pouvoir des légistes*, numéro entier de POLITIX, n°32, 1995

Codes et guide

- Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Ed. JO, 2009
- Le Code Pénal*, dir. JO, 2009
- Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers du GISTI*, La Découverte, 2009

