

Recueil Dalloz 2012 p. 2001

Epilogue d'une saga judiciaire sur la garde à vue pour séjour irrégulier

Serge Slama, Maître de conférences à l'Université Evry-Val d'Essonne, rattaché au CREDOF - Paris-Ouest M

Prolongeant l'avis de la chambre criminelle du 5 juin 2012 (Crim., avis n° 9002, 5 juin 2012, Actualité droit 2012, par S. Slama et B. Francos ; D. 2012. 1551, obs. G. Poissonnier ; AJDA 2012. 1132 ; AJ pénal 2012. 1132 ; JCP 2012. Actu. 735, obs. A. Levade), la première chambre civile déclare, dans une série de décisions de principe sur la garde à vue et les possibilités de poursuites des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière contraires au droit de séjour tant que « l'une » des mesures coercitives de la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 ou la rétrogradation n'ont pas été épuisées (Civ. 1^{re}, 5 juill. 2012, n° 11-30.371 [AJDA 2012. 1372], n° 11-19.250 et n° 11-30.530).

Ce constat de non-conformité au droit de l'Union européenne de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) (séjour irrégulier), mais aussi incidemment de l'article L. 624-1 (soustraction à un titre de séjour) intervient après une saga judiciaire de 18 mois. Engagée par des avocats italiens en janvier 2011 (2), la question de la pénalisation du séjour irrégulier au regard de la « directive retour » a tour à tour été portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (28 avr. 2011, aff. C-61/11 PPU, *El Dridi*, AJDA 2011. 878, et 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et S. Slama, 2011. 1880, note G. Poissonnier, 1400, entretien S. Slama, et 2012. 390, spéc. 396, obs. K. Parrot ; Europe 2011. Etude de droit 10, note S. Slama et M.-L. Basilien-Gainche ; Rev. crit. DIP 2011. 834, note K. Parrot ; Europe 2011. Etude de droit 10, European Journal of Migration and Law, 2011, n° 13, 467, comm. R. Raffaelli ; Rev. dr. étrangers 2011, n° 10, 10, avant de provoquer un séisme judiciaire en France, justifiant une question préjudicielle posée dans le cadre d'un recours accéléré (Paris, ord., 29 juin 2011, n° B 11/02792). Celle-ci donna lieu à une seconde décision de la Cour de justice de l'Union européenne (10 fois-ci spécifiquement sur l'article L. 621-1 du CESEDA (CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, aff. C-329/11, *Achugh*, AJDA 2011. 2384, et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et S. Slama, 2011. 333, et les obs., note G. Poissonnier, et 390, spéc. 396, obs. K. Parrot ; Constitutions 2012. 63, obs. V. Tchen, févr. 2012, p. 46, obs. V. Tchen ; Europe 2012, n° 2, Comm. 73, comm. F. Gazin ; Gaz. Pal. 2012, n° 45, 45, *Diriti penale contemporaneo* 2012, comm. Rosa Raffaelli (3)). Mais, après cet épisode luxembourgeois, l'« affaire » utilisée par M^e Patrice Spinosi dans sa plaidoirie devant la première chambre civile (4), se poursuit rue M^e de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur la conformité de l'article L. 621-1 au principe de nécessité de la Déclaration de 1789 avait été transmise par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n° 11-40.000, 63, obs. A. Levade). Elle donna néanmoins lieu à une décision « surprenante » (5) d'incompétence dans laquelle la Cour de cassation répondit pas au moyen « subtil » (6), développé par les tiers intervenants, le Gisti et la Cimade, mais a plutôt répondu (7) en le traitant « comme un banal moyen d'inconventionnalité » (8) (Cons. const., 3 févr. 2012, décision n° 2011-631 DC, [sur la question de l'entrée ou de séjour irréguliers en France], ADL 9 févr. 2012, par S. Slama ; AJDA 2012. 242 ; Constitutions 2012. 63, obs. V. Tchen ; RSC 2012. 135, obs. E. Fortis ; Europe 2012/3. Repère 3, par D. Sinaceur, 34, obs. J.-H. Robert). Le Conseil constitutionnel n'avait pas non plus saisi l'occasion, lorsqu'il a contrôlé la loi n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, consid. 84, AJDA 2011. 1177, note Lecucq ; Constitutions 2011. 581, chron. V. Tchen, et 2012. 63, obs. A. Levade ; RFDC 2012/2. 373).

Cette saga a aussi été marquée par l'intervention de deux circulaires conjointes des directions des affaires étrangères et des affaires civiles et du Sceau qui se sont efforcées, après chaque décision de la Cour de Luxembourg, de limiter les effets de celles-ci (Circ. du 12 mai 2011 (9) et du 13 déc. 2011 (10)). Mais à la lecture des décisions de la Cour de justice, les signataires de ces instructions - Maryvonne Caillibotte et Laurent Vallée - ont fini par s'incliner en donnant une instruction aux parquets « d'inviter les officiers de police judiciaire à éviter de recourir désormais à une mesure de rétention de droit de séjour irrégulier » (11). Parallèlement le ministère de l'intérieur a informé les préfets de ces instructions par la Chancellerie, en leur demandant d'en tirer les conséquences nécessaires (12).

C'est d'ailleurs dans le cadre de la cacophonie judiciaire qui a suivi l'arrêt du 28 avril 2011 (13) et la diffusion de l'arrêt du 10 mai 2011, qui donnait pour instructions aux parquets de se pourvoir systématiquement contre les décisions de rétention de droit de séjour irrégulier, que la Cour de cassation a été saisie de pourvois de procureurs - dont certains ont été jugés

même temps, des décisions de cours d'appel défavorables aux étrangers, sélectionnées par un réseau d'associés militants, ont été portées elles aussi en cassation.

La disqualification des gardes à vue pour séjour irrégulier par la chambre criminelle résulte d'une alchimie européenne du « retour » (qui a privé les gardes à vue de la peine d'emprisonnement qui en constitue le socle en droit français de la procédure pénale (dont la finalité se doit d'être répressive) (I). Quant à la première chambre, elle ne pouvait guère que prolonger l'avis qu'elle avait sollicité, sur demande de ses avocats généraux, elle s'écarta de ce moment d'égarement, de la lettre et de l'esprit des jurisprudences de la Cour de justice en estimant que le séjour irrégulier reste possible dès lors que l'irrégulier a été soumis « à l'une » des mesures coercitives prévues par la directive. *Achughbaban* exige clairement l'échec de l'ensemble d'entre elles (II). Cette jurisprudence devrait toutefois être confirmée par la première chambre des gardes à vue « de confort » (14) des sans-papiers. Il n'en subsiste pas moins un certain nombre d'incertitudes qui pourraient venir conforter l'efficacité des procédures d'éloignement tout en respectant les droits fondamentaux.

I - Une disqualification des gardes de vue pour séjour irrégulier résultant d'une alchimie entre droit de l'Union européenne et droit français de la procédure pénale

Dans son avis du 5 juin, la chambre criminelle estime que depuis « l'entrée en application » de la directive du 13 décembre 2010 un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier ne peut plus être placé en garde à vue « dans le cadre d'une procédure diligentée de ce seul chef ». Un tel constat peut, de prime abord, surprendre. En effet, il a été, en France, la conséquence de la décision luxembourgeoise du 6 décembre 2011 qu'elle concédait au gouvernement français qu'« il se justifiait l'objectif de la directive n° 2008/115/CE, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, impossible pour les Etats membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne en séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée » (aff. *Achughbaban*, pt 30). Mais, le 13 décembre 2011, le garde des Sceaux estimait que les dispositions de la directive « ne sont pas susceptibles d'être appliquées en tant que mesures de garde à vue engagées sur le fondement de l'article L. 621-1 ni les procédures de rétention administrative prévues à l'article L. 621-2 » et, en conséquence, ne pouvait faire suite à ces mesures lorsque l'irrégularité du séjour de l'étranger sur le territoire national a été établie. Les avocats généraux près la Cour de cassation adoptaient d'ailleurs une position convergente. Ils concluaient, dans leur première chambre civile (15) que devant la chambre criminelle (16), à l'impossibilité de placer en garde à vue un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier a déjà fait l'objet d'une mesure d'éloignement non exécutée.

Mais adopter une telle interprétation revenait à se méprendre sur le sens et la portée des décisions de la Cour de justice. Sous la pression des gouvernements intervenus dans la procédure, la Cour a admis que la directive ne s'opposait au placement en détention », dès lors qu'elle est « brève mais raisonnable », car la phase préalable d'« arrestation provisoire » prévue à l'article 17 de la directive ne relève pas du champ de compétence européen (*ibid.*, pt 29). La directive vise à harmoniser dans leur intégralité les règles nationales relatives au séjour des étrangers » mais uniquement en ce qui concerne les décisions de retour et leur exécution. Par suite, le droit de l'Union européenne ne peut valablement s'opposer à ce qu'un Etat membre qualifie le séjour irrégulier de délit » (*ibid.*, pt 28). Toutefois, la Cour de justice s'efforce de limiter les risques de débordements étatiques dans l'utilisation de cette période préalable, d'une part, en précisant qu'elle doit être « la détermination du caractère régulier ou non du séjour » et, d'autre part, en exhortant les Etats à « prendre rapidement position » sans tarder sur l'irrégularité du séjour afin d'adopter, ou non, une décision de retour conformément à l'article 6 de la directive (*ibid.*, pts 29 et 31).

Or l'économie du droit français de la garde à vue ne coïncide absolument pas avec ce schéma procédural. En effet, à la valeur dès notre commentaire de l'arrêt *El Dridi*, cette jurisprudence « remet en cause implicitement et nécessairement la pénalisation [...] du séjour irrégulier et des gardes à vue fondées sur cette incrimination » (17). Après l'arrêt, nous avons pu semer le trouble (18), nous étions toujours d'avis que, quand bien même la Cour de justice admettait que la garde à vue telle qu'une garde à vue », cela ne signifiait pas pour autant que les gardes à vue étaient encore légalement justifiées en droit français » (19). Trois arguments militaient en ce sens : en premier lieu, la garde à vue ne dure pas une période raisonnable » mais 24 voire même 48 heures. En second lieu, dans le code de procédure pénale, aussi bien avant qu'après la réforme issue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 (art. 62), pour qu'une personne soit gardée à vue, il faut qu'elle soit soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement ». Or la Cour de justice avait expressément privé les gardes à vue pour séjour irrégulier de leur efficacité en constatant la contrariété de l'article L. 621-1 à la directive n° 2008/115/CE dès lors que la décision de retour est prise en troisième et dernier lieu, la finalité des gardes à vue en droit français n'est pas d'identifier un irrégulier et de le faire administrativement son retour, mais doit être « l'unique moyen » de parvenir à l'un des objectifs fixés par la loi : mener des investigations à propos d'un crime ou d'un délit punissable d'une peine de prison. Or, depuis un certain temps, la massification des mesures d'éloignement, cette procédure pénale a été instrumentalisée au profit de la police administrative sans aboutir à une répression pénale - les parquets ayant de longue date reçu instructions d'abandonner la procédure administrative enclenchée. Les statistiques disponibles sont de ce point de vue significatives : e

étrangers mis en cause pour infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour, 74 050 ont été placés en rétention. Ces mesures ont abouti à 30 270 placements en rétention pour 5 306 condamnations (597 pour la seule infraction prévue par l'article L. 621-1 dont 197 à une peine de prison ferme) (21).

La chambre criminelle retient, dans son avis du 5 juin, ces deux derniers arguments en faisant une interprétation de l'Union et du droit pénal français. Elle fonde en effet son constat d'irrégularité des gardes à vue pour séquestration de la directive « telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne » sur le fait que dès lors qu'une personne est mise en cause pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du CESEDA n'encourt pas l'emprisonnement « lorsqu'il n'est pas préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive », la garde à vue ne peut plus être imposée. D'une part, il n'existe pas de raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée « a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement » et, d'autre part, cette mesure « doit obéir à l'un des objectifs mentionnés de la procédure pénale engagée ». L'irrégularité de la garde à vue découle donc des exigences de la procédure pénale. Elle lie la légalité de cette mesure à une infraction passible d'une peine de prison. Or, une fois la procédure de l'emprisonnement est devenu impossible au regard du droit de l'Union européenne car cela nuit à l'efficacité de la procédure de retour des irréguliers.

Rétrospectivement certains auteurs estiment qu'il n'y « a pas lieu de s'étonner » de cet avis qui dégage une solution (22). On aurait aimé qu'une telle solution apparaisse aussi évidente aux nombreux juges judiciaires qui ont rendu des milliers d'ordonnances écartant systématiquement les conclusions *in limine litis* d'irrégularité des gardes à vue irrégulier (23). Y a-t-il également lieu de s'étonner de l'attitude de la première chambre civile qui, après avoir fait sienne la jurisprudence luxembourgeoise sur la contrariété de l'article L. 621-1 à la directive n° 2008/115/CE, a fait rédaction manifestement contraire aux motifs et au dispositif de l'arrêt *Achughbaban* ?

II - L'égarement de la première chambre civile sur le caractère cumulatif et non alternatif de l'épuisement des mesures
» de la directive n° 2008/115/CE

Sur la base d'un attendu de principe, commun à l'ensemble des décisions rendues le 5 juillet 2012, la première chambre s'écarte, pour des raisons mystérieuses, de la solution esquissée par la chambre criminelle et de la lettre et du sens de la jurisprudence de la Cour de justice en retenant de ses arrêts des 28 avril et 6 décembre 2011 une alternative entre les mesures coercitives (24). Certes, elle adopte, dans un premier temps, mot pour mot un considérant de principe issu de l'arrêt *Achughbaban* (pt 50) lorsqu'elle mentionne que la directive n° 2008/115/CE « s'oppose à une réglementation nationale qui rend irrégulier d'une peine d'emprisonnement, en ce que cette réglementation est susceptible de conduire, pour l'application de l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsque ce dernier, n'est pas disposé à quitter le territoire volontairement [...] ». Mais, dans un deuxième temps, elle s'abstrait de la rédaction européenne en distinguant deux cas distincts là où la Cour de justice exige clairement un épuisement *de l'ensemble* des mesures et en particulier de l'alternative entre elles - la rétention aux fins d'éloignement. Ainsi, la première chambre civile estime que pour échapper à la garde à vue le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier doit « soit » ne pas avoir été préalablement placé sous des mesures coercitives prévues à l'article 8 de la directive, « soit » avoir déjà fait l'objet d'un placement en rétention expirer la durée maximale de cette mesure (45 jours en France). La seule lecture des points 50 (conclusion) et 51 de l'arrêt *Achughbaban* suffit pourtant à se rendre compte que la Cour de Luxembourg exige que l'irrégulier ne soit pas, d'une part, « aux » mesures coercitives visées à l'article 8 (25) « et », d'autre part, « en cas de placement en rétention en préparation et de la réalisation de son éloignement », qu'il n'ait pas « vu expirer la durée maximale de cette mesure » (26) rédactionnelle, on regrettera que la Cour de cassation ne prenne pas la peine de rappeler que, en cas d'échecs de ces mesures les Etats ne peuvent prévoir de législation réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, tant qu'elle respecte les droits fondamentaux, garantis notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des droits de l'homme et qu'il n'existe pas « de motif justifié de non-retour » (*Achughbaban*, pt 51), précision essentielle car le droit pénal français permet la répression pénale quel qu'en soit le motif.

Bien qu'elle décline ensuite sa rédaction erronée dans toutes les hypothèses qui lui ont été soumises, c'est une erreur qui est antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme de la garde à vue le 1^{er} juillet 2011 issue de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, n° 959, sur pourvois d'un parquet, et arrêt n° 960, sur pourvoi d'un étranger), les articles 63 et 67 du code de procédure pénale exigeant alors, dans le cadre d'une flagrance, un crime ou un délit puni d'emprisonnement, ou pour des faits punis d'une peine d'emprisonnement (art. 965), la première chambre civile n'en aboutit pas moins au rejet de tous les pourvois des parquets, désavoués par la Chancellerie. La rédaction adoptée révèle cependant une incompréhension assez profonde de la logique de la directive (27). Le mode d'emploi de la directive dressé par la Cour de justice dans ses arrêts du 28 avril et 6 décembre 2011, pourtant clairement que ses mécanismes doivent être mis en oeuvre de manière proportionnée et graduée, allant de la mesure la plus attentatoire à la liberté (l'octroi d'un délai de départ volontaire) à la mesure la plus privative de liberté (la rétention aux fins d'éloignement). Et ce n'est qu'en cas d'échec de l'ensemble de ces mécanismes coercitifs - et pas d'un seul d'eux (la seule mesure d'assignation à résidence) - que les Etats retrouvent la possibilité de maintenir ou d'édicter une

que l'article L. 621-1 du CESEDA » (*Achughbavian*, pts 32 et 48). Et si la Cour de justice prend le soin de l'ensemble des mesures coercitives, la rétention, c'est qu'il s'agit de la seule qui est expressément prévue de la plus coercitive (29).

Probablement conscients que cela provoquerait une nouvelle cacophonie judiciaire, dans leurs instructions la Chancellerie ni la Place Beauvau n'ont prescrit aux parquets (30) et aux préfets d'appliquer cette alternative moins qu'un certain flou subsiste sur les procédures qui vont pouvoir se substituer aux gardes à vue « de »

III - Après la garde à vue de confort, quelle procédure de réconfort

Si la jurisprudence de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 est susceptible de mettre un terme au « dévoiement » systématique de la procédure de garde à vue pour séjour irrégulier et aux divergences de jurisprudence dans le même parfois pour chaque premier président, on se demande toutefois quelles procédures vont pouvoir être mises en œuvre d'assurer l'objectif de la directive n° 2008/115/CE, « à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers » tout en respectant les droits fondamentaux (*Achughbavian*, pt 30).

En l'absence de moratoire sur les expulsions, réclamé par les associations (32), il n'existe guère que trois alternatives actuelles du droit, pour tenter d'organiser, en instrumentalisant la procédure pénale, l'éloignement d'un irrégulier. Trois rappelées par la circulaire de la Chancellerie du 6 juillet :

- La première consiste pour les officiers de police judiciaire, « sous réserve des critères prévus par l'article 78-3 de la procédure pénale », à procéder au placement en garde à vue de l'irrégulier « à l'encontre duquel serait relevée une infraction punie d'une peine d'emprisonnement (notamment faux, usage de faux ou utilisation de faux documents) » (33). Par ailleurs, l'instruction rappelle, comme les deux instructions précédentes des 12 mai et 13 décembre, qu'il est possible « tout en respectant le principe de proportionnalité », en cas de « comportements de violence envers les agents ou dépositaires de l'autorité publique ou de fraudes avérées (telle la remise de faux documents administratifs) », de recourir à l'infraction de séjour irrégulier ou de soustraction à une mesure d'éloignement ». Les praticiens du droit de la police ont dans ces cas de figure, des pratiques policières tendant à multiplier les délits connexes ou l'utilisation de l'infraction de « rébellion ».

- Le deuxième procédé consiste à utiliser la procédure de vérification d'identité régie, dans le cadre de la loi relative au droit de séjour du code de procédure pénale. Mais, comme le rappelle l'instruction ministérielle du 6 juillet 2012, la vérification d'identité est possible que pour vérifier... l'identité et non la régularité. En ce sens, la Chancellerie avertit les parquets qu'il faut toujours de veiller à ce que les dispositions législatives relatives à la vérification d'identité soient mises en œuvre dans le cadre légal de l'article 78-3 [...] ». Ainsi, relève l'instruction, une personne qui « présente une pièce d'identité dont elle ne justifie de son identité et ne relève donc pas de cette procédure. En revanche, relève de la procédure de vérification d'identité une personne qui n'a sur elle « aucun papier d'identité ou document de nature à justifier de son identité ». Toute personne qui présente son identité auprès de l'officier de police judiciaire (OPJ) « par tous moyens (oraux ou écrits, tels qu'un passeport, un permis de conduire, une carte professionnelle, une carte d'étudiant) », précise la circulaire (34). Malgré tout, la Chancellerie indique incidemment que pendant ces 4 heures « les services de police ou de gendarmerie doivent être tenus de informer les services de la préfecture ». On constate donc que la procédure de vérification d'identité est, en tout cas, en partie, sa finalité n'est pas d'établir l'irrégularité d'un étranger et de préparer sa décision de retour et, d'autre part, elle est très brève. C'est aussi le cas du troisième procédé évoqué dans la circulaire du 6 juillet, l'audition libre. Là aussi, la Chancellerie rappelle aux gardes les parquets : si elle est « juridiquement concevable », elle suppose de remplir les conditions de l'article 78-3 de la procédure pénale et en premier lieu que « la personne n'a pas été conduite [devant l'OPJ] par la force publique ». Cette dernière visant en particulier le menottage. L'étranger doit aussi être clairement informé qu'il lui est possible de quitter ces lieux de ses propres moyens dans les locaux de police ou de gendarmerie et qu'il peut les quitter à tout moment (35).

Dans ce cadre légal, éloigner effectivement un sans-papiers est complexe et demande une grande coordination entre les services de police ou de gendarmerie et les préfectures. Comme le relevait un magistrat dans un commentaire de l'avis de la Cour de cassation, la situation fait peser des contraintes sur les forces de l'ordre qui ne sont pas réalistes » (36). Toutefois, de la loi du 16 juin 2011, avec « l'inversion » de l'ordre d'intervention des juges judiciaire et administratif, le délai de la procédure pénale a été repoussé de 48 heures à 5 jours du début de la rétention. Les irrégularités ne sont donc pas nécessairement sanctionnées (37).

Le ministre de l'intérieur a pris conscience que la posture de déni de la réalité juridique adoptée par le gouvernement depuis l'arrêt du 28 avril 2011 n'était plus tenable sans modification législative. Il a donc annoncé pour la fin de l'année 2011 une loi qui permette de s'assurer que les étrangers en situation irrégulière regagnent leur pays d'origine » pour éviter « dans une situation où il n'y aurait plus de reconduites à la frontière » (*Le Monde*, 28 juin 2012).⁴

Dans son commentaire de l'arrêt du 6 décembre 2011, Ghislain Poissonnier suggérait déjà, pour remplacer le séjour irrégulier, l'adoption d'une « pré-rétention administrative » sous le contrôle d'un magistrat (38). L'art. 74-7 de la loi du 15 déc. 1980 prévoit en ce sens que : « les services de police peuvent saisir un étranger qui n'est pas porteur d'un titre de séjour prévu par la loi et le soumettre à une mesure d'arrestation administrative, dans l'attente d'une décision de l'autorité judiciaire de dépasser 24 heures » (art. 74-7 de la loi du 15 déc. 1980) (39). Dans la mesure où la Cour de justice a considéré que cette « brève mais raisonnable », cette mesure privative de liberté ne devrait pas dépasser une durée maximale éventuellement renouvelable une fois, et l'objet devrait être uniquement d'identifier l'étranger et de déterminer la situation irrégulière. Il faudrait surtout que cette nouvelle procédure n'aboutisse pas à abaisser le niveau de protection que bénéficiaient les étrangers dans le cadre de la garde à vue - droit à l'assistance d'un avocat, d'un médecin, à prévenir la famille ou un proche (40). Dans le cas contraire, la saga judiciaire entamée en Italie avec l'affaire *El Dridi* entraîne une régression du droit des étrangers. Car c'est là tout le paradoxe de cette histoire : l'effondrement de la protection des étrangers irréguliers et des articles L. 621-1 et L. 624-1 n'est pas dû à des considérations tirées de la protection des étrangers, mais principalement à un souci d'efficacité de la politique européenne de retour (41). Il est aussi la conséquence de l'entrée en application de cette directive les autorités françaises n'ont jamais pris la peine de remettre à plat la législation pour l'adapter au canevas et à la logique de cette législation européenne. Cette posture gouvernementale a créé des procédures procédurales dans lesquels les défenseurs des étrangers se sont, fort légitimement, engouffrés. Il serait donc dommage que le législateur ne saisisse pas l'occasion pour procéder à une « profonde refonte du dispositif législatif relatif à l'irrégularité hérité de l'avant Seconde Guerre Mondiale », que nous appelions de nos vœux dans ces conclusions (42). Si la réécriture des articles L. 621-1 et L. 624-1 s'avère nécessaire, il serait aussi temps de modifier l'article L. 622-1 pour abroger le « délit de solidarité » (43). Plus largement, il faut mettre fin au « régime de faveur » qui entache la condition d'étranger. Comme le notait récemment Danièle Lochak, il produit des effets néfastes et conduit à amalgamer les illégalismes inhérents à la condition d'étranger et les transgressions délinquantes conduisant à la stigmatisation de l'ensemble des non-nationaux, représentés sous les traits du « délinquant » ou

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Enquête * Garde à vue * Etranger * Séjour irrégulier
ETRANGER * Séjour irrégulier * Enquête * Garde à vue

(1) D. 2012. Actu. 1827. - Cette analyse prolonge nos lettres ADL sur l'avis du 5 juin 2012 et les arrêts du Conseil constitutionnel du 12 juillet 2012, reprises sur Combats pour les droits de l'homme (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>) et publiées sur le site de la Revue des droits de l'homme [Rev. dr. homme] (<http://revdh.org/lettre-dl>).

(2) Ce sont deux avocats italiens, Luca Maserà et Francesco Viganò, membres de l'AGSI (le « Gisti » italien) qui ont posé la question préjudicielle de l'affaire *El Dridi*. V. leur article : *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina e dei rimedi giurisdizionali*, Riv. it. dir. proc. pen. 2010, n° 2, p. 560
[<http://camerapeneditrieste.files.wordpress.com/2011/02/direttiva-rimpatri-relazione-viganoc3b2-e-masera>]

(3) <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Nota%20En%20Achughbabian.pdf>.

(4) Plaidoirie accessible : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/06/TH-27-03-12.pdf>.

(5) A. Levade, Directive retour et délit d'entrée ou de séjour irrégulier : l'exigence constitutionnelle de transparence est-elle définitivement stérilisée dans le cadre de la QPC ?, Constitutions 2012. 286 (44).



(6) D. Simon, « Directive retour » et sanctions pénales du séjour irrégulier. Le Conseil constitutionnel dans l'attente de la loi, Europe 2012/3. Repère 3.





(7) A. Levade, QPC et « directive retour » : retour en arrière jurisprudentiel ?, JCP 2012, n° 8, Libre proposition.

(8) A. Levade, Directive retour et délit d'entrée..., art. préc.

(9) Circ. 12 mai 2011 relative à la portée de l'arrêt de la CJUE du 28 avr. 2011 portant sur l'interprétation de l'article 17 de la directive 2008/115/CE, dite « directive retour » (http://www.gisti.org/IMG/pdf/circ_2011-05-12.pdf).

(10) Circ. n° 11-04-C39 du 13 déc. 2011 relative à la portée de l'arrêt *Achughbabian* de la CJUE du 6 déc. 2011 sur la compatibilité de l'art. L. 621-1 du CESEDA avec la Dir. n° 2008/115/CE dite « directive retour » (5)
(http://www.gisti.org/IMG/pdf/crim_no11-04-c39.pdf).

- (11) Circ. DACG-DACS n° 11-04-C39 du 6 juill. 2012 relative aux conséquences des arrêts de la première chambre de cassation du 5 juill. 2012 relatif à la garde à vue en matière de séjour irrégulier et de l'arrêt de la même chambre concernant l'art. L. 611-1 du CESEDA (<http://www.gisti.org/spip.php?article2795>).
- (12) Circ. NOR INT/K/12/07284/C du 6 juill. 2012 relative au placement en garde à vue des ressortissants étrangers en situation irrégulière et contrôle spécifique du titre de séjour (<http://www.gisti.org/spip.php?article2794>).
- (13) V. S. Slama, Irrégularité du séjour et « directive retour » : un délit par intermittence, Cah. juris., Plein droit, n° 92, mars 2012 (accessible sur CAIRN).
- (14) Expression de M^e Stéphane Maugendre, président du Gisti (C. Rastello, Garde à vue des étrangers : quelques observations, Nouvel-obs.com, 5 juill. 2012).
- (15) V. concl. de l'av. gén. Sarcelet (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/06/Avis-AG-T>).
- (16) V. concl. de l'av. gén. Mathon (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/06/Demande-davis-1%C3%A8re-chambre-GAV-L>).
- (17) M.-L. Basilien-Gainche et S. Slama, L'arrêt *El Dridi* : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation du séjour irrégulier, *Revue de droit pénal* 2011. 362 .
- (18) V. sur ces incertitudes doctrinales : « Doit-on en déduire que l'art. L. 621-1 du CESEDA est purement incompatible avec la directive ? On ne saurait en tant que tel l'affirmer. C'est bien plutôt son utilité qui se pose » (A. Levade, Directive retour : le retour... à suivre !, *Constitutions* 2012. 63 .
- (19) S. Slama, La Cour de justice consacre l'ubiquité du délit de séjour irrégulier, à la fois conforme et non conforme à l'Union européenne selon la phase de la procédure de retour, *ADL* 7 déc. 2011.
- (20) Les gardes à vue pour crimes et délits non routiers, in Observatoire national de la délinquance et des phénomènes de criminalité en France 2011, Rapport, p. 538 (http://www.inhesj.fr/fichiers/ondrp/rapport_annuel/ra2011/Fiches%20thematiques/041%20FT%2015%20).
- (21) Chiffres cités par le gouvernement français dans son mémoire en défense devant la CJUE dans l'affaire *El Dridi*.
- (22) A. Levade, Avis d'inconventionnalité sur la garde à vue des étrangers en situation irrégulière, *JCP* 2012. 1000.
- (23) V. N. Clément, « Gloubi-boulga judiciaire, *made in France* », Déblog, 6 janv. 2012 (<http://www.pole-juridique.fr/blog.php#blog06012012>).
- (24) Selon la Cour de justice, les termes « mesures » et « mesures coercitives » utilisés à l'art. 8 « se réfèrent à des mesures qui conduisent, de manière efficace et proportionnée, au retour de l'intéressé » (aff. *Achughbaban*, pt 36).
- (25) Art. 8-4 : « Lorsque les Etats membres utilisent - en dernier ressort - des mesures coercitives pour punir le retour d'un ressortissant d'un pays tiers qui s'oppose à son éloignement, ces mesures sont proportionnées et ne peuvent aller au-delà de la force allant au-delà du raisonnable ».
- (26) Selon l'expression d'Henri Labayle (« *Perseverare diabolicum* : lecture approximative de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la garde à vue à la Cour de cassation », Réseau universitaire européen Droit de l'espace Sécurité, Liberté, Justice, n° 2012 (http://www.gdr-elsj.eu/2012/07/16) prolongeant nos analyses : « Confirmation de l'impossibilité de justifier la garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des possibilités de la directive », *ADL* 13 juill. 2012.
- (27) Sur cette logique V. S. Slama, La « directive retour » et le juge communautaire, in *Gisti, Immigration et droit de l'exception, Penser l'immigration autrement*, 2012, p. 140.
- (28) Comme le mentionne l'av. gén. Mazak : « [...] lesdites mesures ne sont pas énumérées de façon exhaustive, ce qui n'est pas contraire à l'art. 8 de la directive » (n° 2008/115/CE. Eu égard à l'individualité (singularité) de chacune des procédures de retour, cela ne sera pas contraire à l'art. 8 de la directive (prise de position, pt 30).

- (29) Art. 15-1 (rétention) : « A moins que *d'autres* mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être prises efficacement dans un cas particulier, les Etats membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement ».
- (30) Le garde des Sceaux indique uniquement dans sa circulaire la possibilité d'une garde à vue pour des raisons de sécurité afin de faire échec à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement [...] lorsqu'a été préalablement mise en oeuvre la mesure coercitive prévue par la directive, à savoir le placement de l'étranger en rétention ».
- (31) V. Tchen, De la jonction des sources constitutionnelles et communautaires en droit des étrangers, *Com. 2012. 1551*.
- (32) Observatoire de l'enfermement des étrangers, « Pour un moratoire sur la rétention. Halte à la banalisation des étrangers ! », communiqué du 6 juill. 2012.
- (33) Circ. DACG-DACS 11-04-C39 du 6 juill. 2012, préc.
- (34) *Ibid.*
- (35) Sur l'encadrement de cette procédure : Cons. const., 18 juin 2012, décis. n° 2012-257 QPC, ADL 11 juill. 2012 ; LPA 2012, n° 129, p. 4, obs. F. Perrotin.
- (36) G. Poissonnier, Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue, *D. 2012. 1551*.
- (37) Cela a amené certains tribunaux administratifs et cours administratives d'appel à constater la contrariété de la mesure avec la Conv. EDH de l'art. L. 512-3 du CESEDA en raison de l'absence de recours suspensif contre la décision de placement en rétention (CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX02932, AJDA 2012. 1023 .
- (38) G. Poissonnier, Etranger en simple situation irrégulière : il y a urgence à légiférer, *D. 2012. 333* .
- (39) Nous remercions Luc Leboeuf, doctorant au Centre Charles de Visscher pour le droit international et européen de l'Université Catholique de Louvain, pour ses explications.
- (40) Même si elle ne contient pas de clause de *stand still* la Dir. n° 2008/115/CE prévoit en son art. 4-3 qu'elle s'applique sans préjudice du droit des Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables auxquelles la présente directive s'applique, à condition que ces dispositions soient compatibles avec la présente directive.
- (41) L. Masera, Les ressorts de l'affaire *El Dridi*, in *Gisti, Un régime pénal d'exception, op. cit.*, p. 128.
- (42) S. Slama, Une remise en cause profonde de la pénalisation de l'irrégularité en France, *D. 2011. Entre autres* ; état des lieux : C. Saas, Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers, *AJ pénal 2011. 462* .
- (43) S. Slama, Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité de la pénalisation, *AJ pénal 2011. 496* .
- (44) D. Lochak, Publication de l'ouvrage *Immigration, un régime pénal d'exception*, *ADL 16 juill. 2012.*