

**Circulaire du 28 janvier 2013 relative à la présentation des principales dispositions de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées**

**NOR : JUSC1301015C**

La garde des sceaux, ministre de la justice,

à

Pour attribution

*Mesdames et messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel  
Monsieur le procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel  
Mesdames et messieurs les procureurs de la République*

Pour information

*Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel et  
le président du tribunal supérieur d'appel  
Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux de grande instance*

La loi a principalement pour objet de tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (El Dridi, 28 avril 2011, C-61/11 et Achughbabian, 6 décembre 2011, C-329/11) et de la Cour de cassation (Civ. 1, 5 juillet 2012, 11-30371, 11-19250 et 11-30530) dont il ressort que :

- conformément aux dispositions de la directive 2008/115/CE (dite « directive retour »), un étranger qui se trouve en situation irrégulière ne peut encourir pour ce seul motif une sanction d'emprisonnement lorsqu'il n'a pas fait préalablement l'objet d'une mesure d'éloignement et des mesures propres à garantir son exécution,
- en conséquence le recours à la garde à vue sur le seul chef de l'infraction de séjour irrégulier est contraire à la directive retour.

Elle est entrée en vigueur au lendemain de sa publication.

L'objet de cette circulaire est de présenter les nouvelles dispositions de la loi, qui modifie tant la procédure de vérification de la régularité des conditions de circulation et de séjour des étrangers (1) que les dispositions pénales (2). La présentation qui suit est faite sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions.

## **1 – Dispositions relatives à la retenue d'un étranger aux fins de vérification de sa situation**

### ***1.1 Contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents autorisant la circulation et le séjour des étrangers en France (article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA)***

#### 1.1.1 S'agissant des types de contrôles

L'article L. 611-1 du CESEDA porte sur le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents autorisant la circulation et le séjour des étrangers. Ce contrôle peut s'exercer dans deux cas :

- soit en dehors de tout contrôle d'identité, sur le seul fondement de l'article L. 611-1 du CESEDA,
- soit à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du code de procédure pénale (CPP).

La présente loi a uniquement ajouté la possibilité d'effectuer un contrôle de la détention des documents à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application de l'article 78-2-2 du CPP (qui autorise des contrôles d'identité et des contrôles de véhicules, sur réquisition du procureur de la République, lorsqu'il s'agit de

rechercher et de poursuivre, par exemple, des infractions de vol, de recel ou de trafic de stupéfiants).

Par ailleurs, l'article 5 de la présente loi maintient la possibilité d'effectuer des contrôles de titre de séjour en application de l'article L. 611-1, même en l'absence d'infraction, à l'occasion des visites sommaires de véhicules dans la zone des 20 km, qui sont rendues possibles par l'article L. 611-8 du CESEDA, lequel reprend l'article 78-2 du CPP.

#### 1.1.2. S'agissant des modalités des contrôles

La présente loi a apporté deux précisions encadrant les contrôles.

En premier lieu, les contrôles de titres de séjour ne peuvent être effectués « que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ».

L'article conforte en cela des exigences jurisprudentielles (Cour de cassation, 25 avril 1985, Bogdan et Vukovic) : un contrôle ne peut être motivé par la couleur de la peau, le nom de famille, l'emploi d'une langue étrangère, la déclaration d'un lieu de naissance hors de France, etc. En revanche, peuvent justifier un contrôle la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger, la revendication publique d'une nationalité étrangère ou de l'irrégularité de la situation administrative, la distribution de tracts en langue étrangère sur la voie publique, etc.

En second lieu, la loi prévoit que les contrôles de titres qui sont effectués en dehors d'un contrôle d'identité (premier alinéa du I de l'article L. 611-1 du CESEDA) ne peuvent être pratiqués que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu. De plus ils ne peuvent consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans ce lieu.

L'objectif de ces dispositions est d'éviter que la mise en œuvre de ces contrôles, sur l'ensemble du territoire national, n'ait un effet équivalent à celui d'une vérification aux frontières. La loi étend ainsi à l'ensemble du territoire l'encadrement des contrôles prévus à l'article 78-2 dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite « LOPPSI 2 » dans la zone dite des 20 kilomètres.

### ***1.2 Retenue d'un étranger pour vérification du droit au séjour (art. L. 611-1-1 du CESEDA nouveau)***

#### 1.2.1 Principe de la retenue

L'article 2 de la loi crée une nouvelle procédure de retenue aux fins de vérification du droit au séjour et de circulation d'un étranger.

La procédure de retenue a pour objet de mettre l'étranger en mesure de fournir les pièces et documents permettant de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France.

Elle permet également aux services de police d'effectuer les recherches nécessaires pour établir la situation de la personne (existence de mesures d'éloignement antérieures, d'une interdiction de retour sur le territoire français, d'une situation de fait ouvrant un droit au séjour alors même qu'aucun titre de séjour n'a été délivré...). A cet égard, l'étranger qui reconnaît être en situation irrégulière devrait être placé en retenue administrative pour permettre aux services de police d'examiner l'ensemble de sa situation.

Cette retenue, d'une durée strictement nécessaire à l'examen du droit de circulation ou de séjour, et ne pouvant excéder seize heures à compter du début du contrôle, peut être déclenchée à la suite des contrôles d'identité prévus par les articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du CPP, ou à la suite de contrôle de titre fondé sur l'article L. 611-1 du CESEDA ou l'article 67 quater du code des douanes, dans le cas où l'étranger ne justifie pas de son droit au séjour.

#### 1.2.2 Garanties visant à préserver les droits des personnes concernées.

En premier lieu, la retenue est effectuée sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire et placée sous le contrôle du procureur de la République. La loi reconnaît à ce dernier un rôle essentiel tout au long de la procédure :

- il est informé dès le début de la retenue ;
- il peut y mettre fin à tout moment ;
- il est informé aux fins d'instruction des difficultés de prise en charge des enfants de la personne retenue ;
- il est informé préalablement en cas de prise d'empreintes digitales ou de photographies ;
- il est destinataire à la fin de la retenue du procès-verbal établi au cours de cette dernière ;
- il doit veiller à la destruction de l'ensemble des pièces relatives à la procédure de vérification si celle-ci n'a été suivie d'aucune autre procédure judiciaire ou administrative, dans un délai de 6 mois à compter de la fin de la retenue.

En deuxième lieu, la personne retenue bénéficie de droits substantiels :

1° : le droit à l'assistance d'un interprète

L'article 2 de la loi prévoit ainsi que l'information reçue par l'étranger doit être délivrée « dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend », comme le prévoient déjà les articles L. 111-7 et L. 111-8 du CESEDA pour les étrangers faisant l'objet de mesures de non-admission, de maintien en zone d'attente ou de placement en rétention. Cette information peut être faite par le biais de formulaires écrits ou par un interprète, notamment si l'étranger ne sait pas lire.

2° : le droit à l'assistance d'un avocat, désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

Cette assistance comprend à la fois la possibilité pour la personne intéressée de s'entretenir avec l'avocat pendant trente minutes dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien, ainsi que la possibilité pour l'étranger de demander à ce que l'avocat assiste à ses auditions.

Les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de l'étranger peuvent être effectuées dès le début de la retenue, sans qu'il y ait lieu d'attendre l'arrivée de l'avocat.

Si l'étranger souhaite que les auditions se déroulent en présence de son avocat, la première audition ne peut débiter hors la présence de ce dernier.

Il existe toutefois deux tempéraments :

- la première audition peut avoir lieu hors la présence de l'avocat si elle porte uniquement sur des éléments d'identité ;
- après l'expiration d'un délai d'une heure suivant l'information adressée à l'avocat ou au bâtonnier, la première audition peut commencer hors la présence de l'avocat.

Au cours des auditions, l'avocat peut prendre des notes. A la fin de la retenue, il peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi au cours de la retenue ainsi que le certificat médical y étant, le cas échéant, annexé et formuler des observations écrites qui seront également annexées.

L'article 64-1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 est modifié, afin de permettre la prise en charge des frais d'avocat.

Un décret en Conseil d'Etat viendra modifier le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 pour permettre la rétribution de l'avocat commis d'office dans ce cadre et en fixer le montant selon que son intervention se limite à l'entretien de trente minutes ou s'étend à l'ensemble des auditions.

3° : le droit d'être examinée par un médecin ;

4° : le droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix, et d'assurer par ce biais l'information et la prise en charge des enfants dont elle assure normalement la garde. Ainsi, la personne retenue ayant la responsabilité d'enfants mineurs, qu'il s'agisse d'enfants qui l'accompagnaient ou non, sur lesquels elle exerce l'autorité parentale ou qui sont simplement sous sa garde, même provisoire, peut contacter toute personne afin d'assurer que ces enfants soient pris en charge. Si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police

judiciaire prévient lui-même la famille et la personne choisie et, en tant que de besoin, informe le procureur aux fins d'instruction dans l'intérêt des enfants.

5° : le droit d'avertir ou de faire avertir les autorités consulaires de son pays.

En troisième lieu, s'agissant des autres modalités de la retenue et des garanties qui les accompagnent, la loi précise que toute mesure de contrainte exercée sur l'étranger devra être strictement proportionnée à la nécessité des opérations de vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire. Sur ce point, le port des menottes et des entraves a été encadré par la loi et est limité aux cas de dangerosité de l'étranger pour autrui ou pour lui-même, ou de risque de fuite (la rédaction retenue s'inspirant de celle de l'article 803 du code de procédure pénale).

La prise d'empreintes digitales ou de photographies n'est autorisée que si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier sa situation au regard du droit au séjour, et si elle constitue un moyen nécessaire pour établir la situation de la personne, après information du procureur de la République.

En outre la loi prévoit que, durant sa retenue, lorsque sa participation aux opérations de vérification n'est pas nécessaire, l'étranger ne pourra être placé dans une pièce accueillant « simultanément » des personnes gardées à vue.

Enfin la loi précise l'articulation de la retenue aux fins de vérification de situation, avec une éventuelle retenue pour vérification d'identité qui l'aurait précédée – dans cette hypothèse, la durée de la vérification d'identité s'impute sur la durée totale de la retenue pour vérification – ou avec une garde à vue qui lui succéderait, la durée de la retenue s'imputant alors sur celle de la garde à vue.

### 1.2.3 Contentieux de la retenue devant le juge des libertés et de la détention

Le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il sera, le cas échéant, saisi d'une demande de prolongation de la rétention à l'issue du délai de cinq jours, pourra se prononcer sur la régularité de la retenue pour vérification du droit de circulation et de séjour et de l'interpellation à l'origine de cette procédure.

L'ensemble des prescriptions énumérées à l'article L. 611-1-1 sont imposées à peine de nullité, sous réserve des dispositions de l'article L. 552-13 du CESEDA. Cet article prévoit qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'observation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que si celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. Cet article, introduit dans le CESEDA par la loi du 16 juin 2011, vise à préciser le régime des irrégularités procédurales soulevées devant le juge et traduit l'adage « pas de nullité sans grief », déjà décliné par les articles 802 du code de procédure pénale et 114 du code de procédure civile (voir à cet égard la dépêche du 17 juin 2011 de présentation de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité - [http://intranet.justice.gouv.fr/site/dacs/art\\_pix/1\\_SKMBT\\_42111062007590.pdf](http://intranet.justice.gouv.fr/site/dacs/art_pix/1_SKMBT_42111062007590.pdf)).

## **2 – Les dispositions pénales**

### ***2.1. Abrogation du délit de séjour irrégulier***

Le II. de l'article 8 de la loi abroge l'article L. 621-1 du CESEDA.

Aussi, les procédures diligentées de ce chef antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ne pourront donner lieu à des poursuites devant les juridictions pénales, l'action publique étant éteinte par l'abrogation de la loi pénale.

En outre, les peines prononcées antérieurement à l'abrogation du délit cessent de recevoir exécution conformément aux dispositions de l'article 112-4 du code pénal.

En conséquence, il importe pour les peines d'emprisonnement ferme prononcées en répression de faits de séjour irrégulier, en tant qu'infraction unique ou unique infraction pour laquelle l'emprisonnement était encouru, de :

- ne pas les ramener à exécution ;
- faire cesser immédiatement leur exécution dans l'hypothèse où celle-ci serait en cours.

Il convient à ce titre de prendre l'attache du chef de l'établissement pénitentiaire du ressort afin que le greffe pénitentiaire identifie l'ensemble des personnes exécutant une peine d'emprisonnement à la suite d'une condamnation pour des faits de séjour irrégulier, infraction unique ou unique infraction pour laquelle l'emprisonnement était encouru, ou écrouées pour de tels faits et sur cette base d'ordonner la libération immédiate de la personne détenue.

Il devra également être pris l'attache du directeur départemental de la sécurité publique et du commandant du groupement de gendarmerie afin qu'il soit fait retour au parquet des extraits diffusés pour mise à exécution d'une peine d'emprisonnement ferme prononcée pour des faits de séjour irrégulier. De même, il conviendra dans ces cas de faire cesser l'inscription des personnes condamnées au FPR.

Une attention particulière doit par ailleurs être apportée aux conséquences de cette loi quant à la révocation des sursis simples et des sursis avec mise à l'épreuve :

- Une peine d'emprisonnement avec sursis ou sursis avec mise à l'épreuve prononcée en répression du délit de séjour irrégulier ne peut plus faire l'objet d'une révocation ;
- Une peine d'emprisonnement ferme prononcée en répression du délit de séjour irrégulier ne peut pas entraîner la révocation des sursis ou des sursis avec mise à l'épreuve antérieurement accordés.

Les délits d'entrée et séjour irréguliers sur le territoire français étant visés par le même code NATINF, une vérification au cas par cas pourra s'avérer nécessaire dans certaines situations pour distinguer les condamnations qu'il conviendra de ne pas ramener à exécution.

Des difficultés pourront survenir s'agissant des autres peines susceptibles d'avoir été prononcées en répression du délit de séjour irrégulier, telles que l'amende et l'interdiction du territoire français notamment puisque la cessation de leur exécution relève également de la compétence d'autres services (préfecture, direction départementale des finances publiques...) que ceux du ministère de la justice. Il appartient localement au parquet de se rapprocher de ceux-ci afin de déterminer la méthodologie à employer pour s'assurer de l'absence d'exécution de ces peines.

Ces questions pourront éventuellement faire l'objet de développements spécifiques dans une circulaire ultérieure.

Les orientations de politique pénale, contenues dans des circulaires ou dépêches précédentes et visant à la constatation et la poursuite du délit de séjour irrégulier sont bien évidemment abrogées de plein droit, dans la mesure où elles portent sur l'application d'un délit qui a été supprimé : c'est tout particulièrement le cas de l'essentiel des dispositions de la circulaire interministérielle du 21 février 2006 relative aux « conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponses pénales ». Il en est de même pour celles de la dépêche conjointe DACS/DACG du 12 mai 2011, relative à l'arrêt de la CJUE en date du 28/04/2011 visé en introduction.

## ***2.2. Création du délit de maintien sur le territoire malgré la mise en œuvre des mesures d'éloignement***

L'article 9 de la loi complète l'article L. 624-1 du CESEDA d'un nouvel alinéa afin de prévoir que "Tout étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, sera puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende".

Les dispositions de l'article L. 624-1 permettent de réprimer les cas dans lesquels l'étranger s'oppose activement à l'exécution de la décision de l'administration : soustraction aux mesures d'éloignement, pénétration sans autorisation malgré une mesure d'éloignement, non communication de documents de voyage ou communication de renseignements d'identité inexacts.

Le nouvel alinéa de l'article L. 624-1 vise le cas où l'étranger obligé de quitter le territoire français se maintient en France après que l'administration a mis en œuvre toutes les voies d'exécution dont elle dispose sans

avoir pu mener à bien la procédure, faute, par exemple, d'obtenir les laissez-passer consulaires nécessaires.

L'article 10 de la loi a modifié l'article L. 624-2 afin d'adapter la durée de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français à la gravité de l'infraction commise lorsque l'étranger s'est maintenu sur le territoire malgré la mise en œuvre de la procédure d'éloignement, en précisant qu'elle ne saurait excéder 3 ans.

### ***2.3. Maintien de l'incrimination de l'entrée irrégulière, transférée à l'article L. 621-2 du CESEDA***

Le III. de l'article 8 de la loi transfère à l'article L. 621-2 du CESEDA l'incrimination d'entrée irrégulière, actuellement prévue à l'article L. 621-1 du même code.

En effet, si l'infraction de séjour irrégulier devait être abrogée pour tirer les conséquences de la directive « retour » telle qu'interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, en revanche le maintien du délit d'entrée irrégulière s'imposait dès lors que le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), requiert que les Etats-membres sanctionnent de manière « effective, proportionnées et dissuasives » le franchissement irrégulier des frontières extérieures.

Pour autant, il convenait d'éviter que le maintien de la pénalisation de l'entrée irrégulière permette de poursuivre pendant les trois ans de la prescription devant les juridictions répressives l'individu entré irrégulièrement sur le territoire national et qui n'est pas interpellé immédiatement après le franchissement de la frontière.

En effet, dans ce cas, sa présence sur le territoire français implique qu'il soit considéré comme un étranger en situation de séjour irrégulier. Or, quelles que soient les conditions d'entrée de cet étranger, la directive retour s'applique et cette personne ne peut donc faire l'objet d'une sanction pénale ni pour ce qui concerne les conditions de son séjour, ni pour ce qui concerne les conditions de son entrée.

En conséquence, le législateur a complété l'article L. 621-2 d'un alinéa prévoyant que « Pour l'application du présent article, l'action publique ne peut être mise en mouvement que lorsque les faits ont été constatés dans les circonstances prévues à l'article 53 du code de procédure pénale. »

En pratique, cela implique non seulement que des poursuites ne sont possibles que si le délit a été constaté dans le temps de la flagrance, mais également que ces poursuites doivent consister en une convocation par officier de police judiciaire, une comparution par procès-verbal, ou une comparution immédiate, permettant l'intervention d'un jugement dans un temps très proche de l'entrée irrégulière, et non pas plusieurs mois ou années plus tard. Si ces faits sont commis avec ceux d'aide à l'entrée irrégulière, nécessitant des investigations plus complexes pour identifier les « passeurs », le cas échéant par l'ouverture d'une information, il devra y avoir disjonction des procédures.

Les peines prévues antérieurement sont maintenues, l'entrée irrégulière d'un étranger sur le territoire national demeurant réprimée, en application du nouvel article L. 621-2, de la peine d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende.

De même, la peine complémentaire d'interdiction du territoire d'une durée inférieure ou égale à trois ans est maintenue ainsi que la précision selon laquelle cette interdiction emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement.

### ***2.4. Extension de l'immunité pénale pour l'aide aux étrangers***

L'article 12 de la loi modifie l'article L. 622-4 du CESEDA sur deux points.

En premier lieu, il étend le champ de l'immunité familiale en y intégrant l'aide apportée par les ascendants, descendants ou frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

En second lieu, il réécrit le 3° de cet article afin de créer une véritable immunité « humanitaire ».

En effet, le 3° de l'article L. 622-4 ne faisait en réalité que rappeler la cause d'irresponsabilité pénale que constitue l'état de nécessité et ne protégeait donc que ceux qui ont aidé à la préservation de la vie ou de l'intégrité physique.

Désormais, en visant « toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci », le 3° de l'article L. 622-4 étend le champ de l'immunité aux personnes physiques ou morales qui portent assistance aux étrangers sans contrepartie en leur fournissant diverses prestations lorsque cette aide n'a d'autres objectifs que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger en situation irrégulière.

### **3. Dispositions relatives à l'outre-mer**

Les dispositions de la loi modifiant le CESEDA sont applicables en Guadeloupe, en Martinique, en Guyane et à La Réunion, conformément à l'article L. 111-3 de ce code.

Elles s'appliquent également à Saint-Pierre-et-Miquelon, sur le fondement de l'article L.111-2 de ce code.

Les articles 13, 14 et 15 de la loi étendent respectivement, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, les nouvelles immunités au délit d'aide au séjour irrégulier prévues à l'article L. 622-4 du CESEDA.

Enfin, l'article 16 de la loi précise expressément les dispositions applicables à Saint-Barthélemy et Saint-Martin (articles L. 111-7, L. 111-8, L. 551-2, L. 552-5, L. 611-1, L. 611-1-1, L. 611-4, L. 621-2, L. 622-4, L. 624-1 et L. 624-2), conformément aux dispositions combinées des articles L. 111-2 du CESEDA et 6213-1 et 6313-1 du code général des collectivités territoriales.

*La directrice des affaires criminelles et des grâces,*

**Marie-Suzanne LE QUÉAU**

*Le directeur des affaires civiles et du sceau,*

**Laurent VALLÉE**