

Immigration illégale et pratiques judiciaires en France

La recherche d'un contrôle de l'immigration illégale compatible avec les valeurs démocratiques nécessite l'intervention du judiciaire. Toutefois, dans l'interstice laissé par l'administration au juge, celui-ci peine à jouer - même symboliquement - son rôle de garant du respect des libertés individuelles. Face à la volonté première de l'État, endiguer l'afflux d'étrangers, le magistrat fait figure de faire-valoir.

par **Denis Salas**,
titre exact
à mentionner ?

À première vue, le dispositif de l'immigration illégale semble singulièrement complexe et opaque. Son enchevêtrement de compétences, de délais et de recours décourage celui qui y chercherait une ligne claire. À cette complexité s'ajoute une instabilité dans le temps. Depuis près de vingt ans, le paysage normatif s'apparente à un champ de bataille. On compte près de vingt-cinq refontes du texte fondateur, l'ordonnance du 2 novembre 1945. Il est vrai que la mondialisation accélère les mouvements de flux et de reflux migratoires et incite à négocier sans cesse des compromis entre les besoins économiques, les libertés individuelles et la police des étrangers. Dans ce contexte géopolitique mouvant et déterritorialisé, où plane la menace terroriste, la priorité est plus que jamais d'endiguer des mouvements menaçants pour notre sécurité.

Cette recherche d'un contrôle de l'immigration illégale compatible avec les valeurs démocratiques implique nécessairement l'intervention du judiciaire. Intervention bien mince, au demeurant, dans un processus dominé par les appareils administratifs. Outre son rôle pénal, le juge peut être amené soit à valider (ou non) le maintien en zone d'attente dans un aéroport, soit à confirmer (ou non) la rétention administrative pour des individus déjà expulsés. Son positionnement à la marge du système réduit l'impact de la procédure orale et publique qu'il initie. Mais bien que fortement déterminée par les dossiers, la décision est cependant loin d'être acquise. La défense peut, au moins théoriquement, empêcher l'expulsion en exploitant un faisceau de jurisprudence et les failles des dossiers.

Les conditions pratiques de mise en œuvre de ces politiques sont révélatrices de nombreuses tensions. Comment les milieux judiciaires se comportent dans un système qui leur laisse une marge de jeu aussi réduite ? À côté de l'octroi de droits aux étrangers ici et là, l'administration contrôle tout le dispositif. Quel sens a cet emboîtement de compétences ? Un argument revient comme une incantation : son rôle de gardien des libertés individuelles exigerait la présence du juge. Mais derrière les grands principes, la réalité est tout autre. À cet écho lointain correspond un contentieux aussi ingrat que massif. Le tableau est

quelque peu déprimant : temps dévoré par l'urgence, audiences saturées, confrontation à la misère du monde, faible capacité de peser sur le cours des choses... La scène judiciaire est moins le masque d'une politique de criminalisation que le lieu de compromis douloureux entre une aspiration au droit et la gestion des flux de population. Tout son dispositif est traversé par des tensions entre les acteurs et l'appareil décisionnel, la défense des droits et les enjeux politiques, la singularité des cas et la pénalisation anonyme.

Un rituel vidé de son sens

Tout le rituel judiciaire repose sur une esthétique de la représentation et du désintéressement. Du costume jusqu'au langage, des rituels au rôle de ses "officiants", tout y fait symbole. Cet appareil vise à régénérer un ordre social après la perturbation provoquée par la transgression. Or, le contentieux des étrangers est aux antipodes de cette sphère hautement symbolique. Marginalisée dans un dispositif qui lui échappe, la fonction du juge tend à être érodée par l'urgence et la proximité. Il se borne seulement, dans un rituel vide de sens, à évaluer les motifs de prolongement de la rétention administrative dans des délais stricts qui encadrent les recours. Le message est clair : on gère les flux à marche forcée, tout en prévoyant une concession minimale aux garanties juridiques. Inutile de s'appesantir sur la disparition de la dimension "auratique" de la justice⁽¹⁾. L'abréviation du temps signifie surtout la disparition des capacités de récit et des médiations narratives qui donnent de la signification aux pratiques. On connaissait le maquis de textes toujours en proie à des remaniements dont le juriste est l'ouvrier malmené. On découvre une machine au fonctionnement unilatéral qui, pressée d'en finir, se hâte vers sa fin dans le bourdonnement routinier de ses procédures.

La proximité accroît cet effet de "désymbolisation". Le récent projet d'installer un tribunal pour étrangers en situation irrégulière à Bobigny dans les zones d'attente des aéroports n'en est qu'un des signes. Compte tenu de la masse des flux, un souci d'efficacité et de rationalisation des forces de police explique le redéploiement des conditions d'exercice de la justice. Nul ne semble se souvenir qu'un rapport parlementaire récent a décrit ces zones d'attente comme une "horreur de la République"⁽²⁾. Dans ce type d'audience, la disparition des garanties du procès équitable n'est pas anodine. Voilà comment commence une enquête ethnographique sur les audiences du "35 bis" (voir encadré p. 82) au tribunal de Paris :

"Les audiences du '35 bis' de Paris ont lieu dans une salle du palais de justice. La première difficulté est de la trouver. Elle est petite, presque

Le message est clair : on gère les flux à marche forcée, tout en prévoyant une concession minimale aux garanties juridiques.

1)- Walter Benjamin constate que, dans les sociétés marchandes, le caractère unique du rituel, son "aura sacrale", est aboli dans la répétition et la standardisation des actes.

2)- Avis rendu par Louis Mermaz au nom de la commission des lois (cf. *Le Monde* du 16 novembre 2000).

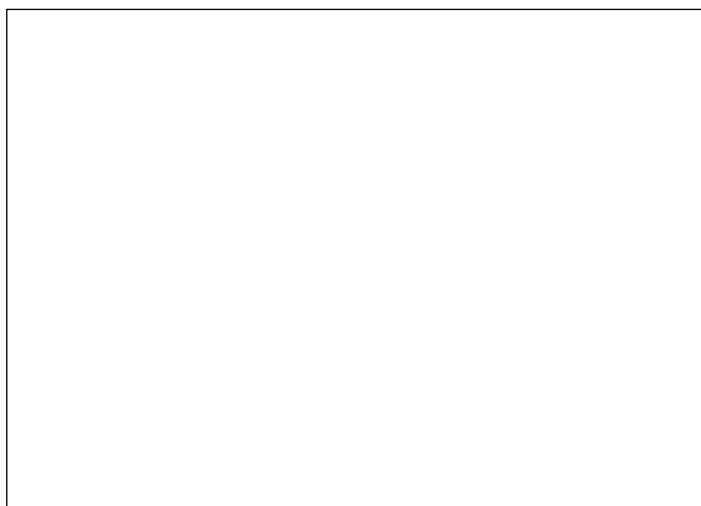


3)- Christelle Hamel
et Diane Lemoine,
Rendez-vous au 35 bis,
L'Aube, 2000, p. 31.

cachée dans un coin face à une porte d'entrée après la cour de la Sainte-Chapelle. Ensuite son accès est particulier : on doit d'abord traverser une antichambre dans laquelle sont aménagés deux box de verre où les avocats s'entretiennent avec les retenus avant les audiences. Après quelques marches et un couloir très étroit où une seule personne peut passer, se trouve la salle. La porte étant fermée, et bien que les audiences soient publiques, nous sommes obligés de demander l'autorisation d'entrer aux agents... ”⁽³⁾

On retrouve la même tonalité désenchantée au tribunal administratif : *“La grande salle du tribunal administratif est toujours déserte. L'habitude a même été prise par certains juges lorsqu'ils veulent préciser un point du dossier d'appeler auprès d'eux avocats et représentants de la préfecture pour un conciliabule inaudible des bancs du public. La publicité est obligatoire mais cette habitude n'y contrevient*

**Tribunal correctionnel
de Créteil, janvier 1992.
Des grévistes de la faim
luttant contre la “double
peine” manifestent pour
soutenir un des leurs.**



© Amadou Gaye/IM'édia.

4)- *Op. cit.*, p. 118.

pas puisqu'il n'y a personne pour s'en plaindre.”⁽⁴⁾ La scène est dominée par une certaine grisaille : des bureaux vides, des files d'attente interminables, des dialogues de sourds... On est plus près d'une lecture laborieuse d'un dossier que des fastes du rituel judiciaire. Le dialogue est vite interrompu par la barrière de la langue. Tout se passe dans un conciliabule entre l'avocat, souvent commis d'office, et le juge. Que demande la loi au “juge de la rétention” ? Non pas de juger du bien fondé de l'éloignement – de toute manière décidé par l'administration –, mais seulement la prolongation éventuelle de la rétention. La brièveté procédurale fait tourner ce que Casamayor⁽⁵⁾ appelait la “*machine à confirmation perpétuelle*” tant elle occulte le doute et pré-détermine la décision finale. En somme, le juge est une tête d'épingle dans un dispositif dont il assure le bouclage. Sa marge d'action est

5)- Denis Salas,
Emmanuelle Verleyn,
“Casamayor l'insoumis”,
Esprit, octobre 2002.

faible, car son intervention n'est qu'une concession tardive aux droits individuels. À sa marginalité opérationnelle correspond le seul effet attendu de sa présence : la légitimation du système.

Comme l'urgence produit la violence du temps, la proximité détruit l'espace entre les hommes. La faible place de la justice fait d'elle un alibi dans une politique de gestion courte des flux. D'un côté, on professionnalise l'urgence (comparution immédiate, traitement en temps réel), de l'autre, on institutionnalise la proximité en dressant à la hâte des salles d'audience. Ajoutée à l'étroitesse des délais, cette recherche du rendement empêche toute espèce de reconstruction des récits individuels. Toute interrogation sur le sens des migrations, les traumatismes de guerre ou l'aide à l'insertion (ou au retour) ne peut émerger. Tout se passe comme si la rencontre avec l'autre avait lieu sans avoir lieu. Les conflits entre la généralité anonyme de la loi et le face-à-face avec les visages de l'errance ne peuvent que se multiplier.

L'épreuve morale du jugement

Dans ces conditions, la liberté n'est elle pas devenue un objectif vide de sens ? Quel sens peut avoir l'accueil d'un étranger sans papiers et sans réel projet ? Le devoir d'hospitalité est transitoire. Suspendue à un titre de séjour, sa protection est mince. Pour les plus protégés (les mineurs), les réseaux mafieux sont un danger croissant. La liberté pour nombre de clandestins n'est qu'une modalité de l'asservissement. Proie facile pour les "protecteurs" en tout genre, que peuvent-ils espérer quand leur corps est souvent une monnaie d'échange ? Nécessairement simplifié, le choix du juge oscille entre une liberté possiblement dangereuse, une hypothétique assignation à résidence ou une incarcération sans perspective.

"Je tiens une audience de reconduite à la frontière : la 'reconduite' est une jeune fille algérienne titulaire d'un visa expiré qui préfère la vie française à être dans son douar d'origine vendue, mariée, excisée [sic.], engrossée... Toute mon éthique me demande de l'accueillir parmi nous. Mais elle a été dénoncée. Que faire ? Refuser d'appliquer la loi ? Cette fois mon éthique me l'interdit tant que je suis magistrat ; démissionner ? Mais justement j'ai moi aussi des filles pour lesquelles j'ai des devoirs. J'ai choisi un métier. Et je l'assumerai dans tous ces aspects tant qu'il ne m'imposera pas l'inacceptable," témoignait un magistrat, sous couvert de l'anonymat, à la suite d'un questionnaire sur l'éthique des juges⁽⁶⁾.

Une justice choisie pour son symbole et non pour son action, comme le montre bien ce témoignage, est source de malaise identitaire. Plus encore : le sentiment de contribuer, par une décision, au naufrage d'individus de l'autre rive est anxiogène. On mesure ici le conflit entre une éthique de la sollicitude et la froide gestion des flux. Toute la question

6)- Voir *Les Cahiers de l'IHEJ*, Paris, décembre 1993.



7)- Voir Dominique Dray, *Une nouvelle figure de la pénalité : la décision correctionnelle en temps réel*, mission de recherche Droit et Justice, 1999.

est de savoir comment concevoir une action qui ne soit une pure et simple validation du processus administratif et policier.

De telles apories inhérentes au morcellement de tâches se retrouvent dans le contentieux pénal de masse. Le traitement en temps réel est un mode de gestion des enquêtes policières en lien direct avec le procureur⁽⁷⁾. L'effet de mécanisation extrême (caractère répétitif, travail informatisé, temps réduit...) produit une interrogation sur le sens de l'application de la loi. Cette gestion des flux génère un sentiment de lassitude, de disqualification, ou même de perte d'identité. Chacun, pour sauvegarder son rôle, doit résister à l'effet de prédétermination de la décision au bout d'une chaîne de catégories simplifiées. C'est le seul moyen de contrebalancer la configuration des preuves judiciaires par le renseignement policier. Pour continuer à rendre justice "en son âme et conscience", le magistrat doit accepter d'être "précipité dans une épreuve morale". Cette tension le replace dans l'espace plus familier d'un jugement entre équité et droit. Mais à quel prix ?

Dans le droit administratif des étrangers, le pénal est nulle part et partout. L'hégémonie du discours de sécurisation est assurée par un processus purement administratif. À peine est-il pondéré par des avis consultatifs comme ceux de la commission du titre de séjour. Il est clair que l'acteur principal en est la puissance souveraine. Ce n'est pas un crime qui est jugé, mais une pure atteinte à l'État souverain. Le délit n'a pas d'autre victime que l'État lui-même, dont on enfreint les règles sur le séjour. Seule la personne morale de l'État (territoire et souveraineté) est offensée. Seule l'administration sera son porte-parole. Point n'est besoin de procureur. L'État agit directement, sans médiation. La confrontation est brutale, presque corporelle, entre la souveraineté et ses adversaires. Ne s'agit-il pas de refouler des ennemis de l'intérieur, d'autant plus insidieux qu'ils sont disséminés parmi nous ? À la suite de Michel Foucault, dans *Surveiller et punir*, on peut y voir une scène de reconstitution de la puissance souveraine blessée. À travers le corps des individus stigmatisés, elle punit moins l'offense faite à ses lois qu'elle ne génère une "gouvernementalité de l'inquiétude"⁽⁸⁾. On y retrouve le huis clos

Le rôle du juge en zone d'attente

L'étranger, arrivé irrégulièrement en France, peut être placé en zone d'attente pendant un délai de quarante-huit heures renouvelable une fois, soit quatre jours et après avoir informé le parquet. Au-delà, seul un magistrat (le juge de la liberté et de la détention) peut prolonger le placement pour une durée exceptionnelle de huit jours renouvelable une fois. Après les délais d'appel, la rétention en zone d'attente peut durer au total vingt jours (article 35 quater). Par ailleurs, les étrangers soumis à un arrêté de reconduite à la frontière, d'expulsion ou d'interdiction du territoire peuvent être placés en "rétention administrative". Au bout des quarante-huit heures, l'administration doit saisir "le juge délégué" qui peut décider soit du maintien en rétention pour cinq nouveaux jours, soit d'une assignation à résidence si l'étranger justifie de garantie de représentation et d'un passeport (article 35 bis).

entre la loi et son transgresseur, le passage du désordre menaçant à l'ordre retrouvé. Huis clos sur fond de disparition de la société symbolisée par l'absence du public. Le paradoxe est que ces audiences non pénales sont de puissants accélérateurs anthropologiques de dégradation.

Un rapport publié en mai 2001 par l'Anafe (Association nationale d'aide aux frontières des étrangers) fait une description sans complaisance de ces audiences : *“Cinquante à soixante dossiers par audience, pris dans une véritable cohue, avec des conditions limitées de publicité*

des débats... Absence d'audition sérieuse de la personne et absence d'interprète dans la langue vernaculaire des étrangers, rareté de la notification compréhensible des droits...” Face à la puissante administration, nul ne s'efforce de donner aux individus un visage, une histoire. Le plus souvent, ce qui domine est bien cet “effacement du singulier” occulté par le numéro du dossier, les catégories administratives, une police des corps. La dégradation vise non l'individu singulier mais le groupe d'appartenance, le statut d'étranger. Ce qui explique que le langage judiciaire, lui-même déritualisé, dérape à son tour.

Les catégories abstraites cachent mal les corps mis à nu. Corps sans parole que l'on va détenir, retenir, reconduire, sangler dans les avions du refoulement. On tient les corps faute de vouloir comprendre les récits, de donner un sens aux situations.

8)- Didier Bigo, “Sécurité et immigration : vers une gouvernamentalité de l'inquiétude”, in “Sécurité et immigration”, *Cultures & Conflits*, L'Harmattan, 1998, p. 13 et suiv.

Le combat de l'avocat

Les catégories abstraites cachent mal les corps mis à nu. Corps sans parole et aux collectifs indécélables, que l'on va détenir, retenir, reconduire, sangler dans les avions du refoulement. Corps aussi des sans-papiers, grévistes de la faim, arme ultime pour ceux qui n'ont pas d'autre instrument d'action face à la puissance étatique. On tient les corps faute de vouloir comprendre les récits, de donner un sens aux situations. Un peu comme si ce raidissement de l'État, ce rapport dual et inégal, faisait avorter toute parole et vider de sens tout recours. N'a-t-on pas vu des avocats opter pour des stratégies de défense de rupture et en appeler directement à la Cour européenne des droits de l'homme parce qu'aucun examen circonstancié des affaires n'était réalisé par les tribunaux⁹⁾ ? Comment mieux apercevoir l'absence de figure tierce dans cette violente confrontation des corps, dans cette impossible saisie du droit ?

Mais en même temps on ne doit pas déduire de cette analyse que l'audience est un pur rituel de dégradation. La garantie des droits n'en est jamais éloignée. Une société civile juridiquement armée reste active dans la défense des personnes. Outre la présence d'avocats formés (même s'ils sont encore trop peu nombreux), il y a des permanences spécialisées et les syndicats labourent ces questions en compagnie d'associations. La connaissance d'une jurisprudence abondante et

9)- Ce qui est en droit impossible, car la règle est l'épuisement des recours internes. Voir sur ce point Michael Faure, *Voyage au pays de la double peine*, L'Esprit frappeur, 2000.



nuancée jointe à une bonne connaissance du dossier permet parfois d'obtenir gain de cause auprès des magistrats. Le combat de l'avocat vise à réintroduire la singularité des cas et le sens des récits. Ce qui restitue un espace de parole dans une machine qui n'est pas qu'inhumaine quand elle choisit de faire du cas par cas. Combat, au final, plus humanitaire que judiciaire tant l'errance de certains parcours est frappée du sceau de la fatalité. Tant le processus imprime sur les migrants, quel que soit leur statut juridique, la marque d'une pesante surveillance.

Que devient le débat individualisé ? En amont, il est morcelé par une réduction extrême de son champ. Dans le cas du "35 bis", par exemple, la volonté de la loi relayée par les circulaires de l'administration absorbe le jugement et le prédétermine. En aval, consigne est souvent donnée aux préfets et procureurs de faire systématiquement appel en cas de mise en liberté ou d'assignation à résidence. On retrouve la volonté de contenir l'indétermination du jugement par l'effet de clôture du dispositif. S'y ajoute la disparition du doute sous cet édifice de certitudes qu'est le dossier. La précipitation induite par l'urgence et la ségrégation spatiale étouffent les dissonances qui pourraient encore filtrer de ce corset procédural.

Le retour du bannissement ?

Le tableau ne serait pas complet sans une scène de la pénalité aussi banale que mal connue : l'interdiction du territoire français (ITF). Révélée sous le nom de "double peine", elle a été remise dans l'actualité par le tout récent film de Bertrand Tavernier, *Histoires de vies brisées*. De quoi s'agit-il ? Après avoir puni d'une peine de prison l'étranger, le tribunal, dit le texte, peut prononcer une peine dite "complémentaire" d'interdiction du territoire français temporaire ou définitive⁽¹⁰⁾. Elle s'ajoute donc à l'emprisonnement et à l'arrêté d'expulsion décidé par le préfet. Voilà pourquoi on parle de double, voire de triple peine. À première vue, on peut y voir de solides raisons : un étranger ne doit-t-il pas plus qu'un autre respecter les lois du pays qui l'accueille ? N'est-il pas normal, dès lors qu'il y est condamné, de lui interdire d'y séjourner, surtout s'il a commis des faits gravement attentatoires à la paix publique ? Un pacte républicain ne peut vivre qu'avec ceux qui en acceptent les droits et les devoirs. L'octroi de droits civiques et politiques n'en est que la contrepartie.

La réalité est plus brutale. Par elle-même, une peine complémentaire répond au souci légitime de punir le délit proportionnellement à la faute. Mais greffée sur des parcours d'intégration avancés, elle est inadéquate. Cumulée à une peine de prison, elle est indiscutablement injuste. Étendue dans son champ d'application à près de deux cents infractions, elle devient massivement excluante⁽¹¹⁾. Bien souvent, ce sont des "Français sociologiques" – bien que n'ayant pas la nationalité

10)- Article 131-30 du Code pénal.

11)- Voir la liste qui figure dans Bruno Lavielle et Xavier Lameyre, *Le Guide des peines*, Dalloz, 2002, p. 141.

de jure – qui sont frappés, comme dans le cas des sans-papiers. Dans l'immense majorité des cas (entre 60 et 75 % du total), cette peine est prononcée à la suite d'une infraction sur les règles de séjour⁽¹²⁾. Elle touche donc non pas des délinquants réellement dangereux, mais ceux qui sont entrés ou séjournent en France sans visa. Et, pour peu qu'il motive sa décision, le tribunal peut interdire du territoire des étrangers qui sont en France depuis leur enfance. Même s'ils y sont arrivés très jeunes et y ont été scolarisés, même s'ils n'ont plus aucune attache avec leur pays d'origine et ne gardent avec lui que le lien formel de la nationalité, ils sont interdits et expulsés. Le cumul de plusieurs décisions d'expulsion et d'interdiction du territoire, faute d'être réellement appliquées, génère une "surpénalisation".

Dans son film, Bertrand Tavernier raconte le cas d'un "quasi Français" incarcéré avec des criminels qui auront eux la possibilité de se réinsérer alors que, pour le même délit, il est définitivement proscrit. Si on y ajoute les conditions très complexes du "relèvement" de ce type de condamnation qui doit se faire hors du territoire français, toute perspective de réinsertion disparaît. Sous l'effet de masse, la disparition de la personnalisation des peines est lourde de conséquences. La "surpénalisation", présente dans les textes, est sans cesse stimulée par la crainte d'une application aléatoire. Elle exprime une répression exaspérée par une "ineffectivité" chronique⁽¹³⁾. Tout objectif étranger à cette obsession répressive passe au second plan. Le "rétributivisme" de la peine a rarement été aussi saillant.

Malgré la philosophie qui devrait l'animer, cette peine n'est donc ni proportionnelle, ni réhabilitative. Son lourd verrou s'abat sur le banni qui doit, pour en sortir, en demander le relèvement mais aussi solliciter une assignation à résidence et un titre de séjour. Ce retour du bannissement dans notre arsenal pénal devrait nous inciter à réajuster ce dispositif. Sans doute, il n'est pas irraisonné de maintenir la double peine pour les infractions les plus

12)- Commission de réflexion sur les peines d'interdiction du territoire, présidée par Christine Chanet, 1998.

13)- On évalue généralement à 20 % le taux d'exécution des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière.

14)- Voir la jurisprudence de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme ("Droit au respect de la vie privée et familiale") in Arlette Hetmann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 2002, p. 176.

graves. Pour les autres, il faut trouver un juste équilibre entre l'autorité de l'État et le respect des droits. Ou, à tout le moins, une commune mesure entre le respect d'une vie familiale et la prévention des infractions pénales, même si la Cour européenne semble aujourd'hui soucieuse de laisser aux États une certaine autonomie⁽¹⁴⁾. L'usage de l'ITF comme peine principale (sans emprisonnement) en réponse au séjour irrégulier lui redonnerait une signification pénale adéquate. Sans pour autant régler le cas de ceux qui préfèrent, en Français de fait qu'ils sont devenus, purger une peine chez nous plutôt que d'être bannis.

Le pari des politiques qui consiste à rechercher la confiance par l'inquiétude ne peut que générer une demande d'État, à laquelle on ne peut répondre sauf à hypertrophier le pouvoir policier.

Un récent rapport propose avec courage de limiter l'ITF aux cas de récidives en matière d'infractions à la loi sur les étrangers et de l'interdire pour ceux qui ont suivi leur scolarité en France. "Si l'on suit le raisonnement consistant à considérer que pour les étrangers ayant résidé habituellement en France au moins pen-

dant la période de l'obligation scolaire (entre six et seize ans) la France est devenue leur 'propre pays', alors la peine d'interdiction du territoire prononcée à leur rencontre équivaut à un véritable bannissement."⁽¹⁵⁾ La force de cette peine dans l'ancien droit, où elle était couramment pratiquée, n'empêchait pas le roi de "rappeler le banni" et de lui accorder son pardon complet. Dès cette époque, d'ailleurs, on se rend compte que déraciner un individu humainement, culturellement et socialement attaché à un pays, c'est le livrer forcément à la marginalité, au vagabondage, à la délinquance⁽¹⁶⁾.

15)- Commission Chanet, *op. cit.*, proposition n° 7.

16)- Voir Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Puf, 1990, p. 224.

De là vient le sentiment d'une inexorable pénalité sur laquelle notre sens de l'individualisation s'effrite, ce qui rend d'autant plus désincarné l'appel à un droit naturel, à la Cour européenne des droits de l'homme. Reste que là encore la réponse judiciaire (ou administrative) ne peut se faire qu'au cas par cas, faute d'un positionnement politique sur cette question qui n'a guère les faveurs de l'agenda gouvernemental⁽¹⁷⁾.

17)- J'écris ces lignes au moment où le ministre de l'Intérieur Nicolas Sarkozy envisage de n'appliquer la double peine qu'aux étrangers auteurs d'un délit et qui disposeraient d'un titre de séjour d'un mois. Actuellement, selon le collectif Une peine point barre, dans 60 % des cas la condamnation intervient plus de dix ans après la délivrance du premier titre de séjour.

Scandale de l'impunité, banalité de la pénalisation

On perçoit mieux, au terme de ce bref survol, l'ambivalence de la pénalisation dans nos sociétés. La démesure pénale a deux faces : elle est à la fois une figure du "trop" et une figure du "pas assez". Le traitement du délit dans une société démocratique tend à être clivé selon que l'on se trouve en haut ou en bas de l'échelle sociale. Ne pas punir ou trop punir sont les deux faces d'un même phénomène. À cela s'ajoute une rhétorique politique perverse : les mêmes qui s'indignent de l'activisme judiciaire quand il les menace exigent ce même activisme au nom de la lutte contre le sentiment d'insécurité.

Cette corruption de la parole publique illustre bien une perte de confiance envers le politique. Ceux qui font la loi ou sont garants des institutions doivent être plus que d'autres exemplaires, car ils nous représentent au sens où ils tiennent leur mandat de la confiance exprimée dans le vote du peuple souverain. On peut comprendre que, mis en cause, ils soient tentés de dénoncer le complot qui les vise. Mais pour faire campagne, ils doivent tenir le discours inverse : plus de répression, plus de sécurisation pour les autres. Dans ces discours, on voit clairement le plaideur et le candidat, nullement le responsable politique. Comment ne pas y voir un mépris implicite pour la chose publique et une atteinte à l'égalité devant la loi ? Plus encore : quelle réponse politique pourrait épuiser une inquiétude sans cesse entretenue ? Le pari qui consiste à rechercher la confiance par l'inquiétude ne peut que générer une demande d'État à laquelle on ne peut répondre, sauf à hypertrophier le pouvoir policier.

Contrairement à ce que l'on entend, le danger ne vient pas de l'impunité d'en haut (celle des élites) et de celle d'en bas (celle des banlieues, des mineurs, des étrangers...), qui seraient toutes deux condamnables. Il est très "politiquement correct" de dire que "la tolérance zéro" doit fonctionner pour tous afin de déployer un manteau de vertu démocratique. Ce discours est stratégiquement efficace pour répondre à ceux qui revendiquent le combat contre l'impunité pour les autres, nullement pour eux-mêmes.

La réalité est que l'impunité est en haut et la pénalisation en bas. En haut, on trouve les moyens financiers (les équipes d'avocats pointus qui soulèvent les nullités au dernier moment), les stratégies de défense médiatiques (fondées sur des réseaux d'amitié) et la procédure pénale plus contradictoire (droits accrus de la défense) placent des boucliers procéduraux entre les juges et les inculpés puissants. En bas, il n'y a ni procédure (réduite par l'urgence), ni avocats (faute de moyens financiers), ni médias (sauf pour attiser le sentiment d'insécurité). Les conditions permanentes d'une pénalisation massive des corps sont donc réunies. Comment s'étonner qu'à l'arrivée, les étrangers représentent 6 % de la population métropolitaine et 24 % de la population pénitentiaire ?

Nous ne sommes donc pas dans une justice à deux vitesses, mais dans une société inégale qui produit une tendance à l'impunité, qui est le symétrique inversé de la pénalisation. Ce double excès aux extrêmes de la vie collective – cette *hybris*⁽¹⁸⁾ pénale par défaut et par excès – est, si l'on en croit Albert Camus⁽¹⁹⁾, un mal qui ronge la cité. En haut, on peut crier à l'injustice, il y a toujours une presse pour vous entendre et des avocats compétents pour combattre la calomnie. En bas, les seules réponses sont des régularisations octroyées en réponse aux grèves de la faim silencieuses. Ce tableau n'est pas sans rappeler le double visage de la mondialisation évoquée par Zygmunt Bauman :

18)- Chez les Grecs anciens, notamment dans le poème d'Hésiode "Les travaux et les jours", l'*hybris* (ou *hubris*) désigne la démesure et en particulier le sentiment de toute puissance des hommes qui oublient leur condition mortelle. Elle s'oppose à la *diké*, le sens de la justice qui maintient ou rétablit l'ordre. Voir Jean-Pierre Vernant, *Mythes et pensées chez les Grecs*, vol. 1, Maspéro, Paris, pp. 16-73.

19)- "Le crime impuni, selon les Grecs, infectait la cité. Mais l'innocence condamnée ou le crime trop puni, à la longue, ne la souille pas moins." Albert Camus, *Réflexions sur la guillotine*, éd. Pléiades, coll. Essais, 1957, p. 1051.

à côté d'une "surclasse" de touristes nantis et mobiles, une masse d'exclus est vouée à l'immobilité et à la précarité.

"Cet âge de la compression de l'espace temps, des transferts immédiats d'information et de communication instantanée est aussi celui de la rupture à peu près totale de la communication entre les élites cultivées et le populus. Les premiers n'ont rien à dire aux seconds... Rien qui retentirait dans leur esprit comme l'écho de leur propre vie et de leurs propres espoirs."⁽²⁰⁾

20)- Zygmunt Bauman,
Globalization.
The human consequences,
Polity Press, Londres, 1998 ;
Le coût humain
de la mondialisation,
(trad. A. Abensour),
Hachette littérature,
Paris, 1998, p. 155.

La démocratie est mise en échec face à cette nouvelle stratification globale où le migrant devient le cauchemar des élites. L'État retrouve, et sans doute est-ce inévitable, une violence de contention et de refoulement. Le cumul des hantises xénophobes et de la menace terroriste ne peut qu'accentuer cette attitude défensive. En face, les porteurs de droits résistent, défendent le pacte démocratique et forcent les États à négocier des compromis fragiles. La scène judiciaire est le lieu où se nouent ces tensions inhérentes à nos sociétés fragmentées et mondialisées. ◀



► Dossier *Police et jeunes issus de l'immigration*, n°s 1127 et 1128, décembre 1989 et janvier 1990

