

Audition du Gisti*

par la commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration

(« commission Mazeaud »), le 28 mars 2008

Le ministre de l'immigration, Brice Hortefeux, a installé au mois de février 2008 une commission chargée de réfléchir au "cadre juridique" de la nouvelle politique d'immigration voulue par le président de la République et "proposer, si cela apparaît nécessaire, les termes d'un projet de révision de la Constitution" (voir lettre de mission <http://www.droitpublic.net/spip.php?article2237>). La commission, qui peut entendre ou consulter toute personne de son choix, doit remettre son rapport au ministre avant le 31 mai 2008.

Un arrêté du 30 janvier 2008 a fixé la liste des membres de la Commission :

M. Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel, ancien ministre, est nommé président de la commission

Sont nommés membres de la commission :

M. Jean-Bernard Auby, professeur à l'Institut d'études politiques de Paris ;

M. Gérard-François Dumont, professeur à l'université Paris-IV - Sorbonne ;

M. Michel Falcone, conseiller à la Cour de cassation ;

M. Jean-Jacques Hyst, sénateur, président de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale ;

M. Hervé Le Bras, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales ;

Mme Odile Pierart, président de tribunal administratif ;

M. Robert Ponceyri, professeur de science politique à l'université d'Auvergne ;

M. Jean-Eric Schoettl, conseiller d'État, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel

M. Jean-Luc Warsmann, député, président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République ;

M. Kofi Yamgnane, ancien secrétaire d'État à l'intégration.

Sont nommés rapporteurs généraux de la commission :

M. Olivier Dord, professeur à l'université Paris-X - Nanterre ;

Mme Emmanuelle Prada-Bordenave, maître des requêtes au Conseil d'Etat.

En remerciant les membres de la Commission d'avoir invité le Gisti, et en prenant acte de la mission qui est confiée à ses membres, nous leur rappelons que l'association est forte d'une expertise qui s'appuie sur une expérience de 30 ans de permanences juridiques, de conseil et de contentieux. Cette expérience nous a amenés à réfléchir aux politiques mises en œuvre en France et en Europe et à opter clairement, en 1997, pour une solution alternative à la fermeture des frontières qui reposerait sur la liberté d'aller et venir des personnes, ayant pour corollaire le respect des droits et l'égalité de traitement entre Français et étrangers¹.

Ce rappel est indispensable avant d'entrer dans le vif du sujet, car il explique pourquoi le propos du Gisti est moins d'évaluer les implications des orientations du gouvernement au regard de leur compatibilité avec la constitution que d'inviter à confronter ces orientations d'une part avec la réalité et l'actualité du fait migratoire, d'autre part avec les principes qui paraissent incontournables, qu'ils soient ou non tirés de la constitution.

*Nathalie Ferré, Claire Rodier

¹ *Tout bien réfléchi, la liberté de circulation*. Lettre ouverte à Lionel Jospin, 10 juillet 1997. <http://www.gisti.org/doc/actions/1997/jospin.html>

I. Définition de quotas d'immigration

Extrait de la lettre de mission confiée par le ministre de l'Immigration à la commission :

En premier lieu, la commission envisagera les adaptations nécessaires à la **définition de quotas d'immigration**, à caractère normatif.

La commission examinera, d'abord, les différentes expériences conduites à l'étranger afin de mettre en oeuvre une régulation quantitative des flux migratoires, c'est-à-dire une politique de quotas ou de plafonds d'immigration.

Elle envisagera, ensuite, le cadre juridique nécessaire à la définition de quotas d'immigration en France. Je vous précise qu'en tout état de cause le Gouvernement exclut que soit défini un quota limitant le nombre des demandeurs d'asile et des réfugiés politiques.

La commission précisera, en particulier, quels pourraient être les rôles respectifs du Gouvernement et du Parlement.

La définition de quotas d'immigration comporterait deux éléments. Elle permettrait, d'une part, une maîtrise globale de l'immigration en France par la fixation du nombre annuel des migrants admis à entrer et séjourner en France, conformément aux besoins et aux capacités d'accueil de la Nation. La définition de quotas permettrait à la France, ensuite, de choisir les différentes composantes de l'immigration, avec comme objectif que l'immigration économique – elle-même analysée par grandes catégories professionnelles – représente 50 % du flux total des entrées en vue d'une installation durable. Vous étudierez la possibilité de décliner ce quota global et ces quotas catégoriels selon les grandes régions de provenance des flux migratoires.

Ces orientations, envisagées pour des motifs d'intérêt national, doivent être notamment étudiées au regard de la protection de la vie familiale (telle qu'elle découle de la Constitution, mais aussi de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), de la liberté du mariage et du principe d'égalité.

Aux termes de la lettre de mission, la définition de quotas d'immigration viserait deux objectifs : « une maîtrise globale de l'immigration en France », et le choix des différentes composantes de l'immigration (répartition entre immigration économique et immigration familiale).

1 - Maîtriser

« La définition de quotas d'immigration permettrait, d'une part, une maîtrise globale de l'immigration en France par la fixation du nombre annuel des migrants admis à entrer et séjourner en France, conformément aux besoins et aux capacités d'accueil de la Nation ».

a) L'entrée

On ne voit pas en quoi le fait de fixer des quotas permettrait de mieux contrôler l'immigration.

En elle-même, la méthode peut permettre d'organiser certains flux d'entrées mais elle ne constitue en aucun cas un moyen d'empêcher les entrées ni le séjour irréguliers.

En ce qui concerne l'entrée irrégulière, il y a en revanche lieu de penser qu'elle en augmenterait la dangerosité. L'expérience des dernières années montre que le renforcement des contrôles aux frontières, par exemple au sud de l'Europe, dissuade moins les migrants d'en tenter le franchissement qu'il ne les oblige à emprunter des routes plus longues et plus périlleuses pour y parvenir (cf naufrages en Méditerranée et au large des Canaries après la « fermeture » du détroit de Gibraltar). Dans la mesure où la mise en place de quotas aurait probablement pour effet de réduire le nombre de visas délivrés, elle entraînerait une augmentation de la prise de risque, notamment chez ceux pour qui la nécessité de quitter leur pays (pour des raisons d'ordre économique, politique et bientôt environnemental) est impérative.

b) Le séjour

Pour ce qui est du séjour : une fois les étrangers entrés dans le cadre des quotas, comment garantir qu'ils se maintiendront dans l'emploi pour lequel ils auront été sélectionnés, qu'ils ne se demeureront pas sur le territoire au-delà du droit au séjour qui leur aura été octroyé ? Imagine-t-on un retour au système des livrets ouvriers pour contrôler les déplacements des personnes ? La « maîtrise » du dispositif supposerait un contrôle étatique très lourd, peu cohérent avec les objectifs affichés.

Inefficace au regard des objectifs de maîtrise des migrations (sauf, s'agissant des étrangers admis à résider en France, à instaurer des mécanismes poussés de contrôle de leur mobilité difficilement compatibles avec le respect des libertés fondamentales), un système de quotas aurait en revanche pour effet de renforcer la difficulté du franchissement des frontières y compris pour les personnes pouvant prétendre à l'accès au territoire (réfugiés par exemple).

2 - Choisir, sélectionner en fonction des besoins

« La définition de quotas permettrait à la France, ensuite, de choisir les différentes composantes de l'immigration (...) ».

a) Fragilité des méthodes d'évaluation des besoins

L'efficacité du mécanisme envisagé (augmentation notable de l'immigration économique) repose sur une évaluation des besoins du marché de l'emploi à court et moyen terme. Or dans ce domaine la planification ne s'est jamais révélée très fiable. Ainsi, en 1995, la Commission européenne invitait les Etats membres de l'UE à adopter des politiques limitant l'immigration en provenance de pays tiers, et résolument orientées vers la préférence européenne à l'emploi, en expliquant que les perspectives économiques laissaient prévoir une augmentation du chômage dans la plupart des pays européens. A partir de 2000, elle a inversé son discours, en s'appuyant sur des projections faisant apparaître d'importants besoins de main-d'œuvre nécessitant l'appel massif à l'immigration de travail. Et fin 2007, elle proposait la mise en place d'une *carte bleue européenne* pour attirer l'immigration qualifiée.

On constate aussi que le patronat est globalement réticent à fournir des évaluations chiffrées de ses besoins de main-d'œuvre au-delà du très court terme, ce qui l'intéresse étant de pouvoir trouver réponse à ses besoins immédiats, très fluctuants.

b) Le leurre de l'inversion du rapport immigration économique/immigration familiale

« (...) avec comme objectif que l'immigration économique représente 50 % du flux total des entrées en vue d'une installation durable »

Venant après d'autres associations, nous n'insisterons pas sur les risques d'incompatibilité d'un système de quotas par catégories avec les principes posés par la constitution, rappelés notamment dans la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 sur l'immigration familiale, et l'article 8 de la Convention EDH. On s'attachera plutôt à démontrer qu'un raisonnement fondé sur l'opposition immigration familiale (dite « subie »)/immigration économique (dite « choisie ») est absurde. Il laisse penser qu'il y aurait d'une part une immigration de travailleurs qui serait profitable aux intérêts économiques de la France, d'autre part une immigration passive, inactive, inutile, constituée principalement par l'immigration familiale. Or les deux catégories s'entremêlent étroitement : une étude récente sur le suivi des contrats d'accueil et d'intégration montre que 70% des étrangers qui entrent en France au titre de l'immigration familiale (membres de la famille de Français, ou regroupement familial) occupent un emploi dans les six mois qui suivent leur arrivée.

Un indice du caractère illusoire qu'il y aurait à vouloir imposer un pourcentage du type 50% d'immigration économique, c'est qu'un tel taux, qui ne représenterait que les personnes qui entrent dans le pays en tant que travailleurs, n'existe dans aucun des pays de l'OCDE, ni en Europe ni ailleurs. Il faudrait aller dans les pays du Golfe, connus pour les situations de quasi-esclavage dans lesquelles sont exploités les travailleurs étrangers, pour trouver des taux aussi élevés. Mais à quel coût humain ?

L'exemple du Canada souvent mis en avant, notamment par le président de la République, est trompeur puisqu'il occulte le fait que dans les 60% d'immigration économique les statistiques canadiennes incluent les membres de famille qui entrent dans le pays en même temps que le travailleur étranger : autrement dit, lorsque 150 000 immigrants étrangers sont « sélectionnés » au titre de l'immigration économique au Canada, moins de la moitié sont des travailleurs, les autres étant les membres de famille accompagnant les travailleurs sélectionnés.

c) Les risques d'une sélection ethnique

« Vous étudierez la possibilité de décliner ce quota global et ces quotas catégoriels selon les grandes régions de provenance des flux migratoires. »

L'association de la définition de quotas avec le choix des régions d'origine des migrants ouvre de toute évidence la voie de la sélection des travailleurs sur des bases ethniques sinon explicitement, du moins de fait. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler la publication par le ministère de l'immigration, le 18 janvier dernier, de deux arrêtés fixant deux listes de métiers dits « sous tension » pour lesquels la situation de l'emploi ne sera pas opposée aux candidats étrangers. L'une de ces listes, qui comporte une trentaine de métiers hautement qualifiés, ouvre ces emplois à des ressortissants de pays tiers. La seconde, qui recense 150 métiers qui pour l'essentiel ne requièrent pas un degré très élevé de qualification, est réservée aux ressortissants de l'Union européenne en principe soumis à la période transitoire instaurée à l'égard des « nouveaux adhérents » de l'UE (élargissements de 2004 et 2007), pour qu'il soit permis de déroger à ce délai d'attente. Une répartition qu'on ne peut s'empêcher d'interpréter au prisme du tri ethnique : les seuls ressortissants de pays tiers admissibles dans le cadre de l'immigration choisie doivent être ceux qui viennent d'un parcours d'excellence (on notera au passage que ce mode de sélection encourage la fuite des cerveaux). Pour les emplois les plus courants, dans les secteurs d'activité les plus demandeurs, on préfère recruter des Européens.

d) Le risque de négation des aspirations individuelles

« Ces orientations, envisagées pour des motifs d'intérêt national, doivent être notamment étudiées au regard de la protection de la vie familiale (telle qu'elle découle de la Constitution, mais aussi de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), de la liberté du mariage et du principe d'égalité. »

On retiendra pour conclure les réserves posées par la lettre de mission elle-même, qui, en vous demandant de vous référer au droit au respect de la vie privée et familiale et au principe d'égalité, montre bien que ces droits ne peuvent qu'être affectés par la politique désirée.

Aucune place n'est faite aux aspirations individuelles ; or la mise en musique de l'immigration choisie, telle qu'elle est ici proposée, suppose à tout le moins d'en tenir compte. La France doit se montrer un tant soit peu attractive, ce qu'elle n'est plus pour ceux et celles qui peuvent a priori élire leur terre d'installation. La précarisation du séjour (avec la mise en retrait de la carte de résident et la prédominance des titres valables au plus un an) ou encore la lourdeur des procédures – sans oublier des conditions d'accueil – font plutôt figure de repoussoir.

II. Unification du contentieux des étrangers

Extrait de la lettre de mission confiée par le ministre de l'Immigration à la commission :

« La commission, en second lieu, étudiera la possibilité de simplifier la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, voire d'unifier, au profit de l'un d'entre eux, le contentieux de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers. L'organisation actuelle — qui confie aux deux ordres de juridiction et parfois, en leur sein, à des juridictions spécialisées le soin de contrôler les décisions administratives prises en ces matières entraîne par sa complexité des inconvénients tant pour les étrangers intéressés que pour la bonne exécution des mesures d'éloignement les concernant. Je souhaite qu'après un examen attentif des expériences étrangères pertinentes la commission examine, dans le respect des droits de la défense, l'hypothèse d'une simplification, voire d'une unification de ce contentieux et, le cas échéant, de la création d'une juridiction spécialisée. Votre réflexion pourra utilement s'étendre à l'articulation entre le contentieux de droit commun des étrangers et celui des refus de reconnaissance de la qualité de réfugié. »

Dans la lettre de mission, on relève un objectif – a priori louable – celui de simplifier les procédures contentieuses. Pour y parvenir, il faut envisager une unification dudit contentieux. L'organisation actuelle entraîne des inconvénients pour les étrangers, qui s'y perdent, et... une gêne pour la mise en œuvre de la politique d'éloignement chiffrée du gouvernement, sans oublier un contentieux volumineux – trop volumineux – pesant de façon considérable sur les juridictions administratives.

La démarche initiée part d'un postulat, à savoir la complexité du dispositif. Il est bon de prime abord de rappeler que cette complexité est le fait du législateur. Elle va crescendo. On peut ici mentionner la création par la loi du 24 juillet 2006 d'une mesure d'éloignement, dont l'actuelle majorité attendait des miracles (en terme d'efficacité, et déjà de prétendue simplification), l'obligation de quitter le territoire français susceptible d'accompagner un refus de séjour. Les OQTF accompagnant de façon systématique les refus de séjour, il ne fallait pas s'attendre à une baisse du nombre de saisines du juge. Bien au contraire. De la même façon, il n'y aucune raison de croire à un meilleur taux d'exécution des dites mesures que celui attribué aux « anciens » arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière envoyés par la Poste. Mais il y a longtemps que la vraie réflexion n'accompagne plus les réformes du statut des étrangers.

Autre postulat : le dispositif actuel présente des incohérences. Des contradictions, des contrariétés de jurisprudence sont évoquées. Il faut ici être clair sur ce que cache cette affirmation : on vise l'hypothèse, a priori inadmissible pour les autorités chargées de la police des étrangers, où le juge des libertés et de la détention (JLD) remet en liberté une personne dont la mesure d'éloignement n'a pas été annulée par le juge administratif ; on ne peut donc mettre à exécution la mesure de départ forcé, et l'étranger disparaît dans la nature.

Dans l'hypothèse décrite, il n'y a pas de divergence ou de contrariété entre les positions adoptées, l'une par le JLD, l'autre par le juge administratif (parler de « jurisprudence », au sens premier du terme, nous paraît peu adapté à la réalité vécue dans les prétoires). L'objet du contentieux n'est pas le même. Les juges saisis ne statuent pas sur les mêmes choses : le premier statue sur la privation de liberté ; le second sur la légalité de l'acte administratif.

Dans ces conditions, l'un et l'autre sont guidés par des préoccupations différentes, toutes deux légitimes. Cette dualité – ce partage des rôles – renvoie à notre propre organisation juridictionnelle (séparation des pouvoirs, séparation des autorités administratives et judiciaires, organisation en deux ordres de juridictions).

Avant 1995, aucun juge n'avait à connaître de la régularité de la procédure d'interpellation – permettant de constater la situation administrative irrégulière - préalable à la notification de la mesure d'éloignement administrative. Tout le monde a salué la jurisprudence BECHTA

permettant au juge de la rétention d'examiner les conditions du contrôle d'identité et de la garde à vue, en vertu de l'article 66 de la Constitution faisant du juge judiciaire le gardien des libertés individuelles.

Le dispositif constituerait ainsi une gêne pour la mise en œuvre de la politique d'immigration. D'emblée, on a envie de dire : même si un seul juge, quel qu'il soit, examine la procédure – toutes les facettes de la procédure – à « droits constants », la « gêne » sera toujours là : la personne sera pareillement remise en liberté dès lors que le contrôle d'identité a été irrégulier, que les garanties sur la garde à vue n'ont pas été respectées... Donc ce qui est attendu, ce n'est pas en réalité cela ; c'est bien limiter « les gênes » et en conséquence les possibilités de remise en cause de la mesure d'éloignement.

Comme le dit la Cimade, il est tout de même choquant de percevoir le rôle du juge comme « une gêne », lorsqu'il est là pour appliquer le droit.

De façon générale, et sans entrer dans les méandres des procédures, le Gisti n'est pas favorable à la création d'une juridiction propre au contentieux des étrangers (qui faut-il le rappeler, ne se limite pas à celui de l'éloignement : refus d'entrée, arrêté de reconduite à la frontière ou encore obligation de quitter le territoire français). Il n'est pas davantage favorable à confier l'ensemble de ce contentieux au juge administratif ou au juge administratif en pesant les avantages et les inconvénients respectifs à l'option choisie. Ce serait réserver un traitement exceptionnel à ce contentieux.

Une juridiction *sui generis* – ou rattachée à l'ordre administratif – qui ne statuerait que sur le contentieux précité – ne peut être porteur de garanties. La spécialisation conduit à banaliser le contentieux et à l'expédier (v. le temps où le juge pénal décidait de l'éloignement forcé du territoire. Il prononçait les reconduites en série, sans examen réel des dossiers au fond. C'est ce qui avait amené alors le législateur en 1990 à redonner à la mesure d'éloignement sa nature administrative). La juridiction sera animée par l'objectif : exécuter la mesure de départ ; elle aura toutes les cartes en main (v. comment le législateur a fait le choix justement de réformer la procédure pénale en créant l'institution du JLD, au motif que le juge d'instruction avait trop de pouvoirs).

Une question est inéluctable (a fortiori dans le contexte actuel) : quels moyens seront donnés à cet éventuel nouveau tribunal pour accomplir sa mission juridictionnelle ? De cet élément dépend la qualité de l'instruction et du jugement. Et quels juges ? Des juges professionnels et alors se pose la question de savoir où on ira les chercher ? Des juges non professionnels sans le cadre de vacations ? Et alors on songe au mouvement de déprofessionnalisation de la fonction de juger (v. le fonctionnement chaotique des juridictions de proximité).

Notre système a produit deux catégories de juges, de culture différente, de formation différente, de sensibilité différente. Le juge administratif et le juge judiciaire ne savent pas faire la même chose (v. position ferme prise par le conseil d'Etat en 1990 pour affirmer l'incompétence du juge administratif à apprécier la légalité d'un contrôle d'identité).

Et puis le droit des étrangers n'est pas le seul à susciter la compétence de différentes juridictions. Le droit du travail peut relever de la compétence du conseil de prud'hommes, du tribunal de grande instance, de la juridiction administrative, voire du juge répressif. On n'a jamais songé à créer une juridiction récupérant l'ensemble des contentieux liés à l'application du Code du travail (pouvant produire des contrariétés jurisprudentielles). Il faut arrêter de faire du droit des étrangers une terre d'expérimentation (que ce soit pour afficher de la fermeté ou pour réellement écarter des obstacles à la mise en exécution de la politique d'éloignement).

Alors que faire ? Ne faut-il pas d'abord regarder ce que nous enseigne la jurisprudence pour comprendre en premier lieu la surcharge des tribunaux administratifs ? Nombreuses sont les décisions des TA ou des juridictions supérieures qui annulent les refus de séjour (et les mesures d'éloignement) notamment sur le fondement de l'article 8 de la CEDH. Les « problèmes » se situent pour une large part du côté des pratiques des préfectures en matière de refus de séjour et de notification des mesures d'éloignement. C'est une parenthèse, mais on entend parfois des choses surprenantes dans les tribunaux montrant que les juges ne maîtrisaient pas toujours la portée de leur propre décision. Comme s'il suffisait de retourner à la préfecture pour être régularisé...

Il faudrait – c'est peu de le dire – améliorer la qualité de l'examen des dossiers (demande de titre de séjour), en mesurant au-delà du nombre de pièces à fournir la volonté de s'installer en France et sa légitimité. C'est une première façon de faire diminuer les contestations. Envisager l'éloignement si son exécution paraît raisonnable (ce qui suppose aussi d'avoir examiné les conditions qui attendent l'étranger éloigné dans son pays d'origine).

Autrement dit, le Gisti n'a pas de solution technique à proposer pour une simplification et une unification du droit des étrangers. S'agissant de l'amélioration du taux d'exécution des mesures d'éloignement, notre réponse : une meilleure instruction des demandes de titres de séjour (dans le respect de la loi, de son esprit, des conventions internationales, et de façon humaine). Il n'est pas besoin de réformer les juridictions.