

I – DROIT DES ETRANGERS (Directive 2008/115/CE) : Confirmation de l'impossibilité de placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mesures coercitives de la directive

La première chambre civile de la Cour de cassation prolonge l'avis de la chambre criminelle du 5 juin déclarant la garde à vue et les possibilités de poursuites des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière contraires au droit de l'Union européenne tant que « l'une des » mesures coercitives de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, en particulier la rétention de 45 jours, n'a pas été épuisée. Par circulaires du 6 juillet 2012 la Chancellerie et la Place Beauvau tirent enfin, après quinze mois de tergiversations, les conséquences des décisions *El Dridi* et *Achughbabian* en prohibant le recours à la garde à vue pour le seul séjour irrégulier. Un projet de loi modifiant le CESEDA devrait être déposé à la rentrée.

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

« Au regard de ces arrêts, il vous appartient d'inviter les officiers de police judiciaire à éviter de recourir désormais à une mesure de garde à vue du seul chef de séjour irrégulier » ([Circulaire DACG-DACS 11-04-C39 du 6 juillet 2012](#) – accessible aussi sur le site du Gisti). A la lecture des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 juillet 2012, la Chancellerie a fini par s'incliner – après avoir pendant quinze mois retenu des interprétations étriquées et restrictives des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sur la [directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008](#) (CJUE 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 – [ADL du 29 avril 2011](#) ; CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, *A. Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne*, aff. C329/11, [ADL du 7 décembre 2011](#)). Les Directeurs des Affaires criminelles et des grâces (Maryvonne Caillibotte) et des Affaires civiles et du Sceau (Laurent Vallée) ont donc dû manger leur chapeau en donnant des instructions contraires à leurs précédentes instructions ([circulaire du 12 mai 2011 relative à la portée de l'arrêt de la Cour de justice européenne \(CJUE\) du 28 avril 2011 portant sur l'interprétation des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE, dite « directive retour »](#) et [circulaire n°11-04-C39 du 13 décembre 2011 relative à la portée de l'arrêt de la CJUE « ACHUGHBABIAN » du 6 décembre 2011 portant sur la compatibilité de l'article L.621-1 du CESEDA avec la directive 2008/115/CE dite « directive retour »](#)). Par une circulaire du même jour, le directeur du cabinet du ministre de l'Intérieur Manuel Valls, Jean Daubigny, informe également les préfets de ces instructions de la Chancellerie en leur demandant d'en tirer les conséquences nécessaires ([Circulaire du 6 juillet 2012, NOR : INT/K/12/07284/C](#) et [site du Gisti](#)).

Il est vrai que, cette fois-ci, les ministres n'avaient guère de marge de manœuvre compte tenu de la clarté des arrêts rendus la Cour de cassation le 5 juillet 2012. La première chambre civile ne pouvait d'ailleurs elle-même guère s'écarter de la solution dégagée par la chambre criminelle le 5 juin dernier puisque c'est elle qui, peu avant l'élection présidentielle, avait sollicité son avis. Par un effet boomerang, lui est donc revenu après l'élection de François Hollande, un avis de la chambre criminelle estimant qu'un ressortissant d'un Etat 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 ». En effet, cette mesure ne peut être décidée en vertu des dispositions du Code de procédure pénale 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 elle « doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale engagée » (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](#) – [ADL du 20 juin 2012](#)). Comme nous l'avons constamment considéré dans nos écrits depuis l'arrêt du 28 avril 2011 (v. notamment 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), les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière ne peuvent plus depuis le 25 décembre 2010, sans violation de l'article 8 de la directive 2008/115/CE, être placés en garde à vue sur le seul fondement du délit de séjour irrégulier réprimé par l'article L.621-1 du CESEDA ou même du délit de soustraction à une mesure d'éloignement de l'article L.624-1, sauf à ce que la « durée maximale de rétention » ait abouti à un échec (arrêt *Achughbabian*, pt 50). Dans les autres cas de figure, tant que le CESEDA n'est pas modifié pour inventer une nouvelle procédure administrative aux fins d'identification des irréguliers, la garde à vue est impossible.

Si la jurisprudence adoptée par la Cour de cassation du 5 juillet est susceptible de mettre – enfin – un terme aux gardes à vue « de confort », selon l'expression de Stéphane Maugendre (Celine Rastello, « [Garde à vue des étrangers : qu'est-ce qui change ?](#) », *Nouvel-obs.com*, 5 juillet 2012), elle pose néanmoins un certain nombre de

difficultés. D'une part, en estimant que le placement en garde à vue est possible dès lors que l'irrégulier a été soumis « à l'une » des mesures coercitives de la directive, la première chambre civile fait une lecture de la directive 2008/115/CE contraire à l'interprétation donnée par la CJUE dans l'arrêt *Achughbajian* (1°). D'autre part, en l'absence de moratoire à l'éloignement et l'enfermement des irréguliers, des interrogations naissent sur la procédure qui pourrait venir remplacer la garde à vue dans la période transitoire et lors de l'adoption d'une nouvelle législation (2°).

1°/- Une lecture de la directive « 2008/115/CE » partiellement contraire à l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011

Dans le cadre de la cacophonie judiciaire qui a suivi l'arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011 (« [Le printemps des sans-papiers : Directive « retour », rétention et pénalisation \(les suites de l'arrêt El Dridi, CJUE, 28 avril 2011\)](#) », *CPDH* du 9 juin 2011) et de la [circulaire de la Chancellerie du 12 mai 2011](#), qui donnait pour instructions aux Parquets de se pourvoir systématiquement contre les décisions favorables aux étrangers des cours d'appel, la Cour de cassation avait été saisie de sept pourvois en cassation – dont certains ont été jugés irrecevables. Parallèlement, par l'entremise de Me Patrice Spinosi, des décisions de Cours d'appel défavorables aux étrangers, sélectionnées par un réseau d'avocats militants et d'associations, ont été portées elles-aussi. Certaines de ces affaires concernaient des faits antérieurs à la réforme de la garde à vue introduite par la [loi n° 2011-392 du 14 avril 2011](#) tandis que d'autres concernaient des faits postérieurs (1er juillet 2011). **Cela explique que sur les onze décisions rendues le 5 juillet la première chambre civile a rendu trois rédactions distinctes.** D'ailleurs face à l'affluence médiatique le jour du rendu de la décision, le président M. Charruault ne s'est pas contenté de lire le seul dispositif des décisions – qui sont toutes des arrêts de cassation donnant gain de cause aux étrangers – mais a lu les extraits utiles des décisions immédiatement relayés par de nombreux médias (v. notamment « [Le gouvernement doit remplacer la garde à vue pour les clandestins](#) », *AFP*, 5 juillet 2012 ; « [La Cour de cassation interdit la garde à vue pour le seul motif du séjour irrégulier](#) », *Le Monde*, 05 juillet 2012 ; « [La justice interdit la détention des étrangers pour séjour irrégulier](#) », *La Croix*, 5 juillet 2012 ; « [Les sans-papiers ne sont plus considérés comme des délinquants](#) (Me Spinosi) », *France info*, 5 Juillet 2012 ou encore les vidéos « [Le gouvernement va devoir remplacer la garde à vue pour les clandestins](#) », *TF1*, 5 juillet 2012 et les explications de Me Spinosi, « [Pas de garde à vue pour le seul motif du séjour irrégulier](#) », *AFP vidéo*, 5 juillet 2012).

Toutefois, sur la base d'un attendu de principe, la première chambre civile de la Cour retient assez curieusement des arrêts de la Cour de justice des 28 avril et 6 décembre 2011 **une alternative** selon laquelle la directive 2008/115/CE « s'oppose à une réglementation nationale réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, en ce que cette réglementation est susceptible de conduire, pour ce seul motif, à l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsque ce dernier, non disposé à quitter le territoire national volontairement, **soit** n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, **soit**, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure ». Cette rédaction est indiscutablement contraire à la jurisprudence européenne. En effet, dans l'arrêt [Achughbajian](#) la Cour de justice a formulé son considérant de principe **non sous la forme d'une alternative entre mesures coercitives mais d'un cumul de celles-ci jusqu'à l'échec de la plus restrictive (la rétention)**. Le point 50 de l'arrêt du 6 décembre 2011 ne laisse aucune place au doute sur cet aspect puisqu'il mentionne que la directive « s'oppose à une réglementation d'un État 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 État 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 ». Rappelons en effet que dans la logique du droit de l'UE les « mesures » et « mesures coercitives » prévues par l'article 8 de la directive 2008/115/CE doivent être mises en œuvre **de manière proportionnée et graduée**, de la mesure la moins attentatoire à la liberté (l'accord 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** (par exemple la seule mesure d'assignation à résidence ne suffirait pas) que les Etats retrouvent la possibilité de maintenir ou d'édicter une réglementation telle que l'article L.621-1 du CESEDA. Et encore, l'unionité d'une peine privative de liberté n'est admise que « 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** » - ce que la Cour de cassation se garde bien de rappeler alors même que c'est essentiel puisque cela ne constitue pas en droit français une cause exonératoire (saisi de ce moyen le Conseil constitutionnel ne l'a pas non plus intégré aux exigences de la nécessité des peines au regard de l'article 8 DDHC : 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](#)). **Les JLD et premiers présidents de cours d'appel devront donc, pour se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice, faire abstraction de l'alternative ouverte de manière prétorienne par la Cour de cassation.** On observera d'ailleurs que ni la Chancellerie ni la Place Beauvau n'ont prescrit aux Préfets et aux Parquets dans leurs instructions du 6 juillet d'appliquer cette alternative (le Garde des Sceaux indique

uniquement dans sa circulaire une possibilité de garde à vue pour des « *comportements visant à faire échec à l'exécution forcée de la mesure d'éloignement [...] lorsqu'a été préalablement mise en œuvre la mesure la plus coercitive prévue par la directive, à savoir le placement de l'étranger en rétention* »).

Pour le reste, les décisions rendues le 5 juillet tirent les conséquences nécessaires des décisions de la CJUE dans le prolongement de l'avis de la chambre criminelle du 5 juin. Cette dernière avait en effet constaté que les gardes à vue fondées sur le seul délit réprimé par l'article L.621-1 du CESEDA sont contraires depuis le 25 décembre 2010 à la directive « retour » et qu'elles procèdent d'un détournement de la finalité de la garde à vue compte tenu du fait qu'il n'existe plus de délit passible d'une peine de prison susceptible de les justifier. La première chambre civile adapte sa jurisprudence à **trois cas de figure**. **Dans un premier cas de figure**, on est en présence de **faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme de la garde à vue le 1er juillet 2011**. En l'espèce le premier président d'une cour d'appel (Rennes, 9 mai 2011) avait confirmé l'ordonnance du JLD mettant fin à la rétention d'un sans-papier interpellé, en état de flagrance, le 4 mai 2011 et placé en garde à vue pour séjour irrégulier en France puis ayant fait l'objet, le même jour, d'un arrêté de reconduite à la frontière du préfet d'Ille-et-Vilaine. La Cour de cassation rejette le pourvoi du Procureur, qui estimait, sans craindre le ridicule, « *qu'une telle interprétation résulte d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 28 avril 2011 concernant l'Italie dont la législation n'est pas identique à la législation française* ». La Cour de cassation rappelle qu'à l'époque des faits, **en cas de flagrant délit, le placement en garde à vue n'était possible, en vertu des articles 63 et 67 du code de procédure pénale** « *qu'à l'occasion d'enquêtes sur les délits punis d'emprisonnement* ». Dès lors le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en France « *ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef* » puisqu'il n'encourt pas l'emprisonnement prévu par l'article L. 621-1 du CESEDA « *lorsqu'il se trouve dans l'une ou [sic] l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne* ». L'ordonnance du premier juge était donc régulière dès lors que **l'étranger n'a pas été « préalablement soumis à une [sic] mesure coercitive au sens de l'article 8 de la directive** » (Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 959, [Le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ X](#), n°11-30.371). **Dans un deuxième cas de figure**, toujours pour des faits antérieurs à la réforme de la garde à vue, la première chambre civile décline, sur les pourvois introduits par Me Spinosi, le même attendu de principe pour prononcer la cassation partielle sans renvoi. En l'espèce le premier président d'une cour d'appel avait confirmé l'ordonnance du JLD de prolongation de la rétention d'un Tunisien qui avait fait l'objet le 14 avril 2011 d'un APRF non exécuté, lui laissant un délai de sept jours pour quitter le territoire national, et qui le 1er mai avait été interpellé et placé en garde à vue pour séjour irrégulier en France. Le lendemain, le préfet de Haute-Garonne avait pris à son encontre une décision de placement en rétention. Le premier président s'était contenté d'estimer que « *la directive n° 2008/115/CE n'exclut pas la compétence pénale des Etats membres dans le domaine de l'immigration clandestine ou du séjour irrégulier* ». La cassation est prononcée dès lors que, comme pour les autres décisions cassées, **il n'avait pas été recherché si l'intéressé « avait été préalablement soumis à une [sic] mesure coercitive au sens de l'article 8 de la directive n° 2008/115/CE et, dans l'hypothèse où ce dernier aurait fait l'objet d'un placement en rétention, si la durée de celle-ci avait été maximale, le premier président a privé sa décision de base légale** » (Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 960, [Achraf B.](#), n°11-19.250). **Dans un troisième et dernier cas de figure**, pour des faits cette fois-ci **postérieurs à la réforme de la garde à vue du 14 avril 2011**, le premier président d'une cour d'appel (Versailles, 3 août 2011) avait confirmé une ordonnance du JLD de remise en liberté d'un marocain interpellé et placé en garde à vue le 27 juillet 2011 pour séjour irrégulier en France. Le lendemain, le préfet des Yvelines a pris à son encontre un arrêté de reconduite à la frontière ainsi qu'une décision de placement en rétention administrative. Suivant la lecture (erronée) de l'arrêt *El Dridi* retenue dans la circulaire du Garde des Sceaux du 12 mai 2011, le procureur estimait qu'un placement en garde à vue fondé sur l'article L. 621-1 restait possible car le séjour irrégulier est une « *situation différente de celle d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier qui s'est soustrait à un ordre de quitter le territoire national dans un délai déterminé* » car « *l'incrimination est [...] indépendante de toute procédure d'éloignement, de sorte que les dispositions de la directive invoquée, et notamment ses articles 15 et 16, qui concernent un champ différent, ne peuvent lui être opposées* » et que « *c'est seulement une fois qu'une mesure d'éloignement a été prise que la directive fait obstacle au prononcé d'une peine d'emprisonnement* ». Sur le fondement du même considérant de principe, la Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme la décision du premier président de la Cour d'appel en estimant, dans le prolongement de l'avis du 5 juin 2012, qu'« *il résulte de l'article 62-2 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011* » qu'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* » et « *qu'au surplus cette mesure doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale* ». Par suite, **ne peut être placé en garde à vue « à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef** » le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en France puisqu'il « *n'encourt pas l'emprisonnement prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile lorsqu'il se trouve dans l'une ou [sic] l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne* » (Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 965, [Le procureur général près la cour d'appel de Versailles c/ X](#), n°11-30.530). Sont donc désavoués les avocats généraux près de la première chambre civile qui, dans leurs [conclusions](#), avaient estimé

que la garde à vue fondée sur l'article L. 621-1 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. Sont aussi désavouées les instructions ministérielles de la chancellerie qui après l'arrêt Achughbabian avaient estimé que « *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](#)).

Dès le prononcé de la décision, Me Patrice Spinosi (qui représentait non pas la Cimade mais les étrangers dans les dossiers sélectionnés par plusieurs associations et avocats) s'est félicité de cette décision obtenue après plus d'un an de batailles contentieuses et a estimé que : « *Le regard de l'ensemble de la société française a vocation à changer pour les sans papiers : il a été affirmé clairement qu'ils ne peuvent plus être assimilés à des délinquants* ». A son sens, si les irréguliers doivent, en vertu de la directive 2008/115/CE « être accompagnés [à la frontière] ; elles doivent l'être **dans le cadre d'une procédure administrative et non plus pénale** ». Peu après la Cimade confirmait dans un communiqué que « *cette importante décision doit marquer la fin de la criminalisation des personnes migrantes, jusqu'ici traitées par l'administration comme des délinquantes* » (Cimade, « [Les gardes à vue d'étrangers en situation irrégulière désormais illégales](#) », 5 juillet 2012). Le Président du Gisti, Stéphane Maugendre, évoquait quant à lui « *une vraie victoire* » (sur cette notion voir Danièle Lochak, « *Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites* », in M. Reydellet, [L'étranger entre la loi et les juges](#), Colloque, Toulon, 8 et 9 novembre 2007, L'Harmattan, Champs libres n°7 et « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti » in Gisti, [Défendre la cause des étrangers en justice](#), Dalloz, coll. Commentaires, 2009, p.43) en relevant qu' « *On va enfin considérer que le séjour irrégulier n'est plus un délit" réagit encore l'avocat, espérant une harmonisation des pratiques : "A Bobigny, quatre juges sur cinq annulent les procédures s'appuyant sur une garde à vue contraire à la directive 'retour'. A Paris, c'est un sur cinq."* » (Celine Rastello, « [Garde à vue des étrangers : qu'est-ce qui change ?](#) », préc.). Si l'avis du 5 juin et les arrêts du 5 juillet 2012 sont susceptibles de mettre un terme au dévoiement systématique de la procédure de garde à vue aux fins d'identification et d'organisation de la procédure administrative de retour des irréguliers et aux divergences de jurisprudence dans chaque cours d'appel et même parfois pour chaque premier président ou chaque JLD, il subsiste toutefois un certain nombre d'interrogations sur l'avenir de cette procédure préalable à l'édition de la décision de retour.

2°/- Les interrogations en suspens sur la période transitoire et la réforme à venir

Ayant pris conscience que la position adoptée par le gouvernement précédent depuis le 28 avril 2011 n'était plus tenable sans modification législative, **le ministre de l'Intérieur a annoncé dès le 28 juin qu'il proposerait « un outil législatif qui permette de s'assurer que les étrangers en situation irrégulière regagnent leur pays d'origine »** pour éviter de « *nous retrouver dans une situation où il n'y aurait plus de reconduites à la frontière* » (« [Il n'y aura pas de régularisation massive des sans-papiers](#) », *Le Monde* (abonnés), 28 juin 2012). Immédiatement après la lecture des décisions de la première chambre civile, Manuel Valls a confirmé dans un discours prononcé devant les préfets que dans la mesure où « *la décision rendue (...) par la Cour de Cassation interdit désormais [sic : depuis le 25 décembre 2010] de placer en garde à vue des personnes au seul motif qu'ils sont en situation irrégulière* », il les informait que « *le Premier ministre [lui] a demandé de lui proposer rapidement un texte législatif pour redonner un fondement légal à notre action* ». Ce texte devrait être présentée au Parlement « **pour la rentrée** ». La question se pose aussi s'il y a encore un sens de maintenir un délit d'aide au séjour irrégulier (Manuel Valls a d'ores et déjà annoncé la suppression du « délit de solidarité »).

Cette prise de conscience ne l'empêche pas de maintenir le même cap que celui adopté par Nicolas Sarkozy en 2003 : « *L'éloignement des étrangers en situation irrégulière doit rester la règle* » et il appartient aux préfets « *d'y veiller. Les indicateurs chiffrés seront suivis. Mais je ne jugerai pas votre action sur le nombre d'éloignements réalisés* » ([dépêche APF du 5 juillet 2012](#)). Or, depuis une vingtaine d'années, avec la massification des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) puis des obligations de quitter le territoire français (OQTF), on sait que c'est la procédure pénale, et en particulier la garde à vue, qui a été instrumentalisées pour faciliter la préparation des procédures administratives d'éloignement sans amener à une répression pénale – les Procureurs ayant de longue date reçu instructions d'abonder les poursuites une fois la procédure administrative mise en œuvre (« [Séjour irrégulier et garde à vue : «la fin du dévoiement de la politique pénale](#) » ; *Libération*, 5 juillet 2012). Les statistiques disponibles sont de ce point de vue significatives : **en 2009, sur 96 109 étrangers mis en cause pour infraction aux conditions générales d'entrée et de séjour, 74 050 ont été placés en garde à vue** (Source : état 4001 annuel, DCPJ cité [fiche thématique 15 « Les gardes à vue pour crimes et délits non routiers et le rapport « Gardes à vue / Mis en cause » de 2005 à 2010](#) » in Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, *Rapport La criminalité en France 2011*, p.538). **Or ces mesures ont abouti à 30 270 placements en rétention pour 5 306 condamnations** (597 pour la seule infraction prévue l'article L.621-1 dont 197 à une peine de prison ferme et 50 personnes en état de récidive légale). Le nombre de gardes à vue des irréguliers a d'ailleurs fortement augmenté depuis 2005 avec l'effet des objectifs chiffrés (2005 : 53 875 ; 2006 : 65 956 ; 2007 : 77 176) avant de baisser par la suite (2008 : 75 784 ; 2009 ; 74 050 ; 2010 : 61 18).

En l'absence de moratoire sur les expulsions, que réclamaient les associations (Observatoire de l'enfermement des étrangers, « [Pour un moratoire sur la rétention. Halte à la banalisation de l'enfermement des étrangers !](#) », Communiqué, 6 juillet 2012. V. l'entretien de Patrick Henriot, « [En France, le séjour irrégulier d'un étranger n'est plus un délit](#) », RFI, 05 juillet 2012), pour réaliser les « *indicateurs chiffrés* » sans garde à vue, il n'existe guère que trois méthodes. **La première**, rappelée par la circulaire de la Chancellerie du 6 juillet consiste pour les OPJ « *sous réserve des critères prévus par l'article 62-2 du code de procédure pénale* » de **procéder au placement en garde à vue de l'irrégulier « à l'encontre duquel serait relevée, outre le délit de séjour irrégulier, une infraction punie d'une peine d'emprisonnement (notamment faux, usage de faux ou usurpation d'identité)** ». Par ailleurs, l'instruction rappelle, comme les deux instructions précédentes des 12 mai et 16 décembre 2011, qu'il est aussi possible « *tout en respectant le principe de proportionnalité* », en cas de « *comportements de violence envers les personnes dépositaires de l'autorité publique ou de fraudes avérées (telle la remise de faux documents administratifs par exemple), détachables de l'infraction de séjour irrégulier ou de soustraction à une mesure d'éloignement* ». **Les praticiens du droit des étrangers connaissent la tendance, dans ces cas de figure, à la multiplication de ces délits, plus ou moins fondés, ou l'utilisation de l'incrimination de « rébellion** ». Comme le note Stéphane Maugendre « *c'est [...] un phénomène que l'on voit davantage ces derniers temps. On suspecte un délit connexe, en plus du séjour irrégulier, qui tient parfois très peu. Par exemple, j'ai vu récemment le cas d'un type qu'on accusait d'avoir dégradé un pantalon dans un centre commercial...* » (Celine Rastello, « [Garde à vue des étrangers : qu'est-ce qui change ?](#) », préc.).

Le deuxième procédé consiste à utiliser la procédure de vérification d'identité. [L'article 78-3 du Code de procédure pénale](#) prévoit que « *si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, il peut, en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité. Dans tous les cas, il est présenté immédiatement à un officier de police judiciaire qui le met en mesure de fournir par tout moyen les éléments permettant d'établir son identité et qui procède, s'il y a lieu, aux opérations de vérification nécessaires. Il est aussitôt informé par celui-ci de son droit de faire aviser le procureur de la République de la vérification dont il fait l'objet et de prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix. [...]* ». Mais comme le rappelle d'ailleurs l'instruction ministérielle du 6 juillet 2012, la vérification d'identité **n'est possible que pour vérifier... l'identité et non la régularité** [NB : il existe par ailleurs un contrôle du séjour prévu à l'article L.611-1 du CESEDA qui d'ailleurs occupe la moitié de [l'Instruction de la Chancellerie du 6 juillet 2012](#) pour tirer les conséquences de [l'arrêt de la première chambre civile n° 651 du 6 juin 2012 \(10-25.233\)](#) sur ces contrôles dans les gares – dans la logique de l'arrêt [Melki et Abdeli](#) – CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10 – [ADL du 22 juin 2010](#)]. Ainsi, la Chancellerie avertit les Parquets qu'il leur « *appartiendra toujours de veiller à ce que les dispositions législatives relatives à la vérification d'identité soient mise en cause dans le strict cadre légal de l'article 78-3 du code de procédure pénale* ». Ainsi, relève l'instruction, si une personne « *présente[r] une pièce d'identité dont la validité a expiré justifie de son identité* » elle ne relève pas de cette procédure « *dans la mesure où ce n'est pas l'authenticité du titre qui est affectée mais uniquement sa validité administrative* ». Un sans-papier peut présenter un titre de séjour périmé ou toute autre pièce d'identité (permis de conduire, passeport, carte d'identité) pour justifier de son identité même s'il est en situation irrégulière. **En revanche, relève de la procédure de vérification d'identité la personne qui n'a sur elle « aucun papier d'identité ou document de nature à justifier de son identité** ». Toutefois, elle peut présenter à l'OPJ « *par tout moyen des éléments (oraux ou écrits, tels qu'un passeport, un permis de chasser, un permis de conduite, une carte professionnelle, une carte d'étudiant) permettant d'établir son identité* ». Malgré ces précautions, la Chancellerie relève incidemment que pendant ces quatre heures en présence d'un sans-papier « **les services de police ou de gendarmerie disposent alors que la faculté d'informer les services de la préfecture** ». On constate donc que **la procédure de vérification d'identité est peu adaptée** car d'une part sa finalité n'est pas d'établir l'irrégularité d'un étranger et de préparer sa décision de retour et d'autre part sa durée est brève.

Troisième et dernier procédé utilisé : l'audition libre. Là aussi la Chancellerie met en garde les Parquets : **si elle est « juridiquement concevable » elle suppose de remplir les conditions de [l'article 78 du CPP](#) et en premier lieu que « la personne n'a pas été conduite [devant l'OPJ] par la force publique sous la contrainte », en particulier le menottage.** L'étranger doit aussi être clairement informé qu'il lui est loisible de se rendre **par ses propres moyens** dans les locaux de police ou de gendarmerie et qu'il peut les quitter à tout moment (sur l'encadrement de cette procédure v. Cons. Constit., Décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, [Société OLANO CARLA et autre](#) – [ADL 11 juillet 2012](#)).

Dans ce cadre légal, réussir à éloigner effectivement un sans-papier 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 du 5 juin 2012, « *cette situation fait peser des contraintes sur les forces de l'ordre qui ne sont pas réalistes* » (Ghislain Poissonnier, « Etranger en situation irrégulière : conditions de la garde à vue », D. 2012, p. 1551). Pour Patrice Ribeiro, secrétaire général du syndicat Synergie Officiers, cela

« *complice le travail de la police* » ([déclaration à France Info, 5 juillet 2012](#)). Son ancien collègue, Bruno Beschizza, Secrétaire National de l'UMP à l'emploi des forces de sécurité, dénonce « ***l'application immédiate de cette décision [qui] induit un vide juridique pour les policiers et les gendarmes. Sur le terrain, nos forces de l'ordre n'ont plus d'outils judiciaires à leur disposition [autre que la procédure administrative]*** » et réclame « *une mesure législative rapide, qui ne laisse pas nos forces de l'ordre dans une situation d'insécurité juridique* ». Insécurité juridique qui, rappelons-le, a été créée par le gouvernement Fillon en raison de sa passivité depuis le 28 avril 2011 sur cette question (« [Fin de la garde à vue pour les étrangers en situation irrégulière : régularisations de fait ?](#) », communiqué UMP, 5 juillet 2012). En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi Besson du 16 juin 2011, avec « l'inversion » de l'ordre d'intervention des juges administratif et judiciaire, le JLD intervient 5 jours après le placement en rétention. En l'absence de contrôle par le juge administratif de la procédure pénale de privation de liberté, les irrégularités entachant la procédure d'interpellation, d'audition libre ou de vérification d'identité sont donc soulevées.

Dès son commentaire de l'arrêt du 6 décembre 2011 (*D.* 2012. Jur. 333, note Poissonnier), Ghislain Poissonnier suggérait l'adoption d'une « ***pré-rétention administrative*** » ou d'une garde à vue spéciale destinée aux étrangers en situation irrégulière (idée également émise par Me Spinosi dans ses déclarations - « [La Cour de cassation confirme l'interdiction de garde à vue pour les sans-papiers](#) », *AFP*, 5 juillet 2012). On sait en effet que la Cour de Luxembourg a admis que la directive 2008/115/CE ne s'oppose pas à « *un placement en détention* » durant la phase préalable « *d'arrestation initiale* » (considérant 17 de la directive) car **les Etats ont besoin « d'un délai certes bref mais raisonnable » afin d'identifier l'étranger et de déterminer son irrégularité** ([Achughbadian](#), pt 29). L'inquiétude des défenseurs des étrangers se reporte donc sur la question de savoir **si les étrangers bénéficieront durant cette phase préalable d'identification des mêmes garanties que durant la garde à vue** – droit à l'assistance d'un avocat, d'un médecin, d'un interprète, de prévenir la famille ou un proche, etc. Si ces garanties ne sont pas apportées, l'odyssée judiciaire entamé en Italie avec la question préjudicielle dans l'affaire El Dridi aura abouti, une nouvelle fois, à **une régression du droit des étrangers quant bien même il sera parvenu à faire reculer la pénalisation du séjour irrégulier** (v. pour des réflexions en ce sens la contribution du véritable « inventeur » de ces procédures : Luca Maserà, « Les ressorts de l'affaire El Dridi » in Gisti, [Immigration, Un régime pénal d'exception](#), Penser l'immigration autrement, 2012, p.12). Tel le rocher de Sisyphe, le droit des étrangers a une fâcheuse tendance, après une phase de progrès jurisprudentiel, à redescendre la colline dans l'autre sens après intervention du législateur....

Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 959, [Le procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ X.](#), n°11-30.371 ; Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 965, [Le procureur général près la cour d'appel de Versailles c/ X](#), n°11-30.530 ; Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, arrêt n° 960, [Achraf B.](#), n°11-19.250

Circulaire DACG-DACS 11-04-C39 du 6 juillet 2012, [Conséquence des arrêts de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012 relatif à la garde à vue en matière de séjour irrégulier et de l'arrêt de la même chambre du 6 juin 2012 concernant l'article L.611-1 du CESEDA](#) et Circulaire 2012NOR; INT/K/12/07284/C du 6 juillet 2012 relative au [placement en garde à vue des ressortissants étrangers en situation irrégulière et contrôle spécifique du titre de séjour](#)

Pour citer ce document :

Serge Slama, « [Confirmation de l'impossibilité de placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mécanismes coercitifs de la directive](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 14 juillet 2012.