

Un étranger en situation irrégulière peut-il toujours être placé en garde à vue en application de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ?

Claude Mathon, Avocat général à la Cour de cassation

Dans le cadre de sept pourvois dont la première chambre civile de la Cour de cassation était saisie, le président de celle-ci a transmis le 3 avril 2012 au président de la chambre criminelle la question suivante : « A la lumière des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011, *El Dridi* (C-6/91/PPU), et du 6 décembre 2011, *Achughbavian* (C-329/11), ainsi que, d'une part, de l'article 63 du code de procédure pénale dans sa version antérieure à celle issue de la loi du 14 avril 2011, d'autre part, des articles 62-2 et 67 du code de procédure pénale dans leur rédaction actuellement en vigueur, 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 (CESEDA) ? ».

Il ressortait des anciens articles 63 et 67 combinés du code de procédure pénale que la garde à vue n'était possible, dans le cadre d'une enquête de flagrance, que lorsque l'infraction en cause était punie d'une peine d'emprisonnement. En revanche, s'agissant des gardes à vue prises au cours d'une enquête préliminaire et en exécution d'une commission rogatoire dans le cadre d'une information judiciaire, les articles 77 et 154 du code de procédure pénale ne prévoyaient pas une telle restriction.

Il existait, ainsi, une imprécision importante sur la possibilité de prendre, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou en exécution d'une commission rogatoire, une mesure de garde à vue à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis une contravention ou un délit non puni d'une peine d'emprisonnement.

La définition de la garde à vue figurant au nouvel article 62-2 exclut désormais le recours à cette mesure pour une contravention ou un délit non puni d'une peine d'emprisonnement, quel que soit le cadre dans lequel se déroulent les investigations.

Le cadre procédural des affaires soumises à la première chambre est celui du flagrant délit, ce qui est généralement le cas d'ailleurs en matière d'infractions à la législation sur les étrangers. Que ce soit donc dans l'ancienne législation sur la garde à vue ou dans celle actuellement applicable issue de la loi du 14 avril 2011, l'infraction sur laquelle des investigations doivent être diligentées doit nécessairement être punie d'une peine d'emprisonnement.

Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011, *El Dridi*, et du 6 décembre 2011, *Achughbavian*, ont été rendus en application de la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite « directive retour », relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Les arrêts susmentionnés rappellent et précisent l'économie de la « directive retour » dont le but, exprimé dans son considérant n° 2, est de « recommander la mise en place d'une *politique efficace d'éloignement* et de rapatriement [des citoyens non ressortissants d'un Etat de l'Union en situation irrégulière sur le territoire de celle-ci] basée sur des normes communes, afin que les personnes concernées soient rapatriées d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité ».

S'agissant de l'arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011

Celui-ci a été rendu à la suite d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne par une juridiction italienne.

Selon cet arrêt, les faits étaient en substance les suivants (pts 18 à 21) : « M. El Dridi est un ressortissant d'un pays tiers qui est entré illégalement en Italie et ne dispose pas de titre de séjour. Il a fait l'objet d'un décret d'expulsion édicté par le préfet de Turin le 8 mai 2004.

Un ordre d'éloignement du territoire national, émis le 21 mai 2010, lui a été notifié le même jour.

Lors d'un contrôle effectué le 29 septembre 2010, il s'est avéré que M. El Dridi ne s'était pas conformé audit ordre d'éloignement [...]. Il a été condamné à une peine d'un an d'emprisonnement pour le délit visé à l'article 14, § 5 *ter*, du décret législatif n° 286/1998 ».

La juridiction de renvoi avait « demandé, en substance, si la directive n° 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un Etat membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit *l'infliction d'une peine d'emprisonnement* à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, *en violation d'un ordre de quitter le territoire* de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié ».

La Cour rappelle notamment :

- que la directive établit avec précision la procédure à appliquer par chaque Etat membre au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et fixe l'ordre de déroulement des différentes étapes que cette procédure comporte (pt 34) et prévoit tout d'abord, à titre principal, une obligation pour les Etats membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire (pt 35), qu'une priorité doit être accordée, sauf exceptions, à l'exécution volontaire de l'obligation résultant de la décision de retour, l'article 7, § 1, de la directive n° 2008/115 disposant que cette décision prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire (pt 36) ;

- que si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, il ressort de l'article 8, § 1 et 4, de la directive que, dans le but d'assurer l'efficacité des procédures de retour, ces dispositions imposent à l'Etat membre [...] de procéder à l'éloignement, en prenant toutes les mesures nécessaires, y compris [...] coercitives (pt 38).

Elle ajoute aux points 53 à 55, que les Etats ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile. Par conséquent (pt 58), les Etats membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à l'article 8, § 4, de ladite directive, une peine privative de liberté [...] pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un Etat membre, mais ils doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets.

Et de conclure que la directive, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un Etat membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié (pts 61 et 62).

Il résulte à l'évidence de cette décision que l'article L. 624-1 du CESEDA n'était pas conforme

à la « directive retour », ce qui a motivé sa modification par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 de transposition de ladite directive, à l'exclusion de celle de l'article L. 621-1.

Il en résulte également que cette décision ne remet *a priori* pas en cause l'article L. 621-1 du même code qui fait l'objet de la question posée à la chambre criminelle. Tel est d'ailleurs le sens de la circulaire en date du 12 mai 2005 de la chancellerie sous le double timbre de la Direction des affaires criminelles et des grâces et de la Direction des affaires civiles et du Sceau.

Néanmoins, plusieurs juridictions du fond et plusieurs commentateurs ont soutenu que l'arrêt *El Dridi* affectait également l'article L. 621-1 du CESEDA.

C'est dans ces conditions qu'est intervenu le deuxième arrêt visé dans la question posée à la chambre criminelle.

S'agissant de l'arrêt *Achughbabian* du 6 décembre 2011

On observera tout d'abord que, contrairement au précédent arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, celui-ci l'a été en grande chambre ce qui souligne l'importance de la problématique, voire la volonté de faire une sorte de mise au point suite aux décisions et commentaires ci-dessus évoqués et ce d'autant plus que sur le plan procédural, la Cour avait la possibilité, en faisant usage de l'article 104, § 3, de son règlement de procédure de faire une réponse succincte puisque la question avait été évoquée devant elle quelques mois auparavant, ce qui s'interprète comme le fait que ladite question n'était peut-être pas exactement la même...

On notera également que, contrairement à la précédente affaire, les gouvernements danois, allemand et estonien se sont joints à la procédure et ont présenté des observations, ce qui indique bien l'importance de la problématique.

La cour d'appel de Paris a posé la question préjudicielle suivante : « *Compte tenu de son champ d'application, la directive s'oppose-t-elle à une réglementation nationale, telle [que] l'article L. 621-1 du [CESEDA], prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire national ?* ».

Les faits étaient les suivants, tels que visés en substance dans l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (pts 17 à 24) : « Le 24 juin 2011, à Maisons-Alfort (France), des contrôles d'identité ont été effectués sur la voie publique par la police. L'un des individus interrogés lors de ces contrôles a déclaré s'appeler Alexandre Achughbabian et être né en Arménie le 9 juillet 1990.

Soupçonné d'avoir commis et de continuer à commettre le délit énoncé à l'article L. 621-1 du CESEDA, il a été placé en garde à vue.

Le 25 juin 2011, un arrêté de reconduite à la frontière et un arrêté de placement en rétention administrative ont été notifiés à l'intéressé. Le juge des libertés et de la détention a ordonné la prolongation de la rétention et rejeté les exceptions de nullité soulevées par celui-ci à l'encontre, notamment, de la garde à vue dont il venait de faire l'objet.

L'une des exceptions était tirée de l'arrêt *El Dridi*. Selon M. Achughbabian, il découle de cet arrêt que la peine d'emprisonnement prévue à l'article L. 621-1 du CESEDA est incompatible avec le droit de l'Union. Eu égard à cette incompatibilité ainsi qu'à la règle selon laquelle une garde à vue ne peut avoir lieu qu'en cas de soupçon d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement, la procédure suivie en l'espèce serait irrégulière.

Le 28 juin 2011, M. Achughbabian a interjeté appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ».

Les précisions suivantes ont été apportées à la demande de la Cour (pt 35) : « Il en ressort qu'un précédent ordre de quitter le territoire qui n'a pas été respecté par *M. Achughbabian*, n'était plus en vigueur et qu'une nouvelle décision de retour a été adoptée le 25 juin 2011, prenant cette fois la forme d'un arrêté de reconduite à la frontière, non assorti d'un délai de départ volontaire. Il s'ensuit que la situation du requérant est en tout état de cause visée par l'article 8, § 1, de la directive n° 2008/115 et fait donc naître l'obligation imposée par cet article à l'Etat membre concerné de prendre toutes les mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement, à savoir, en vertu de l'article 3, point 5, de ladite directive, le transfert physique de l'intéressé hors dudit Etat membre ».

Avant de répondre à la question qui lui était posée, la Cour commence par rappeler, voire souligner, certains principes de la « directive retour » : « Elle ne s'oppose pas à ce que le droit d'un Etat membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour (pt 28)... Elle ne s'oppose pas à un placement en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers (pt 29)... Ainsi que le gouvernement français l'a observé, il serait porté atteinte à l'objectif de la directive, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les Etats membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnée de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée (pt 30) ».

Il s'en déduit, sans aucune ambiguïté, que la garde à vue est donc possible sauf à ce que, est-il précisé au point 31, le délai dont les autorités compétentes doivent disposer pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier soit « bref mais raisonnable », ce qui signifie qu'elles doivent agir avec diligence et prendre position sans tarder sur la régularité du séjour de la personne concernée. Une fois constatée l'irrégularité du séjour, lesdites autorités doivent, en vertu de l'article 6, § 1, de ladite directive, adopter une décision de retour.

Et la Cour d'ajouter (pt 32) : « la directive ne s'oppose ni à une réglementation nationale, telle que l'article L. 621-1 du CESEDA [...] ni à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour [...] mais [...] il convient, par la suite, de vérifier si cette directive s'oppose à une réglementation telle que l'article L. 621-1 dans la mesure où celle-ci est susceptible de conduire à un emprisonnement au cours de la procédure de retour régie par ladite directive [...]. Les Etats (pt 33) ne sauraient appliquer une réglementation pénale susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par ladite directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile (arrêt *El Dridi*, pts 53 à 55) [...]. A l'évidence (pt 37), l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive n° 2008/115 ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement. Une telle peine ne constitue donc pas une "mesure" ou une "mesure coercitive" au sens de l'article 8 de la directive [...] le ressortissant d'un pays tiers devant prioritairement faire l'objet d'une procédure de retour (pt 38) ».

Après avoir examiné le cas de *M. Achughbabian*, la Cour « constate qu'il découle tant du devoir de loyauté des Etats membres que des exigences d'efficacité rappelées notamment au considérant n° 4 de la directive que l'obligation imposée par l'article 8 de celle-ci aux Etats membres de procéder à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais. A l'évidence, tel ne serait pas le cas si l'Etat membre faisait précéder l'exécution de la décision de retour, voire l'adoption même de cette décision, de poursuites pénales suivies, le cas échéant, d'une peine d'emprisonnement. Une telle démarche retarderait l'éloignement (arrêt *El Dridi*, préc., pt 59) et ne figure pas parmi les justifications d'un report de l'éloignement mentionnées à l'article 9 de la directive (pt 45) ».

Mais cela n'exclut pas la faculté pour les Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions, le cas échéant de caractère pénal, réglant, dans le respect des principes de ladite directive et de son objectif, la situation dans laquelle les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier (arrêt *El*

Dridi, préc., pts 52 et 60) (pt 46).

La Cour répond ainsi en conséquence à la question qui lui était posée :

« - [La « directive retour »] s'oppose à une réglementation d'un Etat membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit Etat membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention ; et

- [elle] ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour ».

Suite à cet arrêt, la chancellerie a diffusé le 13 décembre 2011 une nouvelle circulaire qui constate en substance

« que ce n'est qu'au stade de l'engagement des poursuites pénales contre l'étranger en situation irrégulière au titre de l'article L. 621-1, et non lors du placement en garde à vue, que l'arrêt de la Cour serait susceptible de produire des effets.

Il appartient [aux parquets] de ne pas engager de poursuites exclusivement fondées sur l'article L. 621-1 à l'encontre d'un étranger une fois que la mesure de garde à vue a permis de caractériser l'irrégularité de son séjour sur le territoire national. Il revient alors à l'autorité préfectorale de mettre en oeuvre une mesure d'éloignement de l'intéressé assortie, le cas échéant, d'un placement en rétention... ».

En conclusion

Il résulte de l'arrêt rendu par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne le 6 décembre 2011 que l'article L. 621-1 du CESEDA qui réprime le fait de se trouver en situation irrégulière sur le territoire national n'est pas contraire à la « directive retour », dans le cadre de laquelle il n'entre d'ailleurs pas. Bien au contraire, en ce qu'il qualifie pénalement l'entrée et le séjour irréguliers, il facilite la mise en place de la procédure de retour.

Il peut donc être le support d'un placement en garde à vue mais celle-ci doit obéir à certaines conditions précisées par la Cour à savoir que « *les autorités nationales sont tenues d'agir avec diligence et de prendre position dans les plus brefs délais* ». Elles doivent néanmoins disposer d'un délai « raisonnable » pour identifier la personne contrôlée et pour rechercher les données permettant de déterminer si cette personne est un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier.

Il s'en déduit que la garde à vue ne saurait se prolonger pour des raisons de confort des autorités administratives chargées de prendre la mesure d'éloignement. C'est un point sur lequel doit s'exercer le contrôle juridictionnel.

Ces exigences ne sont pas sans rappeler les dispositions de l'article 62-2 nouveau du code de procédure pénale aux termes duquel la garde à vue doit être « l'unique moyen » de parvenir à l'un au moins des objectifs énumérés. On retiendra notamment les points 1 (Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne) et 6 (Garantir la mise en oeuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit) du texte.

Il convient d'observer que l'article 63 ancien du code de procédure pénale ne se référait qu'aux « nécessités de l'enquête ». La législation nouvelle en matière de garde à vue paraît donc plus conforme aux exigences du droit de l'Union européenne.

La garde à vue doit être levée dès que la décision d'éloignement a été prise, toute condamnation, notamment à une peine d'emprisonnement ferme, étant contraire aux objectifs fixés par la « directive retour », ce qui n'exclut pas l'exercice ultérieur des poursuites en cas d'échec de celle-ci. En tout état de cause l'emprisonnement ne saurait constituer une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la « directive retour » qui ne vise que la rétention de l'intéressé (cf. pts 36 et 37 de l'arrêt *Achughbadian*).

Mots clés :

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