

Recueil Dalloz 2012 p. 1551

Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue

Avis rendu par Cour de cassation, crim.

5 juin 2012  
n° 12-09.002

**Sommaire :**

Par cet avis, sollicité par la première chambre civile, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime, conformément à la jurisprudence européenne, que, la procédure pénale française ne prévoyant la garde à vue que pour un délit ou un crime puni d'une peine d'emprisonnement, il n'est pas possible de placer cet étranger en garde à vue (1).

**Texte(s) appliqué(s) :**

Code de procédure pénale - art. 62-2 - art. 63 - art. 67

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - art. L. 621-1

Directive CE n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 - art. 8

**Mots clés :**

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

(1) Il n'est pas possible de condamner et d'incarcérer un étranger pour simple situation irrégulière. La procédure pénale française ne prévoyant la garde à vue que pour un délit ou un crime puni d'une peine d'emprisonnement, il n'est pas plus possible de placer cet étranger en garde à vue. Voilà ce que vient de dire la Cour de cassation le 5 juin 2012. La position de la Cour de cassation était prévisible. Mais elle a le mérite de lever les derniers doutes qui taraudaient encore certains juges du fond et d'éviter des divergences de jurisprudence. Elle va aussi imposer aux parquets et forces de l'ordre de ne plus placer en garde à vue des étrangers au seul motif qu'ils sont en situation irrégulière.

La directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier a pour objectif principal le transfert physique de la personne en situation irrégulière hors du territoire l'Union européenne dans un bref délai. Traditionnellement, depuis le décret-loi Daladier du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, le droit français considère l'étranger en simple situation irrégulière comme un délinquant, qui est susceptible d'être placé en garde à vue, poursuivi pénalement, condamné à une peine d'emprisonnement et incarcéré (500 condamnations par an, dont 200 à de la prison ferme). La directive européenne tourne le dos à cette approche : l'étranger en simple situation irrégulière est avant tout une personne qui n'a rien à faire sur le territoire de l'Union européenne et qui doit être raccompagnée dans son pays le plus rapidement possible. La directive privilégie l'efficacité dans le respect des droits fondamentaux. Or l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive du 16 décembre 2008 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement dans un bref délai. Tel était le sens des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne *El Dridi*

(CJUE 28 avr. 2011, aff. C-61/11, D. 2011. Jur. 1880, note Poissonnier, 1400, entretien Slama, et 2012. Pan. 396, obs. Parrot ; 28 avr. 2011, aff. C-61/11 PPU, D. 2011, p. 1880, note G. Poissonnier, et 1400, entretien Slama) et *Achugbaban* (6 déc. 2011, aff. C-329/11, D. 2012. Jur. 333, note Poissonnier, et Pan. 396, obs. Parrot). Dans le premier arrêt, la CJUE avait estimé que la directive n'autorisait pas à écrouer un étranger qui était en seule situation irrégulière, même en violation d'un ordre de quitter le territoire. Dans le second, elle avait jugé que si la garde à vue d'un étranger uniquement soupçonné d'être en situation irrégulière n'est pas en soi impossible, elle ne doit avoir pour objet que de permettre de vérifier sa situation.

Les juridictions françaises ne pouvaient pas s'écarter de cette jurisprudence européenne. Le 3 avril 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation, chargée du contentieux des étrangers et saisie de pourvois d'étrangers « sans papiers » ayant été placés en garde à vue, adressait une demande d'avis à la chambre criminelle. La question posée était directe : « un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne peut-il être placé en garde à vue, sur le fondement du seul article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ? ». La réponse de la chambre criminelle ne l'est pas moins : « une mesure de garde à vue ne peut être décidée par un officier de police judiciaire que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement [...] ; à la suite de l'entrée en application de la directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier, telle qu'interprétée par la CJUE, le ressortissant d'un Etat tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive [...] ; il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef ». Il y a donc plus que jamais urgence, comme les commentateurs le soulignent depuis plus de deux ans maintenant et bien que le ministère de la justice se refuse à le reconnaître (Dir. DACG des 12 mai et 13 déc. 2011), à modifier la loi française pour l'adapter au droit européen. Il convient de créer une procédure permettant une privation de liberté brève mais raisonnable pour les étrangers soupçonnés d'être en situation irrégulière afin de permettre aux forces de l'ordre de procéder aux vérifications nécessaires. Il pourrait s'agir d'une pré-rétention administrative ou d'une garde à vue spéciale destinée aux étrangers, d'une durée maximale de 12 ou 24 heures dont l'objet sera uniquement, conformément au sens de l'arrêt *Achugbaban*, d'identifier l'étranger et de déterminer s'il est ou non en situation irrégulière. Il nous paraît souhaitable que cette procédure particulière, privative de liberté, soit conduite sous le contrôle d'un magistrat. En attendant cette réforme qui tarde à venir, seuls deux outils limités de contrôle restent à la disposition des forces de l'ordre. Soit une mesure de rétention aux fins de vérification d'identité (art. 78-3 c. pr. pén.) faisant suite à un contrôle d'identité opéré selon les modalités prévues par la loi (art. 78-1 et 78-2 c. pr. pén.). Soit une mesure de rétention aux fins d'audition pour la personne à l'encontre de laquelle il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction (art. 62 c. pr. pén.). Dans les deux cas, la personne ne peut être retenue que pour une durée maximum de 4 heures. Cette situation fait peser des contraintes sur les forces de l'ordre qui ne sont pas réalistes.

Ghislain Poissonnier, magistrat