

**I – DROITS DES ÉTRANGERS (Directive 2008/115/CE) : Contrariété au droit de l'UE du placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement du séjour irrégulier**

Dans un avis du 5 juin 2012, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'un ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne ne peut plus être placé en garde à vue sur le seul fondement du séjour irrégulier.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l'Homme](#)

Ce n'est qu'un avis mais [cet avis du 5 juin 2012](#) a déjà fait grand bruit (v. not. Franck Johannès, « [Fin des gardes à vue des étrangers pour séjour irrégulier](#) », *Le Monde.fr*, 06 juin 2012 ; Sophie Markris et Amer Ouali, « [Garde à vue pour séjour irrégulier, premier veto de la Cour de cassation](#) », *AFP* 5 juin 2012 ; Tefy Andriamanana, « [Plus de sans-papiers en garde à vue : que va faire Hollande ?](#) », *Marianne* 2, 7 juin 2012. V. aussi Roseline Letteron, « [La garde à vue irrégulière des étrangers en situation irrégulière](#) », 7 juin 2012 ; C. Fleuriot, « [Une procédure pour séjour irrégulier ne peut pas justifier une garde à vue](#) », *Dalloz Actualité*, 8 juin 2012). Et, si la première chambre civile de la Cour de cassation, à l'origine de la demande d'avis, venait à confirmer le 5 juillet 2012 la position adoptée par la chambre criminelle **cela pourrait porter, au nom de l'efficacité des politiques de retour des irréguliers, un coup d'arrêt aux quelques 60 000 gardes à vue fondées chaque année sur l'article L.621-1 du CESEDA** et même, dans la majeure partie des cas, au délit de séjour irrégulier lui-même.

Cette issue ne devrait toutefois pas surprendre le lecteur des Lettres « Actualités Droits-Libertés ». Dès le prononcé de l'arrêt [El Dridi](#) il pouvait lire que l'arrêt du 28 avril 2011 « *remet aussi en cause implicitement et nécessairement la pénalisation de l'entrée et du séjour irréguliers et des gardes à vue fondées sur cette incrimination* » (lire [ADL du 29 avril 2011](#) sur CJUE 28 avril 2011, [El Dridi](#), aff. C-61/11. V. aussi S. Slama et M-L. Basilien-Gainche, « L'arrêt El Dridi : la nécessaire remise à plat du dispositif de pénalisation de l'irrégularité », *AJ Pénal* 2011 p. 362). Et à la suite de l'arrêt [Achughbaban](#), nous étions toujours d'avis que même si, en droit de l'Union européenne, la Cour de justice avait admis, dans son principe, dans la phase d' « *arrestation initiale* » du considérant 17 de la [directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008](#), qu'une privation de liberté « *telle qu'une garde à vue* » d'une personne « *soupçonnée de séjour irrégulier* » était possible (*Achughbaban*, pt 30) ; **en revanche cela ne signifiait pas qu'en droit français les gardes à vue soient encore légalement possibles en l'absence d'incrimination à une peine d'emprisonnement pour la fonder**. Surtout, faisons nous valoir, « *qu'en droit français la finalité de la garde à vue n'est pas d'organiser une procédure administrative d'éloignement mais, comme l'indique l'article 62-2 [du Code de procédure pénale], elle doit constituer "l'unique moyen de parvenir" à l'un des objectifs qu'énumère cet article (permettre l'exécution des investigations, etc.)* » (CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, [A. Achughbaban c/ Préfet du Val de Marne](#), aff. C329/11 – [ADL du 7 décembre 2011](#) – pour une analyse plus approfondie Serge Slama, « La directive « retour » et le juge communautaire » in Gisti, *Immigration, Un régime pénal d'exception*, Penser l'immigration autrement, 2012, p.140 – [à paraître](#)). C'est exactement la position qu'adopte la chambre criminelle dans son [avis du 5 juin 2012](#) en considérant, aussi bien avant ([articles 63 et 67 du Code de procédure pénale](#) – la garde à vue était alors liée à un flagrant délit pour un crime ou un délit passible d'une peine d'emprisonnement) qu'après la réforme issue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 ([article 62 du Code de procédure pénale](#)) que **dans la mesure où une mesure de garde à vue ne peut être décidée 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 » et que cette mesure « doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale engagée », depuis l'entrée en application de la directive 2008/115/CE le 25 décembre 2010 un ressortissant d'un État tiers en situation irrégulière mis en cause « pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 [du CESEDA] » ne peut plus être « placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef** ». Comme le rappelle la chambre criminelle, la Cour de Luxembourg a clairement estimé qu'un irrégulier ne peut encourir l'emprisonnement « *lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive* ».

Si elle était prolongée par la 1ère chambre civile **la solution dégagée par la chambre criminelle mettrait fin à une année de cacophonie juridique** au cours de laquelle les arguments les plus extravagants ont pu être avancés pour justifier le recours à la garde à vue contre les étrangers en séjour irrégulier – et continuent d'ailleurs à l'être depuis l'avis du 5 juin 2012. Cette cacophonie a largement été entretenue par l'interprétation systématiquement défavorable du ministre de la Justice dans des instructions de la Direction des affaires criminelles et des grâces (Maryvonne Caillibotte) et de la Direction des affaires civiles et du Sceau (Laurent Vallée) – et ce malgré les nombreuses décisions de cours d'appel en sens contraire (« [Le printemps des sans-papiers : Directive « retour », rétention et pénalisation \(les suites de l'arrêt El Dridi, CJUE, 28 avril 2010\)](#) », *CPDH* du 9 juin 2011 ;

« [Mêmes causes, même cacophonie judiciaire \(les suites d'Achughbabian – CJUE 6 décembre 2011\)](#) », CPDH du 8 décembre 2011). En effet, dans [ses instructions du 12 mai 2011](#), le Garde des Sceaux lisait l'arrêt du 28 avril de manière étriquée et erronée en estimant qu' « à la différence de l'article L.624-1 du CESEDA et de la législation italienne remise en cause par l'arrêt de la CJUE, **cette incrimination [de l'article L.621-1] est indépendante de toute décision d'éloignement, de sorte que les dispositions de l'article 15 et 16 de la directive « retour », relatifs au placement en rétention des étrangers visés par une décision d'éloignement, ne peuvent lui être opposés** ». La Chancellerie donnait même alors instructions aux Parquets de faire « systématiquement » appel, en demandant l'effet suspensif, des décisions des JLD de refus de prolongation des rétentions administratives fondées sur « l'inconventionnalité alléguée de l'article L.621-1 du CESEDA au regard de la directive du 16 décembre 2008 » et de se pourvoir en cassation en cas de rejet de l'appel.

La Cour de cassation n'a pourtant été saisie que de trois pourvois des procureurs, dont certains irrecevables (Pourvois n°N1130530 *Ahmida R.* sur CA de Versailles 3 août 2011 ; n°D1130384 – irrecevable ; n°Q11130371 *Seyhmus F.* sur CA de Rennes, 9 mai 2011). Parallèlement, par l'entremise de Me Patrice Spinosi, des décisions de Cours d'appel défavorables aux étrangers, sélectionnées par un réseau d'avocats militants, ont été portées elles-aussi à la Cour de cassation (Pourvoi n°B1119250 sur CA de Toulouse, 7 mai 2011, *Chérif B.* ; n°Q1121792 sur [CA d'Aix 16 mai 2011](#) ; n° R1119378 sur CA Montpellier 10 mai 2011 *Serigne Th.*; n°C1119251 sur CA de Paris 20 mai 2011 *Yassine Ben Ahmed T.*) **Les profils de ces affaires sont souvent les mêmes et s'inscrivent tous dans l'après *El Dridi* – c'est-à-dire la question de savoir si la directive empêchait, comme l'indiquait le garde des Sceaux, uniquement les poursuites à l'égard d'étrangers déjà sous le coup d'une mesure d'éloignement non exécutée (L.624-1 du CESEDA)**. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Sérigne Th.*, ce ressortissant sénégalais a fait l'objet en janvier 2010 d'une décision du refus de renouvellement de son titre de séjour « étudiant » assortie d'une OQTF dans le délai d'un mois. Dès son interpellation dans le cadre d'un contrôle en gare de Perpignan le 4 mai 2011, les services de police l'ont identifié et constaté qu'il était sous le coup d'une décision de retour. Il a alors été placé en garde à vue dans le cadre d'une enquête en flagrant délit, au vu d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction de « *défaut de visa/ fiche de recherche* » [sic]. Conformément aux instructions ministérielles des 21 février 2006 et 4 décembre 2006, en l'absence d'antécédents judiciaires ou d'autres infractions à lui reprocher, les services de police l'ont alors mis fin à sa garde à vue et le place en rétention le 5 mai 2011. Ignorant délibérément l'arrêt *El Dridi*, le JLD a alors ordonné la prolongation de cette mesure, décision confirmée en appel par le délégué du premier président de la cour d'appel de Montpellier.

Cela explique peut-être que dans [des conclusions, pourtant prononcées après l'arrêt Achughbabian, les avocats généraux devant la première chambre civile](#) focalisent sur cette distinction et concluent tous à la nullité des procédures de garde à vue portées devant la Cour de cassation mais sur le fondement d'une distinction tout à fait contestable : **la garde à vue fondée sur l'article L. 621-1 du CESEDA ne serait impossible que dès lors que l'étranger a déjà fait l'objet d'une décision de retour au sens de la directive 2008/115/CE**. En somme, l'incompatibilité de l'article L. 621-1 avec le droit de l'Union ne concernerait que l'hypothèse dans laquelle la personne serait d'ores et déjà entrée dans le champ d'application de la directive suite à l'édition, à son encontre, d'une mesure d'éloignement. Dans ces conditions, s'agissant de ceux des étrangers non encore frappés par une décision de retour, aucune réforme du dispositif français ne s'imposait car l'invitation faite aux parquets par la Chancellerie de ne pas poursuivre sur le seul fondement de l'article L. 621-1 suffit à exclure le grief d'inconventionnalité de cette disposition. Une telle interprétation fait fi de la décision du 6 décembre 2011 et surtout créerait une situation absurde dans laquelle sont les plus protégés contre une telle mesure de privation de liberté les irréguliers qui n'ont pas exécuté une précédente mesure d'éloignement (sans avoir atteint toutefois la limite des 45 jours de rétention signifiant l'échec des mesures coercitives de la directive).

La position de l'avocat général près de la chambre criminelle est identique puisqu'il estimait que que **l'article L621-1, « en ce qu'il prévoit une peine d'emprisonnement, peut [...] être le support d'un placement en garde à vue »** dès lors « *cependant [que celle-ci est] d'une durée aussi brève que possible mais suffisante pour permettre aux autorités en charge de prendre la mesure d'éloignement de disposer d'un délai raisonnable à cette fin* ». Il estimait en revanche qu' « aucune condamnation en application de l'article L621-1 ne peut être prononcée au terme de la garde à vue. Elle serait contraire aux objectifs d'efficacité de l'éloignement fixés par la "directive retour", ce qui n'exclut pas des poursuites ultérieures en cas d'échec de celle-ci » et surtout à **l'inapplicabilité de l'article L621-1 et l'impossibilité de placer en garde à vue [...] « si le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier fait déjà l'objet d'une mesure d'éloignement non encore mise à exécution »** ([conclusions audience 22 mai 2012](#)).

Cette interprétation est convergente avec celle du Garde des Sceaux dans ses instructions du 12 mai 2011. Celui-ci a d'ailleurs tenu sa posture en estimant, même après la décision [Achughbabian](#) de Grande chambre du 6 décembre 2011 – qui désavouait pourtant frontalement ses précédentes instructions – que « *cette incrimination [de séjour irrégulier prévue à l'article L.621-1] en ce qu'elle prévoit une peine d'emprisonnement compatible avec la directive, permet le placement en garde à vue de l'étranger concerné, afin de vérifier que les conditions constitutives de l'infraction sont réunies* ». « Dès lors, concluaient ces instructions du 13 décembre, **les dispositions de la directive ne sont pas susceptibles d'affecter ni les mesures de garde à vue engagée sur le fondement de**

***l'article L.621-1 ni les procédures de rétention administrative qui peuvent faire suite à ces mesures lorsque l'irrégularité du séjour de l'étranger sur le territoire national a été établie.*** » ([circulaire du 13 décembre 2011](#)).

Il était pourtant évident, à la lecture de l'arrêt *Achughbaban*, que **cette posture était intenable**. Si la Cour de Luxembourg reconnaît effectivement la nécessité pour les autorités compétentes de pouvoir priver un individu de sa liberté le temps de se prononcer sur le caractère régulier, ou non, de son séjour, cette reconnaissance ne vaut qu'*in abstracto*. On s'en convaincra d'ailleurs aisément par le fait que la CJUE, immédiatement après avoir admis une telle possibilité, se prononce *in concreto* sur l'article L. 621-1 du CESEDA et conclut à son incompatibilité avec les objectifs de la directive 2008/115/CE. Par voie de conséquence, il était tout à fait erroné de considérer que la garde à vu pouvait, à droit constant, être décidée pour simple séjour irrégulier : dès lors, d'une part, que l'article 62-2 du Code de procédure pénale ne permet le recours à cette mesure de contrainte que dans l'hypothèse où l'infraction est punie d'emprisonnement, et d'autre part, que la CJUE a explicitement interdit de sanctionner par de l'emprisonnement le délit de séjour irrégulier, il était indubitable qu'aucune garde à vue ne pourrait plus être prononcée pour l'infraction prévue à l'article L. 621-1.

**En retenant cette interprétation, la chambre criminelle vient donc d'infliger un camouflet juridique à l'interprétation ministérielle.** Plus inquiétant, les JLD et les premiers présidents de Cour d'appel sont eux-aussi contredits dans leur analyse. Six mois après l'arrêt *Achughbaban*, et plus d'un an après l'arrêt *El Dridi*, **on peut donc espérer « être arrivés au terme de l'odyssée judiciaire relative à la conformité des articles 621-1 et 624-1 du CESEDA avec les dispositions de la directive retour du 16 décembre 2008 »**, comme le plaidait Me [Patrice Spinosi le 27 mars 2012 devant la première chambre civile](#) peu avant la demande d'avis devant la chambre criminelle par dépêche du 3 avril (et qui aura donc l'occasion de prononcer une troisième fois sa plaidoirie dans ces mêmes affaires le 3 juillet devant la première civile).

On peut aussi déplorer que **depuis le 5 juin le nouveau garde des Sceaux n'ait pas daigné adresser de nouvelles instructions – ce qui entretient la confusion et l'insécurité juridique dans laquelle les sans-papiers sont plongés depuis un an.** De fait, les chances d'être libérés motif pris de la jurisprudence européenne dépendaient de l'endroit et du moment où la personne était arrêtée, placée en garde à vue puis en rétention (certains JLD, notamment à Toulouse, affichant des taux de prolongation proche de 100%). Alors que certains parquets ont d'ores et déjà décidé de tirer immédiatement les conséquences de l'avis de la chambre criminelle en donnant instructions aux officiers de police judiciaires de ne plus placer en garde à vue les sans-papiers pour la seule irrégularité d'autres Parquets, en particulier celui de Paris, ont décidé de faire fi de l'avis (v. Syndicat de la magistrature, « [Garde à vue et séjour irrégulier : lettre ouverte au procureur de Paris](#) », 13 juin 2012). **Cette insécurité a aussi été entretenue par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a délibérément décidé d'ignorer tout dialogue des droits et des juges avec la Cour de justice sur cette question** en jugeant « nécessaire » et « non manifestement disproportionné » au regard de l'article 8 de la DDHC une incrimination qui, sauf dans des cas exceptionnels ou marginaux, ne peut plus trouver à s'appliquer depuis le 25 décembre 2010 (Cons. constit., décision n° 2011-217 QPC du 03 février 2012, [M. Mohammed Alki B.](#) [Délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France] - [ADL du 9 février 2012](#)). Peu après l'arrêt 28 avril 2011, dans le cadre de son contrôle *a priori*, il avait déjà refusé de constater la contrariété manifeste de l'article L.624-1 du CESEDA par la loi « Besson » (Cons. constit., décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, [Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité](#), cons. 84 – [ADL du 13 juin 2011](#)).

Les tergiversations des autorités et juridictions françaises ont donc retardé l'inéluctable modification des articles L.621-1 et L.624-1 du CESEDA – **que nous appelons de nos vœux depuis plus d'un an, comme tous les auteurs qui ont commenté les deux arrêts de la Cour de justice** (V. Baudet-Caille, « Les peines d'emprisonnement pour séjour irrégulier dans la tourmente », *Dictionnaire permanent- droit des étrangers, Bulletin* n°201, 2011, p.2 ; F. Kauff-Gazin, « La directive « retour » au secours des étrangers ? : de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011 », *Europe*, 2011, étude 7 ; G. Poissonnier, « Etranger en simple situation irrégulière : il y a urgence à légiférer », *D.*, 2012, 333 ; K. Parrot, « L'éloignement : la garde à vue », *D.*, 2012, chron. 390). Comme nous l'écrivions dans notre commentaire de l'arrêt *Achughbaban* : « **Le gouvernement actuel, ou celui qui sera issu des prochaines élections législatives, n'aura donc d'autres choix que de remettre sur le métier une nouvelle réforme du CESEDA pour intégrer cette conception en trois temps du droit pénal des étrangers guidé par le droit de l'Union européenne** » ([ADL du 7 décembre 2011](#)). Dans ses arrêts la Cour de justice n'avait en effet admis la possibilité pour les États d'adopter ou maintenir des dispositions « *le cas échéant de caractère pénal* » pour réprimer le maintien irrégulier sur le territoire (*El Dridi*, pts 52 et 60) ou le dissuader (*Achughbaban*, pt 47) **que dans la cas où l'irrégulier a été effectivement soumis, de manière proportionné et gradué, à l'ensemble « mesures » et « mesures coercitives » visées à l'article 8 en ayant atteint « la durée maximale de cette rétention »** (*Achughbaban*, pt 50) et si et seulement s'il n'existe pas de « *motif justifié de non-retour* » et que l'infliction respecte « *pleinement* » les droits fondamentaux, notamment ceux garantis par la CEDH (*Achughbaban*, pts 48 et 49).

L'avis de la chambre criminelle, s'il est suivi par la première chambre civile, peut parvenir à **mettre un terme au détournement systématique de la finalité de la garde à vue qui caractérise la procédure administrative**

**d'éloignement des étrangers depuis une vingtaine d'années.** En effet, alors que 60 000 étrangers sont placés chaque année en garde à vue, cela aboutit à 30 000 mesures de rétention administrative et à 5000 condamnations sur le fondement de l'article 621-1 dont 597 sur le seul fondement de l'irrégularité du séjour. Il ne faudrait toutefois pas que l'impossibilité de placer en garde à vue sur le seul fondement de l'article L.621-1 aboutisse à ce que les forces de police affuble les étrangers de délits plus ou moins imaginés – dans la même perspective de détournement de finalité de la garde à vue – ni à ce qu'il soit fait un usage irraisonné de la procédure d'audition libre (v. sur l'encadrement : Cons. Constit., Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, [Mme. Élise A. et autres](#) [Garde à vue II] – [ADL du 22 novembre 2011](#)). **Il peut surtout contribuer à rompre avec la philosophie qui a irrigué sans discontinuité la politique migratoire française.** L'entrée irrégulière sur le territoire français est en effet sanctionnée d'une peine de prison depuis le décret-loi « Daladier » du 2 mai 1938 et le séjour irrégulier depuis la loi « Defferre » n°81-973 du 29 octobre 1981 (article 19 de l'ordonnance du 2 novembre 1945). Aussi, l'on saisit mieux la portée à la fois symbolique et juridique de l'avis de la Chambre criminelle qui, prenant acte de ce que la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement à un étranger du seul fait de l'irrégularité de sa situation contrevient au droit de l'Union européenne, confirme qu'aucune garde à vue ne peut être décidée à l'encontre d'un ressortissant d'un État tiers pour simple infraction à la législation sur les étrangers. Indubitablement, *« les systèmes tiennent souvent plus longtemps qu'on ne le pense, mais ils finissent par s'effondrer beaucoup plus vite qu'on ne l'imagine »* (Kenneth Rogoff). On regrettera néanmoins, avec Luca Masera (« Les ressorts de l'affaire *El Dridi* » in Gisti, *Immigration, Un régime pénal d'exception*, Penser l'immigration autrement, 2012, p.128) que **cet effondrement n'est pas du à des considérations tirées de la protection des droits fondamentaux**, ou à l'idée qu'il est incongru de punir d'une peine de prison un être humain pour la seule raison qu'il se trouve en situation irrégulière dans un pays qui n'est pas le sien, mais uniquement à un souci d'efficacité de la politique européenne de retour...

**Cass, crim, avis n° 9002 du 5 juin 2012, [Demande d'avis formulée le 3 avril 2012 par la première chambre civile à l'occasion de l'examen des pourvois B1119250, Q1121792, R1119378, C1119251, N1130530, D1130384, Q11130371](#)**

**Pour citer ce document :**

Serge Slama et Benjamin Francos, « [Contrariété au droit de l'UE du placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement du séjour irrégulier](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 20 juin 2012.